



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

¿SE SUSPENDEN O RESTRINGEN
REALMENTE LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES? ESPECIAL
REFERENCIA A LOS PROCESOS
CONSTITUCIONALES EN LOS
REGÍMENES DE EXCEPCIÓN

Luis Castillo-Córdova

Perú, septiembre de 2005

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2005). ¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción. En E. Espinosa-Saldaña (Coord.). *Derechos fundamentales y Derecho procesal constitucional* (323-370). Lima: Jurista editores



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN. 1. *Definición y justificación.* 2. *Principal consecuencia: suspensión de derechos constitucionales.* 3. *Principios de legitimidad.* III. TIPOS DE REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA. IV. VIGENCIA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN 1. *Subsistencia de las garantías constitucionales.* 2. *Casos de procedencia de la garantía constitucional.* A) Para la defensa de derechos no suspendidos. B) Para la defensa de derechos suspendidos. a. Si se han suspendido derechos que no pueden suspenderse. b. Para examinar la proporcionalidad o razonabilidad del acto restrictivo. c. Un caso de improcedencia de la acción de garantía. IV. HACIA UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. 1. *Especial significación de los derechos fundamentales.* 2. *¿Realmente se pueden suspender los derechos en un régimen de excepción?* 3. *¿Se restringen realmente los derechos?* V. *¿SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DERECHOS ABSOLUTOS?* VI. SIGNIFICADO DE LA INSTAURACIÓN DE UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

No hay duda de la especial importancia que la plena vigencia de los derechos fundamentales representa ya no sólo para la existencia digna de la persona humana que es la razón de ser del Estado y de la sociedad (artículo 1 CP), sino para la existencia de un verdadero Estado que –como el peruano– se ha concebido como uno de derecho (artículo 45 primer párrafo CP). Pero el Estado peruano, como cualquier otra comunidad política, ha tenido y tiene que hacer frente a una serie de amenazas y peligros (ya naturales, ya provocados por el mismo hombre) que ponen en serio riesgo no solamente su existencia como Estado de derecho, sino incluso su existencia misma como Estado. Para afrontar con mayor eficacia estas realidades –por desgracia más bien frecuentes en comunidades políticas como la peruana– el constituyente peruano ha previsto la existencia de los llamados regímenes de excepción que, entre otras consecuencias y dependiendo del tipo de régimen de excepción, habilita al Ejecutivo a *suspender* o *restringir* determinados derechos constitucionales.

Cabe plantear la cuestión de qué es lo que ocurre con la exigibilidad –producto del principio de normatividad constitucional- de las disposiciones constitucionales que reconocen derechos cuando se trata de estos casos de excepcionalidad, y –consecuentemente– qué ocurre con las garantías constitucionales en tanto previstas para la defensa de derechos constitucionales. A la solución de esta cuestión se dedicará esta breve monografía.

Este trabajo puede ser dividido en tres partes. La primera va a ir destinada al estudio de los regímenes de excepción en general y en particular los regímenes previstos en la Constitución peruana. En un segundo momento se estudiará la vigencia de las garantías constitucionales o procesos constitucionales que protegen derechos constitucionales en esos estudiados regímenes de excepción, haciendo especial referencia al principio de



proporcionalidad o razonabilidad que resulta –como se verá– de especial importancia para determinar la procedencia o no de una demanda constitucional. Y finalmente, en un tercer momento, y a partir de la especial significación de los derechos fundamentales, se intentará una nueva interpretación acerca de la vigencia de los referidos derechos y correspondientes garantías en los estados de excepción.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de empezar el estudio de las cuestiones propuestas en este trabajo, se hace necesario formular algunas consideraciones previas cuyo esclarecimiento facilitará el desarrollo de este trabajo. Estas consideraciones son al menos las siguientes cuatro.

En primer lugar una consideración meramente terminológica.

En segundo lugar, y aunque no tiene jurídicamente ninguna relevancia jurídica pero sí una didáctica, las garantías constitucionales previstas en el artículo 200 CP pueden clasificarse en garantías constitucionales y en garantías de derechos constitucionales. Las primeras tendrían por finalidad directa la preservación de la integridad de la Constitución como un todo unitario y normativo. Dentro de este grupo caerían garantías constitucionales como la acción de inconstitucionalidad y la acción popular. Las segundas, por su parte, no tienen por finalidad directa salvar la Constitución como un todo normativo, aunque secundariamente terminan favoreciendo la vigencia normativa de la Constitución, sino que su finalidad inmediata es la protección de una parte de la Constitución, de aquella en la que se recogen los derechos de la persona. Así, forman parte de este grupo el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data.

Precisamente con base en esta distinción, en tercer lugar, si bien las referencias en este trabajo serán formuladas del amparo o del hábeas corpus, debe hacerse extensiva igualmente al hábeas data, en la medida que son expresiones que pueden hacerse de las garantías de derechos constitucionales por igual. De hecho, tanto la Constitución peruana (CP) como el Código Procesal Constitucional (CPC) han tratado el tema de las garantías constitucionales en referencia conjunta al hábeas corpus, al amparo y al hábeas data. Esto significa que no será adecuado –cuando no imposible– hacer una referencia exclusiva al amparo cuando se estudien la vigencia de los derechos constitucionales y de sus garantías constitucionales en los regímenes de excepción. A lo largo de este trabajo se hará referencia expresa al hábeas corpus y al amparo, sin olvidar que todos los juicios generales que de ellos se haga, pueden igualmente formularse respecto del hábeas data.

La cuarta precisión que debe hacerse es que en este trabajo, para aludir al amparo y al hábeas corpus se emplearán indistintamente las siguientes expresiones: *garantías constitucionales* y *acciones de garantía*, por así permitirlo el texto constitucional (artículo 200); y *procesos constitucionales* por así preverlo el Código Procesal Constitucional. Y en tercer lugar, como este trabajo estará referido esencialmente al ordenamiento constitucional peruano, se emplearán indistintamente las expresiones *derechos constitucionales*, *derechos fundamentales* o *derechos humanos*, para hacer

referencia a los derechos de la persona reconocidos e igualmente garantizados en el texto constitucional peruano¹.

III. LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN

1. Definición y justificación

Como ya se ha afirmado, en la vida de un Estado pueden presentarse una serie de situaciones que pueden suponer un serio riesgo para la normal existencia y desenvolvimiento de la comunidad estatal y de su institucionalidad². En palabras del Tribunal Constitucional peruano, se trata de “casos o situaciones que afecten la vida de la Nación, o en estado o peligro de sitio, invasión o guerra”³; y en términos de la Convención americana de derechos humanos, se trata de casos “de guerra, de peligro publico o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado parte” (artículo 27.1 de la Convención).

Estos casos, “no pocas veces manchados de sangre, o ensalzados por conductas heroicas (...) hechos provistos de grandes dosis de irracionalidad”⁴, precisamente por su gravedad excepcional, requieren de una actuación rápida y eficaz destinada a revertir la situación de inestabilidad. Esta actuación rápida y eficaz sólo será posible si se dota de unos mayores poderes al gobernante (en general al Jefe del ejecutivo), poderes que no tendría en una situación de normalidad y que pueden llegar –normalmente llegan– a facultarle a restringir o suspender los derechos constitucionales de las personas: “[n]ormalmente se refuerza la potencialidad del Ejecutivo que adquiere una primacía momentánea sobre los demás poderes, con un simultáneo recorte o padecimiento de algunos derechos y libertades individuales”⁵.

La salvación de estas situaciones de excepcionalidad no puede producirse desde la fuerza fáctica, sino desde el plano de la legalidad. De lo que se trata es de superarlas desde la institucionalidad jurídica misma. Por este motivo y por el motivo complementario que de esa forma se puede fiscalizar mejor el empleo de esos mayores poderes que recibe el

¹ Una justificación de esta equivalencia terminológica con base en el mismo texto constitucional, se encontrará en CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas consideraciones sobre los derechos de la persona en la norma constitucional peruana*. En “Revista Jurídica del Perú”, n° 53, diciembre de 2003, ps. 13–19.

² Como ha apuntado Espinosa–Saldaña, “[d]iariamente y en diversas partes del mundo se presentan acontecimientos de tipo social o político, situaciones que a veces adquieren tal gravedad que incluso parecen poner en riesgo la vigencia y permanencia de los elementos considerados centrales dentro de todo Estado Constitucional que se precie de serlo, las cuales son a saber la limitación del poder, el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución”. ESPINOSA–SALDANA BARRERA, Eloy. *Algunas preguntas sobre la pertinencia y viabilidad del Habeas Corpus durante la vigencia del Estado de excepción. Reflexiones a partir de la coyuntura peruana reciente*. En “Normas Legales”, n° 326, julio 2003, p. 78.

³ Exp. 0005–2001–AI/TC, de 15 de noviembre de 2001, f. j. 2.

⁴ CARRO MARTÍNEZ, Antonio. *Situaciones de anomalía constitucionalidad*. En ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (director). “Comentarios a la Constitución española de 1978”, Cortes Generales – EDESA, Madrid, 1998, p. 211.

⁵ Idem, p. 216.



Ejecutivo para combatirlas, es que hace bien el constituyente –como el peruano de 1993– en no ignorar esta realidad e intentar regular –de forma básica y general– el enfrentamiento de estas situaciones de excepcionalidad. Por ejemplo, lo regulará definiendo constitucionalmente y de manera clara, cuándo se está frente a una situación de excepcionalidad, quien es el encargado de conjurarla, con base en cuales poderes extraordinarios y en cual plazo de tiempo. De esta forma incluso se llega a reforzar el principio de normatividad de la Constitución que exige que sea considerada y aplicada como una norma jurídica fundamental⁶, y a reforzar el mismo Estado de derecho⁷.

Por lo dicho hasta aquí, los regímenes de excepción pueden ser definidos como aquellas formas de reacción constitucional que tiene atribuido el Gobernante de una comunidad política, para hacer frente a una situación especialmente grave que amenaza la propia existencia del Estado, y que normalmente supone una mayor concentración de poder, el mismo que viene legitimado sólo en la medida que se dirija a la salvación de la situación de excepcionalidad.

2. *Principal consecuencia: suspensión de derechos constitucionales*

Se ha argumentado que en los estados de excepcionalidad la respuesta rápida y eficaz exige que el Gobernante temporalmente llegue a tener unos poderes que en situaciones de normalidad no habría tenido. Dentro de esos poderes extraordinarios que llega a obtener el Gobernante –como se verá inmediatamente ocurre en el caso peruano–, se encuentra uno principal consistente en la facultad de decretar la suspensión de determinados derechos reconocidos en la norma constitucional, teniendo en cuenta siempre “que no violenten en lo esencial, los principios políticos y jurídicos en que se asienta el Estado”⁸.

Frente a esta constatación, son varias las cuestiones que pueden plantearse. En primer lugar, se puede preguntar qué significa que un derecho constitucional quede suspendido. La manera de responder a esta pregunta no es planteándola en abstracto, sino en concreto y responderla –por tanto– dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Por ello, esta cuestión se responderá más adelante al momento en que se estudien los regímenes de excepción en el ordenamiento constitucional peruano. Por ahora sólo conviene decir que en estas situaciones de anormalidad, la suspensión del derecho atañe sólo al ejercicio del mismo, más no afecta su existencia⁹, sin que en ningún caso la

⁶ Sobre la Constitución peruana como norma jurídica fundamental cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Ara editores–Universidad de Piura, Lima, 2003, ps. 97–107.

