

RAZONABILIDAD, TEMPORALIDAD, PROPORCIONALIDAD Y NECESIDAD EN LA RESOLUCION DE HABÉAS CORPUS EN LOS ESTADOS DE EXCEPCION: EL CASO PERUANO

POR ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

En esta primera parte, Espinosa-Saldaña trata sobre las declaratorias de emergencia, sus riesgos y los mecanismos para mediatizarlos. Asimismo, analiza las diferentes teorías sobre la revisión judicial de las medidas de excepción.

“Donde la sociedad se organiza reduciendo de manera arbitraria o incluso eliminando el ámbito en que se ejercita legítimamente la libertad, el resultado es la desorganización y la decadencia progresiva de la vida social”

JUAN PABLO II, *Centesimus Annus*.

A MODO DE INTRODUCCION

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, han ido ocurriendo una serie de acontecimientos que sin duda alguna han influido en las condiciones dentro de las cuales se desarrolla la vida de los miles de millones de seres humanos que hoy pueblan nuestro planeta. En nuestra opinión, la creciente preocupación y acción internacional por asegurar que se respeten los Derechos Humanos de todas las personas y la búsqueda de la paz universal como garantía del desarrollo integral del conjunto de la humanidad no son sólo algunos de estos acontecimientos, sino los axiológicamente más relevantes. Sin embargo, y a pesar de estos esfuerzos, la Tierra en la actualidad está todavía muy lejos de ser un planeta pacífico. Diariamente y en diversas partes de nuestro mundo se presentan conflictos de corte social o político, situaciones en las que la misma defensa de los intereses de toda una comunidad hace sumamente difícil para los diferentes Estados el mantener la vigencia de los derechos fundamentales del conjunto de sus ciudadanos. Ante estos casos, nunca resulta más pertinente la afirmación de Germán Bidart Campos cuando señala que los derechos constitucionales —o por lo menos, algunos de ellos— no tendrían una eficacia absoluta, sino relativa, lo cual justifica cierta restricción de los mismos cuando un interés colectivo lo exige⁽¹⁾. Frente a este dato incuestionable de la realidad, desde el constitucionalismo liberal se ha planteado lo que

algunos han denominado el Derecho de Excepción, por el cual se intenta efectuar la difícil labor de restringir el normal desarrollo de las libertades ciudadanas para así proteger la estabilidad de los valores en instituciones que caracterizan a una comunidad, a pesar de las emergencias que se deba afrontar.

La necesidad de restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales bajo ciertos supuestos excepcionales es hoy un tema consensualmente aceptado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Prueba de ello es lo previsto en el primer inciso del artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el primer párrafo del artículo 27° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el primer inciso del artículo 15° de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, disposiciones que reproducimos a continuación:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 4°:

“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de 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.”

1 BIDART CAMPOS, Germán —citado por GARCIA SAYAN, Diego— Perú: Estados de Excepción y Régimen Jurídico. En: GARCIA SAYAN, Diego (ed.) - Estados de Emergencia en la Región Andina. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987 pág. 95.

Eloy Espinosa-Saldaña
• Abogado
• Catedrático de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
• Profesor visitante de la Universidad Nacional de Buenos Aires y de la Pontificia Universidad Católica Argentina

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 27°:

“1. (...) En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las básicas 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 generen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”

Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales, artículo 15°:

“1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en el supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho Internacional.”

Asimismo, las constituciones de diversos países en el mundo prevén la existencia de estas situaciones excepcionales⁽²⁾, las cuales, según la legislación de cada país, van a recibir diversos nombres: Estado de Emergencia, Estado de Sitio, Estado de Alarma, Estado de Guerra Interna, etc, siendo en nuestra opinión la expresión más completa y conveniente la de Estados de Excepción. Estando completamente de acuerdo con la necesidad de que existan estos instrumentos dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos de cada país, no podemos dejar de expresar nuestra preocupación por el uso distorsionado de estas instituciones. De hecho, y en el mismo sentido de lo señalado por O'Donnell, la historia (y sobre todo la vinculada a los países latinoamericanos) ha demostrado que los Estados de Excepción muchas veces no han servido para evitar una grave alteración de los servicios públicos, instituciones estatales y derechos políticos frente a crisis de tipo socio-político⁽³⁾, sino más bien se han convertido en un pretexto para tratar de legitimar violaciones sistemáticas de los derechos humanos, fundamentalmente —más no únicamente—

efectuadas por regímenes inconstitucionales y antidemocráticos.

Los países de América Latina han estado muy lejos de, valga la redundancia, ser una excepción al uso frecuente de los Estados de Excepción. La continua inestabilidad de sus instituciones políticas más importantes ha llevado a los gobiernos de la región a emplear reiteradamente estos mecanismos para hacer frente a disturbios internos, alteraciones del orden público o actividades de movimientos subversivos, guerrilleros o terroristas. Como bien dicen destacados autores⁽⁴⁾, los Estados de Excepción se han hecho una característica típica de la realidad política y constitucional de América Latina.

Es fácil presuponer entonces el exhaustivo tratamiento que le han dado a esta institución algunos de los textos constitucionales de diversos países de nuestra región (sin embargo, como veremos más adelante, las situaciones que permiten declarar un Estado de Excepción, los órganos encargados de elaborar dicha declaración y los procedimientos necesarios para su ejecución no son siempre los mismos para cada caso). Pero lo que si nos resulta difícil de aceptar es como en Latinoamérica muchos de sus gobiernos han buscado justificar abusivos recortes de derechos fundamentales —como el derecho a la vida o el derecho a la libertad individual— a través de la declaración de Estados de Excepción.

Lo ocurrido en el Perú en esta materia es por demás aleccionador. Coincidimos con quienes señala que buena parte de nuestra historia —por lo menos, de aquella que podríamos calificar como la más reciente— se ha desarrollado en Estados de Excepción y de extraconstitucionalidad⁽⁵⁾. Gobiernos democráticamente elegidos y de los otros usaron con frecuencia recursos como el de la suspensión de garantías —previsto por el artículo 70° de la Constitución de 1933— o leyes “de emergencia”⁽⁶⁾, instrumentos cuya finalidad pri-

2 Así ocurre por ejemplo con la Constitución Argentina de 1853 - 1860 en sus artículos 23°, 53° y 86.19°; la Constitución Canadiense de 1981 en su artículo 33°; la Constitución Mexicana de 1917, en su artículo 28°, etc.

3 Existe un gran desarrollo doctrinario y normativo vinculado a situaciones de Emergencia ocasionadas por razones de carácter económico, e incluso frente a las repercusiones que puedan tener fenómenos naturales como seísmos, inundaciones, etc; temas que a pasar de su importancia no desarrollaremos en este texto por exceder largamente los parámetros de nuestro trabajo.

4 Este es el sentido que se pronuncian GROS ESPIELL, Héctor; PIZA Rodolfo; ZOVATTO, Daniel - Los Estados de Excepción en América Latina y su incidencia en la cuestión de los Derechos Humanos en caso de disturbios internos. En: GARCIA SAYAN, Diego (ed.) - Op. Cit. pag. 22.

5 GARCIA SAYAN, Diego - Op. Cit. pag. 96 y ss.

6 Nos referimos en este punto a normas como la Ley de Emergencia, que rigió entre 1932 y 1945; o al Decreto Ley

mordial no era la de fortalecer las instituciones democráticas nacionales sino la de proporcionar un marco legal para la persecución de los opositores políticos o de la represión de las movilizaciones populares, sobre todo las de carácter sindical. Es recién durante los doce años del autodenominado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas en que, conjuntamente a la dación de decretos de "suspensión de garantías", se introduce la figura de los Estados de Emergencia, aunque la motivación de esta nueva institución legal no fue en los hechos muy distinta a la de sus antecesoras en lo que podríamos llamar la evolución del Derecho de Excepción en el Perú.

