

La responsabilidad del Gobierno por la actuación de las Fuerzas Armadas en el control del Orden Interno durante la vigencia de un Estado de Emergencia. El caso peruano

José Carlos Remotti
Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen

A lo largo de los años distintas circunstancias han obligado al Gobierno peruano a declarar diversos Estados de Emergencia así como a recurrir a las Fuerzas Armadas para solventar graves alteraciones del orden público. Estas son medidas habilitadas por la Constitución que las configura como mecanismos tasados, limitados y predeterminados destinados a reestablecer el orden público de una forma compatible con el sistema de derechos y garantías constitucionales. Sin embargo en la práctica no dejan de sucederse denuncias acerca de excesos cometidos por las Fuerzas Armadas así como constantes vulneraciones de derechos.

El presente trabajo pretende ofrecer herramientas para evitar tales excesos y vulneraciones de derechos, así como para delimitar las responsabilidades que el Presidente y los ministros deben asumir en tales casos. Para ello se parte de la consideración de que la declaración de Estado de Excepcional, y en su caso la intervención militar, no implica la suspensión de la Constitución, ni del Estado de Derecho, ni del régimen de derechos y libertades, ni de garantías. No implica el establecimiento de la arbitrariedad, no habilita a la adopción de cualquier medida, no justifica que el Estado pueda incumplir con sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas.

Así también se considera que durante la vigencia del Estado de Emergencia la Constitución no otorga a las Fuerzas Armadas ninguna competencia, atribución o prerrogativa especial y, aunque habilita a la suspensión de un número concreto de derechos, ello no significa que se pueda actuar arbitrariamente o que pueda vulnerar los derechos no afectados por la suspensión. En tal caso las Fuerzas Armadas sólo pasan a asumir el desempeño de una función (orden público) pero ello no implica que el orden público se militarice, sino que sim-

Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, N° 22. Segundo semestre de 2009. Págs. 215-250.

plemente dichas Fuerzas Armadas pasan a desarrollar las funciones que, por las graves circunstancias, la Policía Nacional no puede desarrollar plenamente.

Al declarar un Estado de Emergencia y requerir la intervención de las Fuerzas Armadas el Presidente, y los ministros, junto con el interés por el reestablecimiento del orden público les corresponde también ejercer la función de garantes del ordenamiento constitucional, del Estado de Derecho, del régimen de derechos y libertades, todo lo cual ha de proyectarse necesariamente en todo lo relativo su actuación presidencial como Jefe Supremo de las FFAA, o de los ministros como jefes de sus sectores correspondientes. De esta manera, el ejercicio de dichas competencias implica también a los miembros del Gobierno responsabilidades por las consecuencias que pudieran derivarse de las actuaciones de los militares en el control del orden interno cuando se produzcan sistemáticas vulneraciones de derechos (aunque ellos expresamente no hayan ordenado su comisión) si es que no han tomado todas las previsiones del caso para prevenirlas razonablemente, o si producidas éstas se las encubre o se permite la impunidad, no las investigan, no proceden a poner a los responsables ante los tribunales, no los sancionan, o no reparan a las víctimas.

Palabras clave: Perú, responsabilidad del Gobierno, Fuerzas Armadas, Estado de emergencia, orden interno, democracia, derechos y libertades.

Abstract

Over the years, different circumstances have obliged the Peruvian Government to declare several times a State of Emergency as well as to enlist the support of the Armed Forces in order to counteract considerable disturbances of the public order. These measures are authorized by the Constitution conceiving them as determined, limited and targeted at the reestablishment of the public order in a way compatible with the legal framework of constitutional rights and guarantees. Nonetheless, in practice excesses of the Armed Forces and permanent violations of rights are claimed.

This article seeks to offer some instruments for the prevention of such excesses and rights' violations, as well as for the definition of the responsibilities of the President and the Ministers in those cases, based on the assumption that the declaration of a State of Emergency, and, as the case may be, a military intervention do not involve a suspension neither of the Constitution nor of the Rule-of-Law-State and of the rights and liberties and their guarantees. Furthermore, these circumstances do not involve arbitrariness, do not authorize every measure and do not justify the failure of the State to fulfil its obligations to observe and guarantee the rights of the citizens.

Besides, the Constitution grants no special competence, adjudication or prerogative to the Armed Forces. Although the Constitution authorizes the suspension of a limited number of rights, this does not involve any arbitrary

acts and violations of rights not affected by the above-mentioned suspension. In this case the Armed Forces merely assume a task (public order) which does not implicate the militarization of the public order but merely the performance of some functions by the Armed Forces due to the impossibility of the National Police Forces to perform these tasks by reason of grave circumstances.

Declaring a State of Emergency and requiring the intervention of the Armed Forces, the President and the Ministers shall, besides the pursuit of reestablishment of the public order, undertake the function of guarantors of the constitutional order, the Rule-of-Law-State, the framework of rights and liberties. This function shall be reflected in all its presidential acts as Chef Supreme of the FFAA and in the acts of the Ministers as heads of their corresponding sectors.

Thus, the performance of the above-mentioned competencies involves also responsibilities of the Members of the Government for the consequences which could be provoked by acts of the Armed Forces controlling the internal order when they systematically violate rights. The liability of the Members of the Government exists even when they have not ordered the commitment of those violation acts but do not take the measures necessary to prevent them. Furthermore, the liability should be established in the case that the Members of the Government cover up or permit the impunity of those acts, impede or hinder their investigation or the arraignment of the accused before the courts, their punishment or the compensation of the victims.

Keywords: Peru, Liability of the Government, Armed Forces, State of Emergency, Internal Order, democracy and fundamental rights.

I. Introducción

El control del orden interno es una de las principales funciones de todo Estado. Dicha función es normalmente desarrollada por el Gobierno a través de las Fuerzas Policiales. Sin embargo en determinados momentos pueden producirse distintas circunstancias graves alteraciones del orden público, o de catástrofes, que rebasan las posibilidades de actuación de la Policía y que requieren de la adopción de medidas extraordinarias para poder hacerles frente. En tales casos de gravedad extrema la mayoría de los Estados tiene previsto en sus Constituciones la posibilidad de proceder a la declaración de un estado excepcional que implica la afectación y en algunos casos la suspensión de determinados derechos y, si las circunstancias lo requieren, incluso el recurso a las Fuerzas Armadas.

Ahora bien, tal declaración de Estado de Excepcional, y en su caso la intervención militar, no implica la suspensión de la Constitución, ni del Estado de Derecho, ni del régimen de derechos y libertades, ni de garantías. No implica el establecimiento de la arbitrariedad, no habilita a la adopción de cualquier

medida, no justifica que el Estado pueda incumplir con sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas.

Durante la vigencia del Estado de Emergencia la Constitución no otorga a las Fuerzas Armadas ninguna competencia, atribución o prerrogativa especial y, aunque habilita a la suspensión de un número concreto de derechos, ello no significa que se pueda actuar arbitrariamente o que pueda vulnerar los derechos no afectados por la suspensión. En tal caso las Fuerzas Armadas sólo pasan a asumir el desempeño de una función (orden público) pero ello no implica que el orden público se militarice, sino que simplemente pasan a desarrollar las funciones que, por las graves circunstancias, la Policía Nacional no puede desarrollar plenamente.

La declaración del Estado de Emergencia es una atribución que le corresponde al Presidente previo acuerdo del Consejo de Ministros. Por su parte el Presidente puede decidir la intervención de las Fuerzas Armadas en dichos estados así como que éstas asuman el control del orden interno. Además el Presidente es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, todos los actos presidenciales son nulos si no cuentan con el debido refrendo (autorización) ministerial. Por ello, el ejercicio de tales competencias es en cierto grado compartida, respetando la jerarquía, entre el Presidente y los correspondientes Ministros de Defensa e Interior. Ahora bien, al declarar un Estado de Emergencia y requerir la intervención de las Fuerzas Armadas el Presidente, y los ministros, junto con el reestablecimiento del orden público les corresponde también ejercer la función de garantes del ordenamiento constitucional, del Estado de Derecho, del régimen de derechos y libertades, la cual ha de proyectarse necesariamente en todo lo relativo su actuación presidencial como Jefe Supremo de las FFAA, o de los ministros como jefes de sus sectores correspondientes. De esta manera, el ejercicio de dichas competencias implica también a los miembros del Gobierno responsabilidades por las consecuencias que pudieran derivarse de las actuaciones de los militares en el control del orden interno cuando se produzcan sistemáticas vulneraciones de derechos (aunque ellos expresamente no hayan ordenado su comisión) si es que no han tomado todas las previsiones del caso para prevenirlas razonablemente, o si producidas éstas se las encubre o se permite la impunidad, no las investigan, no proceden a poner a los responsables ante los tribunales, no los sancionan, o no reparan a las víctimas.

II. Características generales del Estado de emergencia

Ante la posibilidad de que se den graves circunstancias que puedan afectar la paz o el orden interno, o en casos de catástrofes o de otras circunstancias que

puedan afectar la vida de la Nación, la Constitución peruana (CP) prevé en su artículo 137.1 la posibilidad de que el Presidente de la República, previo acuerdo del Consejo de Ministros, pueda proceder a declarar el estado de emergencia como sistema tasado, limitado y predeterminado de medidas excepcionales¹.

Artículo 137

El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este Artículo se contemplan:

1. 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 restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del Artículo 2º y en el inciso 24, apartado f del mismo Artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

Como se aprecia del texto constitucional esta habilitación no es un cheque en blanco que permita la adopción de cualquier clase de medidas, en cualquier supuesto, por cualquier autoridad, sin limitación temporal². Por el contrario la Constitución establece que sólo puede ser adoptado por el Presidente previo acuerdo del Consejo de Ministros; su declaración solo puede hacerse ante supuestos graves que afecten o perturben la paz o del orden interno, de catás-

¹ Por su parte si se tratara de hacer frente a una invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan la propia constitución abre la puerta para la posible declaración del estado de sitio, supuestos éstos últimos que escapan al objeto de este trabajo, centrado en analizar la responsabilidad gubernativa en la posible intervención de las Fuerzas Armadas (FFAA) en materia de orden interno.

Artículo 137. 2 CP: Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.

