

JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES

11

Control judicial y protección de derechos en tiempos de pandemia

EDITORES ACADÉMICOS
MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL
HARTMUT RANK

 KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG

 Programa
Estado de Derecho
Latinoamérica



KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG



Programa
Estado de Derecho
Latinoamérica

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

11

Control judicial y protección de derechos en tiempos de pandemia

**Control judicial y protección
de derechos en tiempos
de pandemia**

EDITORES ACADÉMICOS

Mônia Clarissa Hennig Leal

Hartmut Rank

© 2023 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 93B n.º 18-12, piso 7

Bogotá, Colombia

Tel.: (+571) 601 743 0947

iusla@kas.de

www.kas.de/iusla

X: KASiusLA

Facebook: /kasiusla

Instagram

© JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES n.º 11

Control judicial y protección de derechos en tiempos de pandemia

Editores: Mônia Clarissa Hennig Leal y Hartmut Rank

Coordinación editorial: Felipe Franco

ISSN: 978-628-7708-02-0 Versión impresa

Fecha: diciembre de 2023

Impreso en Colombia por: X-press

Diagramación: Marta Rojas

Esta publicación se distribuye en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresan necesariamente el pensamiento de la FKA. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	IX
ESTADOS DE EXCEPCIÓN O EMERGENCIAS LEGISLATIVAS ANTE LA PANDEMIA: UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO	1
Jesús María Casal	
PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y PANDEMIA DEL COVID-19 EN ARGENTINA	35
María Sofía Sagüés	
CONTROL JUDICIAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA. UNA PERSPECTIVA DESDE BOLIVIA	93
José Antonio Rivera S.	
CONTROL JUDICIAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA EN BRASIL	131
Mônia Clarissa Hennig Leal	
CHILE Y LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE DERECHOS HUMANOS EN LA PANDEMIA DEL COVID-19	167
Claudio Nash	
CONTROL JUDICIAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS EN GUATEMALA EN TIEMPOS DE PANDEMIA	187
Aylin Ordóñez Reyna	
LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO	223
Alfonso Herrera García	
LA POLÍTICA GUBERNAMENTAL PARA COMBATIR EL COVID-19 Y EL CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO	239
César Landa	
CONTROL CONSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS EN TIEMPOS DE LA PANDEMIA EN EL PERÚ	269
Jorge León Vásquez	

CONTROL JUDICIAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA EN URUGUAY	289
Martín Risso Ferrand	
EL ESTADO DE ALARMA EN VENEZUELA: ABUSOS EJECUTIVOS Y COMPLICIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	307
Jesús María Casal	

PRESENTACIÓN

Un mes después de que la primera información sobre casos de neumonía en la ciudad china de Wuhan fuera emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el 30 de enero de 2020, el director de la misma entidad declaró el brote del nuevo coronavirus (covid-19) como una emergencia de salud pública de interés internacional. Y el 11 de marzo de 2020, la misma entidad declaró oficialmente la pandemia del coronavirus, debido al rápido aumento del número de casos fuera de China. Hasta ese momento se habían registrado más de 118.000 casos en 114 países, con un total de 4.291 muertes.¹

Como primera respuesta a esta crisis de salud pública sin precedentes en el mundo, la mayoría de los gobiernos, incluyendo los latinoamericanos, declararon el estado de excepción, particularmente después de la clasificación de la enfermedad como pandemia global.

Debido a la gravedad de la situación y al rápido aumento del número de casos de covid-19, los gobiernos adoptaron, bajo facultades excepcionales, medidas urgentes, como el aislamiento obligatorio de quienes ingresaban al país o el cierre total de fronteras y la restricción de movimientos de cruces de fronteras; cuarentenas obligatorias y toques de queda; la suspensión de centros educativos, recreativos y deportivos; la drástica reducción de contactos sociales o actividades públicas, entre otros.

A partir de este escenario, los expertos y expertas del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer se complacen en presentar esta nueva edición de su serie de investigaciones comparadas, en la cual se analiza la respuesta institucional de los Estados latinoamericanos ante el complejo contexto de la pandemia del covid-19.

1 OMS, Oficina Regional para Europa, “Pandemie der Coronavirus-Krankheit (Covid-19)”. <https://www.euro.who.int/de/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/novel-coronavirus-2019-ncov>.

Esta respuesta, como se podrá apreciar a lo largo de la obra, se basó primeramente en la invocación del estado de excepción, regulado por diferentes disposiciones constitucionales y legales que señalan las atribuciones excepcionales del Poder Ejecutivo para adoptar medidas que, como puede verse de los ejemplos anteriores, condujeron a que una pluralidad de derechos de la ciudadanía se vieran suspendidos, o cuando menos restringidos, ante el riesgo representado por una situación atípica que cada día cobraba más víctimas. La pandemia del covid-19 recibió diferentes nombres, de acuerdo con lo señalado en el ordenamiento constitucional de cada Estado:²

- Estado de emergencia sanitaria, en el caso de Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Panamá, Perú y Puerto Rico.
- Estado de calamidad, en Brasil y Guatemala.
- Estado de excepción por catástrofe, en Chile y Ecuador.
- Estado de alarma, en Venezuela.

La figura del estado de excepción tiene entonces una dimensión diferenciada en cada uno de los países de la región, lo cual nunca antes había sido determinado o estudiado a fondo. No obstante, su aplicación desde el inicio y durante el progreso de la pandemia del covid-19 se dio a partir de decretos nacionales. Se trata de actos administrativos utilizados por el Poder Ejecutivo en situaciones excepcionales, que no necesitan ser sometidos a la aprobación del Poder Legislativo, pero que tienen contenido normativo reglamentario. Ahora bien, mientras en el caso de Brasil el estado de excepción fue declarado mediante decretos legislativos, que fueron sometidos previamente a la Asamblea Legislativa o el Congreso, en el caso de México este se dispuso a través de un acuerdo del Poder Ejecutivo por covid-19.

De un análisis comparativo de los diferentes textos constitucionales de la región se advierte que existen diferencias en cuanto al control que está llamado a ejercer el Poder Judicial frente a los decretos o actos emitidos durante estados de excepción como los declarados en razón del coronavirus.

Tal como se resalta en diferentes capítulos, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Venezuela son algunos de los países de la región en donde

2 Cabe señalar que Nicaragua y Cuba fueron los únicos países en los cuales el Gobierno no decretó ningún estado de excepción en el marco de la pandemia. El Observatorio Reformas Políticas en América Latina dispuso un repositorio en el que se puede consultar una tabla que enlista todas las medidas adoptadas por los gobiernos de la región en el marco de estados de excepción declarados por causa del covid-19. Véase [reformaspoliticas.org](https://reformaspoliticas.org/wp-content/uploads/2020/12/1ObservatorioREFPOL_DeclaratoriasdeEmergencia_covid-19.pdf), “Declaratorias de emergencia covid-19”. https://reformaspoliticas.org/wp-content/uploads/2020/12/1ObservatorioREFPOL_DeclaratoriasdeEmergencia_covid-19.pdf.

los tribunales constitucionales (ya se trate de la Sala Constitucional de la Corte Suprema o del Tribunal o Corte Constitucional, según el caso) tienen la facultad de ejercer un control judicial respecto de las normas adoptadas en el marco de los estados de excepción. Este control, en la mayoría de los casos, es posterior y debe ser accionado por parte de algún interesado, alegando la vulneración de un derecho fundamental.

Las medidas adoptadas por los gobiernos llevaron a la interposición de acciones legales tendientes a revisar la suspensión o restricción de derechos ordenada por el Poder Ejecutivo, por estimar que configuraba una afectación o vulneración de derechos fundamentales. La mayoría de los casos estudiados por los autores de esta investigación se refieren al acceso a servicios que fueron suspendidos durante la pandemia, así como al acceso a información relacionada con las gestiones para la provisión de las vacunas. Cabe destacar que grupos vulnerables de la población, como migrantes, personas en situación de discapacidad, mujeres y personas privadas de la libertad, se vieron especialmente afectados por estas medidas, lo cual motivó demandas de amparo o de protección de sus derechos ante los tribunales nacionales.

Como se aprecia en los análisis de la obra, los tribunales constitucionales se vieron obligados a realizar un especial y detallado escrutinio y control de estas medidas excepcionales, bajo la premisa de que estas debían, no solo ser conformes con los estándares internos, sino también cumplir con las disposiciones internacionales en materia de restricción y suspensión de derechos en situaciones de excepcionalidad definidas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de Naciones Unidas, en el ámbito universal; y en el ámbito regional, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Los pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos fueron una guía innegable para la definición de estándares de protección de los derechos durante la pandemia. La Resolución 01/20, emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), permitió establecer pautas para garantizar que no se presentaran brechas de acceso a los servicios fundamentales durante la pandemia y que los jueces pudieran definir las obligaciones estatales bajo este contexto, desde la interpretación de las obligaciones internacionales del Estado dentro de la Convención Americana, particularmente en lo que concierne a lo consagrado en su artículo 27. Asimismo, en su Declaración de 9 de abril de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) hizo un llamado a los Estados Parte de la Convención Americana respecto de la adopción de medidas para hacer frente a la pandemia y que pudieran afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos, resaltando que estas debían ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos

definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, además de acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

Como se puede notar de lo anteriormente expuesto, el Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales buscó mostrar el desarrollo de la respuesta estatal en tiempos de pandemia, con base en su normativa doméstica e internacional, destacando cómo las decisiones de los tribunales internos y de los tribunales constitucionales sirvieron como medio de control de estas medidas, bajo el entendido de no autorizar en ningún caso la generación de suspensiones o restricciones de derechos fundamentales desproporcionadas o carentes de justificación. Al final de la lectura de los estudios que acá se presentan, se verá cómo la respuesta fue dispar en los diferentes contextos, caracterizándose por una definición ambigua del estado de excepción, la cual requiere, a juicio de la mayoría de los expertos y expertas, una revisión constitucional a fondo, para definir criterios objetivos que fundamenten la declaración de dicho estado y las medidas permitidas bajo el mismo.

Este libro es producto de las discusiones sostenidas por los miembros del Grupo durante su treceavo encuentro realizado en la ciudad de São Paulo. Cabe resaltar que se trató de la primera reunión presencial del Grupo después de la pandemia, lo cual fue motivo de alegría y de un especial sentimiento de responsabilidad al retomar las labores ordinarias. Queremos agradecer muy especialmente a la profesora Flavia Piovesan, quien colaboró arduamente en el desarrollo del encuentro y aportó su concepto sobre la respuesta del Estado brasileño a la pandemia, así como sobre la manera como se entendieron, en ese contexto, los estándares interamericanos desarrollados para este propósito.

