



INFORME JURÍDICO

ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ESTADOS DE EMERGENCIA “PREVENTIVOS”

Juan Carlos Ruiz Molleda
Maritza Quispe Mamani
Álvaro Másquez Salvador

Noviembre 2017

El presente informe tiene por objeto analizar los estados de emergencia que vienen siendo expedidos arbitrariamente por el Gobierno peruano, sin acreditar la existencia de situaciones de convulsión social, como lo exige el artículo 137 de la Constitución. Esta situación es recurrente en nuestro país y peligrosa, pues en los hechos se restringen derechos fundamentales de manera preventiva, de una forma no prevista en el orden constitucional.

En tal sentido, analizaremos la compatibilidad y cobertura normativa de ciertos estados de emergencia, a los que denominaremos *preventivos*, con la Constitución.

El texto concluye la necesidad de realizar un control constitucional sobre este tipo de decisiones, a pesar de la aparente prohibición constitucional expresa, bajo el entendido de que en un Estado Constitucional no existen zonas exentas de la fuerza normativa de la Constitución y, en consecuencia, de control constitucional.

I. Antecedentes

Mediante el Decreto Supremo N° 085-2017-PCM, publicado en El Peruano el 16 de agosto de 2017, el Gobierno declaró el Estado de Emergencia en los distritos de Chalhahuacho, Haqira y Mara, de la provincia de Cotabambas y departamento de Apurímac, por el término de 30 días calendario. Igualmente, se dispuso que la Policía Nacional mantenga el control del orden interno, con el apoyo de las Fuerzas Armadas.

Cabe precisar que en esta zona se encuentra ubicado el proyecto minero Las Bambas, de propiedad del Consorcio MMG Las Bambas, cuya explotación inició el 2015.

a. D.S.N° 085-2017-PCM: Declaratoria del Estado de Emergencia

Según se advierte del contenido del Decreto Supremo, el Director General de la Policía Nacional solicita al Ministro del Interior que se declare el Estado de Emergencia en los distritos de Chalhahuacho, Haqira y Mara, en Apurímac. Para esto, se autorizó la intervención de las Fuerzas Armadas y se restringieron los derechos fundamentales relativos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio y las libertades de reunión y tránsito.

Todo ello, con el fin de asegurar el control del orden público y evitar actos de violencia o cualquier ilícito penal que se pudiera cometer en dichas zonas. Para esto, sustentó la declaratoria en el Informe N° 021-2017-VII-MACREGPOL/SECEJE, a través del cual se informa sobre los conflictos sociales en los distritos mencionados.

Al respecto, es preciso señalar que antes de la declaratoria del Estado de Emergencia, algunas comunidades del distrito de Mara ejercitaron su derecho a la protesta ante la falta de pago de servidumbre por el uso que hace la empresa minera de la vía. Sin embargo, en ellas no participaron las comunidades ni población del distrito de Chalhahuacho o Haqira. Mucho menos generaron actos de violencia.

b. D.S.N° 093-2017-PCM: Primera prórroga del Estado de Emergencia

Mediante el Decreto Supremo N° 093-2017-PCM, se resolvió prorrogar el Estado de Emergencia en los distritos de Chalhahuacho, Haqira y Mara, en Apurímac, por el

término de 30 días calendario. Además, esta vez comprendió al distrito de Capacmarca, en la provincia de Chumbivilcas y departamento de Cusco. Nuevamente, se autorizó el ingreso de las Fuerzas Armadas y la suspensión de derechos fundamentales.

Esta medida estuvo sustentada en un nuevo oficio del Director General de la Policía Nacional, quien recomendó la prórroga del Estado de Emergencia en los distritos de Chalhahuacho, Haqira y Mara, así como la declaratoria en el distrito de Capacmarca, con el objeto de «garantizar la protección de las instalaciones estratégicas y el normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales». Para esto, se utilizó el Informe N° 25-2017-VII-MACREPOL-SECEJEC/OFIPO, que informa de conflictos sociales en la zona.

