LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Estudio preliminar de Christian Donayre Montesinos

PALESTRA

PALESTRA | PRÁCTICA

348.57 D75	Donayre Montesinos, Christian, 1981- Los regímenes de excepción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional / Christian Donayre Montesinos, director, Pedro P. Grández Castro; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2023. 126 p.; 14.5 x 20.5 cm. D.L. 2023-03733 ISBN: 978-612-325-335-6 1. Derecho constitucional 2. Tribunal Constitucional 3. Legislación 4. Resoluciones 5. Interpretación y aplicación

LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cuadernos de jurisprudencia
es un proyecto desarrollado por el área de contenidos de Palestra Editores

Director:
Pedro P. Grández Castro

Estudio preliminar:
Christian Donayre Montesinos

Equipo Editorial:
Coordinadora General del Proyecto: Mayté Chumberiza Tupac Yupanqui
Sistematización de la Jurisprudencia: Jesé David Arias Aguila y Noelia Hermoza Torres
Maquetación: John Paolo Mejía Guevara
Revisión: Jhonathan Ávila Romero

Impresión y encuadernación:
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pj. Maria Auxiliadora N.° 156, Breña
Mayo, 2023

Primera edición, mayo de 2023
© 2023: Palestra Editores S.A.C.
Plaza de la Bandera 125, Lima 21 - Perú
Telf. (511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° 2023-03733
ISBN: 978-612-325-335-6
Tiraje: 500 ejemplares
Impreso en el Perú | Printed in Peru

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del copyright.

CONTENIDO

I. Estudio preliminar de Christian Donayre Montesinos 11

II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional..... 47

1. Normalidad y anormalidad constitucional 47

2. Los regímenes de excepción 49

3. Estado de emergencia 61

4. Estado de emergencia y decretos de urgencia..... 62

5. La discrecionalidad en el establecimiento de un régimen de excepción..... 65

6. Características del régimen de excepción 68

7. Criterios para la declaratoria y aplicación de los estados de excepción..... 69

   7.1. Criterio de temporalidad 71

   7.2. Criterio de proporcionalidad 71

   7.3. Criterio de necesidad..... 72

8. Concepto de orden interno 73

9. El rol de las Fuerzas Armadas..... 78

   9.1. Las Fuerzas Armadas en el régimen de excepción 78

   9.2. Las Fuerzas Armadas durante el estado de sitio..... 85

10. El acceso a la información en los regímenes de excepción..... 87

11. La suspensión de los procesos constitucionales en los regímenes de excepción..... 92

12. Derechos que no pueden ser suspendidos..... 112
13. Régimen de excepción y proporcionalidad 118
Anexo. Cuadro de jurisprudencia 125

I

ESTUDIO PRELIMINAR

*Christian Donayre Montesinos**

---

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestro en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Maestro en Educación con mención en Docencia en Educación Superior por la Universidad San Ignacio de Loyola. Master of Business Administration in International Business por San Ignacio University de Miami (EE.UU.). Diplomatura Internacional en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad ESAN, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Universidad de San Martín de Porres (USMP). .

I. ESTUDIO PRELIMINAR

Contrario a lo que se pueda pensar, los regímenes o estados de excepción no son una figura que solo tenga lugar en nuestro país, sino que está contemplada tanto a nivel comparado como incluso en los tratados sobre derechos humanos. Sin embargo, también es cierto que cada país los puede denominar de una manera diferente, plantear diversos tipos o modalidades y, a la vez, establecer condiciones particulares tanto para su declaratoria como en cuanto a sus consecuencias o implicancias[1].

Ahora bien, normalmente, estos aspectos (como otros de particular importancia en torno a un estado de excepción como, por ejemplo, el posible control judicial, ya sea de la decisión que lo pone en vigor o de las afectaciones a los derechos fundamentales que puedan tener lugar durante su vigencia) suelen estar previstos, aunque con cierta generalidad, en la Constitución.

Como se sabe, en atención precisamente a esta generalidad y atendiendo a cómo se viene decantando el ejercicio del poder y de los derechos, los contornos constitucionales pasan a ser paulatinamente precisados por el Tribunal Constitucional o por quien hagas sus veces en otros Estados. Esto torna especialmente necesario no limitarse únicamente a lo que la Constitución establezca al respecto, sino también tener a la mano la jurisprudencia de quien tiene la tarea de ser el último o máximo intérprete de la Constitución.

En ese sentido, el presente estudio preliminar tiene por objeto aproximar al lector o a la lectora a los estados de excepción en el Perú, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

---

1 Las diferentes causales por las cuales puede declararse un estado de excepción en el derecho comparado las encontramos sistematizadas en: Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988), 395 y ss. Así, por ejemplo, la doctrina señala, en líneas generales, tres tipos de situaciones que pueden generar o constituir una amenaza a la vida de la nación y, por tanto, habilitar a la declaración de un estado de excepción, estas son: las perturbaciones del orden público, la guerra y las calamidades naturales. A criterio de otros autores, las graves dificultades económicas podrían eventualmente justificar una declaratoria de estado de excepción, lo cual resulta, a nuestro juicio, discutible.