² A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-9/87* del 6 de octubre de 1987. FJ. 20.

trofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación; las medidas a adoptarse sólo pueden estar referidas a restringir o suspender el ejercicio de los derechos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del Artículo 2º y en el inciso 24, apartado f del mismo. Así, dentro de dichas características limitadoras del Estado de emergencia podemos señalar que no basta alegar la existencia de una de las causas habilitantes sino que se exige que se ha de fundamentar no solo en la gravedad de las circunstancias sino en la imposibilidad de los medios ordinarios y en la inexistencia de medios menos gravosos, por cuanto dicha declaración podrá ser recurrida ante los tribunales. Sólo puede suspender los derechos catalogados explícitamente en el art. 137 CP, sin lugar a interpretaciones extensivas o por analogía. No es necesario suspender todos los derechos posibles, sino sólo aquellos que resulten estrictamente necesarios. Asimismo, cuando el supuesto habilitante haya desaparecido o cuando las medidas ordinarias ya fueran suficientes, las medidas excepcionales deberán ser suspendidas de forma inmediata. Además, la Constitución sólo habita medidas de restricción o suspensión del ejercicio de tales derechos ello implica que el Estado de emergencia no afecta ni puede afectar al resto de elementos configuradores de dichos derechos, especialmente en lo que respecta a las garantías de dichos derechos que se mantienen vigentes de manera plena³.

III. La integración en el ordenamiento jurídico interno de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A estas características básicas se debe añadir que la propia Constitución establece en primer lugar la integración normativa de los tratados internacionales y en segundo lugar impone una interpretación de todas las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú, como se desprende de lo establecido por el art. 55 y la disposición Final y Transitoria.

Artículo 55 CP:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

³ Con relación a los distintos elementos configuradores de los derechos fundamentales, tales como la estructura, la función, la titularidad, el ejercicio, el contenido, los límites, las garantías, la posible suspensión, ver: Freixes, Teresa. "La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas" en Álvarez Conde, E. *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*. Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, págs. 150 y ss.

Cuarta Disposición Final y Transitoria.

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú

A partir de dichas fórmulas de integración de los tratados en el ordenamiento jurídico interno (integración normativa e interpretativa) el ordenamiento jurídico interno y el supranacional pasan a conformar una unidad especialmente en materia de Derechos Humanos. A este respecto es especialmente importante el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); así también la interpretación que de ella efectúe la Corte Interamericana (CIDH) cuyos criterios resultan de aplicación obligada a nivel interno y, por tanto, directamente alegables ante los tribunales. Como ha señalado el Tribunal Constitucional peruano, las sentencias de la Corte Interamericana resultan vinculantes a nivel interno no sólo en lo que respecta al fallo en los procesos en los que el Estado haya sido parte sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso⁴. Por consiguiente, el Perú resulta obligado a adecuar su Derecho interno a las disposiciones de dicha Convención Americana y a la interpretación dada por la Corte Interamericana, lo que implica en primer lugar, que deberá aprobar toda la normativa y demás disposiciones, que resulten necesarias para garantizar el cumplimiento de tal adecuación, así como la obligación de derogar o modificar todas aquéllas normas y prohibir todos aquellos actos, órdenes, usos, prácticas y costumbres que fueran incompatibles con la Convención. En segundo lugar, también implica el establecimiento de los medios efectivos de protección (vías procesales), reparación e indemnización ante posibles vulneraciones de derechos y de investigación y sanción de los responsables.

Ahora bien, debemos recordar que la integración en el ordenamiento jurídico interno de lo dispuesto por parte de los tratados o convenios en materia de Derechos Humanos se efectúa bajo la condición de *standard mínimo*, lo que implica que sus disposiciones sólo serán aplicables en caso de que eleven el nivel de protección establecido por las leyes y demás normativa de derecho interno. En caso contrario, si fueran las normas internas las que protegieran a los derechos con un nivel superior, serán éstas las

⁴ *Caso Arturo Castillo Chirinos*, (sentencia del Tribunal Constitucional Peruano) STCP 2730-2006-PA/TC, del 21 de julio del 2006 : “La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFP de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”.

que se deberán aplicar, por lo que resulta imprescindible analizar cada caso en concreto para poder resolver adecuadamente.

De esta forma el artículo 27 de la Convención Americana regula la posibilidad que tienen los Estados para en determinados casos poder suspender derechos. Dicho artículo establece como supuestos habilitantes la existencia de un caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación; las medidas solo pueden ser limitadas en el tiempo, proporcionadas a las exigencias de la situación siempre que no sean incompatibles con las obligaciones establecidas por el Derecho Internacional y que no impliquen ninguna forma de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Además en ningún caso, y por ningún supuesto, se podrá suspender los artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Art. 27.1 CADH. 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.

Art. 27.2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Art. 27.3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

A partir de este art. 27 CADH la Corte Interamericana ha señalado que la declaración de alguno de los estados excepcionales, como por ejemplo los estados de emergencia, alarma, excepción o de sitio, o cualquier otra fórmula utilizada por los distintos países para suspender derechos, no habilitan la adopción de cualquier medida, por cuanto la gravedad de la situación no justifica que el Estado pueda incumplir con sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas. En todo caso, las medidas en tales circunstancias deben ser las estrictamente necesarias dentro de las expresamente previstas en la ley y que no pueden, en ningún caso, afectar entre otros al derecho a la vida, a la integridad personal, ni a las garantías judiciales indispensables para su protección⁵

Durante la vigencia de los estados excepcionales, debe mantenerse el control judicial a los efectos de determinar la adecuación a la Constitución y las leyes, así como el respeto de las previsiones de la Convención, por parte de la actuación de las autoridades encargadas de la suspensión de derechos, aun en el caso de tratarse de autoridades militares en zonas declaradas bajo control militar, puesto que si bien durante la declaración del Estado de emergencia se

⁵ Sobre las distintas obligaciones que los Estados deberán respetar durante la vigencia de una declaración de Estado de Excepción, la Corte Interamericana ha señalado que:

“... al momento de los hechos del presente caso, se desarrollaba en Guatemala un conflicto interno. Como ya se ha afirmado este hecho, en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaban a actuar en manera concordante con dichas obligaciones. Así, y según lo establece el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, el Estado enfrentado a un conflicto armado de carácter no internacional debe brindar a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón, un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable. En particular, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y a la integridad personal de las personas nombradas anteriormente...”. CIDH, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia sobre el fondo, fundamento 207.

“En lo relativo a la suspensión de garantías o declaración de estados de emergencia en los casos de guerra, peligro público u otra emergencia, es preciso remitirse al artículo 27 de la Convención Americana. La Corte ha señalado que si se ha decretado debidamente la suspensión de garantías, ésta no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario, y que resulta ‘ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción’. Las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellos se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella...”. CIDH, *Caso Durand y Ugarte contra el Perú*, sentencia sobre el fondo, fundamento 99.

“Este Tribunal ha señalado que: ‘si la suspensión de garantías no debe exceder ... la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente’...”. CIDH, *Caso Cantoral Benavides contra el Perú*, sentencia sobre el fondo, fundamento 72.

puede suspender el derecho a la libertad no se pueden suspender, en ningún caso, ni la prohibición respecto a la pena de muerte, ni a las desapariciones ni la referida respecto de las torturas o tratos inhumanos o degradantes, ni tampoco se puede suspender las garantías judiciales que puedan garantizar la plenitud de los derechos, entendiéndose que tales garantías judiciales deberá ser ejercitada por órganos independientes e imparciales.

De esta forma a la hora de regular, interpretar o aplicar la habilitación constitucional para poder suspender determinados derechos a partir de un Estado de Emergencia se debe estar a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así pues, la suspensión de derechos no implica, en ningún caso, la suspensión de la Constitución ni de los compromisos asumidos en los tratados internacionales. Todo lo contrario: la declaración de los estados de emergencia suponen precisamente la aplicación y efectividad de la Constitución, mediante un sistema prefijado y tasado, diseñado por ella y completado por el sistema interamericano, y que actúa como garantía frente a posibles abusos y la arbitrariedad.

IV. La posibilidad de recurrir a las Fuerzas Armadas en asuntos de control interno

Por su parte, la intervención militar en la lucha contra el terrorismo es una opción admisible por diversos ordenamientos jurídicos democráticos cuando ante la gravedad de la actuación terrorista los medios ordinarios de lucha contra la delincuencia resulten desbordados y siempre que sus técnicas, métodos y prácticas resulten compatibles y se enmarquen dentro del respeto a los derechos fundamentales y la legalidad propia del Estado de Derecho. Así, la parte final del art. 137 dispone que:

Art. 137 CP: En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

Esta habilitación constitucional que autoriza el recurso a las Fuerzas Armadas en los casos de vigencia de una declaración de Estado de Emergencia ha sido desarrollada por la ley n° 24150, modificada por el decreto Legislativo n° 749, siendo diversos de sus artículos declarados inconstitucionales por la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano (STCP) 0017-2003. Esta sentencia constitucional es especialmente importante porque viene a delimitar en gran medida el marco de actuación militar cuando sea llamada a participar en las tareas de control del orden interno, estableciendo unos criterios vinculantes que vienen a sumarse a los establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sobre los cuales hemos hecho referencia anteriormente.

Así por ejemplo el Tribunal Constitucional ha señalado que la intervención militar en caso de Estado de Emergencia sólo podrá utilizarse para el cumpli-

miento de las finalidades previstas en el art. 137 de la Constitución, esto es hacer frente a la “perturbación de la paz o del orden público, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación” (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FJ. 41) no pudiendo servir para otros fines distintos como pudiera ser los derivados de la defensa nacional⁶.

Así también el Tribunal Constitucional ha señalado que las funciones de control interno que pueden asumir las Fuerzas Armadas en un estado de emergencia son unas funciones clara y meridianamente limitadas, que se circunscriben a la realización de las funciones que normalmente corresponden a la Policía Nacional y que ésta, por imperativo de las graves circunstancias del momento, no puede cumplir a cabalidad. En este sentido las FFAA sólo vienen desarrollar las funciones que en circunstancias normales son desarrolladas por la policía y que por las excepcionales circunstancias no puede llevar a cabo plenamente. Por ello no puede entenderse que durante un Estado de emergencia se varíe el contenido de material de la competencia (orden interno) sino que por el contrario lo único que cambia es el órgano encargado de ejercer dicha competencia (es decir la titularidad de la misma), que en circunstancias normales le corresponde a la Policía Nacional, y durante la declaración de Estado de emergencia dicha titularidad puede ser ejercida por la FFAA⁷. Así, la habilitación constitucional para que las Fuerzas Armadas puedan asumir el control interno durante la declaración del Estado de Emergencia, no implica el cambio material de las competencias constitucionales, sino que en este punto concreto solo se trata del cambio de la titularidad de la institución que la debe llevar a cabo. En consecuencia, las FFAA al asumir el control del orden

⁶ En este sentido el Tribunal Constitucional señala que el art. 2 de la Ley 24150 sólo podrá ser considerado como constitucional si se interpreta en el sentido que la intervención militar “... no tendría por finalidad realizar una asimilación de lo que es propio del (control del) orden interno con lo que corresponde a cualquier ámbito en el que se desarrolla la defensa nacional, sino, concretamente, expresar que el control del orden interno por las Fuerzas Armadas sólo puede comprender los campos o situaciones que originaron la declaratoria del estado de excepción, en este caso, la perturbación del orden interno...”. (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FJ. 84)

⁷ Así el Tribunal Constitucional ha señalado que: “...El control del orden interno se circunscribe a la realización de las labores que normalmente corresponden a la Policía Nacional del Perú, esto es, restablecer la seguridad ciudadana. Es decir, se trata de una competencia materialmente limitada...”