En la década de los 80, la aparición de movimientos subversivos como Sendero Luminoso o el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) van a originar, en principio, cambios en la motivación para la declaratoria de los Estados de Excepción en el Perú, pero lamentablemente sin

Los Estados de Excepción son una característica típica de la realidad política y constitucional de América Latina.

que ello haya producido significativos avances en cuanto al respeto a de los derechos fundamentales de todos nuestros ciudadanos durante la vigencia de dichos regímenes excepcionales. Todo lo contrario: ante la incapacidad de las autoridades civiles para diseñar y encabezar una estrategia antisubversiva integral que derrote el accionar subversivo, progresivamente se va entregando esta tarea a las Fuerzas Armadas.

En su combate contra la delincuencia terrorista, las Fuerzas Armadas desarrollarán una labor casi siempre apoyada en acciones meramente represivas, acciones que muy pronto los llevarán a incurrir en graves e injustificables violaciones de los Derechos Humanos. En este contexto, las llamadas "Zonas de Emergencia", cumplirán muchas veces el penoso papel de servir como manto para la impunidad de hechos tan execrables como los cometidos por los grupos subversivos. La libertad individual ha sido indudablemente uno de los derechos menos respetados en esta coyuntura, máxime en un país en el cual sus autoridades siempre han sido proclives a restringir un

completo ejercicio de tan importante derecho. Y ya dentro de la vigencia del Estado de Emergencia, dichas medidas de carácter excepcional han servido para justificar detenciones abiertamente arbitrarias, casi siempre acompañadas por torturas y otros vejámenes a la integridad y dignidad personal del arrestado.

Es frente a este estado de cosas que el papel del Poder Jurisdiccional como contralor de la constitucionalidad y legalidad de las medidas tomadas durante la vigencia de un Estado de Excepción (y porque no decirlo, de la constitucionalidad y legalidad de la misma declaratoria de dicho Estado de Excepción) debiera alcanzar una relevancia indiscutible.

Desafortunadamente en el Perú esta afirmación no sólo debe hacer frente a quienes desde el quehacer político y académico toman nuestra aseveración con grandes reservas (lo que, sin negar su relevancia, para el caso concreto no es precisamente lo más importante) sino fundamentalmente se encuentra con un comportamiento judicial que en líneas generales es renuente a asumir esta delicada responsabilidad. Esto ha traído gravísimas consecuencias para nuestro país, pues como bien dicen importantes estudios sobre la materia, esta debilidad del Poder Judicial peruano indudablemente colaboró con el incremento de la violencia y por ende, con el deterioro de la situación de los Derechos Humanos a nivel nacional. Así, los conflictos que sobre estos temas se generan dentro de nuestra sociedad se resuelven mayormente fuera del Estado (o por lo menos, no en el interior del Poder Jurisdiccional), ya sea por la fuerza o gracias a la construcción de sistemas alternativos de justicia.⁽⁷⁾

Pero al lado de este panorama, que de primera impresión podríamos calificar de desolador, es justo señalar que también han existido importantes intentos desde la judicatura nacional por revisar las implicancias de algunas medidas dictadas durante la vigencia de los Estados de Excepción en buena parte del país⁽⁸⁾, aplicando para

110499, o Ley de Seguridad Interior, vigente entre 1949 y 1956.

7 En líneas generales, en este sentido se pronuncia CHIPOCO, Carlos - *Defensa de la Vida*. Lima, CEP, 1992 - pág. 229-230.

8 En nuestro país sólo se han presentado casos que acogen lo que en doctrina se ha dado en llamar *la teoría del contralor judicial parcial*. No tenemos referencias de que existan resoluciones emitidas en el Perú que hayan evaluado la constitucionalidad de la misma declaratoria de alguno de los múltiples Estados de Excepción tan frecuentemente implantados en nuestra historia más recién-

ello importantes criterios desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la labor jurisprudencial de magistrados de diferentes nacionalidades. El sentido de nuestro trabajo será entonces el de explicitar cuales de estos criterios han sido asumidos y cuales dejados de lado por los jueces peruanos, tema que hoy podría adquirir especial relevancia, y no precisamente por su innegable valor axiológico, sino por que algunas de estas opciones doctrinarias han sido inesperadamente recogidas por el texto constitucional de 1993.

Aún cuando diferentes hechos —que luego buscaremos explicitar— nos hacen dudar que aquello que ha sido aprobado por el Congreso Constituyente pueda realmente llevarse a cabo, creemos que el artículo 137° del actual texto constitucional proporciona una serie de nuevos elementos que pueden ser útiles para quienes, ya sea como operadores del derecho o como estudiosos de la materia, coinciden con nosotros en considerar como una necesidad el asegurar la judiciabilidad de toda aquella acción mediante la cual se pueda vulnerar algunos de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano .

Haremos entonces una breve presentación sobre que es lo que se entiende a nivel mundial por estados de excepción, cuales son los riesgos de su implementación y que rol han jugado estas medidas en nuestro país, para luego de analizar las diferentes posiciones existentes en pro y en contra de la judiciabilidad de las medidas de excepción, pasar a desarrollar a través del análisis de casos concretos, cual ha sido en líneas generales la aplicación de estas diferentes opciones por la judicatura peruana.

I. LOS RIESGOS IMPLICITOS DE LA DECLARATORIA DE UN ESTADO DE EXCEPCION Y LAS ALTERNATIVAS DESARROLLADAS PARA MEDIATIZARLOS

Un Estado Moderno puede ser conmovido por factores externos o internos que pongan en peligro su seguridad o su supervivencia. La declaratoria de un régimen de Excepción es el recurso extremo y de carácter transitorio empleado en principio para preservar la vigencia del Estado de Derecho.

Hoy todas las Constituciones del mundo reconocen la posibilidad que, bajo ciertos supuestos, se establezcan temporalmente algunas limitaciones en el ejercicio de determinados derechos constitucionales y se flexibilice la división de funciones entre los diferentes órganos que configuran la

voluntad estatal, acrecentándose —por un período que en principio debe ser corto— las atribuciones que habitualmente posee el Poder Ejecutivo. En teoría, la necesaria puesta en práctica de uno de estos regimenes excepcionales no deberia entenderse más que como formas muy particulares y coyunturales de regular el orden público dentro del Estado de Derecho. Lamentablemente la realidad concreta no deja de darnos más de una sorpresa. Ya desde Montesquieu se decía que:

“Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”⁽⁹⁾

En la misma línea de pensamiento sostenido por el señor de La Brede, Karl Loewenstein señalará que:

“El poder lleva en sí mismo un estigma, y sólo los santos entre los detentadores del poder —¿y dónde se pueden encontrar?— serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder. El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración”.⁽¹⁰⁾

En pocos temas pueden observarse con tanta claridad los riesgos de aquel ejercicio descontrolado del poder al cual hacen referencia Montesquieu y Loewenstein como en el de la puesta en práctica de un Estado de Excepción. Y es que en múltiples ocasiones estos regimenes excepcionales han sido el pretexto para la violación sistemática de los derechos inherentes a todo ser humano. Como bien anotan destacados especialistas en la materia⁽¹¹⁾ gravísimas violaciones a los Derechos

te, posición que doctrinariamente es conocida como una manifestación de la teoría del contralor judicial amplio o absoluto (opción prohibida expresamente por el texto constitucional promulgado el 29 de diciembre de 1993).

9 MONTESQUIEU, Charles - Louis de Secondat. Barón de, “El Espíritu de las Leyes”. Madrid, Tecnos, 1988. Libro XI Capítulo IV pag. 106.

10 LOEWENSTEIN, Karl - Teoría de la Constitución. Barcelona, Ariel, 1970.

Citado también por DURAN DIAZ, Edmundo - “Los Derechos Humanos en los Estados de Excepción: Los Derechos Humanos y la Dignidad Humana”. En: GARCIA SAYAN, Diego (ed.) - Op. Cit. pag. 67.