Destacamos que la investigación de este año incluye un capítulo dedicado a Argentina, realizado por la doctora María Sofía Sagüés, quien desde el año 2022 aceptó ser parte del Grupo. Su participación nos alegra, pues nos permite seguir consolidando la presencia del Grupo en toda la región y enriquecer el análisis comparado, por lo que atañe a los ordenamientos jurídicos de nuestro subcontinente, en materia de justicia constitucional y derechos fundamentales.

El propósito del trabajo del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales se inscribe en una preocupación por los alcances, problemas y desafíos de la protección de los derechos humanos en el ámbito de la justicia constitucional de la región. La pandemia del covid-19 ha sido el desafío más exigente que haya sufrido nuestra sociedad en materia de protección y garantía de derechos, ya que evidenció nuevos límites a aquellas, pero también acentuó problemáticas sociales y políticas que involucraron todas las esferas del Estado y de la sociedad en su conjunto.

Aspiramos, con esta obra, a proporcionar herramientas para evaluar la manera como se enfrentó este desafío, a partir de la reflexión sobre el rol fundamental que cumple la jurisdicción constitucional en cuanto institución de garantía de los derechos fundamentales en cualquier contexto, así como desde las diferentes recomendaciones que se brindan para reforzar una respuesta del Estado acorde con el respeto de los derechos fundamentales, a la vez que enmarcada en una nueva serie de estándares útiles para ser adoptados ante escenarios similares que se puedan presentar en el futuro.

Hartmut Rank

Director del Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer

Felipe Franco

Coordinador de Proyectos del Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer

ESTADOS DE EXCEPCIÓN O EMERGENCIAS LEGISLATIVAS ANTE LA PANDEMIA: UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

Jesús María Casal*

INTRODUCCIÓN

La prolongada y oscilante pandemia del covid-19 ha tenido un inmenso impacto en las sociedades a nivel global. Ha sido un fenómeno de enormes consecuencias en la vida de las personas, en el funcionamiento de los sistemas políticos, en las economías y en las relaciones internacionales. El covid-19, junto a las medidas estatales dirigidas a contenerlo, ha creado una situación inusitada y en algunos aspectos inédita en el mundo contemporáneo. Desde sus inicios y hasta el presente, cuando la pandemia ha languidecido, se ha prestado atención a los riesgos que estas circunstancias, y, en particular, el correspondiente reacomodo en las relaciones entre los órganos del Estado y entre este y los ciudadanos, representan para la institucionalidad democrática, la libertad y la vigencia de los derechos humanos. La preocupación ante fenómenos como la agudización de la desigualdad, el agravamiento de la discriminación contra los migrantes, la concentración de facultades en el Ejecutivo, la ampliación del campo de actuación de los militares y de las fuerzas policiales, la generalización de esquemas represivos en su actividad, entre otros efectos asociados a la pandemia y la respectiva reacción institucional, se ha puesto de manifiesto en distintos estudios e informes.¹

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Se ha desempeñado como investigador invitado del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg, Alemania). jesus-mariacasal@gmail.com.

1 Véase Roberto Gargarella y Jorge Ernesto Roa Roa, “Diálogo democrático y emergencia en América Latina”, MPIL Research Paper Series n.º 2020-21, pp. 1 ss.; Carlos Ayala Corao, “Retos de la pandemia del Covid-19 para el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos (*The Challenges that the Pandemic Caused by Covid-19 Has Presented for the Rule of Law, Democracy, and Human Rights*)”, MPIL Research Paper Series n.º 2020-17, pp. 1 ss.

Los derechos humanos han estado en el centro de la discusión sobre la actuación oficial ante la pandemia. Frente a los graves daños a la salud que esta ha causado, tales derechos imponían deberes de protección, al tiempo que las repercusiones sociales inevitables de las medidas de contención adoptadas por las autoridades debían ser igualmente atendidas. Por otro lado, las correlativas restricciones a la movilidad afectaron directamente varios derechos fundamentales, como, entre otros, la libertad de circulación, el derecho de reunión y manifestación, la libertad personal, la libertad religiosa, las libertades económicas y laborales, el libre desarrollo de la personalidad. Los derechos humanos fueron vulnerados tanto por exceso como por defecto, puesto que algunos gobiernos ignoraron la gravedad de la pandemia y rehuyeron la emisión oportuna de disposiciones, mientras que otros incurrieron en abuso de poder en su intento de mitigar la pandemia o al invocarla como pretexto para otros propósitos.

Todo esto ha colocado de nuevo en el debate el tema de los denominados estados de excepción o estados de emergencia.² Es bien conocido el peligro de que los poderes extraordinarios sean empleados con el objeto de socavar el orden constitucional para cuya defensa han sido concebidos. Desde el precedente histórico de la dictadura romana tales facultades han estado frecuentemente relacionadas con procesos de transformación y degeneración de los sistemas institucionales en que se han aplicado. En América Latina son muchas las experiencias de utilización de los estados de excepción para apalancar una dominación autoritaria. De allí que la emergencia ligada a la pandemia deba ser examinada considerando esos antecedentes y riesgos.

Al suscitarse, a comienzos del año 2020, el fenómeno de la pandemia del covid-19, de trascendencia global, y al darse respuestas estatales por lo general enérgicas, si bien no siempre eficaces, se planteó la necesidad de preservar o incluso agudizar los controles sobre el Ejecutivo, en especial los mecanismos de control democrático, así como los de naturaleza jurisdiccional, junto a la protección internacional de los derechos humanos. La actividad de los congresos o

2 La expresión “estado de excepción” suele vincularse al pensamiento de Carl Schmitt, en donde representa no una situación especial dentro del orden jurídico y sujeta al mismo en sus principios medulares, sino una excepción al derecho. Esta concepción de la excepción como momento del nudo poder no se corresponde con los actuales desarrollos doctrinales sobre la materia ni con los estándares constitucionales e internacionales, lo cual no significa que tal visión no sea palpable en algunas respuestas estatales y análisis teóricos; al respecto, véase Jesús María Casal, “Estados de excepción y nudo poder”, en Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao (coords.), *Libro homenaje al doctor Pedro Nikken*, Caracas, EJV, 2021, t. II, pp. 699 ss. En el presente trabajo el concepto de estado de excepción no se emplea con la significación schmittiana.

parlamentos se vio mermada en muchos países, y pudo recuperarse mediante la adopción de procedimientos flexibles para las sesiones y la introducción de medios telemáticos. El funcionamiento de los tribunales también se vio seriamente reducido y solo gradualmente fue retomado. Algunos procesos electorales o de referendo se suspendieron, aunque fueron celebrados no mucho tiempo después de lo previsto, mientras que en otros casos se mantuvieron las fechas normativamente establecidas, a veces porque ello interesaba al gobernante de turno y no tanto por escrúpulo constitucional. El balance después de tres años sobre lo que ha sucedido en el ámbito de la institucionalidad democrática está en parte pendiente.³

Hacerlo no es, sin embargo, el objeto de este trabajo. Este se refiere solo a la forma en que los ordenamientos jurídicos atendieron la emergencia ligada a la pandemia. No se trata de analizar de manera general las herramientas jurídicas empleadas en diversos ordenamientos ante la irrupción del covid-19, sino de aludir a los grandes esquemas constitucionales o legislativos desde los cuales varios ordenamientos encararon las respectivas circunstancias extraordinarias. No pretendo desarrollar una comparación global entre diversos ordenamientos jurídicos o una clasificación de las respuestas estatales, asunto que, en relación con América Latina, he contribuido a abordar en otro estudio.⁴ Más bien, procuro observar de qué manera la contraposición habitual entre los sistemas de regulación de la emergencia en el plano constitucional y los de su inserción en el plano legislativo operó en el contexto de la pandemia. Intento, entonces, poner a prueba algunas aproximaciones doctrinales sobre esta distinción, a la vez que insisto en la importancia de seguir el rastro de la emergencia, en unos u otros “modelos”, de preservar ciertos límites y garantías fundamentales y de aclarar el alcance de una de las consecuencias a menudo derivadas de la declaración de un estado de emergencia constitucional: la denominada suspensión de garantías o derechos.

3 Respecto de la realización de elecciones en América Latina véase Luis Felipe López-Calva, “El virus y los votos: ¿cómo está cambiando el COVID-19 la participación electoral en ALC?”. <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/presscenter/director-s-graph-for-thought/the-virus-and-the-votes--how-is-covid-19-changing-voter-turnout-.html>.

4 Véase Armin von Bogdandy, Jesús María Casal y Mariela Morales Antoniazzi, “La resistencia del Estado democrático de derecho en América Latina frente a la pandemia de COVID-19. Un enfoque desde el *ius commune* (*The Resistance of the Democratic Rule of Law in Latin America against the COVID-19 Pandemic. An Ius Commune-Based Approach*)”, Research Paper n.º 2020-35, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), 30 de septiembre de 2020. <https://ssrn.com/abstract=3702467>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3702467>.

PODERES CONSTITUCIONALES EXTRAORDINARIOS O MEDIDAS LEGISLATIVAS DE EMERGENCIA ANTE CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

Desde la perspectiva del constitucionalismo global⁵ se han distinguido tres grandes tipos de respuestas legales ante el covid-19: (i) la declaración de un estado de emergencia según lo establecido en la Constitución, (ii) el uso de la legislación vigente relativa a la salud pública o a desastres naturales y (iii) la aprobación de una nueva “legislación de emergencia”.⁶ Todas estas categorías comprenden, según algunos autores, medidas de emergencia, porque las normas correspondientes prevén de una u otra forma poderes especiales o extraordinarios dirigidos a combatir el covid-19.⁷

En lo concerniente a América Latina, se presentaron los tres supuestos, aunque a la vista de las experiencias analizadas habría que subrayar la existencia de escenarios combinados, así como la peculiaridad de que la actuación estatal basada en la legislación ya en vigor, eventualmente complementada con otras normas legales, se llevó a cabo aun cuando la alternativa del estado de excepción constitucional estuviera, al menos en teoría, disponible. No siempre se trata, pues, de que el ordenamiento jurídico respectivo no contemple una regulación constitucional específica sobre los estados de excepción, o de que esta no comprenda el caso de una pandemia, sino de una decisión político-institucional que conduce a optar por el abordaje de la pandemia desde el plano legislativo.

En el debate sobre la vía jurídica que debía seguirse para desplegar facultades especiales en la lucha contra el coronavirus, se ha reivindicado el denominado modelo legislativo para encarar circunstancias excepcionales, en el cual se prescinde completamente de un marco constitucional sobre poderes extraordinarios o, aun teniéndolo, se evita recurrir al mismo y se prefiere seguir la vía legislativa, mediante leyes dictadas una vez que tales circunstancias se han manifestado. Algunos han incluido en este modelo la previsión en la legislación ordinaria de los supuestos que justifican atribuciones especiales en favor del Gobierno o la Administración.

