

Regímenes de excepción ¿dictadura en democracia?

Exception regimens dictatorship in democracia?

SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El dictador romano producto de una excepción. III. Estado o régimen de excepción. IV. Tipología de los regímenes de excepción. V. Regímenes de excepción en el Derecho Internacional. VI. Elementos constitutivos de los regímenes de excepción. VII. Regímenes de excepción en la Constitución peruana. VIII. Límites a los regímenes de excepción. IX. Estado de emergencia por pandemia y propuesta. X. Conclusiones. XI. Lista de referencias.

Resumen: Este breve artículo trata sobre las medidas de defensa constitucional, específicamente referidas a los regímenes de excepción. Inicia con una sumaria historia sobre sus orígenes. Asimismo, se aboca a identificar el *nomen iuris* que los regímenes de excepción adoptan en el Derecho Constitucional comparado, identifica su justificación a partir de las normas y convenciones internacionales. Precisa someramente los requisitos y características de los regímenes de excepción y sus límites. Además, se refiere a los regímenes de excepción estipulados en la Constitución peruana, y plantea la modificatoria

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magister por la Universidad de Bruselas. Estudios Doctorales en la Universidad Carlos III de Madrid. Doctor en Derecho. Docente de pre y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, República del Perú.

de la norma correspondiente, para incluir el estado de alarma que involucre situaciones no previstas en los momentos constituyentes de 1992.

Palabras claves: Defensas constitucionales, regímenes de excepción, limitaciones de derechos, estado de alarma, estado de emergencia y estado de sitio.

Abstract: *This brief article deals with constitutional defence measures relating to derogation schemes. Start by doing a summary story about the origins. It also calls for identifying the nomen iuris adopted by exception regimes in Constitutional Law, identifying their justification on the basis of international standards and conventions. It briefly specifies the requirements and characteristics of exception schemes, their limits. In addition, it refers to the exception regimes stipulated by the Peruvian Constitution, and proposes an amendment to the corresponding rule to include the state of alarm involving situations that were not foreseen at the time constituting the 1993 constitution.*

Keywords: *Constitutional defenses, exception regimes, rights limitations, alarm status, state of emergency and state of siege.*

I. Introducción

El constitucionalismo moderno establece que, la Constitución no solo es un orden normativo (ley fundamental), además es un orden social, material y cultural (Haberle, 2002). La finalidad de la norma constitucional es darle un derrotero, un camino, un modelo para que ese orden social se desarrolle bajo determinadas premisas fundamentales.

Ese orden normativo constitucional contiene una serie de mecanismos para garantizar su existencia: las defensas constitucionales. Sin ellas, la Constitución fuera solo una mera proclama política, sin carácter obligatorio ni vinculante. Sin concreción práctica.

En una situación de convivencia normal, donde las relaciones sociales, políticas, económicas, nacionales e internacionales son estándares o corrientes, en el sentido de no conflictivas, estas defensas constitucionales se expresan en las garantías constitucionales: institucionales y procedimentales, tales como la independencia y autonomía de los poderes, la existencia de órganos autónomos de control de la constitucionalidad y de la legalidad, en especial en los derechos fundamentales incluyendo las garantías judiciales, pero centralmente en los procesos constitucionales diseñados justamente para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, la independencia de los poderes y la legalidad.

En cambio, frente a situaciones excepcionales que encierran graves anomalías sociales, económicas políticas o militares, nacionales o internacionales, llámense revueltas sociales, rebeliones, graves protestas, catástrofes, terrorismo, guerras in-

ternas y externas, calamidades naturales, epidemias, golpes de estado, entre otras situaciones anómalas, también ese orden normativo constitucional ha diseñado respuestas o defensas justamente para mantener el *statu quo* político constitucional.

Estas defensas constitucionales frente a graves anomalías que sufre el Estado y la sociedad, adoptan una serie de denominaciones y están regulados por las propias normas fundamentales. Así tenemos, entre otros, los regímenes de excepción, las potestades legislativas especiales otorgadas al ejecutivo, la suspensión individual de derechos y garantías, y el derecho de rebelión, configurados para que el orden constitucional, a partir de la decisión del poder ejecutivo, enfrente a situaciones anormales o excepcionales que se presenten, o que el soberano, es decir el pueblo ejerza el estado de desobediencia, insurgencia y de rebelión popular en caso de que el gobierno o un poder fáctico contravenga el orden constitucional, pues todos los ciudadanos somos portadores de un poder soberano en defensa de la constitución (Haberle, 2003, p. 290)

En ese sentido, en este pequeño trabajo abordaremos el tema de los regímenes de excepción, el mismo que tiene el contexto del Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM que ha dictado el gobierno peruano del presidente Martín Vizcarra, frente a la pandemia ocasionada por el Corona Virus, pandemia que afecta con graves consecuencias a casi todo el mundo.