11 Ver al respecto, por citar algunos ejemplos BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio; NIKKEN Pedro - Manual Internacional de Derechos Humanos. Caracas, Jurídica Venezolana y San José, IIDH, 1990, pag. 144; u O'DONNELL, Daniel - Protección Internacional de los Derechos Humanos. Lima, CAJ, 1989, pag. 396. En ese mismo sentido también se pronuncia el primer punto de las conclusiones del Coloquio de Montevideo.

Humanos se han producido al amparo de la declaración e implantación de situaciones de emergencia. Al igual que en diferentes partes del mundo, en América Latina, este uso distorsionado de los regímenes de excepción ha sido lamentablemente una herramienta empleada indistintamente tanto por dictadores como por gobiernos democráticamente elegidos. Frente a esta siempre preocupante situación, tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como los Derechos Constitucionales de cada país no solo han establecido una serie de condiciones para la declaratoria de un Estado de Excepción, sino que también han previsto ciertos parámetros para la actuación del poder público durante esos regímenes excepcionales y señalado la existencia de derechos cuya vigencia no puede ser restringida en ninguno de estos casos.

1.1. La necesidad de que los Regímenes de Excepción se sustenten en causales debidamente establecidas a nivel nacional e internacional

Desde incluso antes de la elaboración de importantes estudios como el Martins⁽¹²⁾ o el Questiaux⁽¹³⁾, universalmente se ha vinculado la declaratoria de Estados de Excepción a acontecimientos muy particulares que pongan en riesgo la vida misma de la nación. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 4.1 hace referencia a “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida misma de la nación”. La Convención Americana por su parte, hablará de casos de “guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado” (artículo 27.1).

La doctrina señala por lo menos tres tipos de situaciones consensualmente aceptadas como generadoras de amenazas a la vida de una nación y por ende, reconocidas como justificaciones válidas para la imposición de un Estado de Excepción: la guerra (aún cuando su existencia no es expresamente admitida por la Carta de las Naciones Unidas⁽¹⁴⁾), las perturbaciones del orden

público y las calamidades naturales. Algunos estudiosos añaden a las dificultades económicas como otro elemento que pueda justificar la declaración de un Estado de Excepción, pero para otro buen sector de especialistas éstas solamente pueden constituir causas indirectas para la implantación de uno de estos regímenes⁽¹⁵⁾. Finalmente, los alcances del concepto “amenaza a la vida de la nación” fueron explicitados por la Comisión Europea de Derechos Humanos como “la existencia de un peligro excepcional (situación por la cual las medidas o restricciones normalmente permitidas para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud y el orden sean claramente inadecuadas), e inminente que afecta a la población en su totalidad causando importantes consecuencias para la vida organizada de la comunidad”.⁽¹⁶⁾

Frente a estas consideraciones, el Informe Questiaux, luego de asumir lo planteado por la Comisión Europea, añadirá que un peligro sólo podrá considerarse como excepcional si “las medidas y restricciones normalmente autorizadas por los instrumentos (internacionales de Derechos Humanos) en tiempos ordinarios son claramente insuficientes para mantener el orden público”⁽¹⁷⁾. Señalará finalmente que la referencia a una “amenaza que afecta a la población entera” supone la existencia de una circunstancia que afecta la seguridad física de dicho grupo humano, la integridad territorial de la nación o el funcionamiento de sus instituciones públicas⁽¹⁸⁾. Buena parte de las consideraciones que aquí hemos expresado han sido recogidas por los textos constitucionales de las diferentes países del orbe, entre los cuales el Perú no es una excepción.⁽¹⁹⁾

ficiente para la declaración del Estado de Excepción en las naciones integrantes del Pacto Internacional de Derechos Humanos, siempre y cuando represente una grave e inminente amenaza a la vida de dichos países. Ver al respecto O'DONNELL. Op. Cit. pag. 398-399.

15 Ibid. pág. 398-399.

16 Así podríamos sintetizar los términos en que se pronuncia la Comisión Europea en los célebres casos “Lawless” y “Grecia”. Ver al respecto los documentos de la Comisión Europea de Derechos Humanos, Serie B, 1960-1961 pag. 82 y O'DONNELL, Daniel - Op. Cit. pag. 400.

17 Informe Questiaux, párrafos 55 y ss. También figura en O'DONNELL, Daniel - Op. Cit. pag. 400.

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

19 Así el artículo 231o. de la Constitución de 1979 consideraba como causales para la declaración de un Estado de Emergencia la perturbación de la paz y el orden interno, la existencia de catástrofes o el surgimiento de graves

Pero como ya habíamos señalado anteriormente, hay una preocupación, muy propia dentro de la racionalidad de un Estado de Derecho (por su naturaleza, siempre proclive a establecer múltiples mecanismos de control y colaboración entre los diferentes detentadores del poder para así evitar un ejercicio descontrolado y abusivo de este conjunto de las atribuciones que éstos tengan a su cargo), porque exista un efectivo seguimiento de la actuación del poder público aún durante el desarrollo de cualquier régimen de excepción. Coincidimos entonces con García Sayán⁽²⁰⁾ cuando señala la existencia de hasta tres grandes tipos de parámetros para delimitar la actuación del poder público en estas situaciones.

Sobre el primer conjunto de limitaciones (las referidas a que el ejercicio de ningún derecho podrá ser restringido o suspendido⁽²¹⁾) si no se cumplen con las estrictas condiciones que al respecto están recogidas en los diversos instrumentos internacionales o nacionales para la defensa de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos) acabamos de explicitar cuales son las consideraciones existentes al respecto. Resulta pues muy oportuno e importante detenernos siquiera brevemente en el análisis de los otros tipos de límites consagrados en estas materias: 1.- la existencia de derechos que no pueden ser sujetos a restricción alguna durante la vigencia de un régimen de excepción; y 2.- la aplicación de determinados criterios para evitar que las medidas tomadas en función de circunstancias especiales y coyunturales se conviertan en fuente de injustificables abusos, muchos de los cuales tienen incluso un carácter irreversible.

circunstancias que afectan la vida de la nación (Art. 231o. inciso a)); señalando también como elementos que justificaban la implantación de un Estado de sitio los casos de invasión, guerra exterior o guerra civil, o por lo menos, el peligro inminente de que estas se produzcan (Art. 231o., inciso b)). En igual sentido se pronuncia el texto de 1993, en su artículo 137o.

20 GARCIA SAYAN, Diego - Habeas Corpus y Estados de Emergencia. Lima, CAJ, 1988 pag 57.

21 Nosotros preferimos hablar de restricción antes que de suspensión, pues coincidimos con O'Donnell cuando explicita los equívocos que puede generar el uso de este último término. Más que una suspensión de derechos en los regímenes de excepción lo que se busca es tomar un conjunto de medidas que siendo imprescindibles para salvar una emergencia, sean reconocidas como legítimas,

1.2. El reconocimiento de la existencia de derechos que no pueden ser sometidos a ningún tipo de restricción, aun durante la vigencia de Regímenes de Excepción

Como bien sabemos, la existencia de regímenes de excepción mantiene inmodificable la esencia de aquello que justamente busca preservar el Estado de Derecho. Si tuviéramos que efectuar una primera aproximación al respecto, podemos identificar hasta tres elementos que son consustanciales a este modelo de estado: la limitación del poder, la garantía de los derechos y libertades fundamentales y la supremacía y permanencia del instrumento jurídico fundamental al cual habitualmente denominamos Constitución. Estos elementos, repetimos, no pueden desaparecer por más compleja que sea la situación de emergencia que deba enfrentarse. Es por ello que en casi todos los países de mundo, si bien suele ser el Ejecutivo quien decreta la implantación del un régimen de excepción, siempre debe contar con la participación de los otros Poderes del Estado, ya sea en la toma de esta importante decisión o en la fiscalización de las medidas que se ejecuten bajo su amparo⁽²²⁾. Lo que hemos señalado líneas arriba explica también el cuidado que tienen los diferentes textos constitucionales en explicitar cuales son los derechos cuyo

*"El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración."
(Montesquieu)*

a pesar de que - en aplicación del principio doctrinario de la estricta necesidad - dichas acciones puedan infringir hasta cierto punto de derechos ya reconocidos para toda la ciudadanía. Ver al respecto O'DONNELL, Daniel - Legitimidad de los Estados de Excepción a la luz de los instrumentos de Derechos Humanos. En DERECHO: N° 38. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Diciembre 1984, pag. 165 y ss.