Sobre la prórroga, es oportuno señalar que, tras la declaratoria del Estado de Emergencia con el Decreto Supremo N° 085-2017-PCM, no se han producido actos de violencia o hechos que alteren el orden interno o impidan la prestación de los servicios públicos. Incluso la propia empresa minera ha desarrollado sus actividades con normalidad. Como muestra, el pasado 20 de septiembre se desarrolló con normalidad una reunión entre la población local y autoridades estatales (funcionarios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Presidencia del Consejo de Ministros), en la Municipalidad del Centro Poblado de Pisaccasa, en del distrito de Mara.

c. D.S. N° 107-2017-PCM: Segunda prórroga del Estado de Emergencia

Mediante el Decreto Supremo N° 107-2017-PCM, se dictó una nueva prórroga del Estado de Emergencia en los distritos de Chalhahuacho y Mara, en Apurímac, y Capacmarca, Cusco, por el término de 30 días calendario. El Gobierno, en esa dirección, autorizó una vez más la intervención de las Fuerzas Armadas y la suspensión de derechos fundamentales. Ello, pese a que la situación en los distritos continúa siendo de normalidad y no existen mayores hechos que comprometen la tranquilidad pública.

La nueva declaratoria obedeció a la recomendación del Director General de la Policía Nacional, sustentada con el Informe N° 029-2017-VII-MACREPOL-SECEJE/OFIPO, por el que se pretende –al igual que en la declaratoria anterior– la protección de las “instalaciones estratégicas” y de los “servicios públicos esenciales”.

d. El escenario en el distrito de Chalhahuacho durante los estados de emergencia

Los ciudadanos y ciudadanas del distrito de Chalhahuacho y sus 38 comunidades campesinas vienen desarrollando sus principales actividades económicas (como el comercio, agricultura y ganadería) con normalidad, no habiéndose registrado ningún acto de perturbación al normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales. Así, tenemos que las instituciones educativas, centros de salud, agencias bancarias, dependencias del sistema de justicia o la propia Municipalidad Distrital, entre otras instituciones, vienen prestando sus servicios al público en general sin inconvenientes. Por tanto, no existe convulsión social en la zona que amerite la prórroga del Estado de Emergencia, razón por la que este deviene en arbitrario. No se sustenta, en consecuencia, en necesidades reales, derivadas de las circunstancias existentes al momento de dictarse la medida.

Por otro lado, la presencia de un gran número de efectivos policiales y militares en la zona ha generado temor y preocupación entre la población local. Actualmente, los efectivos se encuentran en las diferentes arterias del distrito de Chalhuanahuacho, así como en las comunidades campesinas circundantes, a pesar de ser innecesario.

II. Análisis sobre la constitucionalidad de los estados de emergencia “preventivos”

1. Sobre la declaratoria de estados de emergencia en el Perú

a. Casos en que puede declararse el Estado de Emergencia

De conformidad con el artículo 137 de la Constitución, solo es posible declarar el Estado de Emergencia cuando exista una «perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación».

b. ¿Cuál es el argumento empleado por el Gobierno para prorrogar del Estado de Emergencia?

Según los considerandos del Decreto Supremo N° 101-2017-PCM y el Decreto Supremo N° 107-2017-PCM, más allá de la invocación a normas concretas, se indica como argumento para la prórroga del Estado de Emergencia «garantizar la protección de las instalaciones estratégicas y el normal funcionamiento de servicios públicos esenciales».

Sin embargo, según el artículo 137 de la Constitución, para la declaratoria y prórroga del Estado de emergencia debe existir una situación de anormalidad constitucional, que puede pasar por la perturbación de la paz o el orden interno, de catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. Sin embargo, debemos reiterar, estos escenarios no ocurren en los distritos mencionados, en general, ni en Chalhuanahuacho, en particular.

c. Control constitucional sobre la declaratoria del Estado de Emergencia

El ejercicio de la facultad que permite al Presidente de la República declarar el Estado de Emergencia, con el refrendo del Consejo de Ministros, solo se justifica en la medida en que existan situaciones de grave perturbación de la normalidad constitucional.