...De modo que cuando la Constitución autoriza a las Fuerzas Armadas para que asuman el control del orden interno durante un estado de emergencia, no es la competencia, en sí misma considerada, la que se modifica, sino el sujeto encargado de ejecutarla. Si en un supuesto de normalidad constitucional es la Policía Nacional la que “tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno [art. 166]; en uno de anormalidad constitucional, esto es, bajo un estado de emergencia, tales tareas (y no otras) son las que pueden confiarse a las Fuerzas Armadas, cuando así lo hubiese dispuesto el Presidente de la República y, por lo mismo, excepcionalmente [art. 137°, inciso 2), *in fine*]” “ (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FJ. 70 y 71).

interno durante el Estado de Emergencia desarrollarán las funciones “destinadas a prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad, a saber: garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; prevenir investigar y combatir la delincuencia, y, en suma, reestablecer la seguridad ciudadana (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FJ. 84). De esta forma las FFAA no pueden, ni siquiera en una situación de Estado de Emergencia, convertirse en un instrumento para alcanzar que se cumplan los planes y estrategias del Ejecutivo vulnerando los derechos constitucionales⁸.

En esta misma línea, como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional ha dejado expresamente sentado tanto la vinculación directa de las Fuerzas Armadas a lo establecido en la Constitución, como el carácter no político ni deliberante, sino subordinado, de dichas Fuerzas Armadas. Con relación a la primera de estas características (la vinculación de las FFAA a la Constitución), el Tribunal Constitucional ha señalado que aun cuando la propia Constitución remita a las leyes y reglamentos para “determinar la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de los miembros de los institutos armados y policial” de ello no puede deducirse que tales leyes, reglamentos y demás normas reguladoras puedan estar al margen o desvinculados de lo establecido por la propia Constitución (*Caso Ley de*

⁸ En tal sentido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional al analizar la previsión que facultaba al comando militar para tomar medidas que permitieran *asegurar* la participación de los sectores público y privado en la ejecución de planes y directivas aprobadas por el Poder Ejecutivo señaló que en el cumplimiento de las funciones previstas por el art. 137 de la Constitución no le corresponde a las Fuerzas Armadas velar por asegurar la participación de los distintos sectores públicos y privados en la ejecución de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo, puesto que además de que dicho cometido se escapa del lo previsto en el art. 137 CP el término asegurar es un termino vinculante que contradice el principio de libertad en el que se debe basar las relaciones entre las personas y el Estado. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “El verbo ‘asegurar’ no sólo sugiere y evoca una simple coordinación, sino también ‘dejar firme y seguro; establecer y fijar sólidamente’, y ‘poner en condiciones que imposibiliten la huida o la defensa’ [Real Academia Española]. Si bien, como antes se ha dicho, el artículo 163° *in fine* de la Constitución obliga a todos a participar en la Defensa Nacional, de acuerdo a ley, esa responsabilidad no puede entenderse como una derogación de los derechos, garantías y principios que informan las relaciones entre el individuo y el Estado, ni tampoco de las garantías y principios de los órganos constitucionalmente autónomos. Y es que el control del orden interno corresponde principalmente a la Fuerza Pública, de modo que las obligaciones que se generen a partir de los planes y estrategias elegidas por el Ejecutivo para paliar los daños producto de la situación de conmoción, no pueden, bajo ningún concepto, desconocer el principio general de libertad, constitucionalizado en el ordinal a) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución. ...De ahí que, con independencia del contenido que pudieran tener esos ‘planes y directivas’ aprobados por el Ejecutivo, el Tribunal Constitucional estima que es inconstitucional la frase “asegurar” que se emplea en el referido inciso b) del artículo 5° de la Ley N.° 24150” (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FsJs. 65 y 66).

Estados de Excepción n° 24150, STCP 0017-2003, FJ. 51)⁹. Por el contrario todas las previsiones que sean recogidas en tales leyes y reglamentos, disposiciones, resoluciones, órdenes, prácticas y costumbres que rijan la estructura y funcionamiento de las Fuerzas Armadas deberán ser plenamente compatibles con los principios, valores y disposiciones constitucionales.

Con relación a la segunda de las características, el Tribunal Constitucional subraya el carácter no deliberante y subordinado de las Fuerzas Armadas a los órganos constitucionales, el cual “impide que un militar o policía en situación de actividad pueda asumir cargos políticos –salvo en el caso de los ministros previsto por el artículo 124 de la Constitución– o, que institucionalmente, pueda adoptar decisiones de orden político” (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FJ. 53). Esta posición resulta tan clara que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la denominación utilizada en la Ley 24150 de *Comando político militar* del órgano militar que asume el control del orden interno en la zona de emergencia, por cuanto ni siquiera en un plano de considerar al término político (junto al militar del comando) como meramente adjetivo (insubstancial sin contenido) resulta compatible con lo establecido en la Constitución. Lo militar, en la forma y en el fondo, en lo sustantivo como en lo adjetivo, no puede contemplar de ninguna manera aspectos políticos, deliberantes por cuanto “distorsiona irrazonablemente la labor que constitucionalmente se puede asignar a las Fuerzas Armadas durante un estado de excepción” (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FJ. 54) y por tanto en todo caso, siempre, ha de ser considerado como subordinadas y sometidas al poder constitucional y sin ningún margen posible de actuación política¹⁰.

En esta línea ni la declaración de un Estado de Emergencia ni la necesidad de tener que recurrir en él a una intervención militar puede originar que los órganos, instituciones, y cargos constitucionales puedan verse sometidos o subordinados al Comando militar, o que puedan ver anuladas sus competencias, facultades o atribuciones. De esta forma intervención militar no puede afectar en nada a la autonomía de los gobiernos regionales y locales a los que se refieren los artículos 192 y 195 que han de poder seguir funcionando de acuerdo con

⁹ Ver también a este respecto la sentencia al *Caso Carlos Israel Ramos Colque*, STCP n° 2050-2002 –AATC, FJ. 4.

¹⁰ A este respecto el Tribunal Constitucional señala que “...la subordinación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional al poder constitucional pretende asegurar la sujeción de éstas a la Constitución y, por mandato de ella, a la jefatura suprema del Presidente de la República, con el fin de sustraer a los ‘profesionales de las armas’ de las veleidades de la vida política nacional y evitar su politización institucional, es decir, permitir que ellas puedan servir objetivamente al cumplimiento de los fines que la Constitución les asigna, al margen de los intereses particulares de los gobiernos de turno o los suyos propios, sean estos corporativos o privados (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FJ. 49).

sus competencias y atribuciones. Por ello, el Tribunal Constitucional declaró también inconstitucional el precepto de la ley 24150, modificado por el Decreto Legislativo 749, en cuanto establecía que todas las autoridades políticas, las de los organismos públicos, las de los gobiernos regionales y locales, debían poner a disposición del Comando militar los recursos financieros, económicos, bienes, servicios, personal y otros que sean necesarios para el cumplimiento de su misión. Así, el Comando militar, y las FFAA, están de forma subordinada para ayudar, colaborar, cooperar a que dichos órganos e instituciones públicas puedan alcanzar sus cometidos constitucionales pero no, en ningún caso, para anularlos, suplantarlos o supeditarlos¹¹. En este sentido, resulta muy clarificador lo afirmado por el Tribunal Constitucional en cuanto a que la habilitación dada por la Constitución para que las Fuerzas Armadas puedan asumir el control interno no puede confundirse con una autorización para implantar una suerte de *Gobierno Militar* en el que las autoridades civiles estén sometidas a él. Por el contrario, como se ha señalado anteriormente la intervención militar está prevista por la Constitución para desempeñar unas funciones claramente delimitadas sin que afecte a los demás órganos constitucionales en el desarrollo de las propias¹².

Sobre dicha condición subordinada y apolítica de las FFAA y sus miembros (y que por tanto están supeditados a los mandatos de los órganos políticos constitucionales), el Tribunal Constitucional es claro al subrayar que al ejercer el control del orden interno, el Comando Militar no tiene ni puede tener la condición de deliberante, por lo que no puede asumir funciones de negociación, de concertación sobre temas de pacificación y desarrollo que le

¹¹ El Tribunal Constitucional considera que “la declaración de un estado de emergencia, como medio para contrarrestar los efectos negativos de una situación extraordinaria, que pone en peligro la integridad y estabilidad estatal, no significa que, durante su vigencia, el poder militar pueda subordinar al poder constitucional y, en particular, que asuma las atribuciones y competencias que la Norma Suprema otorga a las autoridades civiles. Es decir, no tiene como correlato la anulación de las potestades y autonomía de los órganos constitucionales”. (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FJ. 69)

¹² El Tribunal Constitucional considera que “...la declaración de un estado de emergencia, como medio para contrarrestar los efectos negativos de una situación extraordinaria, que pone en peligro la integridad y estabilidad estatal, no significa que, durante su vigencia, el poder militar pueda subordinar al poder constitucional y, en particular, que asuma las atribuciones y competencias que la Norma Suprema otorga a las autoridades civiles. Es decir, no tiene como correlato la anulación de las potestades y autonomía de los órganos constitucionales.