⁷ Como ha dicho la Corte interamericana de Derechos humanos (CIDH) hablando de la procedencia de los regímenes de excepción que, “resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse”. Opinión consultiva a la CIDH OC–8/87 del 30 de enero de 1987 (“El Habeas corpus bajo suspensión de garantías”), apartado número 24.

⁸ GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo II, Universidad de Lima, Lima, 1998, p.393.

⁹ Como ha escrito Fernández Segado, “en definitiva la suspensión queda limitada a la eficacia de la norma, en el sentido de que ésta deja de ser vinculante para el órgano que decreta la suspensión. De ahí que la suspensión de derechos no implique abrogación de la

suspensión en sí misma suponga alguna situación de inconstitucionalidad o de ilegalidad¹⁰.

La segunda pregunta que puede presentarse es acerca de la justificación que subyace a esta medida que parece ser tan extrema, sobre todo si reparamos en la especial significación que para la verdadera existencia de un Estado de derecho, significan los derechos constitucionales. Al momento de establecer una justificación a la decretación de los estados de excepción, se suele argumentar que se tratan de situaciones que colocan en serio peligro de destrucción o desaparición al propio Estado democrático de derecho, el cual resulta necesario (como una suerte de garantía) para la vigencia efectiva de los derechos constitucionales¹¹, en buena cuenta, para hacer realidad la consideración de la persona humana como fin del Estado. De modo tal que, en último término, la suspensión temporal del ejercicio de ciertos derechos constitucionales tiene por finalidad –y en ello encuentra su legitimidad– la protección efectiva de todos los derechos constitucionales, incluidos los que se suspenden¹².

Este tipo de razonamiento se puede encontrar no sólo en la doctrina constitucional¹³, sino también en la jurisprudencia constitucional. Es el caso del Tribunal Constitucional español, el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse a este respecto, declarando que la “limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas

existencia del derecho objetivo suspendido, sino tan sólo una restricción temporal en el ejercicio de tales derechos”. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales*. En “Revista de Derecho Político”, n° 18–19, 1983, p. 40.

¹⁰ Afirma Prieto Sanchis que “su regulación [de los derechos suspendidos] ordinaria, por otra extraordinaria, pero que sigue siendo una regulación, esto es, un régimen normativo o de legalidad”. PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid 1990, p. 248.

¹¹ Con razón ha escrito Pérez Luño que en el Estado de derecho “los derechos fundamentales no aparecen como concesiones, sino como el corolario de la soberanía popular, a través de cuyo principio la ley no sólo implica un deber, sino también un derecho para el individuo. Se cumplía así el axioma a tenor del cual el hombre sólo puede ser libre en un Estado libre, y el Estado sólo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 7ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 212.

¹² En este sentido se han manifestado Serna y Toller, para quienes “[c]uando se declara un estado de excepción o de sitio, se lo hace con el fin de preservar el bien común, el cual tiene como uno de sus principales contenidos la defensa y promoción de los derechos de las personas. Por ello, la suspensión de los derechos, si está justificada (...) es en definitiva una medida de defensa y promoción de los derechos individuales, que no pueden subsistir sin un mínimo de orden público y de seguridad común”. SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 89.

¹³ Así, la suspensión de derechos queda “justificada por razón de la propia y evidente necesidad de buscar soluciones extraordinarias que, dejando temporalmente sin efectos determinados derechos y libertades, pretende defender el propio Estado de derecho, que es su principal garantía, y por tanto, en última instancia pretender defender a largo plazo los propios derechos fundamentales [constitucionales]”. DE LA QUADRA-SÁLCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. *Naturaleza de los derechos fundamentales en sistemas de suspensión*. En “Anuario de Derechos Humanos”, n° 2, 1983, p. 433.



acciones, de una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos y, de otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático”¹⁴.

Por tanto, esos mayores poderes, el empleo de los mismos y la suspensión de derechos constitucionales, sólo vienen justificados por la situación excepcional y su utilización sólo se verá legitimada en la medida que se destine a la superación de la crisis¹⁵, y no –como desgraciadamente ha ocurrido en más de una oportunidad– en una excusa para en la práctica terminar vulnerando derechos constitucionales de personas opuestas a un régimen político determinado¹⁶.

3. Principios de legitimación

Con base en la definición que sobre regímenes de excepción se ha dado líneas arriba, se debe afirmar que para la instauración y mantenimiento de un régimen de excepción y para la justificación de sus consecuencias, en particular, de la restricción o suspensión de derechos constitucionales, debe tenerse en consideración la acción conjunta de algunos principios a los cuales se hará referencia inmediatamente aunque de manera breve y general.

– Principio de necesidad: Este principio significa que para que se decrete legítima y constitucionalmente un régimen de excepción, se requiere que la situación de anormalidad se esté produciendo realmente o que haya inminencia en su verificación; y que además sea de tal gravedad que haya colocado en peligro la normal existencia del Estado de derecho. Exige también que no existan otras medidas menos restrictivas de derechos e igualmente eficaces para conjurar el peligro de la situación que hayan podido ser decretadas¹⁷. Es por ello que se afirma con razón que “el Estado en circunstancias de necesidad excepcional tiene el derecho absoluto a defenderse”¹⁸.

¹⁴ STC 25/1981, 14 julio, f. j. 5. Incluso en la CIDH, la misma que, refiriéndose a los regímenes de excepción, ha manifestado que “[l]a suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática (...) Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA”. Opinión consultiva a la CIDH OC-8/87, citada, apartado número 20.

¹⁵ Como bien ha apuntado Carro, “[u]n hecho inopinado, grave, real, que atente contra el orden público constitucional, justifica el empleo de las medidas de poder indispensables para el mantenimiento o el restablecimiento del orden jurídico amenazado o perturbado”. CARRO MARTÍNEZ, Antonio. *Situaciones de anormalidad...*, ob. cit., p. 214.

¹⁶ Por desgracia no se puede desconocer que “en múltiples ocasiones estos regímenes excepcionales han sido el pretexto para la violación sistemática de los derechos inherentes a todo ser humano”. ESPINOSA-SALDANA BARRERA, Eloy. *Razonabilidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad en la resolución de hábeas corpus en los estados de excepción: el caso peruano*. En: “Derecho y Sociedad”, n° 10, 1995, p. 69.

¹⁷ Magdiel Gonzáles, este principio sostiene que “para implantar un estado de excepción, se requiere de la existencia de un hecho real o inminente que afecte el Orden Político-jurídico, es decir, que se trata de una situación objetiva de suma gravedad, que amenaza la seguridad del propio Estado y afecta la continuidad de la comunidad organizada; que, además hayan fracasado todos los medios normales a los que puede recurrir un Estado para solucionar sus problemas”. GONZALES, Magdiel. *La excepcionalidad en la*

_ Principio de temporalidad: Según este principio, las causas que generan el estado de excepción serán siempre temporales, de lo contrario no se estaría precisamente frente a una situación de excepción. Esto supone que temporales han de ser también las medidas a adoptar para salvar la eventualidad grave que se ha presentado¹⁹.

_ Principio de proporcionalidad: Este principio exige que las medidas que se adopten para conjurar esa especialmente grave situación que atraviesa la comunidad política, deben ser idóneas, estrictamente necesarias para conjurar el peligro y equilibradas entre la restricción del derecho y la finalidad que se intenta conseguir. El uso de los poderes excepcionales debe adecuarse a la naturaleza e intensidad de la crisis que ha de enfrentar²⁰.

_ Principio de razonabilidad: Se define este principio como la exigencia de que la decretación misma y la concreta aplicación de las medidas de restricción de derechos en el régimen de excepción debe guardar una relación lógica o de causalidad directa e inmediata con los hechos que motivaron dicho régimen y, consecuentemente, con la finalidad que se pretende obtener con el régimen de excepción y con la medida concreta de restricción del derecho²¹. Definida así la razonabilidad coincide –como se tratará más adelante– con la exigencia de proporcionalidad.

_ Principio de constitucionalidad: Exige este principio que se debe reconocer que aún en los casos de excepcionalidad, el poder político debe actuar conforme a los cánones constitucionales, evitando en todo momento la ilegalidad en su actuación. En este sentido y con razón, se ha reclamado que los poderes excepcionales no pueden ser ilimitados ni tan siquiera en estas situaciones de crisis²².

Constitución. Los estados de excepción y los derechos humanos en la legislación peruana. L. F. Lann editorial, Lima 1991, p. 35.

¹⁸ CARRO MARTÍNEZ, Antonio. *Situaciones de anormalidad...*, ob. cit., p. 217.

¹⁹ Para Power Manchego–Muñoz, “la duración del estado de excepción debe ser transitoria, por cuanto la permanencia del mismo significa el no encontrarnos frente a un estado de excepción (un derecho excepcional), sino frente a un cambio de supuestos de hecho (un nuevo derecho general)”. POWER MANCHEGO–MUÑOZ, Jorge. *Constitución y Estados de excepción.* Asociación Acción y pensamiento democrático, Lima, 1990, p. 115.

²⁰ García Morillo ha agregado que “[l]a proporcionalidad de los poderes excepcionales se proyecta también territorialmente, de manera que si la situación de crisis afecta exclusivamente a una parte del territorio nacional, sólo ésta debe verse afectada por la aplicación de dichos poderes”. GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La garantía de los derechos fundamentales (I)*. En AA. VV., “Derecho Constitucional”, vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 467.

²¹ En este sentido se ha manifestado Magdiel Gonzáles, para quien “debe existir coherencia entre los fundamentos que llevaron a declarar el estado de Excepción, los derechos suspendidos y las medidas que se adopten para superar las causas que motivaron la excepcionalidad”. GONZALES, Magdiel. *La excepcionalidad en...*, ob. cit., p. 36.

²² Así se ha manifestado García Morillo: “las potestades extraordinarias que se otorgan están tasadas por el propio ordenamiento jurídico, que fija cuáles son los derechos que pueden suspenderse y las facultades con que cuentan los poderes del Estado”. GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La garantía de...*, ob. cit., p. 467.



IV. TIPOS DE RÉGIMENES DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Como ya se apuntó anteriormente, de lo que se trata es de dar desde la Constitución misma (desde la institucionalidad jurídica misma) una solución a las situaciones de excepcionalidad que puedan acontecer durante la existencia de una comunidad política. Se hace necesario que la Constitución no desconozca las posibles realidades de excepcionalidad y que, por el contrario, reconociéndolas les prevea un régimen normativo dirigido a la superación efectiva de situaciones de crisis dentro de un marco jurídico especial.

De otro modo, se estaría propiciando el quebrantamiento del orden constitucional, pues al ser inevitables las situaciones de crisis y no prever constitucionalmente los mecanismos para hacerles frente desde la legalidad, esas situaciones –al exigir siempre un incremento en el poder del Ejecutivo– se configurarían como inconstitucionales con el consecuente daño que al Estado de derecho de ahí se puedan generar²³.