En el distrito de Chalhuanahuacho, dado que no se ha registrado ningún acto violento que amerite esta medida excepcional, se configuraría un supuesto de *desviación de poder*. Esta ocurre cuando el Gobierno persigue una finalidad distinta a la contenida en la norma constitucional, pues esta facultad no le fue otorgada para hacer lo que le parezca, sino está circunscrita para un determinado ámbito. Abandonarlo degenera en una abierta y evidente inconstitucionalidad.

Señala García de Enterría que las potestades «no son abstractas, utilizables para cualquier finalidad, son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad». Por tanto, «para que se produzca desviación de poder no es necesario que el fin perseguido

sea un fin privado (...) sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad»¹.

2. Análisis de los hechos determinantes

La Constitución exige que la declaratoria de Estado de Emergencia se sustente en necesidades reales, que se deriven de circunstancias que así lo justifiquen, pues esta no implica un ejercicio de discrecionalidad absoluta. En el caso concreto, el escenario en el distrito de Chalhuanahuacho, donde no se registran episodios de violencia que impidan el desarrollo regular de las actividades, la declaratoria de Estado de Emergencia carecía de sustento fáctico y jurídico.

En efecto, aunque esta es una facultad correspondiente al Presidente de la República y una manifestación del poder político, es también jurídica y está sometida al límite de lo fáctico. De no ser así, devendría en un poder arbitrario, carente de justificación. Resalta el Tribunal Constitucional que:

*la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión (...) En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad*².

Añade que la potestad discrecional debe operar sobre una realidad de hecho, de no ser así se configurará un supuesto de invalidez. Desdentado Daroca enfatiza que:

*si para ejercer una determinada potestad discrecional la Administración parte de la concurrencia de unos determinados hechos, esos hechos deben existir; pues **la determinación de los hechos no es objeto de potestad discrecional que corresponda a la administración**; ésta no puede inventar la realidad ni desfigurarla*³[resaltado nuestro].

De igual modo se pronuncia García de Enterría:

*Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (...) y ocurre que la realidad es siempre una y solo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo (...) La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo*⁴.

Aquella declaratoria de Estado de Emergencia y sus prórrogas se circunscriben en estos supuestos, que invocan como justificación una perturbación genérica que tiene sostén en la realidad. Ello, pues, aunque la Constitución deba tener vocación de generalidad, esto

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 12ª edición. Lima: Palestra-Temis, Tomo I, pp. 458 y 453.

² STC. Exp. N° 00090-2004.AA/TC, f.j. 12.

³ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. 2ª edición. Navarra: Aranzadi Editorial, 1999, pp. 211-212.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 509-510.

no justifica evadir la obligación constitucional que la declaratoria de Estado de Emergencia tenga una mínima referencia con la realidad, en este caso del distrito de Chalhuanahuacho. Precisamente, son las circunstancias objetivas las que deben justificar esta declaratoria.

Sobre este particular se ha manifestado el TC:

Como se puede observar, la declaratoria de un estado de excepción depende del análisis de cada caso concreto por parte de la autoridad competente. El estado de excepción es, por su propia naturaleza, una decisión jurídico-política empleada como un mecanismo de último recurso, puesto que la función de un régimen jurídico es prever las situaciones de conflicto social y dar respuesta a ello en un ambiente de normalidad. Solamente en casos extremos es que este mecanismo debe ser empleado⁵.

3. Análisis de razonabilidad

Esto supone realizar un análisis de los motivos tácitos e implícitos de las prórrogas del Estado de Emergencia, o un análisis sobre la manera en que se ha aplicado esta facultad, de manera que pueda apreciarse como “aceptable” desde el ordenamiento jurídico. Hay una abundante jurisprudencia del TC que da por descontado que, aunque las normas carezcan de *motivación*, pueden controlarse su razonabilidad, lo que supone controlar la razonabilidad de los *motivos* explícitos o implícitos que la sustentan⁶.

Dado que el Estado tiene la más estrecha vinculación al cumplimiento de la Constitución, queda claro entonces que es posible ejercer un control de la argumentación jurídica implícita que subyace al invocar la «perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación», de conformidad con la Constitución, para justificar esta medida.