...En primer lugar, porque tal disposición excede lo propio de la asunción de facultades para controlar el orden interno, que dispone el inciso 1) del artículo 137° de la Constitución. En efecto, cuando la Constitución autoriza, excepcionalmente, que las Fuerzas Armadas puedan asumir el control del orden interno, durante la vigencia de un estado de emergencia, no lo hace con el propósito de que en las zonas declaradas como tales se establezca, por decirlo así, una suerte de gobierno militar, en el que las autoridades civiles se encuentren subordinadas a aquél. (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FsJs. 69 y 70).

corresponde a los órganos políticos¹³. En esta línea el Comando militar en la zona declarada en estado de emergencia no podrá solicitar el cese o traslado de funcionarios públicos o autoridades políticas o administrativas ni siquiera en caso de negligencia o impedimento, por cuanto con dicha solicitud se vulnera la prohibición de no ser deliberantes al efectuar valoraciones sobre la forma como distintas autoridades políticas y funcionarios públicos ejercen sus funciones constitucionales. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional también considera inconstitucional por la misma razón que el Comando militar pueda solicitar el nombramiento o el cese de autoridades políticas o administrativas por cuanto ello requiere hacer un juicio de valor sobre los méritos e idoneidad del candidato¹⁴.

¹³ A este respecto el Tribunal Constitucional también ha manifestado que “En efecto, si concertar significa pactar, ajustar, tratar, acordar una cuestión, entonces para que esta acción se pueda efectivizar es preciso que existan dos o más partes; que cada una de ellas exponga sus puntos de vista sobre un tema específico que se está analizando; y que se tome una decisión basada en el consenso al que hayan llegado luego de la discusión entre las partes. Evidentemente, al tratarse el Comando Político Militar de un ente de las Fuerzas Armadas, y no tener la condición de deliberante, *per se*, no puede asumir funciones que son propias, en todo caso, del Presidente de la República. Si de actividades de concertación se trata, con el objeto de que se cumplan los planes de pacificación y desarrollo, estas deben ser efectuadas por quien tiene la condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, y tiene competencias para concertar y asumir decisiones de naturaleza estrictamente política. En suma, a quien corresponde asumir y decidir las acciones concretas sobre temas de pacificación y desarrollo para zonas de emergencia es al Presidente de la República, y no a las Fuerzas Armadas, a través de su Comando Político Militar”. (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FsJs. 86 a 89).

¹⁴ Respecto de la condición no deliberante de las FFAA el TCP ha señalado que: “...De ahí que una de las exigencias derivadas del carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas sea el que sus opiniones institucionales se emitan dentro de las instancias jerárquicas que los comandan, y siempre que las autoridades competentes las hubiesen requerido. El inciso e) del artículo 5° de la Ley impugnada no dispone que el Comando Político Militar tenga como atribución evacuar los informes que correspondan, a solicitud del Presidente de la República, respecto del abandono, vacancia o impedimento en los que hayan incurrido determinadas autoridades políticas y administrativas. Por el contrario, establece que, por sí mismos, pueden solicitar a los organismos competentes el cese, nombramiento o traslado de dichas autoridades. Esta facultad de “solicitar” a los organismos competentes, como expresa la demandante, efectivamente constituye una modalidad institucional de ejercicio del derecho de petición, en los términos prohibidos por el segundo párrafo del inciso 20) del artículo 2° de la Constitución. Asimismo, la facultad de solicitar el ‘cese’ o ‘traslado de autoridades’, ‘en caso de negligencia’ o ‘impedimento’, transgrede el mandato constitucional de no deliberancia de las Fuerzas Armadas, puesto que supone que el Comando Político Militar realice una valoración sobre la manera cómo se ejercita una atribución o competencia que, en principio, no figura entre las labores propias del control del orden interno. Igualmente es inconstitucional que el Comando Político Militar pueda solicitar el “nombramiento” de una autoridad política o administrativa, pues ello comporta la realización de un juicio de valor sobre la idoneidad de un sujeto que, en principio, es ajeno a las Fuerzas Armadas, para asumir determinadas funciones políticas y administrativas, que tampoco son de su competencia”.

De la misma manera, el Tribunal Constitucional considera que contraviene el artículo 169° de la Constitución la atribución al Comando Político Militar de la facultad de solicitar el cese de una autoridad administrativa o política por abandono del cargo, o, en su caso, después de constatado

V. El control a la actuación militar en los Estados de Emergencia

Como queda dicho la declaración de Estado de Emergencia y el recurso a las Fuerzas Armadas para hacer frente a circunstancias excepcionales que afecten a la paz o el orden interno, en casos de catástrofes o de otras circunstancias que pudieran afectar gravemente la vida de la Nación no significa ni puede significar la supresión del estado de Derecho o la implantación de un régimen arbitrario¹⁵. Por el contrario, tomando como base la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana como la del Tribunal Constitucional peruano, podemos destacar que toda actuación durante ese período, y sobre todo la intervención militar, ha de fundamentarse en el respeto de los principios de¹⁶:

- Pº de actuación circunscrita al cumplimiento de las finalidades constitucionales. En este sentido sólo puede utilizarse para afrontar graves circunstancias excepcionales que afecten a la paz o el orden interno, en casos de catástrofes o de otras circunstancias que pudieran afectar gravemente la vida de la Nación
- Pº de supletoriedad, puesto que la intervención militar es solo aplicable cuando las medidas (y los medios) ordinarias no fueran suficientes para hacerles frente y se vean gravemente desbordados.

aquello, el nombramiento de uno nuevo, pues, igualmente, se trata de una competencia que no se encuentra dentro de los alcances del control del orden interno. Asimismo, es inválido que la disposición analizada haya previsto la facultad de solicitar el cese o, en su caso, el nombramiento de una nueva autoridad política, por vacancia, puesto que tratándose de autoridades cuyo acceso está sujeto a las reglas del principio democrático, el modo de nombramiento y las formas de reemplazarlo no forman parte de la tarea constitucionalmente asignada de controlar el orden interno. (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FsJs. 94 a 97).

¹⁵A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "...Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). *Opinión Consultiva OC-9/87* del 6 de octubre de 1987. FJ. 35

¹⁶A mayor abundamiento la CIDH ha señalado que "La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse... Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables...". CIDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). *Opinión Consultiva OC-8/87* del 30 de enero de 1987. *Opinión Consultiva OC-8/87* del 6 de octubre de 1987, FJ. 24

- Pº de necesidad, ya que las medidas a adoptar deben estar limitadas a las estrictamente necesarias para asegurar el restablecimiento de la normalidad.
- Pº de proporcionalidad, a partir del cual las medidas a adoptar han de ser proporcionadas a finalidad legítima que se pretende proteger (reestablecer el orden interno constitucional) y en ningún caso a las circunstancias que originan la intervención militar.
- Pº de afectación limitada, ya que solo pueden afectar determinados derechos expresamente señalados por la Constitución. Además de la lista de derechos que la Constitución posibilita que puedan ser afectados ello no significa que en todos los casos de declaración de Estado de Emergencia se vean suspendidos todos sino que, en cada caso concreto se deberá determinar, justificando el por qué, cual o cuales de esos derechos se verán suspendidos en cada caso concreto
- Pº de menor lesividad para los derechos fundamentales, que obliga a que ante el amplio abanico de posibles medidas suspensivas de los derechos afectados por la declaración de Estado de Emergencia se debe optar por aquellas que afecten en menor medida a los derechos fundamentales.
- Pº de continuidad del sistema constitucional, ya que la intervención militar no cambia ni trastoca el Estado de Derecho, ni las disposiciones constitucionales, ni el régimen competencial, ni el régimen democrático, ni el sistema de derechos, deberes u obligaciones, ni el sistema de controles de responsabilidades, ni el régimen de garantías. Solo se habilita a cambiar la titularidad de la competencia en materia de orden interno, es decir que las FFAA pasan a ejercer funciones que, en principio, le corresponden a la Policía Nacional.
- Pº de temporalidad, ya que la intervención militar sólo procede por el tiempo estrictamente necesario para solventar las graves circunstancias que originaron su llamado dentro de los plazos contemplados por la Constitución. Además, la autoridad competente está obligada a suspender el estado excepcional, si durante la vigencia del mismo cesaran las circunstancias que motivaron su declaración.
- Pº de responsabilidad, ya que la actuación de la Administración, incluyendo por supuesto a la militar, ha de ser ajena a la arbitrariedad y por tanto todos los funcionarios y empleados públicos son responsables por sus actos, disposiciones, resoluciones. En tal sentido los actos de la administración, incluso la administración militar durante la vigencia de un Estado de Emergencia, han de poder ser controlados y ser impugnables en vía jurisdiccional, teniendo además la obligación de indemnizar por daños y perjuicios.

A partir de todo ello la intervención militar en materia de orden público durante la vigencia de un Estado de emergencia ha de ser efectiva para el cumplimiento de sus funciones constitucionales, pero dentro del marco anteriormente señalado. De esta forma sus actuaciones resultan limitadas, controladas y responsables¹⁷. Para ello se exige:

A. La existencia de procedimientos judiciales que controlen de manera efectiva la actuación militar durante su intervención en el control del orden interno cuando es declarado un estado de emergencia.

Como hemos visto anteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado de manera reiterada que con independencia de las graves circunstancias que obligan a declarar el Estado de excepción, durante su vigencia deberán subsistir los mecanismos judiciales que resulten idóneos y efectivos para el control no solo de las normas y disposiciones que se dicten sino también de la los medios y las formas como son llevadas a la práctica. Dichos mecanismos de control tienen por objeto evitar que durante la vigencia del Estado de Emergencia no se excedan los límites estrictos establecidos en la Convención Americana o que se deriven de ella ya que “la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. De donde se concluye, *a fortiori*, que el régimen de protección judicial dispuesto por el artículo 25 de la Convención es aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia” (CIDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC 9-87* del 6 de octubre de 1987, FJ. 23). En este sentido la Declaración de Estado de Excepción “no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia” (CIDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) *Opinión Consultiva OC 9-87* del 6 de octubre de 1987, FJ. 25).

Para el cumplimiento de dicha obligación de garantía de los derechos no es suficiente que la existencia formal de recursos si éstos en la práctica no

¹⁷ La Corte Interamericana destaca, igualmente, “que si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas en el párrafo anterior, tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten 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 hubiere incurrido en desviación o abuso de poder”. (CIDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-8/87* del 30 de enero de 1987. *Opinión Consultiva OC 8-87* del 6 de octubre de 1987, FJ. 35).

son efectivos o eficaces para el cumplimiento de su finalidad protectora de los derechos, es decir que en la práctica dichos recursos resulten vanos o ilusorios. Ello puede derivarse de la falta de independencia e imparcialidad del Poder Judicial, de la falta de medios para ejecutar sus decisiones, la existencia de dilaciones indebidas en los procedimientos, o por cualquier causa que impida a los ciudadanos el acceso al recurso judicial o a las garantías propias del debido proceso¹⁸. De esta manera este procedimiento rápido, efectivo, eficaz de protección de los derechos que ha de estar vigente durante la declaración del Estado de Emergencia debe contar con todas las garantías previstas en la Convención Americana, que no pueden ser suspendidas, ya que sólo así dichos instrumentos procesales adquieren la condición de garantías judiciales¹⁹.