El modelo legislativo ofrecería, frente a los sistemas “neo-romanos” de emergencia constitucional, o de poderes constitucionales de emergencia, las ventajas de asegurar que sea el Legislativo o Parlamento el que decida si conviene conferir al Ejecutivo facultades especiales, comúnmente mediante leyes que contienen la

5 Entendido como el estudio de instituciones constitucionales desde una perspectiva meta-positiva o transnacional.

6 Tom Ginsburg y Mila Versteeg, “States of Emergencies: Part I”, 17 de abril de 2020. <https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-i/>.

7 *Idem*.

delegación de una amplia autoridad al Gobierno para superar la situación concreta suscitada, con los límites y bajo los controles particulares que la propia ley establezca.⁸ Se trata de leyes de vigencia en principio temporal, que están atadas a las circunstancias excepcionales que intentan contrarrestar. Se utiliza por tanto una forma de producción jurídica propia de los tiempos ordinarios, aunque se asume la extraordinariedad del instrumento empleado, ya que esta práctica implica que la autoridad otorgada al Gobierno y los nuevos poderes que lleva consigo son excepcionales respecto del funcionamiento usual del sistema legal, por lo que tan pronto cese la emergencia ha de volverse al proceso legal y político habitual.⁹ Este papel relevante del legislador puede proyectarse a lo largo de la emergencia, con las facultades de vigilancia que se estimen oportunas. Todo esto proporcionaría una legitimidad democrática singular a la actuación estatal, encaminada a superar la situación excepcional. Además, los controles judiciales, parlamentarios y de otro tipo sobre el ejercicio del poder seguirían completamente en pie, ya que el marco constitucional e institucional general permanecería inalterado, y se extiende naturalmente a las medidas adoptadas con respaldo en la nueva legislación. Ante el temor de que estas leyes de excepción terminen impregnando el resto del ordenamiento jurídico, de manera que este se desplace hacia la normalización de los poderes de crisis, se insiste en la necesidad de preservar la temporalidad de las leyes correspondientes.

En contraste, el modelo neo-romano, si bien en principio permitiría mayor eficacia en la reacción estatal, al no depender esta tanto de la acción del Parlamento, dificultaría los controles, pues se traduciría en el otorgamiento, al amparo de la Constitución, de poderes extraordinarios al Ejecutivo, cuando se den circunstancias de por sí tan calamitosas que militarían en contra del ejercicio de mecanismos efectivos de contención frente a posibles abusos. Se añade en igual sentido que, en ciertos sistemas, cuando se declara una emergencia constitucional, algunos “derechos pueden ser suspendidos enteramente, lo cual significa que son inaplicables completamente mientras dura la emergencia”.¹⁰

No sería pertinente emprender aquí una comparación general entre el esquema tradicional neo-romano de los poderes constitucionales de emergencia y el

8 John Ferejohn y Pasquale Pasquino, “The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, pp. 210 ss.

9 Ferejohn y Pasquino, *op. cit.*, p. 217.

10 Tom Ginsburg y Mila Veersteg, “States of Emergencies: Part II”, 20 de abril de 2020. <https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-ii/>, indican, al contraponer los modelos legislativos con el de los poderes constitucionales de emergencia, que en algunos sistemas, “when a constitutional emergency is declared, (some) rights can be suspended entirely, meaning that they are not enforced at all for the duration of the emergency”.

denominado modelo legislativo, lo cual presupondría analizar la validez de esta categorización. Lo que interesa subrayar es que la contraposición antes esbozada parte de una comprensión incorrecta del llamado modelo neo-romano, o al menos de algunas de sus versiones, y de una cierta idealización del modelo legislativo. En relación con lo primero, importa subrayar que, en virtud de la evolución en el derecho constitucional y en el derecho internacional público de los principios rectores de los estados de emergencia, los poderes de crisis, constitucionales o legales, quedan sujetos a diversos controles, porque el Estado de derecho no se interrumpe durante la emergencia. Las medidas adoptadas en estos contextos están limitadas por los mismos principios materiales que proscriben el exceso o arbitrariedad estatal en tiempos de normalidad, y son los jueces los que están primeramente llamados a hacerlos valer. Pudiera incluso sostenerse que la declaración formal de un estado de excepción previsto en el plano constitucional lo hace más visible y sujeto a supervisión de los órganos responsables de controlar las facultades y medidas correspondientes. Adicionalmente, se ha perdido de vista que la dictadura romana no solo fijaba una limitación temporal a esta magistratura excepcional, sino que se basaba en un principio de heteroinvestidura,¹¹ dado que era el Senado el órgano facultado para decidir si era procedente acudir a ese mecanismo extraordinario. Esta decisión solía separarse además de la de designar al dictador. Los sistemas constitucionales modernos de inspiración napoleónica redujeron el alcance de la heteroinvestidura y permiten que el Presidente o titular del Ejecutivo declare la existencia de un estado de emergencia, con la consecuente expansión de facultades para el Gobierno y en ocasiones para los militares, lo cual queda a menudo sujeto a ratificación parlamentaria.

Subsisten ordenamientos en los que esta confirmación parlamentaria no es necesaria, lo cual quebranta los parámetros de un Estado constitucional y democrático de derecho. En perspectiva histórica comparativa, el sistema republicano español de la doble ley, una ley para regular por anticipado los poderes especiales y otra para la declaración de la emergencia, es el que más se apega a tales parámetros, dentro de los sistemas pertenecientes al modelo de la emergencia constitucional. Hoy la Constitución de República Dominicana se acerca a esta referencia histórica, aunque solo en parte, al establecer que la declaración del estado de emergencia debe ser autorizada por el Congreso.

En lo que respecta al modelo legislativo, están agrupados aquí abordajes tan diversos sobre la emergencia que es difícil calificarlo globalmente como preferible. Una cosa es que se empleen elásticamente preceptos de la legalidad ordinaria

11 Alan Greene, *Emergency Powers in a Time of Pandemic*, Bristol, Bristol University Press, 2020, pp. 1 ss.

para afrontar circunstancias excepcionales o que se acuda a cláusulas generales que esta contemple, con grave riesgo para el Estado de derecho, y otra es que se dicte una legislación temporal especial para una emergencia explícitamente asumida como tal. Aun en este segundo supuesto los peligros no son desdeñables, ya que con fundamento en esa normativa podrían darse amplísimas delegaciones de poder en favor del Ejecutivo, en detrimento del Estado de derecho.

Pero más allá de eso, pues no se trata ahora de escoger entre uno y otro “modelo”, se quiere subrayar que en la práctica hay proximidades o puntos de contacto entre las dos maneras de abordar institucionalmente la excepción, en aspectos como el alcance del control. Esto en virtud de que aquellas situaciones que tiendan a rehuir controles jurídicos estrictos, a causa de la invocación de la suprema necesidad de enfrentar una gran catástrofe, pueden suscitarse bajo uno u otro esquema regulativo. Además, la intervención del Parlamento no es una exclusividad del modelo llamado legislativo. Varias constituciones prevén la participación obligatoria o incluso previa del Parlamento para la declaración de un estado de excepción, o de uno que suponga suspensión de garantías, así como la supervisión parlamentaria sobre el uso de los respectivos poderes, orientación que distingue la producción constitucional latinoamericana de las últimas décadas, la cual garantiza igualmente la temporalidad y ha llegado a introducir un control judicial automático de constitucionalidad.

Se observa, por otro lado, como se apuntó, la inclinación a la equiparación entre el modelo legislativo, concebido como respuestas legislativas ante la irrupción de una emergencia, y el uso del marco legislativo ordinario para enfrentar situaciones excepcionales, lo cual es muy discutible, ya que una cosa es dictar leyes especiales con motivo de circunstancias extraordinarias específicas o concretas y otra es incorporar en las leyes ordinarias disposiciones que permitan arrostrar tales circunstancias mediante facultades ejecutivas reforzadas. De esto último puede derivarse un riesgo mucho mayor de que el sistema legal resulte impregnado por la excepcionalidad, aunque también cabría aducir, en defensa de esa solución, que la excepción se ve en cierto grado relativizada o desvirtuada por el sistema legal ordinario en que resulta incrustada. En todo caso, es posible identificar una aproximación entre esta vertiente legislativa en el tratamiento de la emergencia y el esquema de la emergencia constitucional, que desde el polo de la excepción ha resultado domesticado por los principios y la lógica del Estado de derecho.

No debe perderse de vista, en fin, que los distintos modelos jurídico-institucionales en el abordaje de las situaciones de emergencia han de examinarse en su contexto histórico-constitucional y con apertura a la identificación de equivalentes funcionales. Que el Reino Unido no tenga una Constitución de la

emergencia es comprensible en atención a los rasgos de su sistema jurídico y al concepto material de Constitución que lo distingue. Asimismo, motivos históricos pueden explicar que se omitan en un texto constitucional poderes de emergencia, como ocurrió con la Ley Fundamental alemana hasta la reforma de 1968, que refleja tales poderes muy limitadamente. En el caso de Estados Unidos han sido señaladas las razones de los fundadores para una regulación tan escueta en la materia. Tanto la emergencia constitucional como la legislativa presentan riesgos, y la efectividad de los respectivos controles depende de consideraciones ligadas más al conjunto del sistema jurídico que a la opción regulativa, constitucional o legislativa, que se haya seguido frente a situaciones de emergencia.

Se ha sostenido que las democracias estables o avanzadas se han inclinado desde la segunda mitad del siglo pasado por el modelo legislativo.¹² La consolidación de la democracia y de la paz interna y exterior determinaría que los estados de excepción se tornen remotos o superados, y conduce a que se rehúya su franco reconocimiento cuando se desatan circunstancias extraordinarias. La lucha contra el terrorismo mediante la legislación penal, sin emergencia constitucional, ha sido puesta como ejemplo de la manera de responder típica de este modelo. No obstante, con gran acierto se ha destacado, precisamente en esa temática, que la legislación antiterrorista ha dado lugar frecuentemente a estados de emergencia permanentes, que perduran con facilidad gracias a la posibilidad de solaparse bajo la regulación legal propia de la normalidad.¹³ Aun con estos riesgos, tales ordenamientos tienden a eludir la introducción o implementación de una solución normativa específica, en un plano constitucional formal o material, ante los estados de emergencia.