1 DE LA "ANORMALIDAD CONSTITUCIONAL" A LAS CAUSALES PARA LA DECLARATORIA DE UN ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL PERÚ

Los estados de excepción constituyen un régimen cuya puesta en vigor debe responder a circunstancias o causales muy específicas y cuyo escrutinio debe ser muy sesudo o escrupuloso, a fin de evitar que se desnaturalicen. Y es que, como su propio nombre indica, se trata de una situación o figura que por definición es extraordinaria y, por lo tanto, ni su declaratoria, ni tampoco su prórroga, pueden ser cosa de todos los días o se pueden manejar a la ligera.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, partiendo de la premisa de que no cualquier situación que aqueje al país puede ser motivo para declarar un estado de excepción, ha planteado la diferencia entre un esquema de "normalidad constitucional" versus otro de "anormalidad constitucional". De esta manera, sería este segundo escenario el que se presentaría cuando se pone en vigor un régimen de excepción.

Para estos efectos, y en términos del Tribunal Constitucional, se entiende una situación de "normalidad constitucional" como aquella que se:

> [...] sustenta necesariamente en el desarrollo de la relación Estado-ciudadanía con sujeción a pautas jurídicas previamente establecidas y de alcance general. Implica el desenvolvimiento de la actividad del Estado dentro del marco de competencias delimitadas con precisión por la Constitución y demás normas derivadas de aquella, y el que los ciudadanos desplieguen sus actividades ordinarias con el goce efectivo de los derechos a que dicha normatividad –en sentido lato- les reconoce[2].

Por su parte, se entiende que para un escenario de "anormalidad constitucional" se deben presentar los tres (3) elementos siguientes:

> a) La situación de anormalidad. Se trata de una circunstancia fáctica peligrosa o riesgosa que exige una respuesta inmediata por parte del Estado. Esta situación anómala impone o demanda una solución casi instantánea, so pena de producirse un grave daño que comprometa la estabilidad o supervivencia del Estado.

2 Expediente 00017-2003-AI/TC, fundamento jurídico 10.

b) El acto estatal necesario. Es la respuesta imprescindible, forzosa o inevitable, para enfrentar la situación de anormalidad. En esta circunstancia, el Estado no actúa siguiendo criterios de discrecionalidad, utilidad o conveniencia, sino que se moviliza en virtud de lo inevitable, imperioso o indefectible.

c) La legalidad excepcional. Es decir, la existencia de un marco normativo derivado de una grave situación de anormalidad, el cual, sin embargo, vincula al acto estatal necesario con los valores y principios mismos del Estado de Derecho[3].

Como se pude observar, los tres elementos a los que hace referencia el Tribunal Constitucional suponen, por un lado, poner en evidencia que las circunstancias que motivan la declaratoria de un estado de excepción deben entrañar un grado mayúsculo de peligrosidad o riesgo; es decir, el escenario que se presenta debe ser de tal magnitud que incluso pueda estar en juego la propia supervivencia del Estado. Cabe precisar, además, que cuando se hace referencia a "Estado" se debe comprender por ello a todos sus elementos o componentes. Valga decir, no se debe pensar que con dicho término solamente se alude a la organización política o a las instituciones que la comprenden, sino que entiéndase por ello al pueblo, territorio y, por supuesto, también al poder político. Así, por ejemplo, y desde esta perspectiva, podría ser válido, en principio, declarar un estado de excepción tanto por una posible invasión o guerra producto de la cual el Estado debe salir en defensa de su territorio, como por una pandemia, cuya propagación puede constituir una seria amenaza para la salud y vida de las personas que lo integran.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución peruana, se tienen contemplados dos tipos de estados de excepción, cuyas causales para ponerlos en vigencia son muy diferentes. Así, por un lado, se tiene el estado de emergencia, el cual está previsto en el inciso 1 de dicho artículo y puede ser declarado por cualquiera de las siguientes causales: perturbación de la paz o del orden público, catástrofes naturales o graves circunstancias que afecten la vida de la nación. Por otro lado, en el inciso 2 del mismo artículo se ha contemplado la figura del estado de sitio, cuya declaratoria tendría lugar por cualquiera de los siguientes motivos: guerra exterior o civil, invasión o peligro inminente de que se produzcan.