22 Así, por ejemplo, en el caso peruano, es el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros quien decreta la implantación de uno de los tipos de Regímenes de Excepción recogidos por nuestro ordenamiento constitucional, pero debe dar cuenta de ello al Congreso (o a su Comisión Permanente, si éste estuviera en receso). Además, explícitamente se señala que la prórroga del Estado de Sitio requiere de la aprobación del Congreso. Por último, está siempre expedita la posibilidad de que el Congreso efectúe labores de control sobre las acciones concretas puestas en práctica dentro de la vigencia de cualquier Estado de Excepción.

En lo referente a la actuación del Poder Judicial en este tipo de situaciones, ese es justamente el tema que intentamos desarrollar en detalle a lo largo de este trabajo, por lo cual nos eximimos de efectuar aquí mayores comentarios.

ejercicio se verá restringido durante estas situaciones de emergencia, pues así se busca asegurar la plena vigencia de las demás disposiciones recogidas en esos importantes instrumentos legales.⁽²³⁾

Pero lo que nos interesa analizar ahora es como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha preocupado en resaltar la existencia de un conjunto de derechos cuyo ejercicio no puede sufrir ningún recorte, sin importar para ello que haya sido declarado un Estado de Excepción en dicho lugar. De acuerdo con el artículo 4.2. del Pacto Internacional y 27.2 de la Convención, no están sujetos a modificación, restricción, suspensión o derogación durante la vigencia de regímenes de excepción los derechos a la vida; a la integridad física; a no ser condenado por actos que no eran delito al momento de haber sido efectuados; a no ser condenado con una pena más severa que la establecida al momento de realizada la acción delictuosa; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; y al reconocimiento de la personalidad jurídica. Tampoco están sujetos a modificación la vigencia de aquellos derechos que resulten conexos a los ya mencionados.

Frente a esta extensa lista de derechos señalados como no susceptibles de restricción alguna, tanto por el Pacto Internacional como por la Convención Americana, también debemos mencionar que el Pacto reconoce como derecho no sujeto a modificación o restricción durante la vigencia del Estado de Excepción el de no ser detenido por deudas. Por otro lado, la Convención Americana concede esa misma condición de inmutabilidad a los derechos que aseguran una protección especial al niño y a la familia, al derecho a mantener la nacionalidad y los derechos políticos⁽²⁴⁾ y, lo

23 Buergenthal, Grossman y Nikken en su "Manual Internacional de Derechos Humanos" señalan que las constituciones latinoamericanas en su gran mayoría emplean el sistema de incluir una referencia explícita de aquellos derechos que pueden ser derogados durante a vigencia de un Estado de Excepción: así lo hacen por ejemplo las Constituciones de Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, República Dominicana, etc; pero también existen otros textos constitucionales que optan más bien por explicitar cuales son los derechos que no pueden ser restringidos: esa es la opción que, por ejemplo, asume la Constitución Venezolana. Ver al respecto BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio; NIKKEN, Pedro. Op. Cit. pag. 145. En nuestro país se ha optado por el primero de estos dos sistemas, según lo previsto en el artículo 231o. de la Constitución de 1979 y en el 137o. del texto de 1993.

24 Recogido por el artículo 23o. de la misma Convención Americana.

que nos resulta de vital importancia para efectos de este trabajo, en el artículo 27.2 de la Convención se explicita una prohibición a cualquier intento por suspender el uso de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Lo que acabamos de exponer está íntimamente ligado a una vieja polémica existente dentro del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre que si lo que se suspende o restringe durante la vigencia de un Estado de Excepción son los derechos o las garantías.

Esta polémica, que para algunos puede resultar poco relevante, tiene para nosotros gran importancia, pues permite dilucidar con que instrumentos contamos para enfrentar los abusos que pudieran efectuarse contra algunos ciudadanos que residen en aquellas comunidades en donde se ha implantado uno de estos regímenes excepcionales. Creemos que pocos textos como este de Francisco Eguiguren explicitan las consecuencias prácticas que puede originar el optar por una u otra posición en temas tan delicados como el del respeto a la libertad e integridad personales:

" Si lo que se suspende son los derechos, ello implica que durante el periodo de emergencia las autoridades políticas o policiales pueden impedir o restringir el ejercicio de los derechos incurridos en la suspensión, pero ello no imposibilita que se interponga un Habeas Corpus y que mediante éste el juez pueda corregir o reparar los excesos o arbitrariedades que en un caso concreto hubieran cometido las autoridades (tesis del Contralor judicial parcial o de contralor judicial completo). En cambio, si lo que se suspende son las garantías, cualquier Habeas Corpus que durante el período de emergencia se interponga en defensa de los derechos incurridos en la restricción, resultará necesariamente ineficaz y será declarada improcedente (Tesis negativa)".⁽²⁵⁾

Y lo peor de todo es que la declaración de improcedencia a la cual Eguiguren hace referencia se efectuará sin ninguna posibilidad real de que los afectados pueden cuestionar las posibles arbitrariedades cometidas por la autoridad, la cual así aprovecha la amplia y casi incontrolable discrecionalidad que le concede el régimen excepcional. Coincidimos entonces con quienes se-

25 EGUIGUREN, Francisco - Los retos de una Democracia Insuficiente. Lima, CAJ, 1990 pag. 119-120.

ñalan que debe rescatarse para las acciones de garantía su papel como “instrumentos procesales que el ciudadano puede utilizar para que se examine judicialmente la razonabilidad y, en general, la legitimidad de determinadas medidas adoptadas dentro del marco de un Estado excepcional. En otras palabras, son las acciones de garantía el mecanismo para que la rama jurisdiccional del Estado pueda conocer si una medida concreta está bien o mal aplicada pudiendo determinar, eventualmente, los abusos de poder en los que se haya incurrido”.⁽²⁶⁾

La polémica existente al respecto surgió en nuestra opinión como consecuencia de un equívoco: durante el proceso de la Revolución Francesa, por propiciarse un mayor énfasis a la inserción de los derechos en los textos constitucionales de la época, se asumió que todos los derechos, por el solo hecho de ser reconocidos, ya estaban suficientemente garantizados. Se identificaba así como uno solo dos conceptos que claramente son diferentes.⁽²⁷⁾

Hoy, la moderna doctrina constitucional ya ha remarcado la diferencia entre las atribuciones y libertades que el Estado reconoce u otorga a los ciudadanos y los instrumentos procesales necesarios para la protección judicial de dichas libertades y atribuciones, pero como veremos posteriormente más en detalle, esta arraigada confusión conceptual⁽²⁸⁾ ha causado y sigue causando grandes dificultades para preservar los valores propios del Estado democrático de Derecho durante la vigencia del régimen de Excepción. Actualmente, luego de la emisión de la Opinión Consultiva 8-87 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, progresivamente se ha ido generando un mayor consenso al respecto, concluyéndose que en un Estado de Excepción lo que en estricto podría ser restringido

no son ni las garantías ni los derechos (considerados consustanciales a la persona) sino el cumplimiento de aquellas obligaciones asumidas por los Estados partes del Pacto Internacional o la Convención Americana que se encuentran dirigidas a asegurar quienes vivan dentro de sus respectivos territorios un pleno y efectivo ejercicio de algunos de sus derechos ciudadanos.⁽²⁹⁾

El sentido de estas disposiciones, según la misma Corte Interamericana, es el de facultar a los gobiernos para que durante la vigencia de estos regímenes excepcionales puedan aplicar medidas restrictivas de los derechos y libertades que en condiciones normales no hubieran podido ser llevadas a la práctica (o cuya ejecución hubiera estado sometida a requisitos mucho más rigurosos)⁽³⁰⁾. De cara a los ciudadanos, esto debiera significar para ellos la aparición de ciertas limitaciones y restricciones al ejercicio de sus derechos constitucionales, pero nunca una suspensión absoluta de los mismos.⁽³¹⁾

Las acciones de garantía son el mecanismo para que el Estado conozca si una medida está bien aplicada o no.