Pero esto no significa que la previsión y uso, cuando sea indispensable, de poderes constitucionales de emergencia sea un símbolo de involución democrática. Los países que, como los latinoamericanos, huyen de un pasado plagado de estados de excepción fácticos o de hecho estarán seguramente inclinados a acudir formalmente a los estados de excepción constitucionales cuando sea necesario ejercer poderes de crisis. Todo esto es, sin embargo, aproximativo y relativo. Algunos países con democracias consolidadas emplearon parcial y formalmente poderes constitucionales extraordinarios frente a la pandemia. España recurrió oficialmente a este régimen constitucional, aunque en su escalón más bajo, lo que no ha estado exento de polémicas y de censura jurisprudencial; en el extremo

12 Ferejohn y Pasquino, *op. cit.*, pp. 215 ss.

13 Greene, *op. cit.*, pp. 7 ss.

opuesto, algunos países latinoamericanos dieron preferencia al tratamiento de la pandemia en el plano de la legislación sanitaria o de medidas legislativas.¹⁴

Sería erróneo contraponer un modelo de poderes constitucionales de emergencia a otro de facultades legislativas ordinarias, siendo el primero muestra de atribuciones más amplias o difíciles de controlar y el segundo, de competencias legales acotadas y mensurables y de mayor control parlamentario y judicial. Una rápida ojeada a América Latina demuestra que tal contraposición es inexacta y no resulta suficiente para explicar la diversidad de los instrumentos aplicados ante la pandemia. Entre los países que se apoyaron en la legislación ordinaria se encuentran algunos que, como Uruguay o Bolivia, desempolvaron o rescataron viejos códigos sanitarios, contentivos de cláusulas generales de apoderamiento o de facultades extraordinarias, difícilmente admisibles conforme a los principios del derecho constitucional general, como base normativa de restricciones como las que se adoptaron en el caso boliviano, o como las que teóricamente se hubieran podido tomar en Uruguay.¹⁵ En Argentina, se usaron los decretos legislativos de necesidad y urgencia, que cabalgan entre el régimen de excepción constitucional y las reacciones legislativas, para arrostrar la pandemia, pero estos ya formaban parte, con independencia de las medidas dictadas al irrumpir el covid-19, de una práctica institucional viciada, problemática desde la óptica de la separación de poderes y de la preservación de las funciones deliberativas del Congreso en la producción legislativa. Igualmente, la llamada “dictadura” sanitaria mexicana, desempolvada a raíz de la pandemia, es un esquema vetusto de abordaje de crisis sanitarias que es constitucional y solo en un segundo plano legislativo, aunque no se trate de los clásicos poderes constitucionales de emergencia, también regulados en la Constitución mexicana pero que el Gobierno resolvió no emplear.

Los países latinoamericanos recurrieron a lo que tenían a mano según sus prácticas institucionales y diseños constitucionales o legislativos, y de acuerdo con las decisiones políticas adoptadas, y algunas de las respuestas dadas podrían merecer objeciones desde la óptica del Estado de derecho. En los ordenamientos que tienen un marco constitucional para los poderes de emergencia hay que preguntarse si este fue eludido indebidamente para escapar a los rigores de los

14 Véase Bogdandy, Casal y Morales, *op. cit.*, pp. 27 ss.

15 En relación con Uruguay, véase Martín Risso Ferrand, “El COVID-19 y el derecho constitucional”, en M. P. Garat, M. Risso Ferrand, G. Ruocco, B. Ramos Cabanellas, G. Valentín, L. Slinger, L. Costa, C. Herdt, D. Gamarra y W. Guerra, “El derecho frente a la pandemia por COVID-19”, *Revista de Derecho*, 21, 2020, pp. 3 ss. <https://revistas.uca.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/2193/2109>; el autor explica que en Uruguay el Gobierno ha decidido actuar sobre todo con base en exhortaciones dirigidas a la ciudadanía.

plazos o controles constitucionales y optar por la aplicación de fórmulas indeterminadas y flexibles, pese a la profundidad de las injerencias autorizadas en los derechos del ser humano. La bifurcación que ha caracterizado la respuesta de Colombia, por ejemplo, con una emergencia constitucional para asuntos económicos, fiscales o administrativos y cuarentenas impuestas con base en la legislación de orden público, ha sido criticada justamente por esto.¹⁶ El estiramiento de la legalidad “ordinaria” hasta abarcar lo que solo sería imaginable bajo un estado constitucional de excepción no es digno de elogio y puede conducir a alojar pacíficamente la emergencia dentro de los parámetros legislativos de la normalidad.

ESBOZO DE UNA COMPARACIÓN ENTRE DISTINTOS “MODELOS”

La pandemia del covid-19 como desencadenante de un estado de excepción atípico

Como punto previo importa observar que la pandemia del covid-19 ha desbordado muchos de los cauces jurídicos tradicionales concebidos de los estados de emergencia. La invisibilidad del enemigo o factor que ha de ser atacado; la facilidad de los contagios y la gravedad de sus efectos, al menos en su primera fase, y la oscilación entre periodos de intensa propagación o de repunte y otros de repliegue o descenso, sin que existieran señales categóricas de su superación o control, generó una situación extraordinaria duradera, en la cual se ha retornado a la normalidad pero en parte sin abandonar las facultades que permiten volver a los confinamientos u otras medidas similares de ser necesario. Aun con el descenso de los niveles de letalidad a causa del contagio y de las tasas de infección, no es posible afirmar que las libertades que fueron restringidas hayan sido completamente recuperadas; allí donde se disfrutaba de ellas antes de la pandemia, el uso, por lo general prolongado, de poderes extraordinarios ha dejado secuelas en los respectivos sistemas jurídicos. La pandemia ha resquebrajado los moldes clásicos de unos y otros modelos de tratamiento de la emergencia.

Con razón sostuvo Cruz Villalón, refiriéndose a la Constitución española y a la dificultad de determinar de manera inequívoca que la figura aplicable a la situación creada por la pandemia era la del estado de alarma, no la del estado de excepción:

... la dura realidad es que la presente emergencia es de una magnitud tal que difícilmente podríamos encontrarla acabadamente reflejada en ninguno de los

16 Rodrigo Uprimny Yepes, “La cuarentena constitucional”, 19 de abril de 2020. <https://www.dejusticia.org/column/la-cuarentena-constitucional/>.

estados de emergencia previstos, sea el estado de alarma, el de excepción o el de sitio. La extensión de estas medidas a todo el territorio nacional, su extensión a toda la población, sin olvidar ahora su prolongación en el tiempo, hacen difícil su descripción con arreglo a las categorías constitucionales disponibles. Cuando de pronto, salvo excepciones, no se puede abandonar el domicilio, cuando de pronto se deja de poder ir a trabajar, cuando de pronto resulta imposible acceder a la generalidad de los servicios básicos no esenciales, la situación resultante rebasa el debate sobre si estamos ante una *restricción* o una *suspensión* de determinados derechos y libertades, y si, en consecuencia, procedía la declaración de un estado u otro. Dicho en términos constitucionales, la realidad es que estamos ante una afectación drástica del principio general de libertad, la cual se está asumiendo ejemplarmente en función de su estricta temporalidad, pero que se vuelve una carga tanto más pesada conforme esa temporalidad se prolonga.¹⁷

Los autores o, con más frecuencia, actores oficiales que han pretendido sostener la pacífica concordancia de las medidas adoptadas ante la pandemia con la Constitución silencian, deliberadamente o por yerro en el análisis, las tensiones, desviaciones y múltiples vicisitudes jurídicas que han caracterizado esta larga etapa de emergencia sanitaria.

Uno de los rasgos que resaltan de la atipicidad de este estado de emergencia es que, a diferencia de las situaciones excepcionales tradicionales ligadas a guerras o golpes de Estado, respondió a una catástrofe natural, la cual, a su vez, no representaba un episodio único o varios determinados y puntuales, sino que se trataba de una pandemia que se propagó con gran facilidad y efectos letales, y frente a la cual se usaron principalmente medidas ya conocidas en un pasado remoto, como los confinamientos generales y las cuarentenas, sin que estas hayan proporcionado una solución completa. Frente a una amenaza de esta naturaleza y ante la intensidad y el alcance de las respuestas generalmente adoptadas, no ha sido adecuado ni el marco jurídico-constitucional de la excepción ni el de carácter legislativo referido a crisis sanitarias. El riesgo de haber vuelto a una normalidad que incorpora facultades antes consideradas exorbitantes, y de que, bajo este manto, se perpetúen en el orden jurídico, es bastante grande.

Entre la proclamación y el solapamiento de la emergencia

Como ya se apuntó, algunos países acudieron al estado de emergencia constitucional frente a la pandemia, a fin de contener los contagios. Esto permitió dictar

17 Pedro Cruz Villalón, “La Constitución bajo el estado de alarma”, *El País*, 16 de abril de 2020.

toques de queda muy rigurosos o confinamientos generales por un tiempo prolongado. En otros ordenamientos se acudió a los poderes constitucionales de excepción para aprobar disposiciones especiales de índole económica, administrativa y presupuestaria, procurando insertar en la legislación de orden público o de índole sanitaria medidas restrictivas de la movilidad como las mencionadas. Lo primero ocurrió en Perú, Chile y, en parte, en España; lo segundo, en Colombia y, en parte, en Brasil.¹⁸

Interesa en esta ocasión comparar somera y ejemplificativamente los sistemas que asumieron explícitamente un régimen constitucional de emergencia ante la pandemia con los que no lo hicieron. Ecuador es muestra de un orden jurídico en el que, conforme a lo previsto en la Constitución, se declararon sucesivos estados de excepción, lo cual dio lugar, con arreglo a lo dispuesto en ella, a un control automático de la Corte Constitucional, que permitió preservar límites fundamentales, entre los que sobresale la restricción temporal de los estados de excepción, gracias a la cual se estableció en su momento la inconstitucionalidad de una prolongación indefinida de la emergencia constitucional, mediante sucesivas prórrogas, sin que se hubieran hecho esfuerzos para modificar la legislación ordinaria a fin de introducir en ella normas dirigidas a arrostrar la crisis sanitaria ligada a la pandemia y sus efectos en otros ámbitos. Alemania se sitúa en el extremo opuesto o pretende hacerlo, por lo que es oportuno que veamos este caso con alguna atención.