Por eso conviene estudiar, aunque brevemente, cuales regímenes han sido previstos por la norma constitucional peruana y de qué forma han sido regulados²⁴. Con el nombre de “regímenes de excepción” la Constitución peruana en su artículo 137 recoge dos de éstas situaciones excepcionalmente graves, con los nombres de “Estado de emergencia” (artículo 137.1 CP) y de “Estado de sitio” (artículo 137.2 CP). Estos dos regímenes tienen puntos comunes y puntos diferenciadores.

En lo que respecta a los primeros, el régimen de excepción es declarado por el Presidente de la república mediante decreto supremo, el mismo que es aprobado por acuerdo del Consejo de ministros (artículo 137 CP primer párrafo). La decretación debe ser necesariamente por un plazo determinado, y tendrá vigencia en todo el territorio nacional o en parte de él, según lo disponga el mismo decreto. Es pues una potestad exclusiva del Presidente de la república –con la intervención de su Consejo ministerial– la declaración

²³ Como se ha apuntado, “los regímenes de excepción no dejan de ser regímenes de derecho. Pueden ser posiblemente momentos con un distinto o diferente tipo de derecho, pero siguen siendo estados de derecho al fin. En ellos no impera la arbitrariedad aun cuando el margen de discrecionalidad sea mayor que en las épocas normales”. BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales*. 2ª edición, Fe de Erratas, Lima, 2000, p. 439.

²⁴ El artículo 27.1 de la Convención americana sobre derechos humanos, habilita a los estados firmantes de la Convención, entre ellos el Perú, a prever situaciones de excepcionalidad. Así dispone el mencionado artículo: “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. En el mismo sentido el artículo 4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos: “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”.

de algún régimen de excepción; sin que se necesite la previa aprobación del Parlamento. Lo que sí se exige, es que el Presidente de la república de cuenta del decreto al Congreso o en su defecto a la Comisión permanente.

Pero no sólo pueden encontrarse puntos en común, también existen puntos que diferencian uno de otro régimen. Pueden establecerse al menos tres ámbitos de diferencia entre ambos regímenes: en cuanto a las causas, en lo referido al contenido, y en lo concerniente al plazo. Las causas que habilitan al Presidente de la república a decretar un estado de emergencia son la perturbación de la paz, perturbación del orden interno, catástrofes naturales, y graves circunstancias que afecten la vida de la nación. Mientras que el estado de sitio puede ser decretado por invasión del territorio peruano, por la existencia de guerra exterior o guerra civil, o ante el peligro inminente que las mencionadas invasión y guerras lleguen a producirse.

En cuanto al contenido, el decreto que instaure un estado de emergencia debe expresar los derechos que quedan restringidos o suspendidos. En este caso, sólo podrán restringirse o suspenderse los siguientes derechos: la inviolabilidad del domicilio (artículo 2.9 CP), la libertad de tránsito (artículo 2.11 CP), la libertad de reunión (artículo 2.12 CP), la libertad y seguridades personales (artículo 2.24 CP). Se prohíbe expresamente el destierro. Mientras que para el Estado de sitio la norma constitucional, a diferencia de lo que hace para el caso del estado de emergencia, no establece qué derechos pueden quedar restringidos o suspendidos. Se limita a decir que el decreto que establezca el estado de sitio deberá contener la lista de derechos fundamentales que no se ven afectados.

Esto último, sin embargo, no debe llevar a pensar que el Presidente de la república está habilitado para decretar la suspensión de cualquier derecho constitucional, porque según el artículo 27.2 de la Convención americana sobre derechos humanos, bajo ninguna circunstancia puede suspenderse ninguno de los siguientes derechos: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre; el principio de legalidad e irretroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad; los derechos políticos; las garantías judiciales indispensables para la protección de estos derechos²⁵. Por aplicación de la IV Disposición final y transitoria de la Constitución peruana, el mencionado artículo 27.2 de la Convención es plenamente exigible en nuestro ordenamiento constitucional, de modo que bajo ningún régimen de excepción (ni estado de sitio ni estado de emergencia) pueden suspenderse los derechos mencionados en el párrafo anterior.

Finalmente y en lo concerniente al plazo, se ha establecido constitucionalmente que el estado de emergencia no deberá exceder de sesenta días, los cuales serán prorrogables. La

²⁵ En el artículo 4.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos se establece que “2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16, 18”.



prórroga, al igual que su instauración, no necesita de aprobación del Congreso, pero sí exigirá nuevo decreto, del cual se deberá dar cuenta al Congreso o a la Comisión permanente. Respecto del plazo, el estado de sitio no puede exceder de cuarenta y cinco días, y a diferencia del estado de emergencia, la prórroga sí necesita de previa aprobación del Congreso.

V. VIGENCIA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

1. *Subsistencia de las garantías constitucionales*

La cuestión que ahora corresponde formular es ¿qué sucede con las acciones de garantía durante la vigencia de un régimen de excepción? ¿También quedan suspendidas de la misma forma que los derechos constitucionales? Si por el contrario se mantienen vigentes ¿cómo es que operan en las situaciones de excepcionalidad?

Lo primero que se debe decir a este respecto es que las garantías constitucionales no pueden ser suspendidas durante los regímenes de excepción. Así lo ha establecido el Constituyente peruano al disponer que “[e]l ejercicio de las acciones de habeas corpus y de amparo no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución” (artículo 200 penúltimo párrafo CP)²⁶. En el mismo sentido se ha manifestado el legislador peruano al establecer, en el Código Procesal Constitucional, que “[l]os procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción” (artículo 23 CPC). Y en fin, algo semejante se puede leer en la Convención americana de derechos humanos cuando ha mandado que no podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos de la persona que no pueden suspenderse en un régimen de excepción ya mencionados anteriormente (artículo 27.2 de la Convención).

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano, el cual ha tenido oportunidad de afirmar que “en ningún supuesto existe la posibilidad de que un Estado limite o elimine la posibilidad de que sus ciudadanos puedan acceder a un recurso efectivo para la protección de sus derechos fundamentales (...). Consecuentemente, los Estados están obligados, aún en condiciones atípicas como la señalada [gobierno de facto], a impedir que las garantías judiciales –tales como el amparo o el hábeas corpus– sean suspendidas, por ser indispensables para tutelar los derechos de los ciudadanos, por otro lado, le corresponde al Poder Judicial de cada Estado proteger dicha legalidad, así como el Estado de Derecho”²⁷.

²⁶ La claridad de este dispositivo hace que no se entienda bien la afirmación de García Toma cuando escribe que “[l]os constituyentes de 1993 omitieron señalar la admisibilidad o inadmisibilidad de una acción tuitiva de parte del Poder Judicial en los casos de estado de sitio; empero, nosotros consideramos que ello es posible”. GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de...*, ob. cit., p. 402.

²⁷ Exp. 1383–2001–AA/TC, de 15 de agosto de 2002, f. j. 7 y 8.

2. Casos de procedencia de la garantía constitucional

A) Para la defensa de derechos no suspendidos

Una vez confirmada la subsistencia de las garantías constitucionales cuando de los regímenes de excepción se trata, procede complementariamente plantear una cuestión más: determinar si la excepcionalidad de la situación ha exigido que la subsistencia de las referidas garantías constitucionales sufra alguna variación con respecto a las situaciones de normalidad. En referencia a esto se puede decir que durante la vigencia de un régimen de excepción procede interponer el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data según sea el derecho afectado, al menos para los dos siguientes supuestos: para la defensa de derechos constitucionales no suspendidos; para la defensa de derechos constitucionales suspendidos.

Los procesos constitucionales “tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional” (artículo 1 CPC)²⁸. Es decir, las garantías constitucionales están destinadas a proteger los derechos constitucionales vigentes, de manera que en referencia a los regímenes de excepción, las garantías constitucionales proceden para la defensa de derechos constitucionales no suspendidos (artículo 23.1 CPC), o que habiéndose decretado el régimen de excepción y por tanto, habiéndose suspendido el derecho en un ámbito geográfico determinado, se pretende extender la suspensión a otras zonas geográficas distintas (último párrafo del artículo 23 CPC). La razón de esta primera situación de procedencia es bastante sencilla: proceden los mencionados procesos constitucionales porque se trata de la defensa de derechos constitucionales no suspendidos y cuyo ejercicio y defensa se produce como en toda situación de normalidad.

B) Para la defensa de derechos suspendidos

Las garantías constitucionales también proceden para la defensa de derechos constitucionales suspendidos²⁹. En este supuesto las acciones de garantía proceden en defensa de derechos cuya suspensión ha sido establecida por el decreto que instaura el régimen de excepción. La defensa se realizará tanto respecto de los derechos sobre los cuales habiéndose decretado su suspensión, no pueden ser suspendidos; como respecto de derechos suspendidos correctamente, en este caso se analizará la proporcionalidad de la concreta medida que restringe el derecho suspendido.

a. Si se han suspendido derechos que no pueden suspenderse

La primera situación se configura cuando el decreto que instaura el estado de excepción ha dispuesto la suspensión o restricción de un derecho que no puede suspenderse por encontrarse recogido en la lista del artículo 27.2 de la Convención americana de derechos

²⁸ Para comentarios a este dispositivo legal cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Universidad de Piura – ARA editores, Lima 2004.

²⁹ Con razón, afirmará Eguiguren que “no es exacto afirmar que durante la vigencia del estado de emergencia el hábeas corpus o el amparo devienen necesariamente en improcedentes e ineficaces para la protección de los derechos constitucionales incurso en la suspensión”. EGUIGUREN, Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Comisión Andina de Juristas, Lima 1990, p. 115.



humanos ya antes citada. Esta causal de procedencia se recoge en el artículo 23.1 CPC. En esta situación, la garantía constitucional de amparo o de hábeas corpus³⁰ procederá cuando en aplicación del decreto que contiene la suspensión de un derecho que no puede suspenderse, se ha restringido el derecho de una persona en un caso concreto.

Esto significa que no podrá cuestionarse la constitucionalidad general y abstracta de la parte del decreto en la que dispone la suspensión de derechos constitucionales que no pueden suspenderse, no porque no sea inconstitucional la norma, sino porque el remedio jurídico para atacar la inconstitucionalidad del decreto no es ni el amparo, ni el hábeas corpus, pues estas garantías constitucionales están pensadas para atacar vulneraciones concretas de los derechos constitucionales.

Podrá interponerse la garantía constitucional en defensa del derecho vulnerado aplicando la figura de la procedencia de la acción de garantía contra normas inconstitucionales, figura que viene prevista en el artículo 3 CPC. Esta figura, como se sabe, procede también para conseguir la inaplicación de una norma con rango inferior a la ley que está actuando como base para la vulneración de un derecho constitucional³¹. La garantía constitucional se interpondría para pedir la inaplicación del decreto que declara la instauración del régimen de excepción, aunque sólo en la parte en la que dispone la suspensión de un derecho constitucional que no puede ser suspendido, en la medida que es esa parte la que se ha convertido en el basamento legal del concreto acto vulnerador del derecho. En este caso, la vigencia del decreto permanece incólume, sólo se ha pretendido inaplicar –por inconstitucional– una parte de él al caso concreto.

b. Para examinar la proporcionalidad o razonabilidad del acto restrictivo

La segunda situación de procedencia de la garantía constitucional respecto de derechos constitucionales suspendidos es para examinar si el acto concreto restrictivo del derecho constitucional suspendido se ajusta o no a las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad (artículo 200 último párrafo CP). A esta segunda situación se refiere la hipótesis recogida en el artículo 23.2 CPC: “[s]i tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción”. Igualmente, a esta segunda situación se refiere la hipótesis contenida en el artículo 23.3 CPC: “[s]i tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez”.