3 Expediente 00017-2003-AI/TC, fundamento jurídico 19.

4 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE UN ESTADO DE EXCEPCIÓN

Ahora bien, conforme se ha venido adelantando, una de las principales razones por la que todas y todos deberían tener claridad sobre los contornos constitucionales de los estados de excepción, es porque se trata de una medida que va a impactar directamente en el ejercicio de los derechos fundamentales. Claro está, no en términos de que no sea posible ejercerlos, sino más bien porque tal ejercicio va a tener lugar bajo ciertas limitaciones o restricciones. En este sentido, y por tal consideración, bien vale la pena dejar aquí en claro lo que esto supone, a efectos de que cada quien sea capaz de constituirse, a su vez, en un agente de control en relación con el comportamiento de las autoridades bajo este escenario.

4.1. ¿Privación, suspensión o restricción al ejercicio de los derechos fundamentales?

Para tal finalidad, quizá sería recomendable partir de las diferencias entre privación, suspensión y restricción o limitación en el ejercicio de un derecho fundamental, de forma tal que a partir de dicha distinción se puedan identificar no solo los grados de afectación a los que puede ser sometido el ejercicio de nuestros derechos, sino también comprender más claramente lo que ocurre bajo un estado de excepción.

En ese orden de ideas, la privación del ejercicio de un derecho fundamental supone la pérdida absoluta de la posibilidad de desarrollar las facultades que le son propias. Así, por ejemplo, producto de un homicidio consumado, se le priva absolutamente del ejercicio del derecho a la vida a la víctima o, en el caso de una detención policial, se le priva absolutamente del ejercicio del derecho a la libertad personal (dimensión física de la libertad individual) a quien la padece.

Por su parte, la suspensión del ejercicio de un derecho fundamental implica que durante un lapso de tiempo la persona no podrá desplegar aquellas facultades que son propias del derecho afectado. Así, por ejemplo, las personas que se encuentran privadas de su libertad personal en una prisión no pueden ejercer su derecho al voto en tanto permanezcan en dicha condición. Sin embargo, una vez recuperada su libertad personal, recuperan también la capacidad de votar.

Por último, la restricción o suspensión del ejercicio de un derecho fundamental trae consigo que las facultades que atañen al derecho afectado sí se van a poder desplegar, aunque bajo ciertas condiciones, circunstancias o atendiendo a determinados factores que se van a constituir

en parámetros que van a modificar en alguna medida (intensa, media o leve) los contornos regulares o normales para su ejercicio. Así, por ejemplo, como se recordará, producto de la pandemia por la COVID-19 el acceso a establecimientos públicos o el tiempo en el que uno se podía desplazar con libertad en las calles se vio limitado, en el primer caso mediante el aforo o fijando condiciones para hacerlo como llevar la mascarilla puesta y, en el en el segundo caso, a través del establecimiento de un horario, lo que se conoce comúnmente como el "toque de queda".

En ese orden de ideas, es momento entonces de preguntarse qué es lo que ocurre con el ejercicio de los derechos fundamentales al amparo de un estado de excepción. Esta cuestión es particularmente importante, pues, si se revisa la redacción del artículo 137 de la Constitución, e incluso lo establecido en los tratados sobre derechos humanos al respecto, se hace referencia indistintamente a la suspensión y a la restricción como medidas posibles como consecuencia de poner en vigor este régimen.

Ahora bien, a la luz de las diferencias antes expresadas entre privación, suspensión y restricción al ejercicio de un derecho fundamental, se podría inferir que, en términos estrictos, declarar un estado de excepción va a suponer propiamente una restricción, más que una suspensión, como quiera que inclusive durante tal régimen se va a mantener o conservar un grado de ejercicio de nuestros derechos fundamentales. Como se recordará, por ejemplo, durante el estado de emergencia que se adoptó en el marco de la pandemia de la COVID-19, aun cuando se declaró la afectación de derechos como la libertad de tránsito o la libertad de reunión, ello no impedía que se pudiera ingresar, circular o salir del país (aunque, nuevamente, bajo ciertos límites), ni tampoco que no se pudiera estar en casa reunido con la familia si es finalmente con ella con la que se vive. Así, a la larga, y más allá de alguna disquisición conceptual, se podría entender que, para efectos prácticos, lo más propio o pertinente sea hacer referencia a la restricción del ejercicio de un derecho fundamental, más que a una suspensión, como la consecuencia que trae consigo la declaratoria de un régimen de excepción[20].

---

20 También es importante tener en consideración que un sector de la doctrina mantiene la posición de que lo ocurre durante la vigencia de un estado de excepción es la suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales, entendiendo para estos efectos que se deja en suspenso el esquema normativo ordinario previsto para tal fin y, en su lugar, se pone en vigencia un esquema normativo extraordinario que va a plantear condiciones o límites. En ese sentido, puede revisarse: Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales* (Editorial Debate, Madrid, 1990) 247-248, citado por Samuel Abad Yupanqui, *Derecho Procesal Constitucional* (Gaceta Jurídica, Lima, 2004) 12-13.