La Ley Fundamental alemana no prevé un régimen jurídico especial para los estados de excepción, con carácter general o sistemático. En particular, no contempla una suspensión de derechos o garantías ante tales circunstancias, como sí lo hacía la Constitución de Weimar de 1919. No obstante, desde 1968 contiene preceptos sobre el denominado caso de defensa y otras normas referidas a circunstancias excepcionales. No sería pertinente analizar ahora estas disposiciones.¹⁹ Basta con indicar que la ausencia en la Constitución de una regulación específica sobre una suspensión de derechos u otras medidas de similar intensidad ante situaciones excepcionales marcó desde el inicio de la pandemia el debate público y, luego, las respuestas legislativas y jurisprudenciales en esta materia. Los ministros-presidentes de los estados federados o *Länder*, en las conferencias o reuniones periódicas que sostenían con la canciller federal con el objeto de armonizar políticas respecto de este asunto, declararon que no era admisible imponer confinamientos generales o toques de queda, sino restricciones especiales

18 Véase Bogdandy, Casal y Morales, *op. cit.*, pp. 27 ss.

19 Véase Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1995, pp. 300 ss.

a la movilidad, razón por la cual nunca se aprobó en el ámbito federal, ni siquiera como recomendación o directriz para una regulación a nivel estatal, la obligación general de permanecer encerrado en el hogar, salvo para comprar alimentos o medicinas o atender otras necesidades impostergables. Se permitió salir del domicilio, con mascarilla, para pasear cerca de la vivienda, hacer ejercicios o caminar, con uno o hasta dos acompañantes, con pequeñas variaciones según el *Land*. ¿Pero acaso esta sola circunstancia autoriza a sostener que todas las restricciones adoptadas se enmarcaban de modo inobjetable en el régimen jurídico ordinario?

No faltan fundamentos para ponerlo en duda. Así, algunos tribunales contencioso-administrativos se inhibieron, al comienzo de la pandemia, de ejercer un control judicial ordinario respecto de las prohibiciones de organizar concentraciones o manifestaciones emanadas de autoridades administrativas, dado que estaban vigentes restricciones a la movilidad que por lo general impedían que más de tres personas pudieran salir juntas del domicilio. Con esta y otras motivaciones desecharon de plano las reclamaciones correspondientes, hasta que el Tribunal Constitucional Federal se ocupó del asunto y estableció que una solución así no era compatible con el mandato de respeto y protección de los derechos fundamentales, en este caso del derecho de reunión o manifestación, emanado de la Ley Fundamental. La autoridad administrativa competente debía evaluar si había opciones, tomando las cautelas sanitarias y con las limitaciones de lugar y número de asistentes que fueran necesarias, para que se ejerciera el derecho sin que la salud pública quedara seriamente comprometida.²⁰ Esto desembocó en una mayor respuesta contralora de los jueces, en este y en otros ámbitos, que se hizo oscilante y propendía a intensificarse cuando bajaban las cifras de contagio y mortalidad, o a debilitarse cuando ascendían, aunque aquí solo cabe hablar de tendencias o aproximaciones, no de una correspondencia directa o completa.

En todo caso, esa y otras decisiones del Tribunal Constitucional Federal presentaron un llamado de atención, dirigido a dejar sentado que los derechos fundamentales estaban en vigor y debían ser salvaguardados. Los tribunales contencioso-administrativos han jugado un papel relevante en la revisión jurisdiccional de injerencias ejecutivas en derechos fundamentales. Pero la breve etapa inicial de reducido control por los jueces ordinarios respecto de ciertas medidas adoptadas frente a la pandemia ilustra los riesgos que en estos ordenamientos pueden igualmente suscitarse, no en virtud de la declaratoria formal de una emergencia constitucional, sino de la concesión por los jueces de amplios

20 Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Decisión de 17 de abril de 2020. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200417_1b-vq003720.html.

márgenes de acción al Gobierno o la Administración; aunque afortunadamente la fortaleza de una cultura jurídica apegada al Estado de derecho se impuso prontamente.

Más discutible ha sido la previsión de una fundamentación legal suficientemente precisa para las medidas adoptadas. La ley federal principalmente invocada para sustentar las respuestas estatales ante la pandemia, la Ley sobre la protección ante infecciones, fue aplicada inicialmente, pero de inmediato surgieron críticas, particularmente ante la ausencia de base legal para confinamientos duraderos o restricciones similares a la libre movilidad. Dicha Ley fue rápidamente modificada en marzo de 2020, para expandir una cláusula general preexistente en ella, con el objeto de permitir la adopción de limitaciones como esas contra la propagación de la pandemia. No obstante, esta primera reforma fue duramente objetada por su indeterminación, ya que se invocó una cláusula general habilitante para fundamentar severas restricciones de derechos y los gobiernos de los *Länder*, usualmente mediante decretos, concretaron las medidas necesarias para contener el covid-19, ello aunado a la extensión de las atribuciones del ministro de Salud federal. Todo ello dio lugar a una expansión del momento ejecutivo o gubernamental en el tratamiento de la pandemia. Aunque esta indeterminación en el plano legislativo condujo luego a la suspensión o anulación por la judicatura de algunos actos de los gobiernos regionales.

Ese primer intento de brindar un respaldo normativo a las respuestas limitativas de derechos dictadas frente a la pandemia fue considerado francamente insuficiente. Llegó a hablarse incluso de una situación casi equivalente a un estado de actuación estatal libre de derechos fundamentales y de un auto-desapoderamiento del Legislativo.²¹ La Ley fue objeto, después, de sucesivas reformas, las cuales introdujeron mayor especificidad, aunque no estuvieron exentas de problemas o debates de índole constitucional. Se incorporaron también límites temporales para las medidas especiales previstas, en particular para las contempladas en caso de declaratoria de un estado epidémico de trascendencia nacional. Luego, una nueva coalición de gobierno optó por reducir la severidad o alcance de las medidas legalmente admisibles;²² uno de los partidos que la integraban había formulado, cuando estaba en la oposición, cuestionamientos acerbos contra las restricciones generales a ciertos derechos acordadas por la

21 En tal sentido se expresó el profesor Christoph Möllers: véase “Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus”. <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>.

22 Véase El País, “La dureza de la pandemia entorpece la formación del Gobierno alemán”. <https://elpais.com/internacional/2021-11-20/la-dureza-de-la-pandemia-entorpece-la-formacion-del-gobierno-aleman.html>.

gran coalición (*Grosse Koalition*) encabezada por la canciller Angela Merkel. No se renovó la declaración del estado epidémico de trascendencia nacional²³ y se formuló un catálogo más acotado de las medidas que es lícito aplicar a nivel de los *Länder*.²⁴ Esta reorientación, que ha sido objetada por razones de practicabilidad u oportunidad, llegó cuando los números de contagios repuntaban de modo alarmante, aunque no con la letalidad de las manifestaciones originales del virus, y con buena parte de la población ya vacunada. Algunos gobiernos de los *Länder* estimaron que la base normativa para su actuación era insuficiente, pero la pandemia no se salió de control.

El caso alemán es demostrativo de un esfuerzo ininterrumpido por mantener las respuestas ante la pandemia dentro de los límites de un Estado de derecho. Al mismo tiempo, ilustra las alteraciones y desviaciones que esta ha producido en un sistema muy robusto de apego a la legalidad formal y sustancial, las cuales fueron sin embargo corregidas. No se acudió a la declaración de una emergencia constitucional, porque no estaba planteada para una situación así. Además, en Alemania no se prevé la posibilidad de una suspensión de derechos o garantías. Con todo, la intensidad de las medidas que fueron tomadas se pone de manifiesto en que fue modificada la Ley sobre la protección ante infecciones para introducir la facultad del Gobierno federal de declarar un estado epidémico de trascendencia nacional, con competencias ampliadas y temporalmente limitado, lo cual linda claramente con el terreno de la emergencia materialmente constitucional, esto es, de significación constitucional por la magnitud de las restricciones a los derechos fundamentales que puede llevar consigo, aun cuando no esté prevista en la Constitución, una suspensión de garantías u otra figura análoga.

Más problemático resulta el balance en otros países que, en todo o en parte, prescindieron de la declaratoria de un estado de emergencia constitucional. En Italia solo está contemplada constitucionalmente la situación excepcional de guerra. Frente a la pandemia, se recurrió a la atribución ejecutiva de dictar decretos que requieren aprobación parlamentaria para adquirir fuerza de ley (decretos-leyes). Estos pueden emitirse ante “circunstancias extraordinarias de urgencia y necesidad”, pero en la práctica constitucional su uso es frecuente, aun sin que exista un estado de emergencia, lo cual ha conducido a excesos que han sido criticados desde la perspectiva del principio de legalidad. Con motivo de la pandemia esta desviación se exacerbó, y junto a estos decretos-leyes se adoptaron decretos emanados del presidente del Consejo de Ministros, claramente

23 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw45-de-infektionsschutzgesetz-867578>.

24 <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/infektionsschutzgesetz-129.html>.

insuficientes como base de medidas severamente restrictivas de derechos. Los decretos-leyes se emplearon también para intentar ofrecer respaldo a estas y otras disposiciones administrativas que rigieron la actuación oficial en estas circunstancias. Se terminó incluyendo indirectamente un plazo de vencimiento para las medidas (*sunset clause*), con posibilidad de prolongación por decisión parlamentaria. En su conjunto, la respuesta oficial ha sido considerada contraria a la letra y el espíritu de la Constitución.²⁵

En Francia, inicialmente se aplicó el Código de Salud Pública, acompañado de la invocación de la doctrina de las circunstancias excepcionales desarrollada jurisprudencialmente por el Consejo de Estado. Pero esta ruta pronto se reveló francamente insuficiente, dada la severidad de las medidas implementadas. De allí que se haya resuelto dictar una ley especial sobre un estado de *urgencia sanitaria*. No se apeló a los plenos poderes presidenciales del artículo 16 de la Constitución ni a la emergencia de rango legislativo contemplada en una ley sobre el estado de urgencia, de 1995, aplicada por última vez entre 2015 y 2017 frente a los ataques o amenazas terroristas. Por otra parte, el Consejo Constitucional limitó el alcance de algunas disposiciones restrictivas de derechos y el Consejo de Estado jugó un papel relevante en la garantía de derechos a través de medidas de urgencia.²⁶ Las restricciones autorizadas en el caso francés lindaron con un estado de emergencia constitucional (en sentido material), aunque la intervención de los órganos jurisdiccionales significó una contención importante.

Dentro de los ordenamientos que acudieron parcialmente a las regulaciones constitucionales sobre la emergencia, España merece un comentario final. En una fase inicial, allí se impusieron medidas bastante rigurosas restrictivas de la movilidad, que impactaron en varios derechos fundamentales. El Gobierno había resuelto darles cobertura constitucional bajo la figura del estado de alarma (art. 116.2 de la Constitución), que fue decretado por el Ejecutivo y luego aprobado por el Parlamento, frente a lo cual algunos advirtieron que la intensidad de las limitaciones adoptadas no era lícita sin haber declarado el estado de excepción previsto en el artículo 116.3 de la Constitución, con suspensión de algunos derechos; fue también un planteamiento de quienes recurrieron a la jurisdicción constitucional. Ello terminó siendo reconocido por el Tribunal Constitucional, que declaró la inconstitucionalidad de varias disposiciones del correspondiente

25 Angelo Jr. Golia, Laura Hering, Carolyn Moser y Tom Sparks, "Constitutions and Contagion. European Constitutional Systems and the COVID-19 Pandemic (November 9, 2020)", Research Paper n.º 2020-42, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL). <https://ssrn.com/abstract=3727240>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3727240>.