II. El dictador romano resultado de una excepción

En particular, los estados de excepción están diseñados constitucionalmente para defender un orden, supuestamente constitucional. Esta situación, otorga facultades extraordinarias al poder político para cuidar el orden del Estado, limitando derechos y concentrando poder. Es una figura histórica que data desde las prácticas gubernativas del derecho greco-romano.

En aquel contexto histórico aparece la figura del dictador (*magister populi*), no como lo conocemos generalmente en la realidad latinoamericana como el tirano deshacedor de las formas que concentra todos los poderes estatales, el legislativo, ejecutivo y judicial. No, el dictador romano era el salvador del imperio cuando este entraba en crisis por los disturbios internos o la guerra.

Fue en la época republicana y democrática del imperio romano donde aparece esta figura como el ejercicio excepcional del poder. El dictador era un magistrado designado por los cónsules a propuesta del senado romano, tal designación se meritaba en el reconocimiento a las habilidades de conducción de guerras y labores pacificadoras, y significaba que el designado ejercía el poder con todos los poderes de legislar y conducir la guerra sin pedir y rendir cuentas al senado. Su mandato duraba 6 meses, luego del cual renunciaba y se elegía a otro.

El primero dictador registrado en la historia es Tito Larcio, reconocido por sus habilidades de conducir las milicias romanas. Luego siguieron los generales Sila y Julio Cesar, que por decisión del senado se convirtieron en dictadores para salvar el imperio republicano y democrático. Como el poder corrompe, esos mismos generales luego de triunfar y restablecer el orden social y militar de Roma, se negaron a reintegrar el poder y convirtieron la dictadura en un estado permanente. Julio Cesar, terminó como dictador vitalicio hasta que el senado planificó y ordenó su asesinato.

Esta institución perduró por mucho tiempo en las diversas constituciones del imperio romano y ha servido para argumentar justificaciones históricas a los modernos estados de excepción. (Chirinos Soto, 1994, p. 281). Y que, en los inicios de la vida republicana, fue el argumento para que, en medio del caos, Simón Bolívar, sea considerado como dictador vitalicio.

Estas medidas excepcionales del ejercicio del poder de quien debía conducir a los Estados o imperios, luego se trasladó a las constituciones medievales europeas y posteriormente se establecieron medidas de excepcionalidad de gobierno en las constituciones liberales francesa y americana. Así, quedó consagrado, en la Constitución francesa y de Estados Unidos, la posibilidad de que ante graves situaciones que pusieran en riesgo a los Estados federados o a la vida de la república, en caso de Francia, el presidente podría dictar medidas extraordinarias, suspendiendo o limitando derechos, incluyendo la de disponer la intervención de las fuerzas armadas para concretizar sus órdenes.

Por el lado del ámbito hispanoamericano, la primera constitución liberal de España y sus colonias, la llamada Constitución de Cádiz de 1802, estableció la posibilidad de que las Cortes podían dictar medidas de emergencia cuando así lo exigía la seguridad del Estado, limitando los derechos (artículos 306 y 308).

III. Estado o régimen de Excepción

Decíamos en la introducción a este breve trabajo, que los Estados enfrentan circunstancias particulares sociales, políticas, economías o naturales que pueden calificarse de graves o muy graves y que ponen en peligro la viabilidad política del propio Estado, su unidad, su poder de administración y gobierno, o afectan gravemente el ejercicio de los derechos constitucionales o impiden el normal funcionamiento de los servicios públicos, afectando a la población.

Ante estas circunstancias o anomalías sociales o naturales, las constituciones han diseñado un mecanismo normativo que justifica el ejercicio del poder político con competencias excepcionales, limitando el ejercicio de los derechos constitucio-

nales y concentrando competencias que en situaciones normales las ejercen otros entes, utilizando incluso la coacción y represión para enfrentar justamente esas anomalías. A estos mecanismos normativos constitucionales se les denomina regímenes de excepción.