De esta manera tanto el Habeas Corpus (para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes) como el recurso de Amparo (para tutelar los derechos reconocidos por la Constitución y leyes de los Estados partes y por la Convención Americana) no pueden suspenderse con motivo de la declaración de Estado de Emergencia ya que han de ser considerados como los mecanismos idóneos para la protección de derechos (CIDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC 9-87 del 6 de octubre de 1987*, FsJs. 31 y 32)²⁰.

¹⁸ Así pues la Corte Interamericana señala que “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”. (CIDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC 9-87 del 6 de octubre de 1987*, FJ. 24).

¹⁹ A este respecto la CIDH señala que “Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales”. (CIDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC 9-87 del 6 de octubre de 1987*, FJ. 30).

²⁰ La Corte Interamericana ha considerado que “...Si bien es cierto que la libertad personal no está incluida expresamente entre aquellos derechos cuya suspensión no se autoriza en ningún caso, también lo es que esta Corte ha expresado que: los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el Artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática y que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los

B. La necesaria naturaleza judicial de los órganos de control de la actuación militar durante su intervención en el control del orden interno cuando es declarado un estado de emergencia.

Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención...” (CIDH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrs. 42 y 43). Así también ha expresado que “... las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías (*Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 38)...”. CIDH, *Caso Loayza Tamayo contra el Perú, sentencia sobre el fondo fundamento 50*.

En otros casos dicha CIDH también señala que:

“Los mencionados decretos supremos no suspendieron en forma expresa la acción o recurso de hábeas corpus que dispone el artículo 7.6 de la Convención Americana, pero el cumplimiento que el Estado dio a dichos decretos produjo, de hecho, la ineficacia del mencionado recurso, en virtud de que los jueces ordinarios no podían ingresar a los penales por ser éstos zonas militares restringidas, y de que dichas disposiciones impedían investigar y determinar el paradero de las personas a favor de las cuales se había interpuesto el recurso. En este caso, el hábeas corpus era el procedimiento idóneo, que pudo ser efectivo, para que la autoridad judicial pudiese investigar y conocer el paradero de los señores Durand Ugarte y Ugarte Rivera. No es válido el alegato del Estado en el sentido de que los familiares debieron haber ejercitado los procedimientos que reconoce el ordenamiento legal interno, tales como la declaración de muerte presunta o la apertura de la correspondiente sucesión legal, ya que estos recursos sirven a otros propósitos, relacionados con el régimen sucesorio, y ‘no al esclarecimiento de una desaparición violatoria de los derechos humanos’...”. CIDH, *Caso Durand y Ugarte contra el Perú, sentencia sobre el fondo, fundamento 100*.

“...La Corte reitera que el derecho de toda persona 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 ‘constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención... El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes’.

...Asimismo, la Corte ha señalado que: ‘la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla’.

...Lo anteriormente dicho no es sólo válido en situaciones de normalidad, sino también en circunstancias excepcionales. Dentro de las garantías judiciales indispensables que deben observarse, el hábeas corpus representa el medio idóneo ‘para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes’...”. CIDH, *Caso Cantoral Benavides contra el Perú, sentencia sobre el fondo, fundamentos 163 a 165*.

A partir de lo anteriormente señalado queda claro que durante la vigencia del Estado de Emergencia, incluso cuando las FFAA asuman en control del orden interno se mantienen los mecanismos judiciales efectivos de garantía de los derechos fundamentales. Ahora queda por abordar si le corresponde a los jueces ordinarios o a los militares efectuar esa labor de control ya que indistintamente de su carácter ordinario o especializado, lo verdaderamente relevante es que dicho órgano judicial cumpla con la función de ser garante efectivo de los derechos, que desarrolle un proceso con todas las garantías del debido proceso y que sea verdaderamente independiente e imparcial.

A este respecto, en la sentencia al Caso Castillo Petruzzi contra el Perú (entre otras), la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que la jurisdicción militar peruana en cuanto integrada por militares en ejercicio, sometidos a los principios de jerarquía y obediencia, no cumplían los requisitos de independencia e imparcialidad exigibles para ser considerados como órganos judiciales²¹. En la misma línea el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el hecho de que los tribunales militares estén conformados por oficiales en actividad, “vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que , por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencias como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales (*Caso Decreto Ley N.º 2320; Ley Orgánica de Justicia Militar; Decreto Ley N.º 23214; Código*

²¹ Así la CIDH ha señalado que “El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares... Este Tribunal ha señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, ‘lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción’... En relación con el presente caso, la Corte entiende que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal”. Ver a este respecto: CIDH, *Caso Castillo Petruzzi contra el Perú*, Sentencia sobre el fondo, de 30 de mayo de 1999, FsJs. 130 a 132.

de Justicia Militar; y de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 27860, STCP 0023-2003 AI/TC FJ 42 a 52).

Así pues, como se ha dicho anteriormente, todas las funciones y actuaciones desarrolladas por las Fuerzas Armadas a la hora de intervenir en zonas declaradas en emergencia, deberán ser controladas por una autoridad judicial independiente e imparcial con autoridad plena para controlar todas sus actuaciones, levantando o suspendiendo si fuere el caso las medidas militares adoptadas, prohibiendo determinadas prácticas, declarando nulas ordenanzas y bandos, así como procesando y sancionando administrativa, civil y penalmente a los responsables de los posibles actos que pudieran vulnerar los derechos fundamentales. En este sentido si las graves circunstancias obligan a tener que recurrir a la intervención militar ello no puede entenderse como una ruptura del sistema democrático o el quebrantamiento del Estado de Derecho, o la vía para vulnerar derechos y establecer la impunidad. Por el contrario es necesario recordar que las Fuerzas Armadas no son Instituciones o Cuerpos al margen del Estado Constitucional, Social, Democrático y de Derecho, sino que son parte de él, y sus normas, actuaciones, prácticas, usos y costumbres han de estar sometidos a él. Es este Estado Constitucional, con su legitimidad, el que le entrega las armas para el desarrollo de sus funciones, y en determinadas circunstancias graves le llama para intervenir en materia de orden público interno o catástrofes, pero siempre dentro de los límites propios de la legalidad constitucional. En este sentido, no cabe ninguna justificación para la vulneración de derechos al amparo del cumplimiento de órdenes superiores. Los integrantes de las Fuerzas Armadas, en todos sus rangos, niveles y escalas, están sometidos exclusivamente al cumplimiento de las órdenes legítimas impartidas dentro de la legalidad constitucional, y nunca su condición de militar y de sometimiento a la disciplina y jerarquía, puede servir para amparar la comisión de delitos, el abuso del poder, la vulneración de derechos, la transgresión de la ley.

Para controlar el sometimiento de la actuación militar a la legalidad se debe recordar que no basta con soluciones cosméticas o meramente formales tales como incorporar en la organización judicial ordinaria salas militares integradas por militares (aunque formalmente se introduzcan en el Poder Judicial) en cuanto sus integrantes al ser militares se encuentran sometidos a principios tales como la jerarquía y obediencia (o subordinación) a los superiores o carezcan de independencia e imparcialidad por lo que no garantizan las reglas del debido proceso, siendo por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteradamente ha señalado que no pueden ser considerados jurídicamente como Tribunales de Justicia. Además, también se debe recordar que en caso de que el ordenamiento interno prevea el funcionamiento de Tribunales militares o se introduzcan en el Poder Judicial salas militares integradas por militares (o con la participación de militares), al estar sometidos a los principios de jerarquía y

obediencia, su naturaleza en cuanto carezcan de independencia e imparcialidad es la de órganos administrativos (y no judiciales), aun cuando asuman formas y apariencia de tribunales judiciales (como es el caso de las Salas militares integradas por militares (o con la participación de militares) introducidas en el Poder Judicial). En esta función administrativa (y en ningún caso judicial) su ámbito competencial debe abarcar de manera restrictiva sólo a aquéllos actos militares desarrollados por militares de acuerdo con las leyes militares, por lo que quedan fuera de su competencia tanto los actos realizados por civiles, los actos no militares realizados por militares o los actos que estén fuera de las leyes militares, así como los excesos, abusos o arbitrariedades, o cualquier vulneración de derechos fundamentales²². Como reiteradamente ha señalado la Corte Interamericana los tribunales militares tienen por objeto el mantener el orden y disciplina dentro de las Fuerzas Armadas y se aplican a los militares

²² Con relación al carácter restrictivo que debe tenerse respecto al concepto de delito de función el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: "(...) No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como tales (...)". En tal sentido el delito de función se define como "aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales... Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico "privativo" de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad... Dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. La tutela anteriormente señalada debe encontrarse expresamente declarada en la ley. Entre las características básicas de los delitos de función se encuentran las siguientes:

A) En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses...

B) En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

C) En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

Por su parte, la justicia militar como que no constituye un "fuero personal" conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un "fuero privativo" centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. En ese orden de ideas, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

Ver con relación a los delitos de función militar y a la justicia militar, *Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003-AI/TC. FsJs 128 a 134.

que hayan efectuado delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones y dentro de determinadas circunstancias. Si se pretende que los tribunales militares o a las salas militares formalmente introducidas en el Poder Judicial adquieran una plena naturaleza de órgano judicial que fuera compatible con los criterios reiteradamente señalados por la Corte Interamericana, sus integrantes deberán ser independientes e imparciales y por lo tanto no podrán ser militares ya que están sometidos a disciplina, jerarquía u obediencia. En todo caso, las resoluciones de los Tribunales militares (o de las Salas militares formadas por militares o con militares introducidas formalmente en el Poder Judicial) en cuanto carentes de independencia e imparcialidad deben poder ser recurribles en todo caso ante tribunales que sí cumplan con tales requisitos. Todos estos criterios se extienden a la actuación de los servicios de inteligencia que en sus labores han de ser efectivos y eficaces pero que ello tampoco significa que actúen o puedan actuar al margen del Estado de Derecho, el sistema democrático o vulnerando derechos fundamentales. Su actuación, con la necesaria reserva que requieren éste tipo de instituciones, también deberá sujetarse a las reglas democráticas del Estado de Derecho y, por consiguiente, en cuanto afecten derechos han de ser autorizadas, supervisadas y controladas judicialmente.