La razonabilidad impone una «exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente»⁷, lo que se traslada también en el caso de las declaratorias de emergencia. El mismo TC aclara que es posible «reclamar la

⁵ STC. Exp. N° 00002-2008-AI/TC, f.j. 22.

⁶ Basta con pensar en todos los procesos contra ley (amparo o inconstitucionalidad), donde el demandado defiende la validez de la Ley, explayándose sobre los motivos legítimos que la sustentan. Por ello es que una postura sin duda aplicable a las leyes es aquella donde se sostiene que la falta de motivos expresos no significa falta de motivación y, por ende, arbitrariedad, se diferencian los *motivos* y de la *motivación*. DESDENTADO DAROCA sostiene: «Puede perfectamente que haya un acto o decisión suficientemente respaldada en razones justificativas pero que carezca de motivación (...) el elemento relevante a la hora de enjuiciar la arbitrariedad de una decisión no es realmente la motivación, sino los motivos, las razones de fondo que permiten justificar la decisión». DESDENTADODAROCA, *op. cit.*, p. 158. Por su parte, NIETO señala que la motivación es un vicio formal y no material de la decisión, pues «ello no quiere decir necesariamente que carezca de motivos, ya que estos pueden existir y ser conocidos al constar *apud acta*, o sea, en el expediente administrativo o, incluso ser reconstruidos en el curso del proceso judicial». NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 2000, p. 372. Lo mencionado de ningún modo enerva la exigencia constitucional de que las Leyes que autorizan expropiaciones precisen la *ratio expropriandi*, es decir, que señalen el propósito que persiguen y, consecuentemente, el destino de los bienes orientados a ese fin. Los *motivos* que subyacen en la elección de ese propósito o en la forma de realizarlo, es lo que está exento de *motivación* expresa, pero que podría ser objeto de control constitucional.

⁷ STC. Exp. N° 00045-2004-AI/TC, f.j. 23.

razonabilidad objetiva que debe fundamentar toda ley»⁸. En el presente caso, esto resulta también aplicable a la declaratoria de un estado de emergencia.

En este caso, resulta abiertamente irrazonable que se hayan dictado las prórrogas del Estado de Emergencia en Chalhahuacho. No existe justificación válida y, por tanto, no existen criterios de utilidad u oportunidad que permitan una justificación aceptable para las prórrogas del Estado de Emergencia.

4. Análisis de proporcionalidad

Toda medida legislativa o administrativa que restrinja derechos constitucionales, como lo es la declaratoria de un estado de emergencia, debe cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad para ser legítima y constitucional.

En tal sentido, esta medida será válida sólo si ella representa una restricción idónea, necesaria y ponderada. El análisis o examen de proporcionalidad comprende el subexamen de idoneidad, que determina si el medio es conducente al fin y si este persigue una finalidad constitucional. A continuación, el subexamen de necesidad evalúa la existencia de medios alternativos que puedan lograr el mismo fin a un menor costo, con menor restricción de los derechos fundamentales. Por último, el subexamen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, que determina si la intensidad de la afectación de estos derechos es menos gravosa en comparación con la intensidad de afectación que sufriría el derecho o bien constitucional que promueva la medida a implementarse. Solo entonces será ponderada; de lo contrario, si la intensidad de la afectación del derecho es más grave, entonces la medida será desproporcionada, prohibida y excluida su implementación.

Con las prórrogas del Estado de Emergencia, se han suspendido derechos constitucionales relativos a la libertad y seguridad personal, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de reunión y de tránsito, comprendidos en los incisos 9), 11), 12) y 24) apartado f) del artículo 2 de la Constitución. Sin embargo, consideramos que esta medida es desproporcional, según el examen de proporcionalidad descrito líneas arriba. Pues, para empezar, no supera el subexamen de idoneidad. Solo es posible restringir derechos fundamentales cuando se pretenda proteger derechos o bienes jurídicos constitucionales que en un caso concreto resulten de igual o mayor relevancia constitucional. En el caso que nos ocupa, la finalidad de las prórrogas es «garantizar la protección de las instalaciones estratégicas y el normal funcionamiento de servicios públicos esenciales», sin que la Presidencia de la República haya especificado en qué manera se han visto afectados estos servicios públicos, cuáles son sus implicancias y si estas acaso son suficientes para justificar la restricción de derechos fundamentales.