No es este el momento de hacer un estudio profundo acerca del principio de proporcionalidad en el ordenamiento constitucional peruano³². Sin embargo, sí conviene

³⁰ En este caso el hábeas data no procederá debido a que ninguno de los derechos que no pueden ser suspendidos es protegido por esa garantía constitucional.

³¹ A este respecto véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Hábeas corpus, Amparo y hábeas data*. Universidad de Piura – Ara editores, Lima 2004, ps. 265–271.

³² Sobre este principio cfr. CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Universidad Austral – Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004. Para el caso peruano cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial*

decir algunas ideas al respecto. En primer lugar que el principio de proporcionalidad implica necesariamente el de razonabilidad, de modo que cuando se alude a aquel, se está haciendo referencia también a éste. Así, es lo mismo afirmar el principio de proporcionalidad que la máxima de razonabilidad³³.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad es plenamente exigible en el completo ordenamiento jurídico peruano, aunque aparezca recogido en el texto constitucional sólo en referencia a los derechos constitucionales suspendidos en un régimen de excepción. El Tribunal Constitucional luego de mostrar una postura más bien imprecisa y ambivalente en este asunto³⁴, actualmente tiene asentado el criterio jurisprudencial de reconocer el principio de proporcionalidad como un principio que informa el entero ordenamiento jurídico peruano.

El mencionado Tribunal ha declarado que “[e]l principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no”³⁵.

En tercer lugar, la doctrina concuerda en admitir que el principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto³⁶. De modo que el principio puede ser definido como

referencia al ámbito penal. En: MÁLLAP RIVERA, Johnny (editor). “Tendencias modernas del Derecho”, Normas Legales, Trujillo, 2004, ps. 153–180.

³³ CIANCIARDO, Juan. *Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales.* En “Persona y Derecho”, n° 41, 1999, p. 45.

³⁴ Así, el Tribunal Constitucional erró cuando declaró improcedente una acción de amparo por la simple razón de que iba dirigida contra derechos suspendidos, sin tan siquiera plantearse la posibilidad de examinar si la concreta restricción del derecho suspendido era o no arbitraria por irrazonable o desproporcionada. En este caso, dijo el Tribunal Constitucional que “de conformidad con el artículo 29° de la Ley N° 25398, decretados cualesquiera de los regímenes de excepción establecidos en la Carta Política del Estado, no procede las acciones de garantía cuando éstas se interponen en defensa de derechos constitucionales que han sido suspendidos, y teniéndose en cuenta que en el presente caso se configura dicho supuesto de suspensión, conforme se ha expresado en el fundamento anterior, resulta improcedente la presente acción de garantía” (Exp. 0671–1997–HC/TC, de 23 de abril de 1998, f. j. 4). Sin embargo, en algún otro caso –y siguiendo el texto constitucional– el mismo Tribunal Constitucional aceptó la procedencia de la acción de garantía para la defensa de derechos suspendidos. Así, el mencionado Alto Tribunal manifestó que “[e]l art. 200□, cuarto párrafo, de la Constitución Política del Estado prescribe que esta protección de la libertad individual aún subsiste durante los Estados de Sitio y de Emergencia mediante el ejercicio de las Acciones de Hábeas Corpus y Amparo controlando la razonabilidad de los derechos restringidos” Exp. 0992–1996–HC/TC, de 17 de junio de 1998, f. j. 1.

³⁵ Exp. 0010–2000–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 138

³⁶ Así, por ejemplo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* Praxis, Barcelona, 1996, p. 47; COBO DEL ROSAL, M. y



“integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta *a priori absolutamente* inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir *a todas luces* otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo *con igual grado de eficacia*; o desproporcionado en sentido estricto, por generar *patentemente* más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego”³⁷.

Esto que dice la generalidad de la doctrina –en cuarto lugar– debe ser complementado añadiendo el juicio del respeto al llamado “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Si el juicio de proporcionalidad en sentido estricto supone aceptar que mientras más noble o importante sea el fin que se persigue, se admite una mayor restricción del derecho fundamental, entonces se corre el riesgo de que frente a un fin alto o a una razón de Estado, se termine admitiendo restricciones del derecho que en buena cuenta significarán su aniquilación en el caso concreto. Por eso, por muy importante que sea el beneficio que se obtenga con la medida que afecta derechos fundamentales, esa afectación nunca puede desconocer el contenido esencial del derecho fundamental³⁸.

Por tanto, una medida que restringe derechos constitucionales será proporcional (y razonable) si es una medida idónea, necesaria, equilibrada y que no afecta el contenido constitucional (o contenido esencial) del derecho fundamental.

Precisamente por ser desproporcionada la medida restrictiva de derechos, el legislador dispone la procedencia de los procesos constitucionales en el caso que, tratándose de derechos suspendidos por el régimen de excepción, las razones que sustentaron el acto restrictivo del derecho no guarda relación con las causas que motivaron la declaración del régimen de excepción (artículo 23.2 CPC). Si la medida que restringe derechos no guarda esta relación, quiere decir que se trata de una medida no idónea en tanto que no es posible alcanzar mediante esa medida la finalidad por la que fue decretado el régimen de excepción³⁹.

Es un ejemplo de una medida restrictiva de derecho que resulta desproporcionada por no ajustarse al juicio de idoneidad, el caso en el que se ha decretado el estado de emergencia en un área geográfica determinada debido a un desastre natural, y el decreto ha suspendido en esa área los derechos a la inviolabilidad de domicilio (artículo 2.9 CP) y el derecho a no ser detenido sin mandato judicial o sin que se haya configurado delito flagrante (artículo 2.24.f CP). En este contexto, la policía aprovecha la suspensión de estos derechos para, sin mandato judicial, ingresar al domicilio de una persona y llevarla

VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo blanch, Valencia, 1991, ps. 70–72.

³⁷ BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*. En: “Cuadernos de Derecho Público”, nº 5, 1998, p. 16.

³⁸ Cfr. CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. EUNSA, Pamplona 2000, ps. 347–352.

³⁹ Como bien ha advertido Borea Odría, “[l]os derechos se encuentran suspendidos solamente en razón del fin alegado en la norma que ordena la suspensión, pero no, de ninguna manera, en absoluto”. BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las...*, ob. cit., ps. 443–444.

detenida por simples indicios de que ha colaborado con un grupo terrorista de la zona (artículo 4 del DL 25475). Si no existe mandato de detención ni delito flagrante la policía no puede aprovechar para detener a una persona, aún cuando se trate de un derecho suspendido. Y ello porque las razones que sustentan la detención no guardan relación alguna con las razones que motivaron la instauración del Estado de emergencia que es llevar ayuda a la población afectada por el desastre.

Del mismo modo, el legislador ha dispuesto que procedan los procesos constitucionales en caso la medida restrictiva de derechos no se ajusta al principio de proporcionalidad debido a que no supera el juicio de necesidad. Es decir, puede entablarse una demanda constitucional en protección de un derecho constitucional cuando la afectación del mismo ha venido provocada por una medida manifiestamente innecesaria, habiendo otra medida igualmente idónea y menos restrictiva de derechos constitucionales (artículo 23.3 CPC).

Es un ejemplo de este supuesto, no referido exclusivamente a los estados de excepción, el caso en el que el juez decreta la prisión provisional de una persona denunciada por la comisión de un delito doloso que prevé una pena mayor de cuatro años, pero que es la primera vez que tiene causa penal abierta, o que tiene todo su patrimonio y negocios en el país, que tiene relevancia pública y una vida familiar y social hecha en el país. Es decir, es una persona que no genera ningún peligro procesal⁴⁰. En este caso, el mandato de detención –la medida restrictiva del derecho– resulta siendo desproporcionada por innecesaria, debido a que el juez cuenta con otras medidas igualmente eficaces y menos restrictivas como pueden ser la detención domiciliaria, la comparecencia restringida o la comparecencia simple⁴¹.

C) Un caso de improcedencia de la garantía constitucional

La parte final del artículo 200 CP dispone que “[n]o corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”. La interpretación que se quiera hacer de este dispositivo constitucional no debe pasar por alto que se enmarca dentro de la parte del artículo 200 CP destinada a regular la vigencia del amparo y del hábeas corpus (y por añadidura, cuando ello corresponda, el hábeas data) en un régimen de excepción. Esto significará que en ningún caso podrá emplearse estas mencionadas garantías constitucionales para cuestionar la declaración del estado de emergencia o del estado de sitio. Para lo que sí se podrá emplear estos mecanismos es para la protección de los derechos constitucionales eventualmente agredidos por la aplicación del decreto. Es

⁴⁰ Evidentemente, la detención será arbitraria –en este caso– también por no haberse cumplido el tercer requisito de los previsto en el artículo 135 CPP, el peligro procesal, que viene recogido en el artículo 268 del Decreto legislativo 957 que aprueba el nuevo Código Procesal Penal y que tiene proyectado entrar en vigencia paulatinamente a partir del 1 de febrero de 2006.

⁴¹ Tiene declarado el Tribunal Constitucional que “al tratarse la detención judicial preventiva de una medida excepcional, el principio *favor libertatis* impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. El carácter de medida subsidiaria impone que, antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva se puede alcanzar aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora de los procesados”. Exp. 1260–2002–HC/TC, de 09 de julio de 2002, f. j. 5.



decir, el decreto en sí mismo y de manera general no podrá ser impugnado vía un proceso constitucional porque para la procedencia de las acciones de garantía se necesita de un acto concreto de vulneración de un derecho constitucional, acto que será precisamente el que se impugne pidiendo la inaplicación del decreto inconstitucional, salvo se trate de una norma autoaplicativa que por su propia naturaleza no es el caso del decreto que instaura el régimen de excepción⁴².

¿Significa esto que en ningún supuesto podrá acudir a algún otro remedio jurídico para cuestionar el decreto que instaura el régimen de excepción que dispone las medidas de suspensión de derechos constitucionales? La respuesta a esta pregunta dependerá de la respuesta que se pueda dar a esta otra: ¿puede estar viciado de inconstitucionalidad el decreto que instaura cualquiera de los dos regímenes de excepción que recoge el artículo 137 CP?

No es posible una respuesta negativa a la segunda de las preguntas planteadas, ya no solamente porque se trata de un acto del poder político y como tal posible de extralimitación, sino porque de reconocerse la imposibilidad de inconstitucionalidad en la norma del Ejecutivo que declara el estado de sitio o de emergencia, sería tanto como reconocer que el poder político podría extralimitarse e incurrir en inconstitucionalidad en otras situaciones excepto cuando se trata de la instauración de un régimen de excepción, y eso sería una incoherencia inaceptable.

El Ejecutivo puede incurrir en inconstitucionalidad en cualesquiera de sus actuaciones, y por supuesto también cuando se trata de instaurar un régimen de excepción. Esa inconstitucionalidad puede ser total, por ejemplo, cuando el Presidente de la república intentara decretar un régimen de excepción sin el acuerdo de su Consejo de ministros; o cuando intenta establecer un régimen de excepción al margen de los supuestos habilitadores contenidos en la norma constitucional (incisos 1 y 2 del artículo 137 CP); o si en el decreto se atribuye a un estado de excepción las consecuencias constitucionales de otro estado de excepción, por ejemplo, si pretende decretar un estado de sitio y suspender derechos propios de un estado de sitio frente a una situación de inundación en una zona determinada.