En este sentido, las autoridades judiciales han de poder ingresar a las zonas militares restringidas para poder investigar y determinar la situación y el paradero de las personas detenidas, la legalidad de su detención, la forma como se produce y su compatibilidad con las condiciones propias de la condición humana, el plazo de la detención y que no se produzcan torturas ni tratos crueles o inhumanos o degradantes y que se le respete los demás derechos²³.

VI. La responsabilidad de los miembros del Gobierno por la actuación de los militares en el control del orden interno durante la vigencia de un Estado de Emergencia

El art. 45 de la Constitución peruana que no es suspendible por medio de la declaración de Estado de Emergencia establece el principio de respon-

²³ Así por ejemplo la CIDH ha señalado, entre otras cosas que "...las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, deben ser judiciales, 'lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción...". CIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros contra el Perú*, sentencia sobre el fondo, fundamento 129. A mayor abundamiento dicha Corte añade que "...Lo afirmado precedentemente no sólo es válido en situaciones de normalidad, sino también en circunstancias excepcionales. Como ya ha sostenido la Corte, 'la implantación del estado de emergencia -cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno- no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención'. Por consiguiente, 'es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías'...". CIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros contra el Perú*, sentencia sobre el fondo, fundamentos 187

sabilidad, tanto política como civil, administrativa y penal, de todo aquel que ejerce los poderes públicos en cualquiera de sus niveles. Esta cláusula resulta indispensable como garantía contra posibles extralimitaciones o abusos que puedan producirse en cualquier momento pero que ve potenciada su importancia precisamente en momentos tan graves como aquéllos en los cuales resulte necesario convocar a las FFAA para que asuman responsabilidades de control del orden interno cuando se ha declarado un Estado de Emergencia.

Artículo 45 CP

El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen...

De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República, entre otras atribuciones, la función de dirección general de la política del Gobierno, a partir de la cual dirige el Sistema de Defensa Nacional, organiza, distribuye y dispone el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, así como adopta las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y de la soberanía del Estado (art. 118.3, 14 y 15 de la Constitución peruana). Ejerce también, entre otras competencias, la atribución de declarar, con Acuerdo del Consejo de Ministros, el Estado de Emergencia (art.137.1 CP), así como de disponer la intervención de las Fuerzas Armadas en el control del Orden Interno²⁴.

En un Estado democrático asumir tales competencias implica asumir también la responsabilidad por las consecuencias que pudieran resultar del ejercicio de las mismas. Dicha responsabilidad no se limita a consecuencias que pueden ser directas a partir de sus órdenes o directrices expresas (la mayoría de autoridades políticas y militares alegan que no hay documentos o constancias que puedan acreditar que dieron órdenes que implicaran u ocasionaran vulneraciones de derechos), sino que en materia de derechos fundamentales también se extiende, tal y como ha señalado reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos a las omisiones responsables (sabiendo que se están cometiendo excesos en el cumplimiento de sus órdenes no se toman las medidas inmediatas para evitarlos, o sabiendo de la existencia de prácticas

²⁴ Entre las funciones constitucionales del Presidente de la República podemos destacar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 118 de la Constitución peruana, que:

Corresponde al Presidente de la República: Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales; Dirigir la política general del Gobierno; Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República; Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones; Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales; Presidir el Sistema de Defensa Nacional; y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

que vulneran los derechos no se investigan, no se sanciona a los autores, no se las repara), o que no se respetan los principios de proporcionalidad junto a la fórmula menos lesiva para los derechos, o la falta de diligencia o previsión razonable de los efectos que podían originar de sus órdenes, etc. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la responsabilidad por la comisión de actos que vulneren derechos se encuentra limitada al autor sólo en aquellos casos que son aislados, pero que en aquellos en los que se pueda apreciar la existencia de una práctica, es decir, que se trata de hechos de naturaleza parecida, que se repiten sistemáticamente (como puede ser por ejemplo la realización de torturas, tratos vejatorios, desapariciones) la responsabilidad alcanza también a los responsables políticos y a los mandos y superiores jerárquicos, ya que es su obligación tomar todas las medidas requeridas para evitar que se produzcan dichos comportamientos. Por lo tanto, al hablar de responsabilidades jurídicas nos debemos referir, en primer lugar, a las producidas de forma directa, por disposiciones u órdenes ilegales o vulneradoras de derechos que pudieran darse, pero, en segundo lugar, la responsabilidad también se origina de forma indirecta (aunque el miembro del gobierno o el militar superior no haya ordenado directamente la ilegalidad o vulneración de derechos) por permitir la existencia de prácticas ilegales, o ampararlas, no corregirlas, no sancionarlas, no repararlas²⁵.

Así, dentro de las primeras obligaciones de los poderes públicos (en todos los niveles y jerarquías) en materia de protección de los derechos fundamentales está la obligación de evitar la impunidad²⁶. Así la Corte Interamericana ha definido como impunidad la falta de prevención razonable, de investigaciones serias, búsqueda y captura de los responsables, enjuiciamiento y condena efectiva, así como la falta de reparación del derecho y de sus consecuencias²⁷. Por el contrario, los Estados están obligados a adoptar y modificar todas las normas de derecho interno, órdenes, directrices, prácticas, usos, costumbres de la administración que sean necesarias para garantizar la plena eficacia de los

²⁵ Ver a este respecto, entre otras, CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia sobre el fondo, fundamentos 17 y 171; CIDH, *Caso Godínez Cruz contra Honduras*, Sentencia sobre el fondo, fundamentos 179 y 180; CIDH, *Caso Cinco Pensionistas contra el Perú*, sentencia sobre el fondo, fundamento 163.

²⁶ Con relación a las obligaciones generales asumidas por los Estados al momento de aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver: Remotti Carbonell, José Carlos La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento, y jurisprudencia. IDEMSA, Lima, 2004, págs. 42 y ss.

²⁷ CIDH, *Caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, sentencia sobre el fondo, fundamentos 173 a 175; CIDH, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia sobre el fondo, fundamento 211; CIDH, *Caso Blake contra Guatemala*, sentencia sobre la indemnización compensatoria (reparaciones) fundamento 64 y 65; CIDH, CIDH, *Caso Garrido y Baigorria contra Argentina*, sentencia sobre la indemnización compensatoria (reparaciones), fundamentos 73; CIDH, *Caso Baruch Ichver contra el Perú*, sentencia sobre el fondo, fundamento 186.

derechos, así como a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia independiente e imparcial, para que sean oídos mediante un recurso sencillo y rápido, llevado con todas las garantías, y así alcanzar que se les repare el derecho, y que se juzgue y sancione a los responsables²⁸. Para ello se debe adecuar todo el ordenamiento jurídico al cumplimiento de dicha obligación. Las autoridades políticas o los mandos militares no pueden alegar o invocar normas de derecho interno, como por ejemplo leyes de amnistía, para obstaculizar la investigación y el acceso a la justicia o para justificar excesos, subvirtiendo el Estado de Derecho, los derechos constitucionales así como las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos²⁹.

En el cumplimiento de tal obligación de buscar la plena eficacia y garantía de los derechos incluso en los periodos de vigencia de un Estado de Emergencia en el cual resulta necesaria la actuación de las FFAA en materia de orden público, le corresponde al Presidente de la República al momento de Declarar el Estado de Emergencia y Ordenar la intervención militar para el control del orden interno, como máxima responsable por la actuación militar, la obligación de establecer de forma clara las pautas que las FFAA deberán seguir bajo los principios antes mencionados. De esta manera corresponde al Presidente, dentro del marco del Estado de Derecho y de respeto y garantía de los derechos fundamentales, determinar de manera clara las condiciones en las que participarán las Fuerzas Armadas para solventar la grave situación de alteración del orden interno o catástrofe, delimitando los medios siempre legales a utilizar en tal fin y las circunstancias en que podrán utilizarlos para el cumplimiento de sus objetivos, y estableciendo los límites que en ningún caso, razón o circunstancia podrán sobrepasar en su actuación³⁰. Así también corresponde al Presidente disponer todo lo necesario para que en caso de excesos en el cumplimiento de sus funciones, o vulneración de derechos, o comisión de delitos, se proceda a efectuar una investigación por órganos independi-

²⁸ CIDH, *Caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, sentencia sobre el fondo, fundamento 173

²⁹ CIDH, *Caso Castillo Páez contra el Perú*, sentencia sobre el fondo, fundamento 90; CIDH, *Caso Castillo Páez contra el Perú*, sentencia de indemnización compensatoria (reparaciones), fundamento 104; CIDH, *Caso Loayza Tamayo contra el Perú*, sentencia de indemnización compensatoria (reparaciones), fundamento 168; CIDH, *Caso Barrios Altos contra el Perú*, sentencia sobre reconocimiento de responsabilidad y acuerdo amistoso, fundamento 41, 43 y 44; CIDH, *Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros contra Trinidad y Tobago*, sentencia sobre el fondo, fundamento 152.c.

³⁰ La Reglas de Enfrentamiento (Rules of Engagement –ROE- o Reglas del Empleo de la Fuerza –REF-) es uno de los principales mecanismos para determinar el margen de actuación dentro del cual podrán actuar las FFAA en asuntos de orden interno. En este sentido, siendo un mecanismo cuyo antecedente principal se encuentra en las misiones de paz de las Naciones Unidas a fin de regular las circunstancias (especialmente de autodefensa) en las que las Fuerzas de Pacificación podían utilizar las armas, se debe señalar que rápidamente han sido integradas al ordenamiento jurídico de distintos países. España y el Perú son dos claros ejemplos.

entes e imparciales y, si procede, a sancionar a los responsables y reparar los daños y a las víctimas. En tal sentido las disposiciones, resoluciones, órdenes u actos presidenciales no solo deben ser dictadas u efectuadas conforme a la legalidad en sentido general, sino que además a través de ellas no debe quedar resquicio alguno que permita considerar que ampara o amparará ni permite ni permitirá (por acción u omisión) el quebrantamiento del Estado de Derecho, la vulneración de derechos fundamentales, o la comisión de actos delictivos. Si no se establecen tales criterios o límites, o se hace de manera ambigua o dubitativa o si detectados actos que impliquen violaciones de derechos no se les investiga o no se pone a los responsables a disposición de órganos judiciales independientes e imparciales, o se impide que sean sancionados o que se repare las violaciones de derechos, se debe entender que la responsabilidad por tales actos se extiende a quien es el máximo responsable de la actuación militar. De esta forma no basta con no ordenar la vulneración de derechos o la comisión de delitos, sino que también se deberá disponer de todo lo necesario para prevenir y evitar la comisión de tales actos y, en todo, caso al tener los primeros indicios de que posiblemente se estén efectuando vulneraciones de derechos humanos deberá iniciar las investigaciones pertinentes, ponerlos a disposición judicial, sancionar a los responsables y alcanzar su reparación. Por todo ello, la función presidencial no se agota con la declaración del Estado de Emergencia una zona del territorio y la encomienda a las FFAA que asuman el control del orden interno en ella, por cuanto a él le corresponde la función de máxima dirección de la actuación militar, ejerciendo así la función de garante del orden constitucional.