Estos regímenes de excepción son mecanismos de defensa de la Constitución (Haberle, p. 291) mediante los cuales frente a hechos graves o eminentes que pongan en peligro al Estado, la seguridad o el orden público, y que no pueden resolverse a través de las medidas normales previstas en el ordenamiento, es que se dictan medidas jurídicas extraordinarias, concentrando el poder de decisión y regulación en el poder ejecutivo, suspendiendo derechos constitucionales, e incluso, en algunos casos, empleando la represión para hacerlos cumplir. Los regímenes de excepción van dirigidos a limitar derechos constitucionales como también a restringir la división de poderes.

IV. Tipología de los regímenes de excepción

Si bien la doctrina y los sistemas constitucionales utilizan diversas denominaciones, podemos establecer cierta tipología de los regímenes de excepción ateniendo a los hechos que los origina y al criterio de gradualidad de los efectos que conllevan la limitación de derechos constitucionales y a la concentración de competencias de la autoridad ejecutiva (presidente o primer ministro). Esa tipicidad de hechos y gradualidad de afectación de derechos, puede configurar la tipología siguiente:

- a. Tipología conforme a la naturaleza de los hechos y gradualidad de los derechos limitados
 - **Estado de calamidad o catástrofe**
Situación que se presenta cuando la población de un Estado se enfrenta a graves consecuencias de acontecimientos naturales, climáticos o enfermedades, que ponen en riesgo la salubridad pública u otros servicios públicos. Está previsto, por ejemplo, en el artículo 41 de la Constitución de la República de Chile.
 - **Estado de Alarma**
Coyuntura anómala motivada por catástrofe, crisis sanitaria, paralización de servicios públicos o situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad, que hace imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes. Esta situación produce grave alteración del orden público, que obliga a

suspender las garantías constitucionales. Esta tipología está prevista, por ejemplo, en el artículo 116 de la Constitución de España.

— **Estado de prevención**

Utilizado en algunos sistemas constitucionales para mantener la tranquilidad pública sin limitar derechos constitucionales, pero si empleando las fuerzas policiales para mantener el orden público. Otros consideran que es una antesala para el estado de sitio.

— **Estado de crisis económica, necesidad o emergencia**

Esta tipología proviene de las decisiones ante graves conflictos sociales o económicos que requiere medidas excepcionales y en donde el poder ejecutivo, asume competencias legislativas para adoptar medidas excepcionales. Un ejemplo de ello, fueron las leyes de emergencia que dictó el presidente de los EEUU para paliar la crisis financiera de los años 1929 (Roosevelt) y 2009 (Obama). En el ámbito latinoamericano, fueron el caso de los decretos del shock económico en el Perú de 1992 (Fujimori). En Argentina en 2001, cuando el gobierno De la Rúa, ante la imposibilidad de pagar la deuda externa por la grave crisis financiera que sufría el país, restringió el retiro de dinero de los bancos por parte de los titulares de las cuentas que excedieran de una cantidad pequeña por semana en dólares o en pesos (entonces equivalentes), o las transferencias al exterior, medidas que se popularizaron con el nombre de «corralito financiero», y que originó la caída del gobierno y una crisis de representación política y división de la nación argentina, que se mantienen hasta la fecha.

— **Estado de emergencia**

Esta tipología de la anormalidad constitucional se configura ante los supuestos de alteración de la paz o del orden interno, de catástrofe o graves circunstancias que afectan la vida de la nación. En algunos casos se asemeja al estado de alarma, pero en otros modelos constitucionales, al estado de prevención. Es, así como las otras medidas excepcionales, transitorio y tiene un plazo perentorio de vigencia. Esta denominación la sigue la Constitución peruana (artículo 137).

— **Estado de asamblea**

Situación surgida por anomalía grave que, si bien no se configura como conflicto armado externo, se puede parecer a una «situación de guerra» o de preparativos para ello, en donde se prohíbe el derecho de reunión, de trabajo, la libertad de comunicaciones, y se puede disponer la requisa

de bienes. Está previsto, por ejemplo, en el artículo 439 de la Constitución de Chile. Llama la atención la denominación estado de asamblea, para algunos autores esta denominación tiene que ver con los efectos emocionales que podría generar en la población, una situación de guerra.

— **Estado de sitio**

Esta denominación aparece en la doctrina constitucional desde 1791, cuando el gobierno francés a través de una ley dispuso que las fuerzas militares sitiaron o cercaran a los enemigos del régimen. Otros asumen que el estado de sitio es un agravante del estado de guerra cuando la plaza está acosada por el enemigo «como en los sitios de antaño, en que las trágicas circunstancias empujaban a conceder al jefe de la defensa las máximas atribuciones sobre la conservación o destrucción de las cosas y sobre la vida y muerte de los sitiados» (Cabanellas, pp. 573 y sgtes.)