1.3. Los criterios empleados para evitar que las medidas de Excepción (o actos efectuados al amparo de su vigencia) se conviertan en pretextos para la arbitrariedad del gobernante

La Opinión Consultiva 8-87 de la Corte Interamericana es muy enfática al señalar que la restricción de determinados derechos y libertades no significa la suspensión —siquiera temporal— del Estado de Derecho ni que el comportamiento de los gobernantes deje de ceñirse a pautas de legalidad⁽³²⁾. Sin embargo, los

29 Ver OC 8-87, párrafo 18.

30 Ver OC 8-87, párrafo 24. En un sentido similar ya se pronunciaba José Luis Lazzarini unos once años antes cuando en un debate parlamentario sobre las atribuciones del Ejecutivo durante el Estado de Excepción señalaba que “(...) la suspensión es siempre una opción a favor del Estado para que, en el caso concreto y preciso, y desenvolviéndose en el ejercicio y en cumplimiento del estado de sitio, actúe sin el impedimento constitucional de los derechos”. Ver al respecto LAZZARINI, José Luis - “Estado de Sitio: Facultades del Poder Ejecutivo (Debate en el pleno de la Cámara de Diputados de la República Argentina del 6 de julio de 1975)”. En: Debates Parlamentarios. Buenos Aires, Depalma, 1985 pag. 55.

31 En un sentido similar se expresa EGUIGUREN, Francisco - Op. Cit. pag. 129.

32 Ver OC 8-87, párrafo 24. El subrayado es nuestro. También se aplica el principio de necesidad cuando lo otros

26 GARCIA-SAYAN, Diego - Habeas Corpus y Estados de Emergencia. Lima, CAJ, 1988 pag 28.

27 Una breve y excelente explicación de este fenómeno se encuentra en LAZZARINI, José Luis - “Estados de Sitio: Facultades del Poder Ejecutivo”. En: Debates Parlamentarios. Buenos Aires, Depalma, 1985 pag 55.

28 Incluso el título del artículo 27o. de la Convención Americana hablaba erróneamente de “Suspensión de Garantías”, equívoco que ha sido superado con la emisión por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Opinión Consultiva 8-87 (OC8-87) del 30 de enero de 1987.

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

El primero de estos criterios está explícitamente recogido en el primer inciso del artículo 27° de la Convención Americana, pero también puede deducirse de los expresado por los artículos 4.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 15.1. de la Convención Europea. Es lo que en doctrina se conoce como el principio de **Temporalidad**: las medidas de excepción deben dictarse con una vigencia más bien limitada, la que permita resolver los problemas que motivaron la declaración de este régimen excepcional. Al lado de esta temporalidad, encontramos al llamado principio de **proporcionalidad**, el cual señala que las medidas de excepción a implantarse deben estar de acuerdo con la magnitud y características del fenómeno al que quiere hacer frente. Algunos autores (O'Donnell por ejemplo), apuntan también la existencia del llamado principio de **necesidad**, que justifica la vigencia y legitimidad de estas actuaciones de carácter excepcional luego de haberse constatado que no hay otro camino para salvar la emergencia ya existente⁽³³⁾. Desde su aplicación por la Comisión Europea de Derechos Humanos en casos como el *Lawless* o el de Irlanda del Norte, el empleo del criterio o principio de necesidad implica la resolución de tres interrogantes muy concretas: **1.** determinar si las medidas de excepción que se están evaluando resultaban aptas para contribuir a la solución de un problema concreto, el cual originó o fue generado por la situación de emergencia existente; **2.** dilucidar si el problema en cuestión es de tal magnitud que haría imposible su solución a través de los procedimientos legales empleados para aquellas situaciones que podríamos calificar como normales; y **3.** señalar si otras medidas de excepción hubieran podido

camino existentes para enfrentar a la emergencia existente pueden ser más perjudiciales para la vigencia del Estado de Derecho que aquel por el cual finalmente se optó. Una ilustrativa explicación sobre los alcances de este importante principio doctrinario y jurisdiccional la encontramos en O'DONNELL, Daniel - *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima, CAJ, 1989 pag. 407 y ss.

permitir un enfrentamiento a este problema, causando un menor impacto sobre la vigencia y goce de derechos fundamentales protegidos por los diferentes instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como por los diversos ordenamientos legales nacionales.⁽³⁴⁾

Dejando de lado a elementos con un carácter más bien formal, quisiéramos finalizar este punto centrando nuestra atención en un elemento que va a tener una indudable importancia para el análisis que posteriormente efectuaremos: nos estamos aquí refiriendo al llamado concepto de **razonabilidad**.

Este concepto —cuyo desarrollo más importante en América Latina ha estado a cargo de la Jurisprudencia Argentina— consiste, según lo señalado por Néstor Pedro Sagüés, en la “relación entre la garantía afectada y la situación causante del Estado de Sitio y (el) análisis de la correlación del acto cuestionado, con los fines perseguidos por la declaración del Estado de Sitio”⁽³⁵⁾. La aplicación de la razonabilidad a aquellas medidas tomadas durante la vigencia de un Estado de Excepción supone el comprobar si las acciones adoptadas por el Ejecutivo para enfrentar una situación de emergencia guardan una conexión lógica y una relación de causalidad (inmediata y directa) con aquellos hechos que motivaron ese particular estado de cosas. De comprobarse que no existen estos niveles de vinculación, el órgano jurisdiccional amparará las pretensiones de quien o quienes se consideren perjudicados.⁽³⁶⁾

Las ventajas de la razonabilidad adquieren especial significación en países como el nuestro, donde en líneas generales el Poder Judicial se ha mostrado poco creativo para elaborar estrategias que le permitan frenar las posibles arbitrariedades que el Ejecutivo cometa o deja cometer al amparo que proporciona la vigencia de un Estado de Excepción. Como bien apunta García Sayán, la razonabilidad hace posible que no perdamos de vista el carácter meramente instrumental que tienen estos regímenes especiales al interior del Estado de Derecho. Por ello, deben ser entendi-

34 Ver al respecto los documentos de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Serie B, 1960-1961 pag. 131 y O'DONNELL, Daniel - *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima, CAJ, 1989. pag. 408.

35 SAGÜES, Néstor - “Nuevo régimen del Habeas Corpus, Ley 23098”. En: *La Ley* Tomo 1985-B. Buenos Aires, 1985 pag. 901.

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

dos dentro de parámetros claramente delineados y utilizados con gran mesura.⁽³⁷⁾

Después de todo lo que hemos expuesto hasta el momento, rápidamente podremos comprobar que un elemento de gran relevancia para por lo menos mediatizar aquellos riesgos que son implícitos a la declaratoria de un Estado de Excepción, es el de propiciar un mutuo control entre los diferentes detentadores del poder. En este contexto, adquiere importancia capital el rol que progresivamente ha ido asumiendo la judicatura, ya sea en sede constitucional o en sede ordinaria. Destacados juristas han llegado a decir que si la implementación de un Régimen de Excepción no le quita fundamento a los elementos sobre los cuales se sustenta el Estado de Derecho, el Poder Jurisdiccional tiene el deber de efectuar un análisis de los actos realizados por el Ejecutivo para hacer frente a situaciones de emergencia.

Se busca así, que la actuación del Ejecutivo alcance los fines propuestos a través de mecanismos adecuados. Sin embargo, muy a pesar de nuestras coincidencias con aquellos que promueven la judiciabilidad de las diferentes disposiciones propias del Estado de Excepción —coincidencias cuyos fundamentos luego trataremos de explicitar— hemos de reconocer que esta posición doctrinaria y jurisprudencial tiene todavía que hacer frente a múltiples críticas y, lo cual es aún más grave, encuentra por lo menos en el Perú, significativas resistencias en importantes sectores sociales, debido a consideraciones que de inmediato intentaremos explicar.