Ahora bien, se debe recordar que el art. 120 de la Constitución establece para la validez de todos los actos del Presidente, que deben contar con el necesario refrendo ministerial, por lo que serán nulos todos los actos del Presidente que carezcan del mismo, en cuyo caso no producirán vinculación alguna, no debiendo ser obedecidos.

Art. 120 CP

Son nulos los actos del Presidente que carecen de refrendo ministerial.

Artículo 128 CP

Los ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan.

Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente.

A partir del refrendo ministerial los actos presidenciales asumen validez, y pasan a ser vinculantes y obligatorios. Además, con el refrendo el Ministro asume la responsabilidad por el acto que autoriza o valida. Por ello el Ministro si considera que el acto presidencial es ilegal o que está en contra de sus principios, puede negarse a firmarlo ya que su función no es la de un simple secretario de despacho o fedatario del acto presidencial. En tal caso el acto presidencial no refrendado, al ser nulo, no generará ningún efecto. El Ministro, además de negarse a efectuar el refrendo, puede también dimitir. El Presidente por su parte podrá removerlo del cargo previo acuerdo con el Presidente del Consejo de Ministros (art. 122 CP). De esta manera, si el Ministro dimite o es cesado por negarse a autorizar con su refrendo el acto presidencial no asumirá las responsabilidades que pudieran generarse. Por el contrario, si efectúa el refrendo además de dotar de validez al acto presidencial, el Ministro asumirá también las responsabilidades que dicho acto pudiera originar. Pero ello no significa que el Presidente deje de tener responsabilidad alguna por los actos que desarrolle durante su presidencia sino que de conformidad con lo establecido en el art. 117 CP para poder exigirle la responsabilidad al Presidente se deberá esperar al final de su mandato. En este sentido, terminado su mandato se le podrá procesar y sancionar por la comisión de los actos ilícitos que pudiera haber cometido en su mandato.

Art. 117 CP

El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

De otro lado, la Constitución al configurar a los Ministros lo hace como efectivos directores y gestores del sector público que tengan asignado. Por lo tanto, como ya lo he manifestado, no se trata de meros fedatarios de los actos del Presidente o secretarios (transmisores) de las decisiones presidenciales

Artículo 119 CP

La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

Además, de conformidad con lo establecido en la Ley 27860 reguladora del Ministerio de Defensa, le corresponde al Ministro de Defensa ser la máxima autoridad del sector, así como establecer los objetivos, formular, dirigir, y

ejecutar la política del Ministerio, la política de Defensa Nacional y los planes del Gobierno en dicha materia (Art. 6).

A partir de ello el Ministro de Defensa también asume la responsabilidad de establecer, de conformidad con lo expresado por el Presidente de la República en cuanto Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, las normas, órdenes, directrices, directivas, Reglas de Enfrentamiento (ROE / REF) que sean necesarias para que el desarrollo de las actuaciones de las FFAA, cuando fueran llamadas a participar en el control del orden interno ante la declaración de un Estado de Emergencia, se desarrollen dentro del Marco constitucional. En dichas disposiciones y actuaciones al igual que sucede con el Presidente debe quedar plasmado que ni se autoriza (por acción u omisión) ni se ampara ni se amparará ninguna forma de vulneración de derechos fundamentales o la comisión de delitos, para lo cual se ha de proceder a adoptar todas medidas que resulten necesarias para la prevención razonable de tales actos, así como para la investigación y sanción de quienes resulten responsables. En este sentido no basta con refrendar el Decreto Presidencial autorizando a las FFAA para que asuman el control del orden interno en determinada zona del territorio cuando se declare en ella un Estado de Emergencia o con delegar al Comando Militar que establezca los parámetros a seguir. Como ha quedado claramente establecido el Comando Militar podrá decidir sobre aspectos operativos, tácticos para el cumplimiento de las órdenes recibidas, pero en ningún caso, por ningún motivo puede, ni debe, asumir responsabilidades de naturaleza política como es el establecimiento de los objetivos, los límites que no podrá sobrepasar, los medios a utilizar, o decidir sobre el uso de la fuerza (cuando, cómo, cuanto, hasta dónde utilizar las armas). Esas son decisiones de clara naturaleza política que no le corresponden, en ningún caso, por ningún motivo, a los mandos y comandos militares. En todo caso si el Presidente y el Ministro consideran necesario delegar responsabilidades deberán nombrar un representante o delegado o jefe político de la zona declarada en Estado de Emergencia (que no podrá ser militar, a los efectos de que sea él (o ella) quién bajo las directrices dadas por el Presidente y el Ministro dicte las disposiciones, las órdenes y las Reglas a seguir por los militares.

VII. La ley 29166 y las reglas de Empleo de la Fuerza

La ley 29166 reguladora de las Reglas de Empleo de la Fuerza por parte de las Fuerzas Armadas cuando participen en asuntos de orden interno dentro del territorio nacional, es un paso importante en la línea de regular la actuación de las FFAA en su participación en materia de orden interno adecuando su actuación a los parámetros constitucionales y democráticos. Dicha Ley ha sido desarrollada por el Decreto Supremo 012 – 2008 DE/CCFFAA (*Reglamento de*

ley 29166 - Reglas de empleo de fuerza por FFAA). Ambas normas, significan un gran avance en cuanto efectúan declaraciones formales en cuanto a que las FFAA en todas sus actuaciones deben respetar los derechos fundamentales y adecuar su actuación a los principios de intensidad justa requerida en el uso de la fuerza, mínima dañosidad, atención a las víctimas. Sin embargo ambas normas también contienen artículos de muy discutible constitucionalidad por cuanto atentan directamente a las previsiones a las que nos hemos referido a lo largo de este trabajo. Así mencionaremos algunas de ellas a modo de ejemplo.

A. La consideración de ciudadanos como enemigos

Hay que recordar que la habilitación constitucional para que las Fuerzas Armadas puedan intervenir durante la vigencia de un Estado de Emergencia se realiza para solventar una grave situación de orden interno, catástrofes o de otros peligros que amenacen la vida de la Nación, con el objeto de volver al orden interno constitucional de plenitud del Estado Democrático, Social y de Derecho, por lo que no se trata de una guerra contra enemigos a los que hay que aniquilar, sino que se trata de reestablecer el orden público constitucional dirigiendo su actuación a que los ciudadanos que participan en tales actos reconduzcan su actuación dentro de la legalidad, deteniendo a los que resulten responsables de la comisión de delitos para conducirlos ante la justicia. En este sentido se debe recordar que por más graves delitos que se hayan cometido en tales circunstancias se trata de ciudadanos, titulares de derechos y garantías y, por lo tanto, se les debe considerar como inocentes hasta que sean condenados como culpables, mediante resolución que sea firme tomada en un juicio llevado a cabo por jueces independientes e imparciales y desarrollado con todas las garantías y el debido proceso. Incluso una vez condenados también mantienen todos los derechos que expresamente no se hayan limitado en la condena o que no resulten limitados debido al régimen de convivencia y disciplina penitenciaria. El resto de los derechos los mantienen incluso como condenados. Es cierto que para determinados estrategias políticos y militares la lucha contra la subversión, el terrorismo y, en algunos casos, contra el narcotráfico ha de ser tomada como una guerra (distinta pero una guerra), en la que quienes se enfrentan ante los poderes e instituciones establecidas deben ser considerados como enemigos y así se vislumbra, por ejemplo, en el art. 10 de la Ley 29166 en el que se hace referencia a la *capacidad del enemigo* como una de las causales para que el comandante del operativo pueda adecuar las reglas para el empleo de la fuerza que se le hayan dado. Tales planteamientos amigo/enemigo están radicalmente fuera de la Constitución y del marco democrático, por cuanto por más violentos y radicales que sean estas personas y grupos, de conformidad con el sistema constitucional sólo pueden tener la consideración de ciudadanos y ser

tratados en todo caso según las leyes procesales y los tratados internacionales, como titulares de derechos y garantías.

B. La extralimitación del mandato constitucional

Como se ha señalado reiteradamente en este trabajo la Constitución al posibilitar la intervención militar en materia de orden público no otorga nuevas competencias a las Fuerzas Armadas, sino que sólo implica un cambio en la titularidad de la competencia que en principio no puede cubrirse plenamente por la Policía Nacional. En este sentido reiteramos que las FFAA desarrollarán las funciones “destinadas a prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad, a saber: garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; prevenir investigar y combatir la delincuencia, y, en suma, reestablecer la seguridad ciudadana (*Caso Ley de Estados de Excepción* n° 24150, STCP 0017-2003, FJ. 84). Ahora bien consideramos que la autorización para que el Jefe del Comando Conjunto (siguiendo las directrices dadas por el Presidente de la República y del Ministro de Defensa) autorice o delegue el dictado de las Reglas de Enfrentamiento hecha por el art. 10 Decreto Supremo 012 – 2008 DE/CCFFAA, constituye una extralimitación de tales previsiones constitucionales. Primero, porque dicha autorización al jefe del Comando Conjunto no está prevista en la Ley 29166, por lo que no puede un Decreto Supremo autorizar lo que la Ley no le habilita. Y no lo hace por cuanto, en segundo lugar, el jefe del Comando Conjunto sólo podrá establecer los planteamientos operativos y tácticos necesarios para el cumplimiento de su función y el reestablecimiento del orden público, pero ello no puede por ningún motivo confundirse con habilitaciones para que pueda tomar decisiones de claro contenido político como son la determinación del marco de actuación, estableciendo los objetivos a alcanzar, los límites infranqueables, los medios a utilizar, cuando usar las armas, qué armas, hasta dónde llegar. Todo ello son decisiones de naturaleza totalmente política que no pueden ser delegadas en ningún caso a miembros de las Fuerzas Armadas.