Algunos consideran que el estado de sitio se declara por la producción o amenaza de producirse de una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia del Estado, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, anomalías que no pueden resolverse por otros medios. En esta situación excepcional, la autoridad militar prevalece sobre cualquier otra, excepto la del presidente.

— **Estado de guerra**

Conjuntamente con el estado de sitio, configuran los más graves regímenes de excepción. Estado de guerra se dicta ante una beligerancia efectiva, en donde las hostilidades en un conflicto armado con otra nación o internamente (guerra civil o movimiento guerrillero) ya se están dando. En estas circunstancias excepcionales, a la autoridad civil se le otorga atribuciones militares.

Estos regímenes de excepción que limitan derechos constitucionales, están previstos en las constituciones de Argentina, Brasil, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

— **Toque de queda**

Es una situación prevista para los estados de emergencia, estados de sitio o estado de guerra, en donde las fuerzas armadas asumen el control absoluto del patrullaje de los espacios públicos para asegurar que las personas no salgan de sus casas. Con ello se dispone la restricción de las libertades de movimiento, de circulación de personas, vehículos y la inmediata detención de los infractores.

b. Tipología conforme a la concentración de poderes y competencias, además de la afectación de los derechos constitucionales

La segunda tipología se establece teniendo en cuenta los efectos normativos que produce la disposición del régimen de excepción sobre las competencias de los órganos que concentran el poder en un Estado. Así, podemos identificar en aquellos regímenes de excepción que no solo limitan derechos constitucionales, además suspenden la división de poderes, concentrando las competencias legislativas en el poder ejecutivo o gobierno, este último es quien asume el rol de legislador aprobando y promulgando leyes o decretos de urgencia. Es el caso de la Constitución de Bolivia, Cuba, Chile, Colombia y México que, además de limitar derechos constitucionales, sus estados de excepción otorgan al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar.

V. Regímenes de excepción en el Derecho Internacional

La mayoría de convenciones y pactos internacionales en materia de derechos humanos desarrollan normas que disponen limitaciones o restricciones a los derechos y garantías procesales cuando el Estado confronta una situación grave de inseguridad o cuando exista una situación que ponga en peligro la continuidad del propio Estado. Esta regulación de los regímenes de excepción ha quedado clara y específicamente establecida en el Derecho Internacional.

Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948, si bien establece una norma genérica, al respecto ya indica que:

Artículo 9.

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

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 4:

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

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

Asimismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, establece en su 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 la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, de la cual el Perú es parte, establece en su artículo 27:

Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este 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.

Esta posibilidad de suspender las obligaciones contraídas por los Estados en materia de derechos humanos en caso de graves hechos que pongan en duda la seguridad, se le denomina Derecho de Derogación, que se distingue de la denuncia al tratado por el cual un Estado comunica oficialmente a los otros Estados con los que hubiera suscrito un acuerdo, que a partir de una determinada fecha dejará sin efectos el tratado acordado, es decir actuará al margen de lo que haya firmado; mientras que en el Derecho de Derogación, el Estado firmante de un tratado frente a determinadas circunstancias de hecho, puede inaplicar cláusulas pactadas, esta inaplicación se realiza respetando el procedimiento y requisitos que establece el propio tratado. En la práctica, es una suspensión de sus obligaciones debidamente motivada y utilizando el procedimiento establecido en el propio instrumento internacional.

VI. Elementos constitutivos de los regímenes de excepción

La doctrina y jurisprudencia nacional e internacional concuerdan que existen determinados elementos que deberían configurar un estado de excepción. Así tenemos que, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que para configurar un régimen de excepción:

«Se presentan los siguientes elementos: situación de anormalidad (circunstancia fáctica peligrosa que exige una respuesta inmediata por parte del Estado); acto estatal necesario (respuesta imprescindible, forzosa e inevitable, para enfrentar la situación de anormalidad); y, legalidad excepcional (existencia de marco normativo derivado de una grave situación de anormalidad)» STC 0017-2003-AI/TC.