En consecuencia, es evidente que estamos ante medidas ilegítimas e inconstitucionales, que no superan el examen de proporcionalidad, más aún cuando los servicios públicos están funcionando con normalidad.

5. Se ha incumplido los parámetros establecidos por el TC para la declaratoria de un estado de emergencia

⁸ STC. Exp. N° 00001/00003-2003-AI/TC, f.j. 8.

El TC, en su sentencia recaída en el expediente N° 00017-2003-AI/TC (fundamento 18) ha establecido un conjunto de reglas, las cuales han sido incumplidas por el Gobierno en las prórrogas del Estado de Emergencia.

Consideramos como características del régimen de excepción las siguientes:

a) Concentración del poder, con permisión constitucional, en un solo detentador—normalmente el jefe del Ejecutivo—, mediante la concesión de un conjunto de competencias extraordinarias, a efectos de que la acción estatal sea tan rápida y eficaz como lo exijan las graves circunstancias de anormalidad que afronta la comunidad política. Fruto de ello es el acrecentamiento de las atribuciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía.

b) Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad, cuyo origen puede ser de naturaleza político-social, o deberse a situaciones de fuerza mayor o a crisis económicas. Tales los casos de guerra exterior, guerra civil, revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etc.

c) Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios.

d) Transitoriedad del régimen de excepción. Habitualmente, su duración se encuentra prevista en la Constitución o en las leyes derivadas de esta; o en su defecto, regirá por el tiempo necesario para conjurar la situación de anormalidad. La prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, además de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política, ya que, como señala Carlos Sánchez Viamonte [La libertad y sus problemas. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina], “lo único que hace tolerable la autoridad, más allá de su carácter representativo, es su carácter de servicio público y las limitaciones que impiden desnaturalizarla”.

e) Determinación espacial del régimen de excepción. La acción del Estado, premunido de competencias reforzadas, se focalizará en el lugar en donde se producen las situaciones de anormalidad. De allí que se precise que la medida tiene carácter nacional, regional, departamental o local.

f) Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales.

g) Aplicación, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad, de aquellas medidas que se supone permitirán el restablecimiento de la normalidad constitucional. Dichas medidas deben guardar relación con las circunstancias existentes en el régimen de excepción.

h) Finalidad consistente en defender la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica.

i) Control jurisdiccional expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del iter procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento; así como en el uso del control político parlamentario para que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política (resaltados nuestros).

En el caso de Challhuachuacho, no se registra «graves circunstancias de anormalidad que afronta la comunidad política», como lo exige el TC. En efecto, no se constata la

«existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad, cuyo origen puede ser de naturaleza político-social, o deberse a situaciones de fuerza mayor o a crisis económicas». Ello, nos conduce a la inconstitucionalidad de la declaración del Estado de Emergencia y sus prórrogas.

En el fundamento 19 de la misma sentencia precisa el TC

Los elementos necesarios de la doctrina de la situación de normalidad se pueden resumir en las tres 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.

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.

Como se advierte el TC en esta misma sentencia (fundamento 19) exige la verificación de la situación de anormalidad, sin la cual no procede la declaratoria de emergencia:

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.

III. La necesidad del control constitucional

1. No hay zonas exentas de la fuerza normativa de la Constitución ni del control constitucional

Cabe resaltar que la declaratoria de un estado de emergencia es un acto decretado por el Presidente de la República. En consecuencia: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de un estado de emergencia fuera de lo establecido en la Constitución? ¿Hay zonas exentas de la fuerza normativa del orden constitucional?

Al respecto, el TC ha señalado que

sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, a contrario sensu, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime

*el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201.º y 202.º de nuestro texto fundamental*⁹.