II. ¿CABE LA REVISION JUDICIAL DE LAS MEDIDAS DE EXCEPCION?: LA PERTINENCIA DEL HABEAS CORPUS PARA LA PROTECCION DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN ESTE CONTEXTO.

2.1. La pertenencia y alcances de la revisión jurisdiccional de las medidas de excepción

Como ya antes habíamos señalado, siguiendo en ello lo expuesto al respecto por Pablo Lucas Verdú⁽³⁸⁾ tres ideas son las que en líneas generales han determinado ideológicamente el desarrollo del Derecho Constitucional la limitación del poder, la garantía de los derechos y libertades

fundamentales y la supremacía y permanencias del instrumento jurídico fundamental. Con el cumplimiento de estas tres máximas —notables aportes provenientes del liberalismo clásico— se busca mantener un equilibrio de fuerzas entre los distintos detentadores del poder, equilibrio fundamentalmente destinado a preservar la plena vigencia de los derechos ciudadanos.

Y es que desde Locke —pero sobre todo, a partir de Montesquieu— se han hecho explícitos los riesgos de un ejercicio abusivo del poder. Siguiendo esta línea de pensamiento, el equilibrio político el respeto a los derechos fundamentales de todas las personas, fines últimos del constitucionalismo moderno, solamente podrán conseguirse si se dan una serie de presupuestos, siendo sin duda alguna uno de los más relevantes el del mutuo control entre los diversos detentadores del poder. Los actos efectuados por los miembros del Congreso o de la Administración en general deberán pues alcanzar los fines que se propongan, siempre y cuando en la consecución de dichos fines se empleen medios “adecuados” (entendiéndose por medios adecuados aquellos que no lesionen gravemente la vigencia de los elementos que el sistema busca preservar, elementos entre los que nitidamente destaca la defensa de los Derechos ciudadanos). No ceñirse a estos medios podrá significar una infracción cuya sanción puede ser sumamente grave, tanto que incluso involucre la separación del cargo y la cárcel para el infractor, por más bien intencionadas que hayan sido las motivaciones que inspiraron su accionar.

Por otro lado, progresivamente se ha ido generalizando la opinión de que es el Poder Judicial quien puede rechazar la legitimidad y validez de aquellos actos que sean considerados como medios claramente inadecuados para la consecución de los fines que los miembros del Congreso o el Ejecutivo se propongan alcanzar.

Por diversas consideraciones, que bien podrían ser materia de otra investigación, los órganos jurisdiccionales a nivel mundial están hoy muy lejos de cumplir un papel de meros aplicadores de las leyes, habiendo asumido un rol de controladores (por lo menos, controladores primarios) de la constitucionalidad de la actividad estatal.⁽³⁹⁾

37 Ibid. pag. 25.

38 LUCAS VERDU, Pablo - “Problemática actual de la justicia constitucional y del examen constitucional de las leyes”. En: Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político. Universidad de Salamanca, Mayo, Octubre 1957. Pág. 99.

39 Como podría comprenderse este papel hoy adjudicado al Poder Jurisdiccional se configuró luego de un complejo proceso cuya descripción, fundamentación y evolución escapan a los alcances de nuestra investigación. Sin embargo, podemos encontrar un excelente acercamiento a estas reflexiones en los primeros capítulos de FERNANDEZ SE-

Como bien apunta Germán Bidart Campos⁽⁴⁰⁾, la declaración de un Estado de Emergencia no anula los sustentos del moderno Estado de Derecho, manteniendo por ejemplo plena vigencia la participación del poder y las competencias propias de cada órgano entre los que se distribuye el ejercicio de dichas atribuciones. Es por ello que actualmente la opinión mayoritaria entre los más reputados constitucionalistas del orbe es coincidente en señalar que compete al Poder Judicial el analizar si los actos efectuados por el Ejecutivo durante la vigencia de un Estado de Excepción (en algunos países incluso la misma declaratoria del Estado de Excepción será parte de lo analizable⁽⁴¹⁾ permiten alcanzar los fines deseados —la recuperación de la tranquilidad pública, por ejemplo— sin que ello atente contra el respeto de la libertad e integridad física y psicológica de todo ciudadano o debilita la consolidación de la estructura orgánica del aparato estatal dentro de parámetros razonables.

2.1.1. La Tesis Negativa Frente a una Eventual Revisión Jurisdiccional de las Medidas de Excepción

La opción por judicializar las medidas de Excepción ha sido también resultado de un proceso y ha generado hasta hoy la existencia de posiciones diversas. La primera posición que se manejó al respecto fue evidentemente la de una abierta negativa a controlar judicialmente las medidas tomadas durante la vigencia de Estados de Ex-

cepción, fundamentalmente aquellas acciones vinculadas con la restricción de la libertad individual. Se decía entonces que los arrestos efectuados dentro de uno de estos regímenes especiales, así como la misma declaratoria de dichos Estados de excepción constituían “cuestiones políticas no justiciables”, reservadas a la discrecionalidad de los Poderes Ejecutivo y Legislativo dentro de una estricta aplicación de la separación de Poderes.

Nosotros disintimos con criterios como el recientemente expuesto, pues ese tipo de razonamientos podía llevarnos a pensar, como bien apuntaba Dicey en su *“Introduction to the study of the law of Constitution”*⁽⁴²⁾, que gracias a la suspensión de la revisión judicial durante la vigencia de Estados de Excepción los derechos individuales quedaban pospuestos por la razón de Estado, lo que en nuestra opinión es dejar la puerta excesivamente abierta para una total y casi siempre arbitraria discrecionalidad del Ejecutivo.

2.1.2. La Progresiva Aparición de la Teoría del Contralor Judicial Parcial

Pronto van surgiendo posiciones que buscan flexibilizar los alcances de esta llamada tesis negativa de la revisión jurisdiccional de la actuación del Ejecutivo durante la vigencia del Estado de Excepción. Así por ejemplo, en Argentina, Amancio Alcorta defenderá la posibilidad de plantear acciones judiciales contra las decisiones tomadas por el Ejecutivo de su país como consecuencia de un Estado de Excepción (Estado de Sitio en la terminología constitucional Argentina). Alcorta indicará que en caso de obtener el ciudadano afectado una sentencia favorable del Poder Judicial, ese pronunciamiento funcionaría como una suerte de recomendación al Ejecutivo la cual el ciudadano afectado solamente podría hacer efectiva una vez concluido el Estado de Excepción⁽⁴³⁾. Estamos pues ante evidentes avances en el camino de la judicialidad de estas medidas especiales, pero que aún resultaban insuficientes para la resolución de los problemas que buscaban enfrentarse.

GADO, Francisco - la Jurisdicción Constitucional en España, Madrid, Dykinson, 1984.

40 BIDART CAMPOS, Germán - La Corte Suprema, Tribunal de Garantías Constitucionales. Buenos Aires, 1984, págs 157-169, citado por el Juez San Martín en la resolución de 1ª Instancia al caso “Jean Marie Mondet Isnard” contra la Sub-Dirección de la Policía de Investigaciones del Perú” (resolución emitida el 15 de noviembre de 1988).

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

42 Citado por SAGUES, Néstor - Derecho Procesal Constitucional. Tomo 4: Habeas Corpus, Buenos Aires, Astrea, 1988, Pág. 238. Queremos resaltar que el desarrollo de esta parte de nuestro trabajo se sustenta fundamentalmente en el análisis efectuado por este destacado jurista argentino dentro del libro que acabamos de mencionar.

43 ALCORTA, Amancio - Las garantías constitucionales. Buenos Aires, Lajoaune, 1881, págs. 278-282, citado por SAGUES, Néstor. Op. Cit. pág. 240.