También puede ser parcial cuando, por ejemplo, se pretenda suspender derechos que no corresponde suspender en un estado de emergencia (recuérdese que para el estado de emergencia sólo pueden suspenderse determinados derechos), o derechos cuya suspensión está prohibida tanto para el estado de emergencia como para el estado de sitio (los recogidos en la lista del artículo 27.2 de la Convención americana de derechos ya estudiada anteriormente); o suspender derechos en zonas absolutamente no involucradas ni directa ni indirectamente en la crisis (por ejemplo, si se instaura un estado de

⁴² Sobre las normas heteroaplicativas y autoaplicativas cuando se trata de las acciones de garantía, véase CASTILLO CORDOVA, Luis. *Acciones de garantía contra normas inconstitucionales*. En "Normas legales", tomo 327, agosto 2003, ps. 52-58.

emergencia en todo el país por causa de inundaciones en una provincia de un departamento)⁴³.

El remedio jurídico previsto en la constitución para estos casos es la acción popular y tendrá por finalidad –dependiendo del caso– dejar sin efecto total o parcialmente el decreto que instaura el régimen de excepción. Esto significa –y en respuesta a la primera de las preguntas planteadas– que sí existe remedio jurídico para cuestionar la constitucionalidad del decreto que dispone el establecimiento de los regímenes de excepción.

Mediante este remedio, sin embargo, no podrá discutirse –y este es el significado de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 200 CP transcrito anteriormente– la decisión política de la conveniencia o no de la instauración de un régimen de excepción cuando no es evidente que los supuestos fácticos para ello no se han configurado. De modo que bastará que razonablemente se pueda concluir la existencia de los supuestos básicos para que sea el Ejecutivo quien los evalúe y evalúe también la conveniencia de decretar un régimen de excepción. La decisión es una decisión política que tiene un campo de discrecionalidad, pero en ningún caso, esa discrecionalidad puede significar una arbitrariedad inconstitucional.

Por tanto, el dispositivo de la Constitución que establece que no corresponde al órgano judicial cuestionar la declaración del régimen de excepción, no puede interpretarse como la prohibición general para interponer algún remedio jurídico con la finalidad que el órgano judicial revise en abstracto la constitucionalidad del decreto que instaura el régimen de excepción. Sí significa que en ningún caso el órgano judicial podrá evaluar la conveniencia política de decretar un estado de emergencia o un estado de sitio. En la medida que no existan actuaciones estatales exentas de ser examinadas constitucionalmente por el órgano judicial, en esa misma medida se fortalecerá el Estado democrático de derecho.

VI. HACIA UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

1. Especial significación de los derechos fundamentales

La sociedad y el Estado son dos realidades que existen sólo en función de favorecer el pleno desarrollo de la persona humana. Esto ha quedado tan claro para el constituyente peruano que lo ha expresado así nada más empezar el texto constitucional: “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1 CP)⁴⁴. Esta claridad, como no podía ser de otro modo, la tiene

⁴³ Muchos de estos supuestos tienen que ver con la exigencia de aplicación del principio de proporcionalidad en la decretación del estado de excepción y las medidas de suspensión de derechos constitucionales.

⁴⁴ Rubio Correa ha criticado el artículo 1 CP, cuando escribe que “[l]a fórmula que utiliza la Constitución de 1993 es imperfecta desde el punto de vista de su expresión porque gramaticalmente dice que los fines supremos de la sociedad y del Estado son la defensa y el



expresada también el Máximo intérprete de la Constitución peruana, por ejemplo cuando ha manifestado que “debe considerar a la persona humana como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de derecho”⁴⁵.

¿Cuál es la consecuencia jurídica de reconocer que la persona humana es el fin supremo de toda realidad estatal y social? Que la persona humana sea fin y no medio, que tenga una naturaleza y consecuente dignidad, se traduce en el ámbito jurídico no sólo a través del reconocimiento y garantía constitucional de los derechos del hombre, sino que además significa que los derechos de la persona –los derechos fundamentales o derechos constitucionales– tienen una especial significación dentro del orden jurídico en general, y en el orden constitucional en particular.

El constituyente peruano ha sido tan consciente de esta realidad que ha vinculado el ejercicio del poder político a la Constitución (artículo 45 CP), y en particular al respeto de los derechos constitucionales, al punto que impone al Estado como uno de sus deberes fundamentales, “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” (artículo 44 CP). Los derechos fundamentales son tan importantes para la existencia digna de la persona humana que exigen del Estado una actuación de protección y promoción de los mismos. A decir del Tribunal Constitucional, “los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos”⁴⁶.

Este especial deber de protección “impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión”⁴⁷; igualmente, este deber “impone a los órganos del Estado, *in suo ordine*, que establezcan o adopten todas las medidas necesarias y adecuadas destinadas a preservar, proteger e, incluso, reparar las lesiones a los diferentes derechos constitucionalmente protegidos, cuando éstos han sido vulnerados o puestos en peligro por obra de terceros”⁴⁸. Y es que, “la garantía de su vigencia dentro de nuestra comunidad política no puede limitarse solamente a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los diversos individuos, sino que también debe ser asumida por el Estado como una responsabilidad teleológica”⁴⁹.

En buena cuenta, “la constitucionalización del ‘deber especial de protección’ comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros

respeto a la dignidad de la persona. Se equivoca porque ambas son tareas o responsabilidades y no pueden ser fines en sí mismos”. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución política de 1993*. T-I, PUCP, Lima, 1999, ps. 110–111.

⁴⁵ Exp. 0008–2003–AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, f. j. 5.

⁴⁶ Exp. 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 5. La cursiva de la letra es añadida.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Exp. 0858–2003–AA/TC, de 24 de marzo de 2004, f. j. 8.

⁴⁹ *Ibidem*.

Estados. Se trata de una función que cabe exigir que asuma el Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados”⁵⁰.

Incluso el artículo 3 CP hace residir en la persona humana misma (en su dignidad de hombre, para ser más exacto) el principal criterio para definir futuros derechos como derechos de rango constitucional. En este sentido, no pierde razón el Tribunal Constitucional peruano cuando afirma que “para que (...) aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de “desarrollo de los derechos fundamentales”, cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente”⁵¹.

Pero, ¿y por qué ese tratamiento especial para los derechos fundamentales? Este no es el momento de abordar con profundidad la especial significación que tiene el reconocimiento y garantía constitucional de los derechos de la persona⁵². Sólo y brevemente se dirá que la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales, además de una significación subjetiva hace residir en los mismos una significación objetiva que los define –en palabras del Tribunal Constitucional español– como “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”⁵³, y como “componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como da cada una de las ramas que lo integran”⁵⁴.

Y es que los derechos fundamentales –como por ejemplo establece la Constitución española– “son fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1 CE); o en palabras de la Declaración universal de los derechos humanos, son la base de “la libertad, la

⁵⁰ Idem, f. j. 7.

⁵¹ Exp. 0895–2001–AA/TC, de 19 de agosto de 2002, f. j. 5.

⁵² La doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales se formula primero en el ordenamiento constitucional alemán, de donde luego pasa a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español para terminar siendo recogida por el Tribunal Constitucional peruano. Sobre esta doctrina el ordenamiento constitucional alemán puede verse HABERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Traducido del italiano por Carlos Ramos, PUCP, Lima, 1997, ps. 163–214. También a HESSE, Konrad. *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20 Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 1999, ps. 127–136. En el ordenamiento español puede verse MARÍNEZ–PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 42–48. Para el caso peruano puede consultarse CASTILLO CORDOVA, Luis. *Acerca de la garantía del “contenido esencial” y de la doble dimensión de los derechos fundamentales*. En “Revista de Derecho”, Universidad de Piura, vol. 3, 2002, ps. 40–51.

⁵³ STC 25/1981, citada, de f. j. 5.

⁵⁴ STC 53/1985, de 11 de abril, f. j. 4.



justicia y la paz en el mundo” (primer considerando del preámbulo)⁵⁵; o –en fin– en términos del Tribunal Constitucional peruano, los derechos fundamentales significan “el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, “en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; (...) el fundamento del orden jurídico y de la paz social”⁵⁶. Precisamente por eso es que se considera que “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico”⁵⁷; y que “todas las leyes, reglamentos y sus actos de aplicación, deben interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales”⁵⁸

Por tanto, al ser la persona humana fin supremo del Estado y de la sociedad, los derechos de la persona se convierten igualmente en fin, porque esos derechos son la traducción jurídica de las exigencias de la naturaleza y consecuente dignidad humanas. De ahí le viene a los derechos de la persona la especial significación dentro del total sistema jurídico.

2. *¿Realmente se pueden suspender los derechos en un régimen de excepción?*

Como se ha visto, el Constituyente peruano ha dispuesto que como consecuencia del establecimiento de alguno de los dos regímenes de excepción previsto en el artículo 137 CP, se puede *restringir o suspender* derechos constitucionales. También ha establecido en el último párrafo del artículo 200 CP, que en relación con los derechos *suspendidos o restringidos* en un régimen de excepción, el juez debe examinar la *razonabilidad y proporcionalidad* del *acto restrictivo*. Sin embargo, ¿cómo se puede compatibilizar estos dispositivos constitucionales con esa especial significación que se ha visto tienen los derechos constitucionales o fundamentales al interior de todo ordenamiento jurídico? Es decir, si la persona humana es el fin, y sus derechos reconocidos constitucionalmente son el componente estructural básico del orden constitucional, ¿pueden los derechos constitucionales o fundamentales suspenderse o restringirse? Estas cuestiones intentarán ser respondidas en lo que queda de este estudio. Se debe advertir, sin embargo, que la respuesta será argumentada desde el concreto ordenamiento constitucional peruano. Es decir, se trata de una respuesta que puede ser distinta desde otro ordenamiento constitucional.

Se empezará intentando resolver la siguiente cuestión: ¿realmente se suspenden los derechos constitucionales en un régimen de excepción? La respuesta, que inmediatamente será justificada, es que en el ordenamiento jurídico peruano los derechos dentro de un régimen de excepción, no se llegan a suspender, aunque el artículo 137 CP haga referencia expresa a la *suspensión* de derechos constitucionales.

⁵⁵ Textualmente, la referida norma dispone que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

⁵⁶ Exp. 0976-2001-AA/TC, citado, f. j. 5.

⁵⁷ Exp. 0410-2002-AA/TC, de 15 de octubre de 2002, f. j. 6.

⁵⁸ Exp. 0858-2003-AA/TC, citado, f. j. 6.

El razonamiento es más bien sencillo. La propia significación y naturaleza de la suspensión exige no poder hablar de gradaciones en los efectos suspensivos. Es decir, lo que está suspendido no tiene otra forma de estarlo más que totalmente suspendido. El contenido de un derecho fundamental no puede estar parcialmente suspendido. Estar (totalmente) suspendido el derecho significa que ese derecho no está vigente y, por ello, no es exigible. Pero ¿cómo se puede estar (totalmente) suspendido y a la vez disponer que hay que examinar la proporcionalidad y razonabilidad de la *restricción* del derecho? Si está suspendido el derecho no tiene vigencia y, consecuentemente, no se puede hablar de *restricción* porque no se puede restringir aquello que jurídicamente no tiene vigencia.