Añade, además, que se «estaría admitiendo la posibilidad de decisiones arbitrarias lo cual está vedado en un Estado de Derecho, donde no deben quedar zonas exentas de control»¹⁰. Esta es una de las bases del Estado constitucional de Derecho.

En síntesis, cuando un poder del Estado ejerce su poder por fuera de las competencias constitucionales, o en claro incumplimiento de ellas, el poder *de jure* que tiene originalmente se convierte en un poder *de facto*, y en eso se ha convertido la Presidencia de la República al expedir los decretos supremos N° 085-2017-PCM, 093-2017-PCM y 107-2017-PCM opera extramuros, a la manera de un poder de facto, que se resiste a cumplir con el ordenamiento constitucional.

El fundamento de esta tesis está en el artículo 45 de la Constitución: «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen». En consecuencia, los decretos supremos adolecen de una causal de nulidad: la contravención a la Constitución, como esta misma precisa en su artículo 31, *in fine*.

2. Los jueces tienen el deber de controlar la razonabilidad de las declaratorias de Estado de Emergencia

Si bien el artículo 200 de la Constitución precisa que no corresponde al juez controlar la declaración de Estado de Emergencia, el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del TC ha admitido este control constitucional:

*Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. **No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio** [resaltado nuestro].*

Al respecto, señala el Código Procesal Constitucional:

Artículo 23.- Procedencia durante los regímenes de excepción
Razonabilidad y proporcionalidad. - Los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Cuando se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, atendiendo a los siguientes criterios:
1) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos;
2) Si 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; o,
3) Si 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.

⁹ STC. Exp. N°03597-2011-AA/TC, fundamento 6.

¹⁰ STC. Exp. N° 0090-2004-AA/TC, f.j. 17, STC. Exps. N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC, f.j. 22.

La suspensión de los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el decreto que declara el régimen de excepción.

Por su parte el TC, en el fundamento 18 de su sentencia recaída en el expediente N° 00017-2003-AI, ha establecido el:

[c]ontrol jurisdiccional expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del iter procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento; así como en el uso del control político parlamentario para que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política.

3. El hábeas corpus como herramienta de control constitucional

a. El proceso de habeas corpus “restringido”

De conformidad con la sentencia del TC recaída en el expediente N° 02663-2003-HC/TC (f.j. 6), el hábeas corpus restringido consiste en lo siguiente:

b) El hábeas corpus restringido

Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, “se le limita en menor grado”. Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc[resaltado nuestro].

b. El proceso de habeas corpus innovativo para que el juez reconozca la detención arbitraria

El hábeas corpus se configura como una garantía procesal constitucional destinada a tutelar el derecho fundamental a la libertad en sus diferentes manifestaciones y derechos conexos al mismo. En atención a esto, debemos comprender el concepto de libertad como: «la capacidad que tiene una persona de autoafirmarse asimismo, es decir, de ser ella misma creadora y materializadora de sus manifestaciones personales dentro de la sociedad¹¹». Ahora bien, no debemos entender el proceso de hábeas corpus como una garantía de forma restringida, sino como una variada gama de tipos de hábeas corpus especiales, que actúan en función de la libertad fundamental reclamada¹². Entre ellos se encuentra el hábeas corpus innovativo.

El fundamento normativo de este habeas corpus se encuentra en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional cuando precisa que:

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 5ta. Edición, Lima, 2009, p. 272

¹² LANDA ARROYO, Cesar. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*, p. 203

*Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, **atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda**[resaltado nuestro].*

Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante¹³. Según García Belaunde que «dicha acción de garantía debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado»¹⁴. Según Landa Arroyo, «[a] pesar de haber cesado la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un Habeas Corpus innovativo, siempre que el afectado no vea restringido a futuro su libertad y derechos conexos»¹⁵

Esta clase de hábeas corpus procede contra las lesiones o amenazas que, a pesar de haber cesado o haber devenido en irreparables, buscan que la resolución que la resolución que resuelve el caso se pronuncie sobre la cuestión de fondo. Esto se debe a que sus efectos van dirigidos hacia el futuro, pues prohibirán la realización de las mismas actividades que han lesionado la libertad en un primer momento. Al respecto, el TC ha señalado que el hábeas corpus innovativo «procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante¹⁶». Así, en la configuración de este tipo de garantía, debe comprobarse tanto la afectación del derecho a la libertad, como el cese de la lesión o amenaza, la primera existente al momento de presentada la demanda y la segunda producida después de la interposición de la misma.