26 *Idem*.

decreto, argumentando que no podía imponerse una suspensión de derechos como la libertad de circulación y el derecho de reunión en lugares privados sin la declaratoria de un estado de excepción, dependiente de una autorización previa del Parlamento.²⁷ Posteriormente fue declarada la inconstitucionalidad del subsiguiente estado de alarma, autorizado por el Parlamento por un plazo que el Tribunal Constitucional calificó de excesivo, en atención a la relativa incertidumbre al momento de la autorización sobre el alcance de las medidas que serían adoptadas. Se rechazó además que se contemplara la intervención de las comunidades autónomas en la definición de los actos dirigidos a mitigar la pandemia, por carecer estas de facultades para fijar esas limitaciones de derechos, de acuerdo con el régimen constitucional y legal sobre la emergencia. Se objetó igualmente la ausencia de previsión de control parlamentario de las medidas gubernativas, durante ese extenso plazo de seis meses, así como la delegación que se confirió en beneficio de autoridades de esas comunidades.²⁸ En suma, el Gobierno español no observó el marco constitucional y legal sobre la emergencia.

Un aspecto que ha mostrado su especial relevancia en el tratamiento institucional de la pandemia ha sido el de la organización territorial del poder y la participación de distintos niveles de gobierno en el abordaje de esta problemática. Bajo esquemas federales, regionales o de simple descentralización administrativa, fue importante la actuación de los gobiernos o autoridades regionales y locales en la contención del covid-19. Esto se tradujo en una distribución vertical de potestades y de responsabilidades respecto de la pandemia y sus efectos, y aportó división de poderes aun en un marco de concentración de atribuciones en los ejecutivos. Esta perspectiva tiene que ser introducida también al comparar modelos en el tratamiento de la emergencia. En relación con el covid-19, ello ayudó, en Brasil, por ejemplo, a contrarrestar la pasividad del presidente de la República frente a la pandemia, gracias a la actuación de gobiernos subnacionales y a la intervención contralora de la justicia federal. En Alemania el federalismo fue esencial como factor de contención de la expansión del momento ejecutivo, y en Ecuador puede constatarse la coordinación de la respuesta en instancias integradas por autoridades de distintos niveles territoriales.

Siguiendo el rastro de la emergencia

El anterior esbozo de respuestas estatales permite apreciar que la emergencia puede atravesar distintos ordenamientos jurídicos, con independencia de que

27 Véase Tribunal Constitucional de España, STC n.º 148/2021, de 14 de julio. https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_074/2020-2054STC.pdf.

28 Véase Tribunal Constitucional de España, STC n.º 183/2021, de 27 de octubre.

prevean o no explícitamente en sus constituciones un régimen especial para las situaciones extraordinarias. No se trata, pues, de que, a falta de tal régimen en la Constitución, esas situaciones serán abordadas dentro de los linderos o esquemas habituales de actuación de las autoridades, es decir, sin acordar restricciones de singular intensidad, que representen medidas exorbitantes respecto de la legalidad ordinaria. Uno de los desafíos conceptuales y prácticos que se suscitan no solo en el contexto de la actual pandemia consiste precisamente en identificar ese umbral más allá del cual estamos ante restricciones que sobrepasan la normalidad de la relación entre el Estado y el individuo, entre los poderes de las autoridades y los derechos fundamentales.

Es relevante reconocer esa emergencia, que denomino material o sustantiva, porque al pasar inadvertida se favorece la entronización del régimen tácito de la excepción. Al no haber una declaración formal sobre la irrupción de tales circunstancias y sobre la activación de poderes extraordinarios y controles especiales o reforzados, bajo el más alto plano normativo, el constitucional, o cuando menos en el nivel legislativo, según las particularidades de cada orden jurídico, puede pensarse que los hechos sobrevenidos son manejables y serán tratados bajo la respuesta ordinaria del sistema legal, sin que sea necesario encender alarmas. Esta es una de las desventajas que algunos atribuyen a los ordenamientos que carecen de ese régimen en la Constitución. Pero, a mi juicio, lo esencial es que, si un sistema jurídico no incorpora ese régimen constitucional, aun así, debe procurarse que, con arreglo a sus categorías y rasgos estructurales, admita la extraordinariedad o exorbitancia competencial que lícitamente se haya producido y que responda en consecuencia. Hay un conjunto de garantías de temporalidad (*sunset clauses*, p. ej.) y de autorización o aprobación parlamentaria que debería ser observado, incluso en sistemas que carezcan de una regulación sobre la emergencia constitucional o que, teniéndola, no contemplen dichas cautelas. A ello ha de agregarse el respeto al principio de proporcionalidad. Cuando la Constitución las contempla expresamente, el asunto está claro en el plano normativo. Cuando no es así, son distintas las vías mediante las cuales podría llegarse a su cumplimiento, aunque no siempre estarán aseguradas.

Lo que debe a todo evento evitarse es, por un lado, que la mascarada de la respuesta bajo el marco legal ordinario, lo que ha sido denominado el enfoque de *business as usual*,²⁹ apuntalado a veces con la invocación de la ausencia de un régimen constitucional para las circunstancias excepcionales, conduzca a asumir que no hay riesgo de que la emergencia irrumpa bajo esos odres y a dejar de prestar atención a los principios mencionados. Por otro lado, ha de salirse al paso de

29 Greene, *op. cit.*, pp. 25 ss.

cualquier visión según la cual la declaración constitucional de la emergencia lo justifica todo o, dicho de otro modo, permite suspender y dejar propiamente sin vigencia los derechos fundamentales, durante la emergencia, así como mutilar el control judicial o reducirlo a una simple convalidación formal, previa verificación de la emisión por la autoridad competente de la medida de que se trate. Desde este ángulo, conviene precisar el alcance hoy atribuido a la declaración de la denominada suspensión de garantías o derechos, según la jurisprudencia internacional, lo cual enseguida será abordado.

Señales distintivas de la emergencia material o sustantiva son el uso o introducción de cláusulas generales de apoderamiento; la ampliación de facultades ejecutivas, y el desarrollo de formas atenuadas de control parlamentario y judicial. Por otra parte, la previsión de la temporalidad de las disposiciones emitidas y de intervenciones parlamentarias indispensables para la prórroga de su vigencia puede constituir una admisión de la existencia de poderes de emergencia. En lo concerniente al control judicial, se observa con frecuencia que los jueces se repliegan en la revisión jurisdiccional, al reconocer una gran deferencia hacia el Ejecutivo, por la naturaleza de las materias implicadas o aduciendo una mejor capacidad de apreciación de las autoridades de gobierno o administración sobre los hechos suscitados. En ocasiones se aplican estándares de escrutinio de escasa densidad o de mera aceptabilidad.

El asunto adquiere dimensiones especialmente preocupantes cuando se generan los denominados agujeros negros legales, es decir, espacios en los que, incluso mediante disposiciones legales, se crean ámbitos de decisión que corresponden exclusivamente a autoridades políticas, ejecutivas o de aplicación, y en los cuales el poder judicial queda relegado al papel de simple verificación de que la actuación cuestionada proviene de la autoridad competente para realizarla y de que se han observado determinados requisitos formales.³⁰ En este supuesto se rompe el vínculo sustancial con el Estado de derecho y el tratamiento de la solapada emergencia es incompatible con el constitucionalismo. Estimo que en circunstancias extraordinarias el control judicial no debe restringirse sino adaptarse, y que en algunos aspectos debe ser aún más riguroso. Lo delicado de este control judicial aparente es que propende a convalidar y proporcionar legitimidad jurídica a medidas política o discrecionalmente adoptadas, sin que se efectúe ningún examen de fondo o de proporcionalidad y, por tanto, con enorme riesgo de amparar la arbitrariedad.

30 Greene, *op. cit.*, p. 58. El autor se apoya en la conceptualización de David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 41 ss.

Un modo de seguir la pista a los poderes de emergencia, sobre todo en el ámbito latinoamericano, consiste en revisar las notificaciones que varios Estados han efectuado al Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en lo concerniente a América Latina, o a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) respecto del uso de poderes extraordinarios según lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), respectivamente. Se observa que algunos Estados que prescindieron de la declaración de la emergencia constitucional sí procedieron a efectuar estas notificaciones o ellas tuvieron un alcance mayor a lo proclamado en el plano interno, lo cual hace presumir que hubo un intento por encubrir en el orden nacional la apelación a tales poderes, con quebrantamiento del deber de proclamación derivado de los instrumentos internacionales. En el ámbito europeo se constata la tendencia de las democracias más consolidadas a prescindir de estas notificaciones, en coherencia con la solución de actuar bajo el esquema normativo ordinario (*business as usual*). Ello no significa, sin embargo, que esté superada la posible objeción de haber adoptado medidas de emergencia sin cumplir con la obligación de proclamación y notificación (estados de excepción de hecho). En el caso español, la declaración por el Tribunal Constitucional de que la suspensión de hecho de determinados derechos fue impuesta inconstitucionalmente implica, al menos *prima facie*, un reconocimiento del soslayamiento indebido del deber de notificación.

ALCANCE DE LA DENOMINADA SUSPENSIÓN DE DERECHOS O GARANTÍAS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aluden a una “suspensión” de “obligaciones”, de “derechos” o de “garantías”, en caso de suscitarse y declararse un estado de emergencia. Al interpretar los preceptos respectivos, los órganos internacionales competentes han fijado criterios que ayudan a delimitar el alcance de tal “suspensión”.³¹

El artículo 27.1 de la CADH señala que un Estado parte, dadas las situaciones excepcionales que dicha norma prevé, “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”. Por consiguiente, el precepto en cita permite que se suspendan ciertas obligaciones establecidas en la Convención, respecto de los derechos que hayan sido objeto de las disposiciones correspondientes. No obstante, la terminología empleada por el artículo 27 no

31 Véase Bogdandy, Casal y Morales, *op. cit.*, pp. 17 ss.

es uniforme. Su título es el de “Suspensión de garantías”, pero el párrafo segundo del artículo habla de “suspensión de los derechos”, y su párrafo tercero, de “derecho de suspensión” y de “las disposiciones cuya aplicación haya suspendido”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la diversidad de las locuciones contenidas en el artículo 27, y de su jurisprudencia se desprende que no han de tomarse como explicativas, en su literalidad, del alcance de un estado de excepción notificado conforme al artículo 27 de la Convención. Esto ha de definirse considerando en su conjunto la Convención y la jurisprudencia interamericana. Es importante ante todo observar que la Convención no resulta suspendida durante un estado de excepción, sino, en todo caso, algunas de las obligaciones que de ella dimanar, e incluso esto último debe ser matizado. Los artículos 1 y 2 de la CADH, así como sus principios interpretativos, en especial los formulados en el artículo 29, conservan vigencia, como las demás disposiciones de la Convención, distintas a las que reconocen los derechos objeto de “suspensión”, cuyo vigor solo en parte resulta afectado.