Aparecerá entonces la llamada **“teoría del contralor judicial parcial”**. Se reconocerá al Poder Jurisdiccional la posibilidad de analizar, en términos de Sagüés, la relación entre el derecho afectado y la situación que originó la implantación del Estado de Excepción, así como la correlación del acto cuestionado con los fines perseguidos con la declaración de dicho Estado de Excepción⁽⁴⁴⁾. Se analizará entonces la vinculación entre los actos del Ejecutivo y las motivaciones del Estado de Excepción, pero no entrará a dilucidarse la legitimidad de la declaración misma del Estado de Excepción, asunto que sigue siendo considerado una “cuestión política no justiciable”.⁽⁴⁵⁾

Según señala un destacado jurista nacional al efectuar un valioso estudio sobre la efectividad del Habeas Corpus frente a detenciones arbitrarias, el sistema de contralor judicial parcial supone que el Juez, al encontrarse frente a la impugnación de una medida tomada por el Ejecutivo durante la vigencia de un Estado de Excepción, podrá hacer un análisis de la razonabilidad de dicha medida, análisis que, siguiendo el planteamiento desarrollado por la jurisprudencia argentina, supone el vínculo de causalidad existente entre los motivos y fines que llevaron a adoptar aquel Estado de Excepción y los fundamentos que sirven de sustento a la medida impuesta al ciudadano (en el caso desarrollado por Eguiguren, un arresto); pero que también implica dilucidar la proporcionalidad entre la medida asumida por el poder público (a la luz de los motivos que sustentaron este régimen especial) y las conductas específicas que le llevaron a efectuar esa medida concreta.⁽⁴⁶⁾

Por el sistema del contralor judicial el juez podrá hacer un análisis de razonabilidad de las medidas del Ejecutivo.

Tomándonos la libertad de reconducir las valiosas constataciones a las que hemos hecho referencia dentro de nuestros parámetros, podemos decir entonces que desde la aceptación y aplicación de la teoría de un contralor judicial parcial la judicatura tiene plena libertad para emplear los criterios de proporcionalidad, temporalidad y necesidad (explícita o implícitamente recogidos por el Pacto Internacional y la Convención Americana de los Derechos Humanos), pero también el de razonabilidad (tal como este concepto ha sido trabajado —por lo menos en América Latina— por la doctrina y jurisprudencia argentina y se infiere ha sido recogido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁽⁴⁷⁾).

2.1.3. Los Límites de la Teoría del Contralor Judicial Parcial y la Aplicación de Posturas que Promueven un Contralor Judicial Amplio

Continuando el desarrollo de los términos de este trabajo, y luego de efectuar un somero análisis sobre los alcances de la teoría del contralor parcial, concordamos con quienes constatan que la consideración del acto de declaratoria de un Estado de Excepción como “cuestión política no justiciable” producto de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo —y eventualmente de la conjunción de volun-

tades entre el Congreso y el Ejecutivo⁽⁴⁸⁾— es hoy una postura bastante difícil de sostener.

Coincidimos pues con Sagüés⁽⁴⁹⁾ cuando señala que en países como los nuestros, donde el Poder Jurisdiccional puede declarar la inconstitucionalidad de las normas —y por ende, revisar la actividad de los otros dos Poderes del Estado— se rompe con la supuesta distinción entre dos

44 SAGUES, Néstor - “Nuevo régimen del Habeas Corpus, Ley 23098”. En: *La Ley*. Tomo 1985-B. Buenos Aires, 1985, pág. 901.

45 Lo más que podría hacer el Poder Judicial dentro de esta posición sería analizar si se observaron las formas constitucionalmente señaladas para declarar un Estado de Excepción. Ver al respecto, HARO, Ricardo - Lineamientos de una Reglamentación Legal del Estado de Sitio. Comunicación enviada al “I Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional”. Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1972, pág. 2-3 y SAGUES, Néstor - *Derecho Procesal Constitucional...* - Op. Cit. pág. 240-243.

46 EGUIGUREN, Francisco - “Los retos de una Democracia Insuficiente” Lima. CAS, 1990, pág. 114.

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

48 Como bien sabemos, se reconoce la existencia en las diferentes legislaciones de diversas alternativas para regular la declaratoria de un Estado de Excepción. En líneas generales, en todas ellas prima la discrecionalidad del Ejecutivo con una coordinación o por lo menos posterior fiscalización parlamentaria.

49 SAGUES, Néstor - “Derecho Procesal Constitucional...” Op. Cit. pag. 246.

poderes “políticos” (Ejecutivo y Legislativo) y un poder “no político” (el Judicial), diferencia en la cual se sustenta buena parte del concepto de “cuestión política no justiciable”. Hoy es indudable que el Poder Judicial no se limita a una labor estrictamente técnica, sino que es fundamentalmente un ente de gobierno, el cual, de acuerdo con su habilidad para desenvolverse dentro del margen de sus competencias específicas va a regular importantes aspectos de la vida social de un país.

Aparece entonces la denominada **teoría del contralor judicial amplio y completo**, en la cual incluso la misma declaratoria de un Estado de Excepción está sujeta a la revisión del Poder Jurisdiccional. Sin embargo, recurriendo al estudio de las pautas previstas en el derecho comparado al respecto no hemos podido encontrar ningún ordenamiento jurídico que explícitamente asuma esta posición, aunque resulta pertinente señalar que el primer inciso del artículo 4 de la ley Argentina de Habeas Corpus parecería admitir la posibilidad de un contralor judicial amplio. Lamentablemente lo resuelto por la Corte Suprema de ese país en el caso “Granada” en 1986 parece haber impedido esa interpretación, pues señala que el artículo en comento solamente permite revisar la declaración del Estado de Excepción en aspectos de carácter más bien formal (si fue dictado por un órgano competente, si se cumplieron las demás formalidades constitucionalmente previstas) o en base a circunstancias más bien vinculadas a su ámbito de aplicación (plazo por el cual se dispuso, tiempo por el cual se estableció, etc)⁵⁰, dejándose de lado el llamado control sustancial (ver si existen los elementos de fondo que justifiquen la declaración de un Estado de Excepción).

Nosotros creemos que, consecuentemente con las constantes que caracterizan al Estado de Derecho (limitación del ejercicio incontrolado del poder, racionalización y juridización del conflicto social y político, etc) debiera asumirse sin ambages la posibilidad de una abierta revisión judicial de la actuación del Ejecutivo durante la vigencia de un Régimen de Excepción. Concordamos en-

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

tonces plenamente con lo señalado durante el coloquio de Montevideo, en donde se dice que deben ser justiciables las fundamentaciones de las medidas de excepción, los efectos de su aplicación en cada caso concreto y la responsabilidad política y personal de los funcionarios por las medidas indebidamente tomadas.⁵¹

2.2. Los Mecanismos empleados para la revisión de la constitucionalidad de las medidas de Excepción. El caso del Habeas Corpus y la protección a la libertad individual

La judiciabilidad de las medidas de Excepción está íntimamente ligada a la existencia de un elemento que hasta este momento no habíamos explicitado. Y es que la revisión judicial muchas veces deviene en imposible si no están previstos los mecanismos que permitan recurrir al Poder Jurisdiccional a todo aquel que se sienta agraviado, ya sea por la implantación de un Estado de Excepción o como consecuencia de acciones concretas tomadas al amparo de este régimen especial. La existencia de este tipo de mecanismos tiene entonces gran importancia para asegurar la protección de aquellos derechos considerados fundamentales para todo ciudadano, derechos que lamentablemente suelen ser los más frecuentemente violados durante la vigencia de estos Estados de Excepción.

Especial relevancia tiene al respecto el análisis de lo que ocurre con el derecho a la libertad individual. A pesar de su innegable valor para el constitucionalismo moderno, es preocupante ver como este derecho es sin duda uno de los más expuestos a un sistemático incumplimiento, tanto en situaciones normales como durante la vigencia de los Estados de Excepción. Es por ello que casi todas las legislaciones del mundo tienen hoy previsto un mecanismo que busca asegurar una efectiva y expeditiva protección de la liber-

51 Afirmaciones reproducidas en GROS, Héctor, PIZZA, Rodolfo; ZOVATTO, Daniel - Los Estados de Excepción en América Latina y su incidencia en la cuestión de los Derechos Humanos en caso de disturbios internos. En: GARCIA SAYAN, Diego (ed.) - Estados de Emergencia en la Región Andina. Lima, CAJ, 1987 pags. 29-30.