Si tomamos en cuenta que la finalidad de los procesos constitucionales es la defensa de los derechos fundamentales, y recordamos la configuración del habeas corpus innovativo, no basta con reponer las cosas al estado anterior de cometida la agresión del derecho, sino que es necesario aplicar otras vías complementarias de aseguramiento del derecho constitucional, a fin de evitar agresiones futuras.

Así, conforme al segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, el juez debe emitir un fallo estimatorio aún en el supuesto que haya cesado o se haya convertido en irreparable la agresión al derecho constitucional, pues es una forma de garantizar su protección. Como se puede apreciar, tanto el habeas corpus como el artículo 1 del CPC, comparten el mismo objetivo, pues sus efectos están orientados al futuro.

Al respecto, en sus comentarios al CPC, Luis Castillo Córdova ha señalado:

Se trata de un deber antes que de una prerrogativa. La norma se ha redactado de modo que ha dispuesto un imperativo al juez. La expresión “atendiendo al agravio producido” que se recoge en el segundo párrafo del artículo 1 CPConst., no debería ser interpretada como si diese la posibilidad de que el juez examinando la entidad de la violación del

¹³ STC. Exp. N° 2663-2003-HC/TC, f.j. 6.

¹⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Constitución y Política*. Lima: Eddili, 1991, p.148.

¹⁵ LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional Estado Democrático. Lima: Palestra, 2003, p.193.

¹⁶ STC. Exp. N°02663-2003-HC/TC, f.j. 6.

*derecho constitucional, pueda declarar la sustracción de la materia y la improcedencia de la demanda, por considerarla de poca gravedad. Toda lesión a todo derecho constitucional, si la lesión realmente es tal y el derecho es de rango constitucional, es igualmente grave, e igualmente deseable que no vuelva a ocurrir*¹⁷.

En tal sentido, el juez constitucional tiene la facultad de ordenar al Estado no volver a decretar Estado de Emergencia si es que no se verifica el supuesto de hecho habilitante, que lo justifica.

IV. Conclusión

No es posible restringir derechos fundamentales, sino siempre que se quiera proteger derechos o bienes jurídicos de igual o mayor entidad constitucional. En el caso de los decretos supremos N° 085-2017-PCM, 093-2017-PCM y 107-2017-PCM, por los que se decreta el Estado de Emergencia en distritos de Apurímac y Cusco y estos son prorrogados, la Presidencia de la República no ha acreditado cuáles serían estos derechos o bienes. Sin embargo, han restringido derechos fundamentales y autorizado la intervención de las Fuerzas Armadas.

Si bien en el campo privado lo que no está prohibido está permitido, en consonancia con lo establecido en el artículo 2.24.a de la Constitución, en el campo de lo público, esta regla se invierte, en aplicación del artículo 45. De tal forma, la facultad que no está expresamente reconocida en la Constitución está prohibida. Como señala el artículo 45: «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen». En consecuencia, la prórroga del Estado de Emergencia “preventivo” no tienen la menor cobertura normativa.

En efecto, los estados de emergencia “preventivos” no tienen fundamento constitucional, pues no se basan en hechos concretos, reales, de perturbación, sino en meros supuestos, que solologan es restringir los derechos fundamentales de la población que habitan en zonas fuertemente influenciadas por empresas extractivas. En el fondo, se está usando esta medida como un mecanismo de control social y estrategia para atemorizar a la población campesina para que no protesten.

La información no contrastada, que da por hecho una supuesta convulsión social y se traduce en normas lesivas para los derechos fundamentales de las personas, desnaturaliza este tipo de medidas de excepción y transgrede el orden constitucional. La consecuencia, como es evidente, será la nulidad de las normas y el restablecimiento de los derechos.

¹⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, p. 103