Este punto de partida es fundamental, pues ayuda a precisar el efecto de la facultad que el artículo 27 otorga a los Estados. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha tenido especial relevancia el artículo 29 de la CADH, que ha sido invocado para desentrañar la exacta significación del artículo 27. En particular, los literales a) y c) del artículo 29 han orientado la labor jurisprudencial en esta temática. El primero, para excluir interpretaciones del artículo 27 que avalen una limitación injustificada en el disfrute de derechos. Más aún, la Corte se ha apoyado en el artículo 29.a para fundamentar el principio hermenéutico conforme al cual dicha “prerrogativa debe ser ejercida e interpretada [...] como excepcional y en términos restrictivos”.³² En cuanto al artículo 29.c, ha contribuido a delimitar las garantías judiciales indispensables e inderogables. Este último literal, al aludir a derechos que “se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”, abrió las puertas a una lectura sobre los poderes de emergencia que los deja de entrada atados a los principios del Estado de derecho, inescindible, como ya afirmamos, de la democracia en el sistema de la Convención. En la misma dirección apunta la conexión establecida por la Corte entre los derechos humanos y la democracia, que se refuerza en atención al Preámbulo de la Convención y a la garantía de la democracia representativa consagrada en la Carta de la OEA, a lo cual hay que sumar instrumentos como la Carta Democrática Interamericana, que ha sido invocada por la Corte en su jurisprudencia y que puede

32 Corte IDH, Caso J. vs. Perú, Serie C, n.º 275, 27 de noviembre de 2013, párr. 124. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf.

encontrar acogida en el sistema de la Convención por medio del mismo artículo 29, en especial de su literal d), entre otros asideros normativos.

El artículo 32.2 de la CADH, según el cual, a la luz de la jurisprudencia de la Corte, las limitaciones a los derechos garantizados en la Convención solo son admisibles si son compatibles con una “sociedad democrática”, puede ser, e implícitamente ha sido, clave en la interpretación del artículo 27, ya que también durante los estados de excepción las medidas dictadas deben ser compatibles con una sociedad democrática, que no deja de serlo porque se encuentre en un momento de emergencia. Si bien un estado de excepción suele conducir a una ampliación de las facultades del Gobierno, en la medida requerida por las circunstancias extraordinarias, lo cual puede no corresponderse con el funcionamiento ordinario de los poderes públicos en una democracia, la respuesta del Estado ante una emergencia debe seguir siendo la propia de un sistema democrático, y esta no puede ser aprovechada para socavarlo. Desde esta óptica ha de ser apreciado el criterio de la Corte conforme al cual el *habeas corpus* debe mantener siempre su operatividad, a fin de “preservar la legalidad en una sociedad democrática”, así como otros postulados similares formulados en las opiniones consultivas 8/87 y 9/87 y en sentencias emitidas en procedimientos contenciosos.³³

En relación con el efecto de la facultad de suspensión prevista en el artículo 27 de la CADH, la Corte ha señalado que no representa en rigor una suspensión ni de garantías ni de derechos,³⁴ y ha subrayado la importancia de la distinción entre la “suspensión” de obligaciones o derechos prevista en el artículo 27 y la “supresión” de derechos que su artículo 29.a prohíbe.³⁵ Una lectura detenida de

33 Corte IDH, Caso Durand y Ugarte vs. Perú, Serie C, n.º 68, 16 de agosto de 2000, párr. 101 ss. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf; aquí la Corte vinculó el artículo 25 de la Convención con la noción de sociedad democrática, como es habitual en su jurisprudencia, lo cual, declaró, “no sólo es válido en situaciones de normalidad, sino también en circunstancias excepcionales”.

34 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, n.º 8, 30 de enero de 1987, párr. 18, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_o8_esp.pdf: “Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto, ni de la ‘suspensión de los derechos’, ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio”.

35 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A, n.º 6, 9 de mayo de 1986, párr. 14, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_o6_esp.pdf: “Debe subrayarse que, según la Convención (art. 29.a), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las

las opiniones consultivas 8/87 y 9/87 y de decisiones posteriores permite aclarar aún más el sentido de esta jurisprudencia de la Corte Interamericana. El artículo 27 no conduce a la suspensión de las garantías de los derechos, reconocidas en la Convención, o que esta deja a salvo a tenor del artículo 29, como tampoco suspende el pleno ejercicio de los derechos. Las garantías, en particular las judiciales, a que aluden los artículos 8, 7.6 y 25 de la CADH, deben seguir vigentes durante un estado de emergencia, no solo en relación con aquellos asuntos ajenos a la declaración del estado de excepción, sino también respecto de los hechos relacionados con esta declaración. Estas garantías han de servir tanto para salvaguardar los derechos llamados intangibles como para resguardar los no abarcados por el estado de excepción, e incluso los que sí lo hayan sido, dado que las medidas restrictivas que recaigan sobre estos últimos deben someterse a la proporcionalidad, la temporalidad y demás principios aplicables, lo cual debe ser asegurado mediante control judicial.³⁶

En consecuencia, aun cuando la libertad personal, por ejemplo, haya sido objeto de la facultad de “suspensión”, debe ser procedente el *habeas corpus* para verificar si los actos que la afecten respetan la legalidad excepcional de la emergencia, así como la proporcionalidad y los demás parámetros materiales. Para la Corte, el amparo y el *habeas corpus* “son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática”.³⁷

Ciertamente, el *habeas corpus* es un medio idóneo “para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u

obligaciones contraídas por los Estados (art. 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30)”.

36 De allí que la Corte haya establecido, refiriéndose al artículo 27: “tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder. Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el *habeas corpus* adquiere una nueva dimensión fundamental” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 39).

37 *Ibid.*, párr. 42.

otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”,³⁸ lo cual se mantiene dentro del radio de los derechos intangibles del artículo 27.2 de la CADH. Pero la Corte va más allá, al orientar el control judicial a la verificación de la legalidad y razonabilidad o proporcionalidad de las detenciones ordenadas durante un estado de emergencia en el que la libertad personal haya sido suspendida. Esta postura jurisprudencial ha de ponerse en concordancia con la tesis reiterada de la Corte según la cual nunca puede ser suspendida la prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad.³⁹ Aquí se aprecia el continuo o correspondencia que existe entre el alcance de la llamada suspensión de garantías y el del control judicial que debe quedar a salvo durante los estados de excepción: nunca son admisibles medidas arbitrarias, y siempre deben estar a disposición instrumentos judiciales que permitan combatirlas. Esto es aplicable a diversas garantías judiciales indispensables.⁴⁰

Por tanto, no solo han de seguir en vigor tales garantías respecto de los derechos cuya suspensión está excluida por el artículo 27.2, sino también respecto de los derechos objeto de la facultad de “suspensión” contemplada en el artículo 27.1. En lo que respecta al artículo 8 de la CADH, la jurisprudencia no descarta que algunos aspectos de las garantías judiciales que dicho precepto prevé sufran ajustes en virtud de un estado de excepción, pero sus contenidos básicos deben permanecer inalterables, por exigirlo el artículo 27.2, así como otros instrumentos o fuentes del derecho internacional, particularmente del derecho internacional humanitario, a las que, por lo demás, remite el mismo artículo 27.1.

En cuanto a los derechos, no resultan propiamente suspendidos, ni suspendidos de manera general en su ejercicio,⁴¹ y mucho menos cabe hablar de derogación. Cuando un Estado incluye disposiciones de la Convención en la

38 *Ibid.*, párr. 35.

39 Corte IDH, Caso Yarce y otras vs. Colombia, Serie C, n.º 325, 22 de noviembre de 2016, párr. 141. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf; Corte IDH, Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, Serie C, n.º 274, 26 de noviembre de 2013, párr. 120. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_274_esp.pdf.

40 Tal como ha afirmado la Corte: “Del artículo 27.1, además, se deriva la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, n.º 9, 6 de octubre de 1987. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf>).

41 Jesús María Casal, “Efectos y límites sustanciales de la suspensión o restricción de garantías constitucionales”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 96, UCV, 1995, pp. 17 ss.

notificación señalada en el artículo 27.3, esto supone que los derechos respectivos pueden quedar sujetos a restricciones más severas que las admisibles en tiempos ordinarios, si ello es estrictamente necesario para arrostrar la emergencia y recuperar la normalidad,⁴² siempre que aquellas no se traduzcan en una supresión (temporal) del derecho, prohibida en toda circunstancia por el artículo 29.a de la CADH. Además, durante el estado de excepción la exigencia de legalidad derivada del artículo 30 y otras disposiciones particulares de la Convención puede resultar matizada, ya que las normas limitativas del goce o ejercicio de algún derecho no han de constituir forzosamente una ley formal, emanada del Congreso o Parlamento, sino que pueden provenir de decretos ejecutivos o fuentes jurídicas similares, según lo que establezca cada ordenamiento jurídico, pero aun así debe existir una “legalidad excepcional de la emergencia”⁴³ que fije los fundamentos y el marco normativo de los poderes de excepción. El empleo del término “*derogation*” o “*derogating*” en la versión inglesa del artículo 4 del PIDCP y del artículo 27.3 de la CADH se explica por las diversas acepciones que ese concepto puede tener en esa lengua, que no coinciden con el significado que la palabra “derogación” tiene en español, lo cual se proyecta sobre su uso en el ámbito del derecho internacional.⁴⁴

42 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 24: “La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual 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. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada”.

43 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 39.

44 Sobre el significado general de la voz “*derogation*” véase Parry and Grant *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, John P. Grant y Craig Barker, 2.ª ed., 2004, donde se dice: “*Derogation: A term involving the possibility that States Parties need not comply with certain provisions of human rights protection in cases where there is a threat to national security. The International Covenant on Civil and Political Rights, Article 4 provides that in time of public emergency that threatens the life of a nation, States Parties may derogate from their obligations under the Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation as long as the acts are not inconsistent with other international obligations and they do not discriminate.* (Término que implica la posibilidad de que los Estados Partes no tengan que cumplir determinadas disposiciones de protección de los derechos humanos en los casos en que exista una amenaza para la seguridad nacional. El artículo 4 del Pacto

La evolución de la jurisprudencia interamericana hace patente esta subsistencia de los derechos y de la obligación de los Estados de respetarlos y garantizarlos (art. 1.1 de la CADH), aun en situaciones de emergencia. Notificada la suspensión de las obligaciones referidas a alguna disposición de la Convención, con arreglo a su artículo 27, el Estado parte debe continuar en el cumplimiento de estos deberes generales respecto de los derechos correspondientes, en todo lo que sea extraño a la emergencia declarada y también en relación con situaciones comprendidas por aquella, ya que tales derechos no deben quedar sujetos a restricciones que vayan más allá de lo estrictamente necesario, en conformidad con el artículo 27.1 de la CADH.