Este razonamiento lleva a plantear la disyuntiva que o los derechos constitucionales se suspenden y entonces no será posible examinar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida restrictiva o, por el contrario, los derechos constitucionales no se suspenden y entonces es factible examinar las mencionadas proporcionalidad y razonabilidad de las medidas. Si permitir la suspensión de derechos y a la vez permitir el examen de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que afectan el derecho no es posible, ¿ha dispuesto el Constituyente peruano un absurdo al establecer una incompatibilidad insalvable?

El principio de unidad y sistematicidad de la Constitución impiden dar una respuesta positiva a la pregunta planteada. En efecto, existe un principio de hermenéutica constitucional por el cual debe interpretarse las distintas disposiciones constitucionales como integrantes de un sistema⁵⁹, de una unidad⁶⁰, de una realidad “esencialmente homogénea, o al menos con principios conciliables”⁶¹. Como dice el Tribunal Constitucional peruano, “una de las reglas en materia de interpretación constitucional es que el proceso de comprensión de la Norma Suprema deba realizarse conforme a los principios de unidad y de concordancia práctica”⁶². Y es que el principio de unidad constitucional “prohíbe (...) una interpretación aislada de cada derecho fundamental –y de la norma constitucional en que se reconoce– que lo convierta en contradictorio con otras normas constitucionales o que vacíe de contenido a éstas últimas”⁶³. Y es que “las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna

⁵⁹ Para el Tribunal Constitucional español la interpretación debe “hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática”. STC 5/1983, de 4 de febrero, f. j. 3.

⁶⁰ Hesse, al aludir al *principio de unidad de la Constitución*, ha dicho que “[l]a conexión e interdependencia de los individuales elementos de la Constitución fundamenta la necesidad de no sólo ver la norma individual, sino siempre en plena conexión (...); todas las disposiciones constitucionales deben interpretarse de modo que sean evitadas las contradicciones con otras disposiciones constitucionales”. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, ob. cit., p. 27, Rn. 71.

⁶¹ RÜFNER, Wolfgang. *Grundrechtkonflikte*. Am: “Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Band II, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, p. 453.

⁶² Exp. 2209–2002–AA/TC, de 12 de mayo de 2003, f. j. 25.

⁶³ MARTINEZ – PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía ...*, ob. cit., p. 68.



obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme”⁶⁴.

En virtud de este principio se debe afirmar que no existe ninguna incompatibilidad en la norma constitucional. El deber estatal de promover la plena vigencia de los derechos constitucionales (artículo 44 CP), no habilita a facultar al Ejecutivo a dejar sin efecto los derechos constitucionales, a suprimirlos (por completo) en un régimen de excepción (artículo 137 CP); sino que incluso en estos regímenes el poder político (en este caso el Ejecutivo) sigue vinculado a la Constitución y, especialmente, a los derechos constitucionales. Muestra inequívoca de ello es que la Constitución misma ha dispuesto la posibilidad de evaluar a través del amparo o del hábeas corpus la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que afecten los derechos supuestamente suspendidos (último párrafo del artículo 200 CP).

La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, lo que jurídicamente significa que los derechos constitucionales son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Por eso los derechos constitucionales “tienen también la propiedad de exigir del Estado [y de sus órganos] un deber especial de protección para con ellos”⁶⁵, como ya se tuvo oportunidad de decir anteriormente. Por eso, aunque el constituyente peruano emplee la expresión *suspender* los derechos constitucionales (artículo 137 CP), no puede interpretarse como si habilitara al poder político a vaciar de contenido los derechos aun por un tiempo determinado y en un área determinada. Los derechos no pueden suspenderse, sino que –digámoslo una vez más– aún en los regímenes de excepción poseen un contenido que vincula al poder político, al punto que hace posible se examine la razonabilidad o proporcionalidad de su actuación. Y esto es así por la especial significación que para la persona humana y para el Estado democrático de derecho significan los derechos fundamentales.

Para mayor abundamiento puede darse una justificación más: en caso de duda hay que estar a lo que más favorezca a la plena vigencia de los derechos constitucionales (principio *pro libertatis* o *favor libertatis*)⁶⁶. Frente a la disyuntiva de admitir que los derechos constitucionales pueden suspenderse y no evaluar la razonabilidad o proporcionalidad de las medidas que afectan los derechos, y admitir que los derechos constitucionales no se suspenden de modo que sea posible evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las referidas medidas en un régimen de excepción, el intérprete constitucional se ha de decantar por ésta segunda posibilidad por ser la que más favorece la plena vigencia de los derechos constitucionales. De lo contrario, incluso, se terminaría desnaturalizando a los derechos constitucionales y a la Constitución misma, en cuanto tienen por finalidad la

⁶⁴ Exp. 0008-2003-AI/TC, citado, f. j. 5.

⁶⁵ Exp. 0858-2003-AA/TC, de 24 de marzo de 2004, f. j. 6.

⁶⁶ Según ha manifestado el Tribunal Constitucional, “[n]o resulta acorde con el principio *pro homine* y *pro libertatis* de la interpretación constitucional, según los cuales, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio”. Exp. 1003-1998-AA/TC, de 06 de agosto de 2002, f. j. 3.d.

limitación del poder político, limitación del poder que no se produciría en cuanto se permite que el poder *suspenda* los derechos constitucionales.

Por tanto, en los regímenes de excepción los derechos constitucionales no pueden ser suspendidos realmente, lo que precisamente habilita a exigir que las medidas que tomadas como consecuencia del régimen de excepción, puedan ser evaluadas en su razonabilidad y proporcionalidad.

3. *¿Se restringen realmente los derechos?*

Una vez argumentada la imposibilidad de que los derechos constitucionales puedan ser suspendidos durante un régimen de excepción, cabe explorar la otra posibilidad a la que hace referencia el constituyente en el artículo 137 CP: restringir derechos. ¿Se restringen realmente los derechos durante un estado de emergencia o un estado de sitio?

Para resolver esta cuestión nuevamente hay que apelar a la significación jurídica y política de los derechos constitucionales. Si, como se ha visto, los derechos fundamentales tienen una especial significación al punto que el poder político (en su actuación legislativa, ejecutiva y judicial) tiene la obligación constitucional de promocionarlos y ayudar a una efectiva y plena eficacia de los mismos, ¿cómo se le puede dar igualmente la facultad de *restringirlos*? Pero aún más, si la Constitución tiene por finalidad la limitación del poder político a través del reconocimiento y garantía de los derechos de la persona⁶⁷, ¿cómo se puede afirmar que los derechos puedan ser restringidos por aquel ente al que precisamente deben limitar en su actuación?

Se hace necesario estudiar –aunque brevemente– la llamada garantía del contenido esencial o del contenido constitucional de los derechos fundamentales⁶⁸. Según esta figura, que en el Perú no ha sido recogida expresamente en el texto constitucional pero sí por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶⁹, todo derecho fundamental cuenta con un contenido que es uno sólo y todo él vincula de manera fuerte al poder político, en particular al legislador. Que es un contenido único significa que los derechos fundamentales no tienen una parte “esencial” y otra parte “no esencial”. Y que vincula de manera fuerte al poder político significa que todo el contenido constitucional del derecho fundamental obliga al poder de modo que éste no sólo está prohibido de limitarlo, restringirlo o sacrificarlo, sino que además está obligado a promover su efectiva vigencia.

⁶⁷ Cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *En defensa de la Constitución*, Universidad de Piura, Piura, 1997, p. 50.

⁶⁸ Sobre esta teoría y su viabilidad en el ordenamiento jurídico peruano, cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. *Elementos de una...*, ob. cit., ps. 137–155.

⁶⁹ Tiene dicho el Tribunal Constitucional que “[a]unque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”. Exp. 0014–2002–AI/TC, de 21 de enero de 2002, f. j. 93. La cursiva es añadida.



Por tanto, en el contenido de los derechos fundamentales no existe un contenido “esencial” que vincule de modo fuerte al legislador; y un contenido “no esencial” que sólo lo vincule de manera débil, de modo que en este último caso el poder político pueda disponer de la parte no esencial del derecho para limitarla, restringirla o sacrificarla.

Todo el contenido constitucional del derecho fundamental es “esencial” en tanto todo el contenido está referido a la esencia del derecho fundamental mismo y por lo cual este derecho es el que es y no otro. Precisamente por esto, los llamados límites de los derechos fundamentales deben ser entendidos como los contornos o fronteras internas e inmanentes que brotan de la propia naturaleza del derecho. Los límites de los derechos no son restricciones que el poder político (en particular el legislador) imponga desde fuera para evitar un alcance ilimitado del contenido del derecho. Y no lo son porque los derechos no tienen un contenido que tienda a expandirse ilimitadamente, sino que los derechos tienen un contenido limitado en sí mismo y que no acepta limitación alguna, sino que lo que requiere es de delimitaciones justamente de esas sus fronteras y contornos internos e inmanentes.

Es decir, el contenido de los derechos fundamentales es *limitado, ilimitable y delimitable*. Que es limitado significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, límites inmanentes o internos, los cuales definen el contenido esencial del derecho por lo cual es identificable como tal derecho. Que es ilimitable significa que ni el legislador ni nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas, esas fronteras vinculan de modo fuerte al poder quien no puede trasgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate. Que es delimitable significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político –en todo caso– es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales.

Si se considerase algo distinto y se permitiese –por ejemplo– que el legislador pueda limitar, restringir o sacrificar un derecho fundamental, se atentaría –entre otros– contra el principio de normatividad de la Constitución peruana. Es decir, si se acepta lo contrario se tendrá que aceptar o que la Constitución no vincula de modo efectivo a sus destinatarios, de manera que estos podrán acatarla lo mismo que no; o que lo que dicen llamar Constitución no es realmente una Constitución porque no será capaz de limitar el poder político.

Esto es así porque restringir un derecho fundamental es restringir la Constitución, y es precisamente lo contrario de lo que dispone el mencionado principio de normatividad. Según este principio, la Constitución es una norma jurídica que vincula de modo efectivo a sus destinatarios (el poder político y los particulares). La Constitución debe ser cumplida efectivamente, de manera que los incumplimientos sean sancionables. En el artículo 38 CP se contiene el mandato genérico que da base constitucional a este principio: “[t]odos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución”. Todos –los que en un momento ejerzan el poder político como

gobernantes y los particulares– estamos vinculados al cumplimiento de la Constitución. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, “[l]a Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general”⁷⁰.

En particular respecto del poder político, la Constitución ha dispuesto que ella misma es norma de cumplimiento obligatorio cuando se trate del ejercicio del poder: “[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45 CP). El Tribunal Constitucional ha sido bastante explícito en este sentido, al declarar la vinculación del poder legislativo a la Constitución y a los derechos fundamentales. Así dijo el Supremo intérprete de la Constitución: “el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede ‘suprimir o disminuir los derechos fundamentales’, pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título cómo éstos se hallen consagrados”⁷¹. Esto que se ha dicho respecto del Legislativo debe hacerse extensivo al Ejecutivo y al Judicial.