«La restricción o suspensión del ejercicio de determinados derechos está fundamentada si es que ésta se considera como el medio para hacer frente a situaciones de emergencia pública con el fin de salvaguardar los principios democráticos y de un estado de derecho, siempre y cuando estén justificadas a la luz de la Constitución y tratados» (STC 0002-2008-PI/TC)

Asimismo, el Tribunal Constitucional de Colombia ha resuelto que:

«La Corte Constitucional de Colombia considera que la declaración de estado de excepción no puede sustentarse en la manifestación genérica de «hechos de violencia». La estabilidad institucional y la seguridad del Estado, se ven en este caso concreto afectados por hechos independientes de la confrontación armada, para lo cual el Gobierno dispone de recursos materiales y de suficientes facultades jurídicas para repeler agresiones y ataques (Sentencia N.º C-092/96. Del 7-3-1996. Ver Comisión Andina de Juristas: Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 13, Lima, 199, pp. 319.)

Entonces, podemos identificar los elementos que configurarían los regímenes de excepción, estos serían:

- Existencia o peligro inminente de grave circunstancia o la situación de anormalidad. No se admite el argumento de la generalidad, la mera suposición de un apremio, inseguridad o una posibilidad para establecer el estado de excepción. Es necesario que exista el hecho determinado o la amenaza eminente que se produzca para decretar tal medida.
- El acto estatal necesario, es decir la imposibilidad que tiene el gobierno de enfrentar la situación de anormalidad por otros medios.

- Restricción de derechos constitucionales.
- Plazo determinado de vigencia.
- La comunicación a la Organización de Estados Americanos, OEA, u otros organismos internacionales del decreto del régimen de excepción.
- La legalidad excepcional.
- Concentración del poder.
- Aplicación de los criterios de proporcionalidad y de razonabilidad en las medidas restrictivas de derechos.
- Funcionamiento de los demás órganos del Estado sujetándose al régimen de excepción.
- Factor axiológico, el fin que persigue en relación a la paz, tranquilidad, vigencia de los derechos, de la unidad territorial o del orden constitucional.
- Control jurisdiccional de los actos legislativos y administrativos que se han producido durante el periodo de vigencia del régimen excepcional.

VII. Regímenes de excepción en la Constitución peruana

Rápidamente podemos decir que la evidencia normativa más concreta sobre los regímenes de excepción en el Perú, la encontramos en la Constitución de 1933. Constitución peruana con mayor vigencia en el siglo XX, que estableció en su artículo 70 la suspensión de garantías con el texto siguiente: «cuando lo exija la seguridad del Estado podrá el Poder Ejecutivo suspender total o parcialmente, en todo o en parte del territorio nacional, las garantías declaradas en los artículos 56, 61, 62, 67 y 68. Si la suspensión de garantías se decreta durante el funcionamiento del Congreso, el Poder Ejecutivo le dará inmediatamente cuenta de ella. El plazo de suspensión de garantías no excederá de treinta días. La prórroga requiere nuevo decreto. La ley determinará las facultades del poder ejecutivo durante la suspensión de garantías».

Como en tantas ocasiones en la vida constitucional, esta norma que establecía la suspensión de los derechos constitucionales nunca se reguló y, por el contrario, la suspensión de garantías y los estados de emergencia dictados por los diferentes gobiernos militares y civiles han sido fuente de arbitrariedad y abuso, lo cual justificaba la incuria del poder político y legislativo al omitir aprobar esa ley que mencionaba el párrafo final del mencionado artículo de la Constitución de 1933. El maestro Orbeagozo nos recuerda que fue el 29 de abril de 1963, durante el gobierno

de los generales Pérez Godoy y Lindley López, que se expidió el Decreto Supremo N.º 14-63.CC.FFA aprobando el reglamento elaborado por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas que reguló los estados de emergencia y el cual se convirtió en la base legal para implementar los sistemas de represión en los años 60 y 70. Aquel reglamento, como era de esperarse, nunca se publicó, pero si se invocó pues era cuestión o razón de Estado. (Orbeago, 1995, p. 54)

En la Constitución vigente de 1993, los regímenes de excepción están previstos en el Capítulo VII, precisamente en el artículo 137 que reitera el artículo 70 de la Constitución de 1979, el mismo que establece los regímenes de excepción.