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

tad individual, mecanismo que habitualmente es conocido a nivel mundial como el nombre de Habeas Corpus.

Pero no solamente las legislaciones de cada país reconocen este derecho: el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Comentario General 8 de su informe 1982, también señala como obligación de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Políticos el garantizar se ofrezca un recurso eficaz para los casos en que una persona alegue haber sido privada de su libertad en violación de dicho Convenio (cabe señalar que esta privación de la libertad incluye según O'Donnell⁽⁵²⁾ también a la detención administrativa por motivos de seguridad nacional u otras razones ajenas al Derecho Penal). Este criterio se reafirma cuando en el conjunto de los llamados "Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión", aprobados por la Asamblea General de la ONU del 9 de Diciembre de 1988, luego de reconocerse que "toda forma de detención y todas las medidas que afectan a los Derechos Humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad" (Principio 4) señalará en el Principio 32 que:

"La persona detenida o su abogado tendrá derecho a interponer en cualquier momento una acción, con arreglo al derecho interno, ante un Juez u otra autoridad a fin de impugnar a legalidad de su detención y, si ésta no fuese legal, obtener su inmediata libertad".

Esta afirmación es para muchos nada más que una reiteración de aquello que implícitamente ya se señalaba en el Artículo 8 de la Declaración Universal de Derecho Humanos, el cual reconoce genéricamente el derecho de toda persona "a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales".⁽⁵³⁾

Por otro lado, si bien la expresión "Habeas Corpus" no está explícitamente mencionada ni en la Declaración ni la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC8-87 del 30 de Enero de 1987 reconoce su existencia, asumiendo el derecho a recurrir al Habeas Corpus como una conse-

cuencia de la obligación de todo Estado parte de proporcionar un recurso eficaz para evitar la violación de los derechos internacionalmente reconocidos.⁽⁵⁴⁾

La pregunta que evidentemente se nos viene a la mente es si estas consideraciones se mantienen durante la vigencia de los Estados de Excepción, máxime si durante muchos años se discutió si durante la implantación de uno de sus regímenes se suspendían los derechos o las garantías, tema que ya abordamos en el primer capítulo de este trabajo. La posición de la Corte y la Comisión Interamericana es muy clara al respecto, y está explicitada en las Opiniones Consultivas 8-87 y 9-87 del 30 de Enero y 6 de Octubre de 1987, respectivamente.

En la OC 8-87, la Corte, luego de evaluar la pertinencia de la revisión judicial de las detenciones hechas durante la vigencia de los Estados de Excepción señalará lo siguiente:

"(...) es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecúa a los términos en que el Estado de Excepción le autoriza. Aquí al Habeas Corpus adquiere una nueva dimensión fundamental".⁽⁵⁵⁾

Para luego añadir que:

"(...) los procedimientos de Habeas Corpus y de amparo son 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".⁽⁵⁶⁾

Y finalmente advertir que "aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de Habeas Corpus o amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados supone la Convención".⁽⁵⁷⁾

Estos criterios fueron ratificados por la Corte en la OC 9-87⁽⁵⁸⁾.

52 O'DONNELL, Daniel - Protección Internacional de los Derechos Humanos. Lima, CAJ, 1989, pag. 136.

53 Ibid. pag. 136.

54 OC 8-87 párrafos 32 y ss. (sobre todo los párrafos 33 y 34).

55 Ibid. párrafo 40

56 Ibid. párrafo 41

57 Ibid. párrafo 42

De lo expuesto hasta el momento se desprende con claridad como a nivel internacional se admite la interposición de Habeas Corpus como mecanismos a través de los cuales los órganos jurisdiccionales de cada país podrán revisar la constitucionalidad y legalidad de las medidas tomadas al amparo de un Estado de Excepción. Sin embargo, las cosas no son tan claras en lo referente a la evaluación de la licitud de la declaratoria de uno de estos regímenes especiales. Hasta la fecha, el análisis del Comité de Derechos Humanos y de los órganos competentes en estas materias dentro del sistema interamericano se ha centrado primordialmente en evitar la ilegitimidad de las medidas tomadas durante la vigencia de un Estado de Excepción, dejando de lado un claro pronunciamiento por la legitimidad de la implantación de estos regímenes especiales. Aun cuando pareciera existir actualmente un mayor interés por este tema, coincidimos con quienes señalan que la tendencia dentro del Comité de Derechos Humanos ha sido la de no pronunciarse sobre la legitimidad de un Estado de Excepción. Lo que no nos queda claro es si dicho Comité considera que este tipo de pronunciamiento está dentro del margen discrecional de los órganos jurisdiccionales de cada país.⁽⁵⁹⁾

Hay sin embargo elementos que nos pueden dar nuevas luces al respecto, elementos que pueden incluso desprenderse de un análisis del accionar del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, pero sobre todo, de la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Y es que mientras el Comité de Derechos Humanos tiende a pronunciarse formalmente sobre los Estados de Excepción solamente cuando efectúa una evaluación de las denuncias individuales sometidas bajo al procedimiento propio del Protocolo Facultativo, la Comisión Interamericana suele evaluar la legitimidad de los estados de excepción vigentes en los países de nuestro continente a través de sus estudios sobre la situación global de los Derechos Humanos en dichas repúblicas.

En algunos casos, como el de Bolivia en 1981 y el de Paraguay en 1987, la comisión llegó incluso a cuestionar la pertinencia y duración de las medidas de excepción tomadas en dichos países⁽⁶⁰⁾. Lo

que si no nos queda claro es cual es la opinión de la Comisión sobre la teoría del contralor Judicial Amplio o Abierto.

Debemos tener en claro que toda esta amplia gama de posibilidades para la actuación jurisdiccional durante la vigencia de un Estado de Excepción no evita que en los diferentes países se produzcan indisimulables e injustificables violaciones de Derechos Humanos y lo que es peor, de ocurrir estas violaciones nada asegura que en los hechos el Poder Judicial asuma el rol enérgico que los acontecimientos parecieran reclamar. Esta advertencia es importante para colectividades como la latinoamericana, en donde lamentablemente durante muchos años la frecuente implantación de las medidas de Excepción ha sido una regla y el abuso cometido al amparo de esos regímenes extraordinarios prácticamente un dogma.

La compleja realidad peruana es una prueba palpable de lo que acabamos de sostener. La inestabilidad política y la falta de respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos han sido desafortunadamente algunas de las constantes en la historia de nuestro país. Como hemos dicho anteriormente, la implantación de Estados de Excepción ha servido en muchos casos solamente para proporcionar un manto de impunidad a sistemáticas violaciones de Derechos Humanos. Es por ello que en pocos escenarios político-sociales como en el peruano se hace tan necesaria una decidida actuación del Poder Jurisdiccional como guardián de las libertades ciudadanas durante la vigencia de un Estado de Excepción.

Sin embargo, y como veremos a continuación, nuestra judicatura en líneas generales ha estado muy lejos de cumplir el papel que las circunstancias le demandaban, a pesar de algunos sinceros intentos por revertir este estado de cosas. Nos toca entonces analizar como han venido desenvolviéndose durante estos últimos años los conceptos a los cuales hemos estado refiriéndonos a lo largo de este trabajo —revisión judicial de las medidas de excepción, aplicación de la razonabilidad y proporcionalidad en la labor jurisdiccional— para luego aventurar lo que creemos que puede ocurrir al respecto en un futuro muy cercano, sobre todo en lo referente a la preservación de los importantes derechos (por lo menos teóricamente) protegidos por el Habeas Corpus en nuestro país.

59 Sobre este tema se efectúa un excelente análisis en O'DONNELL, Daniel - Protección... Op. Cit. pag. 401.

60 Mayor información al respecto la encontramos en O'DONNELL, Daniel - Protección ... Op. Cit. pag. 402.