Si la Constitución peruana es norma jurídica y, por tanto, vincula de manera efectiva a sus destinatarios, el poder político no está en condiciones de vulnerar ningún dispositivo constitucional, como los que reconocen los derechos de las personas. Así, si se permite que el poder político restrinja, limite o sacrifique el contenido constitucional de un derecho fundamental, se le está permitiendo restringir, limitar o sacrificar la Constitución. El poder político, digámoslo una vez más, sólo puede delimitar el contenido constitucional de un derecho fundamental: no hay necesidad de limitar el contenido constitucional del derecho fundamental porque es un contenido en sí mismo limitado, que no requiere de limitaciones sino de delimitación.

Este contenido limitado de los derechos fundamentales, si bien empieza a definirse desde la norma constitucional que lo reconoce sólo termina de definirse en cada caso concreto, según las concretas circunstancias en las que le toque al derecho existir. De modo que si bien se debe atender al dispositivo constitucional que recoge el derecho cuyo contenido quiere determinarse, así como a los otros dispositivos constitucionales con él relacionados (por así exigirlo una interpretación sistemática de la Constitución) y a los tratados internacionales sobre derechos humanos y a la jurisprudencia internacional emitida en aplicación de esos tratados⁷²; también debe acudir a elementos extra normativos como son la finalidad por la que se ha reconocido un derecho y las concretas circunstancias que definen el caso concreto en el cual pretende ejercerse el mismo derecho. Lo que quiere significar que no existe el contenido constitucional de un derecho fundamental establecido de modo general de una vez y para siempre.

⁷⁰ Exp. 1124-2001-AA/TC, de 11 de julio de 2002, f. j. 6.

⁷¹ Exp. 0014-2002-AI/TC, citado, f. j. 92.c.1.

⁷² En el caso peruano, así lo exige la IV Disposición final y transitoria de la Constitución.



En cualquier caso sirve para la determinación del contenido constitucional de los derechos los dos caminos propuestos por el Tribunal Constitucional español y que son plenamente aplicables al caso peruano. Ha establecido el mencionado Tribunal que “[e]l primero de los mencionados caminos, ha dicho el Tribunal Constitucional español, consiste en “tratar de acudir a lo que se suele llamar *la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho*. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho (...) Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo *aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así*”⁷³.

Mientras que el segundo posible camino a seguir en el intento de determinar el contenido esencial de un derecho constitucional, “consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los *intereses jurídicamente protegidos* como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, *se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*”⁷⁴.

Por lo dicho hasta aquí, al contenido constitucional de un derecho fundamental no puede ser restringido, es decir, el poder político no podrá “reducir a menores límites” o a “apretar, constreñir, restriñir” –que es como define la Real academia española la palabra *restringir*– el contenido definido precisamente por límites que son inmanentes a la naturaleza jurídica del derecho, límites internos, existentes de antemano, pues los límites de los derechos fundamentales no son límites creados posteriormente e impuestos desde fuera por el órgano legislativo, el ejecutivo, o el judicial⁷⁵. Si se restringe el contenido limitado de un derecho fundamental, se está vulnerando el derecho y, por tanto, se está violando la Constitución.

VII. SIGNIFICADO DE LA INSTAURACIÓN DE UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

Si los derechos fundamentales no se suspenden ni se restringen ¿qué ocurre con ellos durante la instauración de un régimen de excepción? La respuesta es que en un estado de emergencia o de sitio en el caso del ordenamiento constitucional peruano no ocurre nada especialmente diferente a lo que sucede en las situaciones de normalidad. Precisamente porque no les ocurre en sí mismos nada especialmente diferente se permite que toda

⁷³ STC 11/1981, de 8 de abril, f. j. 8, primer párrafo. La cursiva de la letra es añadida.

⁷⁴ *Ibidem*, segundo párrafo. La cursiva de la letra es añadida.

⁷⁵ Cfr. HÄBERLE, Peter, *Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, CF Müller, Heidelberg 1983, 3^a Auflage, p. 56.

medida relacionada con el contenido de los derechos fundamentales deba ser examinada en su razonabilidad o proporcionalidad, examen que se realiza igualmente en situaciones de normalidad.

En efecto, este examen se realiza siempre, ya sea en situaciones de normalidad o en situaciones excepcionales (pero siempre institucionales como manifestación de la vigencia del Estado de derecho como son el estado de emergencia y el estado de sitio), porque se trata de un examen dirigido a ponderar las concretas circunstancias del caso concreto para definir en cada caso el contenido constitucional del derecho fundamental, es decir, para definir si el acto concreto que se enjuicia cae dentro o no del contenido constitucional del derecho fundamental.

Por ejemplo, en un Estado de excepción instaurado por peligro de guerra y en el que se haya suspendido la libertad de expresión e información, en principio –dependiendo de las concretas circunstancias otra puede ser la afirmación– esa suspensión no me impide acudir a un programa musical radial a opinar sobre una pieza musical de Beethoven. Esa concreta actividad cae dentro del contenido constitucional de mi libertad de expresión en esa situación concreta, de modo que si la autoridad militar pretende impedir que emita mi opinión en un programa radial que le es permitido salir al aire, yo tendré la posibilidad de reclamar ese impedimento vía acción de amparo en la medida que encuentro que esa concreta medida de la autoridad no es razonable ni proporcionada.

Sin embargo, y en sentido contrario, si existe instaurado el Estado de excepción por peligro de guerra y se ha suspendido la libertad de expresión, yo no podré acudir a un medio radial que se le permite emitir, a criticar la organización o implementación de nuestras fuerzas armadas. Esa concreta actividad no caería dentro del contenido constitucional de la libertad de expresión en este caso porque lesionaría el interés público *seguridad nacional*, y ningún derecho incorpora como parte de su contenido, la facultad de contravenir otros derechos o intereses constitucionales. En este caso, no es que se me prohíba mi participación en el medio radial porque la libertad de expresión está restringida, sino que simplemente se me prohibirá la participación porque esa concreta actividad en esas circunstancias particulares y excepcionales, no forma parte del contenido constitucional de la libertad de expresión.

Del mismo modo, en un estado de emergencia que haya sido decretado por perturbación de la paz o del orden interno, por ejemplo, porque varios gremios de trabajadores que han entrado en huelga hace varios días han empezado a tomar las calles y a enfrentarse con las fuerzas policiales, y entre otros derechos el decreto “suspende o restringe” el derecho constitucional a reunirse pacíficamente sin armas (artículo 2.12 CP), la autoridad policial no podrá disolver una reunión pacífica y sin armas a la que he convocado en mi casa para celebrar mi onomástico cuando no pertenezco –lo mismo que mis invitados– a ninguno de los gremios en huelga. Y no la podrá disolver porque se trataría de una medida desproporcionada.



Pero en ese mismo estado de emergencia yo no podré dejar la sala de mi casa para que unos amigos pertenecientes a los gremios en huelga se reúnan pacíficamente y sin armas para planificar sus siguientes acciones de disturbio como reivindicación de sus pretensiones laborales. Y no lo puedo hacer no porque el derecho de reunión haya quedado *suspendido o restringido*, sino porque en ese caso ese concreto acto de reunión no cae dentro del contenido jurídico constitucional del derecho de reunión de mis amigos, por la sencilla razón que ese derecho no habilita a quebrantar el bien público de la *paz social y del orden interno*.

Y por poner un ejemplo más, si se ha decretado un estado de emergencia debido a un terremoto y, entre otros derechos ha sido *suspendido* el derecho a la inviolabilidad de domicilio, yo no podré impedir que los miembros de sanidad entren a mi domicilio a disponer de los ambientes de mi casa –una de las pocas en pie luego de la catástrofe natural– para colocar y poder atender a los heridos. Y no me podré oponer no porque tenga suspendido el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio, sino simplemente porque la negativa en estas circunstancias no tiene protección constitucional al no formar parte del contenido constitucional de mi derecho a la inviolabilidad de domicilio.

En ese mismo caso, sin embargo, el Jefe de sanidad no podrá entrar a mi domicilio y sin mi autorización disponer de la sala de mi casa para celebrar su cumpleaños. Este no podrá ampararse en que mi derecho a la inviolabilidad de domicilio está suspendido, porque mi derecho constitucional nunca estará suspendido. El Jefe de sanidad no podrá satisfacer su pretensión precisamente porque se lo impide mi derecho a la inviolabilidad de domicilio que está plenamente vigente. En este caso, el principio de razonabilidad y proporcionalidad sirven para definir el contenido constitucional de mi derecho a la inviolabilidad de domicilio y concluir que la pretensión del jefe de sanidad no tiene acogida constitucional.

Por tanto, la clave en estos casos –y en todos los que involucre a los derechos constitucionales– está en la determinación del ámbito de protección de un derecho fundamental en cada caso concreto para definir si la concreta acción que se enjuicia (participar en un programa radial, reunirse en una casa particular, entrar a un domicilio sin la previa autorización de su ocupante, etc.) cae dentro o fuera del contenido constitucional del derecho. Y para esa determinación sirve tener muy en cuenta el principio de proporcionalidad (y razonabilidad), principio que debe ser tenido siempre en consideración, dentro o fuera de un régimen de excepción.

Entonces, si lo que ocurre en un estado de excepción no es distinto a lo que ocurre en un estado de normalidad en cuanto a la vigencia de los derechos constitucionales ¿qué sentido tiene decretar un régimen de excepción? Los regímenes de excepción ¿tienen alguna relevancia jurídica en lo referente a los derechos constitucionales? En primer lugar se debe decir que lo que aquí se sostiene es que en ningún caso, bajo ningún supuesto, los derechos constitucionales –más precisamente su contenido constitucional– pueden ser suspendidos, restringidos, limitados o sacrificados. La afirmación de que durante un régimen de excepción no ocurre nada especialmente distinto a lo que ocurre durante una

situación de normalidad en lo referido a los derechos constitucionales, se ha hecho con la finalidad de significar que en una y otra situación de lo que se trata es de determinar en cada caso concreto –delimitar– el contenido constitucional de los derechos en juego.

En segundo lugar, debido a que el contenido de los derechos constitucionales se delimita en cada caso concreto y dependiendo de las circunstancias que singularizan el caso, el que el Presidente de la república haya decretado un régimen de excepción es un factor especialmente importante en la labor de determinación del contenido constitucional de los derechos. El decreto de un estado de emergencia o de un estado de sitio es una circunstancia que caracteriza especialmente el caso concreto, de modo que actuará influyendo en la definición del contenido del derecho constitucional.

El que se haya decretado un régimen de excepción significa el reconocimiento jurídico y político de la ocurrencia de una situación fáctica grave y excepcional, significa la formalización de unos objetivos y de unos medios para alcanzar esos objetivos dentro de la situación excepcional en un área geográfica y por un tiempo determinado. No habrá duda, por el reconocimiento jurídico y político realizado a través de la aprobación del decreto respectivo, que han ocurrido las circunstancias que singularizan el caso concreto. Las acciones relacionadas con los derechos constitucionales que se produzcan en esa área geográfica por el tiempo especificado, deberán ser interpretadas teniendo en consideración que esas circunstancias que singularizan el caso concreto influyen en la determinación del contenido del derecho constitucional.