El artículo en mención, prescribe que el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por un 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: estado de emergencia y estado de sitio

1. Estado de emergencia

El primer párrafo del artículo indicado establece que el estado de emergencia se decreta cuando se presentan:

- a) Perturbación de la paz o del orden interno
- b) De catástrofe, o
- c) Ante graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

En esta situación, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales establecidos en los incisos 9, 11 y 12, y apartado f del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, relativos a:

1. La libertad y seguridad personal
2. La inviolabilidad del domicilio
3. El derecho de reunión
4. La libertad de tránsito en el territorio

La norma constitucional establece una prohibición a la limitación de derechos, en el sentido que: *En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie*. De igual forma, determina el plazo de vigencia de sesenta días del estado de emergencia. Su prórroga requiere nuevo decreto. Asimismo, establece que las fuerzas armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

2. Estado de sitio

El segundo párrafo del mismo artículo 137 prescribe el estado de sitio, el mismo que se establece en caso de:

- a) Invasión
- b) Guerra exterior
- c) Guerra Civil, o
- d) Peligro inminente de que se produzcan.

Se decreta con mención a los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo de vigencia del estado de sitio no excederá de cuarenta y cinco días. Al declararse el Estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.

VIII. Límites a los regímenes de excepción

La gran mayoría de constituciones en el mundo han establecido límites a los regímenes de excepciones, restringiendo las competencias del gobierno sobre los derechos constitucionales que se ven afectados, o estableciendo procedimientos para que los actos de gobierno realizados durante el estado de excepción puedan ser revisados por los órganos de control constitucional.

En ese sentido, rescatamos la reforma constitucional de México (2011), que ha establecido el recurso de revisión de toda la legislación producida por el presidente durante el estado de excepción, revisión que se produce ante la Corte Suprema de Justicia, que es la instancia de control constitucional de México.

En otra experiencia, como en el caso peruano, esa posibilidad de revisión no existe; el control político y de legalidad de los actos gubernativos durante el estado de emergencia se resume en una frase dispuesta en el artículo 137, que «el presidente dará cuenta al congreso». Aspecto que, hasta la fecha, no tiene desarrollo constitucional.

Sin embargo, los límites a los regímenes de excepción se configuran respecto a la vigencia y ejercicio de los derechos constitucionales y provienen de las convenciones internacionales de derechos humanos, de las cuales la mayoría de los Estados en el mundo son parte.

Así, por ejemplo, los Estados no pueden suspender los derechos que tiene carácter de inderogables conforme al Derecho Internacional, bajo cualquier circunstancias o estado de excepción. En particular, aquellos derechos referidos al recono-

cimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal y la prohibición de tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes; la prohibición de esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y religión; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos de la niñez; el derecho a la nacionalidad, y los derechos políticos.

De igual forma, los Estados no pueden suspender los procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y las libertades. Entre ellos, por ejemplo, los procesos de hábeas corpus y amparo dirigidos a controlar la actuación de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto. Estas garantías seguirán ejercitándose en el marco y principios del debido proceso legal.

Aquel núcleo duro de derechos constitucionales que no pueden afectarse en los regímenes de excepción está establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 27.2), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4.2), en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15.2), en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, (artículo 27.1).

Concordante con estas disposiciones, el artículo 200 de la Constitución peruana, ha establecido que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia, ni de sitio.

IX. Estado de emergencia por pandemia y propuesta

A inicios del año 2020, una rara enfermedad empezó a contagiar a la población de Wuhan, una mediana ciudad en las costas de la República Popular China. El gobierno chino luego de decisiones administrativas muy severas, aislamiento y confinamiento estricto de su población, pudo controlar el contagio. Con la intervención la Organización Mundial de la Salud, el gobierno y sus expertos, determinaron que esa enfermedad causante de infección a los pulmones, agotamiento, fiebre, y debilitamiento generalizado y que podía generar la muerte de la persona, era causada por una especie del virus que provendría de una familia de virus del Oriente Medio (MERS) y del síndrome respiratorio grave, llamado SAR. Entonces a este nuevo virus se le denominó Corona Virus 19, al ser la versión diecinueve de los virus SAR.

Si bien el contagio de la COVID-19 se pudo controlar en China, esta se expandió en toda Europa, Estados Unidos, África, Rusia y en Latinoamérica, causando millones de contagios y muertes. Convirtiéndose la infección en una pandemia de alcance global que, sin tener aún vacuna o medicación, ha originado a la fecha, una catástrofe sin precedentes en el área de la salud, empleo y empresa, y el cierre mundial de fronteras.

Ante la llegada de los primeros infestados al Perú y debido a la precariedad del sistema de salud y los mínimos stocks de medicamentos y personal de salud que pudieran atender un masivo contagio, el Gobierno decretó el 15 de marzo 2020, el D.S. 044-2020-PCM, estableciendo el Estado de Emergencia Nacional por quince días. Estado de emergencia que, conforme a la Constitución, limita el ejercicio de los derechos a libertad individual, libertad de reunión, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito.