C. La autorización para el uso letal de las armas en situaciones totalmente inaceptables

Un principio básico de toda sociedad democrática es que el uso de la fuerza está reservado al Estado para que dentro de la ley, pueda ser utilizado por sus Instituciones en el cumplimiento de sus funciones constitucionales tales como garantizar el orden público, los derechos de los ciudadanos o la integridad territorial del Estado. De esta forma se entregan armas a las instituciones policiales y militares a los efectos de que cumplan con las misiones que la Constitución les atribuye.

En lo que respecta al uso de las armas de en materia de orden público éstas sólo pueden utilizarse en democracia, como último recurso, en situaciones de legítima defensa ante un grave riesgo racionalmente grave para la vida o integridad del agente (o de terceros) o ante un supuesto de muy grave peligro a la comunidad que pueda poner en amenaza la vida o integridad de personas. Si no se dan esas circunstancias el uso de las armas de fuego está totalmente prohibido. Las Fuerzas Armadas cuando son llamadas a participar en el control del orden público sólo vienen a desarrollar las funciones que en circunstancias normales son desarrolladas por la policía y que por las excepcionales circunstancias no puede llevar a cabo plenamente. De esta manera el uso de las armas de fuego con carácter letal sólo puede ser autorizado en las circunstancias antes señaladas de legítima defensa y muy grave peligro para la comunidad.

Ahora bien, dicho ello encontramos que tanto la Ley 29166 como el Decreto Supremo (*Reglamento de ley 29166 - Reglas de empleo de fuerza por FFAA*) 012 – 2008 DE/CCFFAA (en su regla 41) establecen que las armas de fuego se podrán utilizar de manera letal para garantizar el cumplimiento de misiones asignadas y, además, se autoriza a que sea el Comandante del operativo sea quien evalúe si los objetivos de la misión pueden verse afectados (art. 13 Decreto Supremo 012-2008 antes mencionado). También se autoriza a utilizar las armas de manera letal para hacer frente al daño o destrucción de la propiedad pública o privada. Con relación al primero de los supuestos hay que recordar que cualquier misión asignada debe estar dentro del marco constitucional que autoriza la intervención de las FFAA sólo para el reestablecimiento del orden interno, hacer frente a desastres, o a peligros que pongan en peligro la vida de la Nación. Además, como queda dicho, su participación está circunscrita a desarrollar las funciones que por las graves circunstancias que se viven no pueden ser desarrolladas cabalmente por la Policía Nacional y ésta solo puede utilizar sus armas de fuego de manera letal en legítima defensa o ante un grave peligro que ponga en serio riesgo vital a toda o parte de la comunidad. Por lo tanto el supuesto de que se pueda autorizar a nivel interno el uso letal de las armas para garantizar el cumplimiento de una misión asignada, resulta totalmente inadmisibles por cuanto no se puede plantear sacrificar vidas humanas para conseguir determinados objetivos por más importantes que estos sean. No hay que olvidar que de conformidad con el art. 1 de la Constitución el fin supremo de la Sociedad y del Estado es la persona humana y le corresponde a todas sus instituciones (incluyendo a las FFAA protegerla). Distinto es el supuesto de si en el cumplimiento de una misión asignada han de ejercer el derecho a la legítima defensa, pero este no es caso que nos ocupa.

De igual manera también resulta inadmisibles que se pueda autorizar el uso de las armas de fuego de manera letal para evitar la destrucción de la propiedad pública o privada sin que se den los elementos constitutivos para el ejercicio

de la legítima defensa ante un serio riesgo racionalmente grave para la vida o la integridad física de quién se defiende (o de un tercero) o sin que se ponga en serio riesgo vital a toda o parte de la comunidad. Hay que recordar que el art. 1 de la Constitución peruana señala que “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Por eso las Fuerzas Armadas han de respetar dicha finalidad y en cuanto participen en materia de orden interno, proteger a toda costa a las personas. En tal sentido el bien jurídico propiedad privada o pública, por muy valioso y merecedor de protección que sea, no podrá en ningún supuesto justificar que se autorice el uso de armas de manera letal para su protección. Por tanto, ambos supuestos son totalmente inaceptables.

Por otro lado, con relación a las actuaciones previas que deben efectuar las FFAA antes de proceder al uso de la fuerza debemos mencionar que se exige, tanto por la Ley 29166 como por el Decreto Supremo (*Reglamento de ley 29166 - Reglas de empleo de fuerza por FFAA*) 012 – 2008 DE/CCFFAA, que antes del uso de la fuerza se proceda a efectuar una necesaria advertencia, disuasión, intimidación siempre que las circunstancias lo permitan. Por su parte dicho Decreto Supremo dispone que en las operaciones desarrolladas ante la negativa de acatar las medidas disuasorias, se pasará al nivel intimidatorio en el que se ordena el rastrillaje de las armas y en su caso la realización de disparos al aire. Si estas medidas de intimidación fracasan se pasa al nivel de rechazo en que primero se podrá usar las armas de manera no letal y si ello tampoco surte efectos y no hubiere otra salida se podrá usar las armas de conformidad con las reglas de enfrentamiento que se hayan autorizado para la ocasión. Ahora bien aquí también se olvida la función de control del orden Público que desarrollan las FFAA. Ante ello debemos decir que la intervención militar no cambia la naturaleza del conflicto (orden interno), ni el sistema constitucional, mientras que los militares si deben cambiar su esquema de funcionamiento (cambiando planteamiento de guerra o batalla frente a enemigos), para adecuarlo al mandato constitucional de restablecimiento del orden publico, de respeto al Estado de Derecho y a los derechos fundamentales. Un conflicto de orden interno, por grave que sea no puede ser abordado como una guerra. Para reestablecer el orden interno existen una gran cantidad de medios y técnicas no letales que pueden ser usados por las FFAA para reestablecer el orden interno sin tener que usar armas de fuego (ni siquiera rastrillarlas) ya que se debe recordar que si bien la Constitución habilita a que en un Estado de emergencia se pueda suspender la libertad, la seguridad, la inviolabilidad del domicilio, de reunión, de tránsito, en ningún caso se habilita, por ningún motivo que se pueda suspender el derecho a la vida o a la integridad personal.

D. La autorización al Comandante de las operaciones a adecuar las reglas para el empleo de la fuerza

El art. 10 de la Ley 29166 y el art. 10 del Decreto Supremo (*Reglamento de ley 29166 - Reglas de empleo de fuerza por FFAA*) 012 – 2008 DE/CCFFAA, autorizan al Comandante de la operación a adecuar las reglas para el empleo de la fuerza de acuerdo a las circunstancias o por razones vinculadas con la configuración del terreno, clima, idioma, horario, capacidad del ‘enemigo’, o cualquier otra situación que lo amerite. Como queda dicho esta habilitación al Comandante de la operación sólo puede entenderse en el sentido de referirse a los aspectos tácticos u operacionales, pero en ningún caso respecto de criterios de definición política como puede ser la determinación de los objetivos de la misión, los límites que en ningún caso se podrán sobrepasar, los medios a utilizar o el grado de intensidad de la fuerza a aplicar o lo relativo a la afectación de los derechos de los ciudadanos ya que todo ello son cuestiones de clara naturaleza política que se encuentran fuera de la esfera competencial de los militares.

E. La disposición de que todas las acciones desarrolladas por el personal militar en el ejercicio de sus funciones y en aplicación de la ley deben ser conocidos por la jurisdicción militar

A este respecto no vamos a repetir todo lo que hemos señalado en páginas anteriores de que las acciones del personal militar desarrolladas en materia de orden público deben poder ser controladas por tribunales independientes e imparciales y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional peruano ha considerado que la Justicia Militar no cumple con esas características, por lo que me remito a todo lo manifestado anteriormente.

VIII. A modo de conclusión

La declaración de Estado de Emergencia y el llamado a la Fuerzas Armadas son mecanismos constitucionales establecidos para que de una forma limitada y garantista se pueda hacer frente a graves situaciones de alteración del Orden Público, catástrofes, o graves riesgos para la vida de la Nación. Para ello la Constitución habilita al Presidente para que con el previo acuerdo del Consejo de Ministros pueda adoptar tales medidas. Ahora bien el ejercicio de dicha competencia no puede ser entendido en el sentido de agotarse con la aprobación de un dispositivo en el que se disponga la declaración del Estado de Emergencia así como la intervención de las FFAA en el control del orden interno. En este sentido hay que recordar que al Presidente le corresponde ejercer la función de garante del ordenamiento constitucional, del Estado de Derecho, del régimen de derechos y libertades, y que esa función de garante ha de proyectarse en el ejercicio de sus funciones como Jefe Supremo de las FFAA, asumiendo en esta línea las responsabilidades por las consecuencias que pudieran derivarse de las actuaciones de los militares en el control del orden

interno. Estas responsabilidades se derivan no sólo de lo que expresamente pudo haber ordenado, sino que también se originan en cuanto no se adopten las medidas de prevención razonable respecto a vulneraciones de derechos por parte del personal militar, las encubre o permite la impunidad, no investiga las violaciones de derechos, no procede a poner a los responsables ante los tribunales, no los sanciona, no repara a las víctimas.

Dicha responsabilidad es extendible a los Ministros respectivos (Defensa, Interior) por cuanto como directores y gestores de sus respectivos sectores están también obligados, al igual que el Presidente, a emitir las disposiciones, normas, órdenes, directrices, directivas, ROE /REF, etc, que resulten necesarias para que toda intervención militar se desarrolle dentro del marco constitucional. En tal sentido los ministros también serán responsables de las consecuencias derivadas tanto de los actos del Presidente que refrenden, como de los propios que puedan ser ilegales o vulneradores de derechos, así como de sus omisiones responsables por ejemplo no establecer los criterios de actuación, falta de diligencia en la prevención razonable o de sanción a los responsables o el encubrirlos, ampararlos, no ponerlos a disposición judicial o no reparar a las víctimas.

A partir de todo ello, tanto el Presidente como los Ministros correspondientes asumen las responsabilidades que pudieran derivarse de la intervención de las FFAA en las zonas declaradas en Estado de Emergencia, aunque ellos expresamente no hayan ordenado la comisión de vulneraciones de derechos si es que no han tomado todas las previsiones del caso para prevenirlas razonablemente, o si producidas éstas se las encubre o se permite la impunidad, no las investigan, no proceden a poner a los responsables ante los tribunales, no los sancionan, no reparan a las víctimas.