Sin embargo, lo que se acaba de decir no debe ser interpretado como si en un régimen de excepción las circunstancias que singularizan el caso concreto existen porque así lo ha dispuesto el decreto respectivo. No cabe duda, por ejemplo, que el terremoto y sus consecuencias para la existencia digna de las personas que habitan el área afectada por la catástrofe natural, se ha producido al margen de lo que diga el decreto que instaura el régimen de excepción. De modo que si las circunstancias del caso concreto existen al margen del decreto, y el contenido del derecho constitucional se formula según las circunstancias que singularizan el caso concreto, entonces el contenido del derecho constitucional es perfectamente delimitable al margen del decreto.

Esto es así al punto que aunque no se hubiese decretado por el Presidente de la república el régimen de excepción, el contenido constitucional de los derechos se delimitaría igualmente en función de las concretas circunstancias excepcionales. Por ejemplo, si ha ocurrido un terremoto que ha causado –entre otras cosas– muchos heridos, una persona que tiene su casa aún en pie no puede invocar su derecho a la inviolabilidad de domicilio para impedir o sólo permitir a través de un mandato judicial, que las autoridades sanitarias entren y ocupen la sala de la casa para atender a los heridos. Y no lo podrá hacer aunque no haya sido decretado formalmente el estado de emergencia, por la sencilla razón que no forma parte del contenido constitucional a la inviolabilidad de domicilio la facultad de actuar en contra del bien común, representado en este caso, en la salvación de la vida de varias personas.



De esta manera, a efectos de la determinación del contenido constitucional de los derechos, la relevancia jurídica que tiene el hecho que se haya decretado un régimen de excepción es únicamente el de dar la seguridad de que un acontecimiento ocurrido tiene una especial gravedad para la existencia digna de las personas afectadas, si acaso hubo duda de ello. Obviamente la instauración de un régimen de excepción sí tendrá consecuencias no referidas de la determinación del contenido constitucional de los derechos, que tienen que ver más con la actuación de políticas por parte del Ejecutivo para hacer frente a la situación de gravedad acontecida.

VIII. ¿SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DERECHOS ABSOLUTOS?

Esta especial significación de los derechos fundamentales que termina por obligar al poder estatal a una verdadera política de promoción de los mismos (artículo 44 CP); la consideración del carácter normativo de la Constitución; la garantía del contenido esencial o contenido constitucional de los derechos fundamentales, lleva necesariamente a plantear una última cuestión: ¿son derechos absolutos los derechos fundamentales?

Y sin afán de profundizar ni polemizar, a lo primero que se ha de atender es al significado que se quiere dar al calificativo “absoluto”. Así por ejemplo, para el Tribunal Constitucional peruano, el carácter absoluto de los derechos fundamentales significa que los derechos serían realidades que tienden a expandirse ilimitadamente, de modo que cuando se niega el carácter absoluto de los derechos es para afirmar que ellos necesitan ser limitados a fin de permitir el ejercicio conjunto de varios otros derechos fundamentales por varias otras personas que juntas conviven en la sociedad. Tiene dicho el Tribunal Constitucional que “ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos”⁷⁶; y esos límites o restricciones son “derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad [cuando se restrinja el contenido no esencial]”⁷⁷.

Dentro de esta criticable y rechazable lógica de considerar a los derechos como realidades que tienen a expandirse ilimitadamente de modo que requieren de restricciones, entre otros desatinos, no es raro que se haya llegado a afirmar que “[u]na ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, *cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable* para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo”⁷⁸; o que se permita al legislador *limitar* los derechos fundamentales pero sin desnaturalizarlo⁷⁹, o a los jueces a *sacrificar* un derecho fundamental cuando ha entrado

⁷⁶ Exp. 0010–2002–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 161.

⁷⁷ Idem, f. j. 127.

⁷⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En, “Derecho y Libertad”, n° 8, 2000, p. 442. La cursiva es añadida.

⁷⁹ Ha manifestado el Tribunal Constitucional que “con poquísimas excepciones, todos ellos son susceptibles de ser regulados y limitados; sin embargo, ello no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos”. Exp. 0014–2002–AI/TC, citado, f. j. 93.

–supuestamente– en conflicto con otro derecho fundamental⁸⁰, o, como se ha estudiado antes, permitir al Ejecutivo *suspender o restringir* los derechos fundamentales en un estado de excepción.

No parece discutible –al menos aquí no se discutirá– la negación que los derechos fundamentales sean realidades ilimitadas que permitan el ejercicio ilimitado de las facultades que el derecho mismo prevé. Simplemente sería inoperante un ordenamiento jurídico si se considerase que todos los derechos constitucionales reconocidos a las personas significan una realidad ilimitada. Bastaría con imaginar, por ejemplo, en lo absurdo que es pensar en el reconocimiento ilimitado de la libertad de expresión a la vez que se reconoce el derecho constitucional ilimitado al honor o la buena reputación de las personas.

Sin embargo, si por “absoluto” se entiende que “ningún gobierno, democrático o no, legítimo o no, tiene derecho a legislar o a seguir una política estable que atente contra alguno de los derechos”⁸¹; entonces no hay más que afirmar que los derechos fundamentales son derechos absolutos. Igualmente, habrá que considerar que los derechos constitucionales son realidades absolutas si por ello se quiere significar que – como aquí se ha propuesto– los derechos tienen un contenido que en estricto es *limitado, ilimitable y delimitable*.

Lo que aquí se propone no es considerar que los derechos constitucionales tienden a expandirse ilimitadamente de manera que para hacer posible su ejercicio junto a otros derechos en una comunidad, se exija de restricciones y limitaciones de su contenido (supuestamente no esencial); sino que lo que se propone es considerar que el contenido de los derechos constitucionales es esencialmente limitado. De la esencia del derecho no brota una realidad ilimitada, porque si los derechos constitucionales tienen por base a la persona humana y a su dignidad, que es una realidad eminentemente social en la medida que sólo alcanza su pleno desarrollo viviendo con otros, entonces el contenido de los derechos no puede ser otro que un contenido limitado en sí mismo. De esta manera se permitirá el ejercicio conjunto y armónico de todos los derechos constitucionales de todas las personas, es decir, sólo así se favorecerá el pleno desarrollo de todas las personas en una comunidad política determinada.

El contenido limitado de los derechos constitucionales sólo puede ser delimitado, nunca limitado. De esta manera, ese contenido limitado “se erige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir los

⁸⁰ En la solución de un caso concreto dijo el Tribunal Constitucional que “dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa”. Exp. 0895–2001–AA/TC, de 19 de agosto de 2002, f. j. 9.

⁸¹ PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *En defensa de...*, ob. cit., p. 431.



derechos”⁸². Y es que, el contenido constitucional de ningún derecho fundamental “puede ser desplazado en ninguna circunstancia, de modo tal que nunca puede ser infringido justificadamente, y debe ser satisfecho sin ninguna excepción”⁸³.

Por tanto, los derechos constitucionales son absolutos, entendiendo por esto que los derechos fundamentales tienen un contenido delimitado en cada caso concreto y ese contenido es absoluto en el sentido que no podrá ser dispuesto, desconocido, vulnerado, limitado, restringido o sacrificado por el poder político, sino que éste poder político estará obligado no solamente a garantizarlo y protegerlo, sino incluso –y dependiendo de las circunstancias– estará obligado a promocionarlo y coadyuvar a su efectiva y plena vigencia y eficacia en los casos concretos.

IX. CONCLUSIONES

Las situaciones de excepcionalidad que puede experimentar una comunidad política a lo largo de su existencia enfrentan la necesidad de compatibilizar dos situaciones que en sí mismas tienen al menos de inicio un halo de incompatibilidad: el mayor poder del Gobernante y el respeto de los derechos constitucionales. Y ese halo de incompatibilidad – de peligro más bien– resulta de la constatación histórica que quien más ha tendido a violar los derechos de la persona ha sido el Ejecutivo. Y que duda cabe que la concentración del poder o el aumento de poder del Ejecutivo incrementa las probabilidades de que la violación pueda terminar configurándose efectivamente.

En el ordenamiento constitucional peruano ese riesgo ha sido enfrentado mediante tres mecanismos. Primero, disponiendo claramente los supuestos en los que procede la declaración de un régimen de excepción, el procedimiento para decretarlos y los mayores poderes que puede concentrar el Ejecutivo. Y esto es importante porque de esta manera se podrá fiscalizar la actuación del Gobierno en la concreta declaración y vigencia de un régimen de excepción, de modo que su actuación podría ser pasible de impugnación – mediante los remedios jurídicos correspondientes– por haber incurrido en inconstitucionalidad.

El segundo y tercer mecanismo van estrechamente unidos: para evitar un desbocamiento del poder reforzado, se ha dispuesto que el órgano judicial pueda evaluar la proporcionalidad (y razonabilidad) del acto *restrictivo* del derecho *restringido o suspendido*. Consecuentemente, durante los regímenes de excepción permanece plenamente vigente la posibilidad de iniciar algún proceso constitucional (hábeas corpus, amparo y –por añadidura– hábeas data) para la defensa de derechos constitucionales que han sido *restringidos* desproporcionadamente (e irrazonablemente) en un caso concreto.

Juega, por ello, un papel de especial importancia para la protección de los derechos constitucionales durante la vigencia de un régimen de excepción, la buena aplicación que

⁸² MARTÍNEZ–PUJALTE, Antonio Luis. *Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales*. En “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol”, n° 32, Valencia, 2000, p. 127.

⁸³ GEWIRTH, Alan. *Are there any absolute rights?* En WALDRON, Jeremy, “Theories of Rights”, Oxford University Press, 1984, p. 92.

se haga del principio de proporcionalidad para determinar si una concreta medida es o no inconstitucional. La medida que cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad debe ser una medida idónea, necesaria y equilibrada (proporcionada en sentido estricto) sin que en ningún momento se llegue a desconocer el contenido jurídico constitucional protegido por el derecho. Y es que, en buena cuenta, el principio de proporcionalidad sirve en estos casos para determinar el contenido constitucional de los derechos fundamentales en juego.

En el seno del ordenamiento constitucional peruano es perfectamente argumentable un nuevo entendimiento de los derechos de la persona que fortalece la aniquilación del riesgo de extralimitación del poder, sin disminuir en nada las posibilidades de salvación de la situación excepcional. Este nuevo entendimiento parte de la especial significación de los derechos constitucionales (su contenido objetivo), como elementos estructurales básicos para la existencia de una comunidad política y de su finalidad de actuar como un mecanismo de limitación del poder político. Así mismo parte del entendimiento que todo derecho constitucional cuenta con un contenido que es limitado, ilimitable y delimitable en cada caso concreto, contenido que una vez definido en el caso, es oponible de modo absoluto al poder político (en su versión de órgano ejecutivo, legislativo o judicial), entendiéndose por esto la imposibilidad del poder político de restringir al derecho más allá de sus fronteras internas o inmanentes que han quedado delimitadas en el caso concreto. Los derechos constitucionales son, en este sentido, derechos absolutos que vinculan de modo pleno y efectivo toda actuación del poder político.

Con base en esta especial significación, se puede argumentar que en estricto los derechos constitucionales realmente no se suspenden ni se restringen en un régimen de excepción. Buena muestra de ello lo da el hecho que durante la vigencia de esos regímenes de excepción se permite el examen de la proporcionalidad (y razonabilidad) de las medidas o actos concretos que afecten los derechos (supuestamente suspendidos o restringidos), examen que igualmente debe formularse en situaciones de normalidad.