Consideramos que este Estado de Emergencia, sin bien cumple con los requisitos y elementos previstos en la doctrina y normatividad para los regímenes de excepción (artículo 137 de la Constitución) agrega un elemento no previsto en la norma fundamental: la cuarentena, «el distanciamiento social». Situación limitante de derechos que sí está previsto en una norma infra constitucional, Ley de Salud N.º 26842 (artículos I y VI de su Título Preliminar). Pero ello, no es lo resaltante, lo más grave es que este «distanciamiento social», en la práctica, suspende el ejercicio de derechos laborales, (trabajo dependiente y autónomo, artículo 2.15, artículos 22 y 23 de la CP), afecta la libertad de asociarse, libertad de empresa y de contratación (artículo 2, incs.13,14 y artículo 59); el uso y disfrute de la propiedad (artículo 2.16 y artículos 70 y 72) y una serie de derechos que provienen de las relaciones sociales y culturales, tales como el ejercicio de la libertad de culto y creencia (artículo 2.3), el bienestar individual y el libre esparcimiento (artículo 2.22). Estado de emergencia que, posteriormente, justificó «la suspensión perfecta de labores», que ha ocasionado miles de despidos en todo el país, y la intervención represiva de las fuerzas policiales y militares para hacer cumplir la orden del ejecutivo.

En conclusión, este Estado de Emergencia limita o suspende el ejercicio de derechos mucho más de lo previsto por la actual Constitución y que podría estar generando situaciones arbitrarias e inconstitucionales, pues en base a una interpretación extensiva de los derechos que pueden limitarse, el Ejecutivo aplica restricciones a derechos distintos a lo expresamente permitido por la norma fundamental, utilizando en la práctica, un argumento político que el constitucionalismo democrático ha desterrado: la razón de Estado.

Situación, como lo adelantamos en el título de este breve trabajo, que si bien es originada como reacción a una pandemia, renueva la discusión si el concepto de dictadura no solo debe desmitificarse sino que debe ser abordado para identificarla y criticarla cuando el propio sistema democrático, ante la desesperación de los gobernantes, traza e implementa medidas que deben ser lo más formalizadas posibles, para que, precisamente, la democracia no se deforme en tiranía, no solo de las armas sino de la sinrazón.

Consideramos que el Estado de Emergencia en el Perú (artículo 137.1 de la CP), no está diseñado para enfrentar una grave situación sanitaria, o para enfrentar fenómenos naturales y/o producidos por el hombre: cambio climático que origina hechos de magnitud, epidemias globales que se expanden con la migración de las personas y mercancías. Movimiento de personas que puede generar grave deterioro de los servicios públicos e indefensión de miles de personas, como fue el caso de la migración venezolana. Situación que conllevaría a plantear la limitación de otros derechos y no solo de aquellos previstos en el indicado artículo 137.1. Por ejemplo, limitar dada la situación de emergencia, el incremento de los costos de los servicios de salud o de las regulaciones contractuales.

Por ello, consideramos que el estado de emergencia decretado por el gobierno es atípico, no está previsto en la Constitución. En ese sentido, hay una anomia constitucional que los gobernantes, vía principios de interpretación o razones de Estado, puede llegar a resolver, subsumiendo en un estado de emergencia situaciones no previstas en la ley fundamental. Por eso, estamos de acuerdo con la preocupación expresada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en un comunicado público advierte del comportamiento arbitrario que los Estados podrían estar generando al disponer, sin la debida justificación, los regímenes de excepción. Así manifiesta:

Respecto a los estados de excepción, la Comisión ha sostenido en diversas oportunidades que los Estados no pueden utilizar esta figura de manera genérica, sin antes justificar de manera estricta la existencia de una situación de emergencia excepcional. Por ende, la declaración de estado de emergencia excepcional para hacer frente a la dispersión de la pandemia del coronavirus, no debe utilizarse para suprimir un catálogo indeterminado de derechos o ad infinitum, ni para justificar actuaciones contrarias al derecho internacional por parte de agentes estatales, por ejemplo, el uso arbitrario de la fuerza o la supresión del derecho de acceso a la justicia para personas que sean víctimas de violaciones a derechos humanos en el contexto actual. (CIDH, Comunicado del 17 de abril 2020)

Propuesta: el Estado de alarma

El año 2002, hace 18 años, la Comisión de Constitución del Congreso de la República presidida por el extinto Henry Pease García, publicó luego de más de dos años de trabajo con las instituciones de la sociedad civil: sindicatos, universidades, facultades de derecho, entre otros, el Proyecto de Ley de Reforma Constitucional. En este Proyecto, en su artículo 187, se planteaba tres tipos de regímenes de excepción: el Estado de Alarma, Estado de Emergencia y Estado de Sitio.

X. Conclusiones

- Los sistemas constitucionales han diseñado instituciones, procedimientos, competencias o estatus jurídicos excepcionales para enfrentar situaciones anómalas que ponen en peligro la existencia del Estado, el ejercicio de los derechos y el propio orden constitucional.
- Aquellas defensas constitucionales adoptan diferentes denominaciones y configuraciones legales: regímenes de excepción, legislación de emergencia, suspensión individualizada de derechos, derecho a rebelión o insurrección, entre otros.
- Los regímenes de excepción en el derecho comparado también adoptan una serie de nomen iuris conforme a la situación que pretende combatir o prevenir, a los derechos constitucionales que se suspenden y a las competencias especiales que se le otorgan al poder ejecutivo.
- Los regímenes de excepción están previstos en la mayoría de convenios y tratados internacionales, bajo la figura de la suspensión o derogación de derechos.
- En el Perú la configuración de los regímenes de excepción se concretiza en el estado de emergencia y el estado de sitio.
- El Estado de Emergencia, decretado por la pandemia, no está contemplado en la constitución si nos atenemos a los derechos que limita y suspende, y a la intervención de las fuerzas policiales para hacerlo cumplir.
- Frente a las nuevas circunstancias nacionales y mundiales y la posibilidad que se concreten situaciones no contempladas por los constituyentes, se debe modificar la Constitución para introducir el Estado de Alarma.

X. Lista de referencias

- COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES. (2002). *Proyecto de Reforma Constitucional*, Editorial: Congreso de la República, Lima: Perú.
- CHIRINOS SOTO, ENRIQUE Y CHIRINO SOTO, FRANCISCO. (1994). *Constitución de 1993, Lectura y comentario*, Editorial: Rhodas, Lima: Perú.
- GARCÍA CAMINO, B. (2013). *La Revisión Constitucional de la Legislación de los Estados de Excepción. Una nueva Figura en el Derecho Procesal Constitucional Mexicano*. En: Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año 11, N.º 02, 2013, pp. 547-573.
- GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. (2016). *Las Constituciones del Perú*. 3.ª ed. Editorial: JNE, Lima: Perú.
- GARCÍA TOMA VÍCTOR. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 3.ª ed. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima: Perú.
- HABERLE, P. (2002). *La Constitución como cultura*. Editorial. Universidad Externado, Bogotá, Colombia.
- (2003) *El Estado Constitucional*, Edit. PUCP, Lima, Perú.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2013). *La Constitución Política*. 10.ª edición Oficial, Lima: Perú.
- MONTOYA CHAVEZ, V. H. y VILA ORMEÑO, C. (2012). *La Constitución de 1993 y Precedentes vinculantes*, Editorial: Grijley, Lima: Perú.
- ORBEGOZO V. SIGIFREDO. (1995). *Historia y Constitución: Temas Polémicos*, Editorial: Ediciones Vallejanas, Trujillo, Perú.
- REMOTTI CARBONELL, J. C. (2005) *Constitución y Medidas contra el Terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*. Editorial: Juristas Editores, Lima, Perú.
- SAR, O. (2004). *Constitución Política del Perú. Con la jurisprudencia artículo por artículo del Tribunal Constitucional*. Editorial: nomos & tesis, Lima, Perú.

La teoría del estado, la teoría de la constitución y otros artificios en la historia constitucional peruana

The theory of the state, the theory of the constitution and other devices in the peruvian constitutional history

LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Las construcciones teóricas relativas al Estado y la Constitución. III. Propuesta para el desarrollo de teorías y dogmas propios en pro de la tutela efectiva. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo realiza un recuento de las principales posturas de la teoría del Estado y la teoría de la Constitución, pero no con intención descriptiva, sino, a efectos de comprobar si tales postulados han sido o son vigentes en el discurrir constitucional peruano; así, con el uso de un análisis histórico y otro dogmático, se ha obtenido como resultado que el pueblo peruano nunca ha ejercido un poder constituyente originario, lo que ha pri-

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de pre y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Cajamarca y Doctorando en la misma casa de estudios.