Estos estándares del sistema interamericano se avienen con los que ha fijado el Comité de Derechos Humanos contemplado en el PIDCP. Con posterioridad a las dos importantes opiniones consultivas de la Corte ya analizadas, dicho Comité reconoció que, frente a una suspensión válida, de acuerdo con el artículo 4 del PIDCP, “ningún artículo del Pacto será completamente inaplicable”,⁴⁵ criterio que, a su vez, ha sido reiterado por la Corte Interamericana, al sostener que “la suspensión de ciertos derechos no implica que los mismos son completamente inaplicables. Por consiguiente, aún bajo la vigencia del decreto de suspensión de garantías es necesario analizar la proporcionalidad de las acciones adoptadas por las autoridades estatales al detener a la señora J.”⁴⁶

Este control de razonabilidad o proporcionalidad sobre las medidas de emergencia, que ha de desplegarse primero a nivel nacional y que luego puede ser ejercido por la Comisión Interamericana y por la Corte Interamericana, está en

Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, los Estados Partes podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna).

45 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 29, Estados de Emergencia (artículo 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párr. 4: “Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte. Al examinar los informes de los Estados Parte, el Comité ha expresado su preocupación por el hecho de que no se presta suficiente atención al principio de proporcionalidad”.

46 Corte IDH, Caso J. vs. Perú, *op. cit.*, párr. 141.

consonancia con el texto y el objeto y fin de la Convención, ya que el artículo 27.1 señala que, ante las situaciones excepcionales allí establecidas, un Estado parte “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”. Por tanto, la supuesta “suspensión”, más bien posibilidad de limitación extraordinaria, solo surte efectos respecto de aquellos actos concretos que sean indispensables para arrostrar la emergencia y restablecer la normalidad. Se trata de un estado de excepción y de actuaciones estatales extraordinarias específicamente dirigidas y circunscritas a lo que es estrictamente necesario para lograr esos propósitos. Así lo exige también el Estado de derecho, que rige igualmente durante un estado de excepción. De allí que las garantías judiciales indispensables a que se refiere el artículo 27.2 abarquen “las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías”.⁴⁷ Esta conclusión se corresponde ciertamente con el objeto y fin de la Convención como también con el principio de buena fe, los cuales han sido relevantes en la interpretación del artículo 27 de la CADH.⁴⁸

Un antecedente de esta aproximación al alcance de la facultad de suspensión, originado en el Sistema de Naciones Unidas, se halla en el estudio de la Relatora Especial Nicole Questiaux, elaborado en 1982 a solicitud de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos,⁴⁹ en el cual se insiste en que la facultad de suspensión o derogación contemplada en el artículo 4 del PIDCP no autoriza a los Estados para suprimir durante un estado de emergencia los derechos no señalados en el artículo 4.2, referido a los derechos intangibles, ya que “[s]olo pueden ser impuestas restricciones admisibles proporcionales a las circunstancias”.⁵⁰ Con la misma orientación, se destaca que el derecho a un juicio justo o a las garantías judiciales no puede ser eliminado en tales situaciones, sino que un mínimo de garantías debe seguir rigiendo, pues su completa ausencia suele estar acompañada de graves violaciones a derechos humanos.⁵¹ Es interesante subrayar el énfasis que se hace en que la evaluación de la proporcionalidad de las disposiciones de emergencia no debe efectuarse simplemente en abstracto, a partir de afirmaciones genéricas de las autoridades sobre la gravedad de los hechos

47 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 38.

48 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.*, párr. 14 ss.

49 ONU, Consejo Económico y Social, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, 27 de julio de 1982. <https://digitallibrary.un.org/record/36782>.

50 *Ibid.*, párr. 193.

51 ONU, Consejo Económico y Social de la ONU, *op. cit.*, párr. 203 ss.

que comprometen el interés público, sino que ha de realizarse principalmente en concreto, esto es, considerando las actuaciones específicas llevadas a cabo por las autoridades y su conexión razonable o no con los peligros que se intenta contrarrestar. Estos postulados han sido enfatizados más recientemente en la Observación General n.º 29 del Comité de Derechos Humanos, con remisión expresa al estudio comentado.⁵² La verificación en concreto de la proporcionalidad es también la que desarrolla la Corte Interamericana.

Adicionalmente, según la jurisprudencia interamericana, las restricciones extraordinarias que lleve consigo una “suspensión de garantías” no pueden comportar la “supresión” del derecho, tal como lo sostuvo la Corte en la Opinión Consultiva 6/86, lo cual implica que aun en situaciones excepcionales hay contenidos del derecho que deben ser preservados. Así como en tiempos de normalidad hay un contenido esencial del derecho que ha de quedar a salvo de las limitaciones legislativas ordinarias y que solo es posible sobrepasar recurriendo al artículo 27 de la CADH, subsiste durante la emergencia una barrera que no puede ser rebasada por cuanto hacerlo implicaría una supresión del derecho.

En consonancia con esto, la dignidad humana es igualmente una barrera infranqueable frente a los poderes estatales de limitación o suspensión. Recuérdese que la Corte Interamericana ha admitido que la protección de la dignidad del ser humano “se encuentra establecida de forma transversal en todos los derechos reconocidos en la Convención Americana” y que “no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁵³ Por tanto, la base de dignidad humana sobre la que gravita cada derecho no puede ser menoscabada mediante disposiciones de emergencia.

Este acotamiento, con apoyo en la jurisprudencia interamericana, del alcance que literalmente cabría atribuir a la facultad que el artículo 27 de la CADH otorga a los Estados parte es un aporte relevante del sistema interamericano, que de manera precursora supo propugnar el control jurisdiccional durante los estados de excepción y, con ello, delimitó los poderes de emergencia autorizados por la Convención. Esto entronca con la formación de un *Ius Constitutionale Commune*, que se ha enriquecido gracias a desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de fuente nacional e internacional.⁵⁴

52 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 29, *op. cit.*

53 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017, Serie A, n.º 24, párr. 85 ss. https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

54 Véase Bogdandy, Casal y Morales, *op. cit.*, pp. 7 ss.

SALIENDO DE LA EMERGENCIA

La evolución decreciente de la pandemia ha confirmado las esperanzas de superación de un fenómeno que ha causado estragos a nivel global. Los países recuperan las formas de vida prepandémicas, al suprimir las restricciones a la movilidad y medidas sanitarias como el uso de mascarillas o la realización obligatoria de algún test sobre el posible contagio por covid-19. Con ello se ha llegado al punto sobre el cual se ha dicho mucho desde el comienzo de la pandemia, sin saber que demoraríamos tanto en alcanzarlo: el retorno a la normalidad. El cansancio después de esta prolongada crisis sanitaria, económica y social, con implicaciones institucionales, puede conducir a que olvidemos una tarea pensada para esta hora: evaluar lo que ha sucedido y procurar volver a una normalidad democrática, allí donde existía. Aun cuando sea definitivo el declive de la pandemia, quedan en el camino no solo las lamentables pérdidas humanas y las secuelas negativas en la salud de muchos, sino también las consecuencias sociales, económicas, jurídicas y políticas que aquella ha comportado. Es preciso hacer este balance y tomar las medidas correspondientes, sumadas a las ya adoptadas en el curso de la pandemia para mitigar sus efectos nocivos en el orden económico-social.

En el plano institucional, es necesario revisar lo que la emergencia esté dejando en los ordenamientos jurídico-políticos, de manera explícita o solapada, como muestra de facultades exorbitantes o de relaciones entre los poderes públicos y entre el Estado y los ciudadanos que no deben formar parte de la normalidad democrática recuperada. La concentración de atribuciones en el Ejecutivo o en el nivel nacional de gobierno, la ampliación de la esfera de actuación de los militares, la reducción del control parlamentario o judicial, u otros desajustes que se hubieran producido, deben ser contrarrestados. La reactivación de la vigilancia, participación o protesta social y democrática es igualmente esencial. En contextos autoritarios, como el venezolano, hay que realizar una valoración global sobre el apuntalamiento de esa forma de dominación causado por el uso de la pandemia con fines de desmovilización, persecución y apaciguamiento.⁵⁵

La pandemia ha dejado algunos aprendizajes. La incorporación de la telemática en la actividad parlamentaria y judicial es un avance que no debe desecharse. A la vez, el retorno a la normalidad debe serlo integralmente. Han de cesar, por supuesto, los estados de excepción de carácter constitucional que hayan sido declarados y las correspondientes medidas exorbitantes. Igualmente, debe

55 Véase Jesús María Casal y Mariela Morales Antoniazzi, “States of Emergency without Rule of Law: The Case of Venezuela”, en *Verfassungsblog*.

revisarse la legislación allí donde esta haya incluido, bajo la presión de la emergencia, normas que entren en tensión con la plena vigencia de los principios de la legalidad y el Estado de derecho. Hay que limpiar el orden jurídico de las secuelas de la emergencia. Ha de evitarse que quede instalada la idea de que los toques de queda y las restricciones de gran severidad en el derecho de reunión, el libre desarrollo de la personalidad y otros derechos fundamentales pertenecen al derecho ordinario conforme al cual pueden encararse situaciones “especiales”.

En algunos países, como Chile, la declaración de estados de excepción con motivo de la pandemia representó la continuidad respecto de previas declaratorias de emergencia constitucional ligadas a alteraciones del orden público, que fueron objeto de serios cuestionamientos, y las facultades extraordinarias se extendieron a algunas regiones frente a otros acontecimientos, suscitando controversias.⁵⁶ En Ecuador se ha acudido al estado de excepción para reforzar la lucha contra cierta clase de criminalidad, después del estado de excepción ligado a la pandemia, y, si bien la Corte Constitucional impuso limitaciones relevantes al decreto ejecutivo, es discutible que tal apelación a poderes extraordinarios haya sido compatible con la Constitución.⁵⁷ En fin, hay que estar atentos ante la posible rutinización de la emergencia.

Como tarea pendiente, es preciso también repensar los estados de emergencia. Subsisten debilidades en la regulación sobre los controles parlamentario y judicial en varios ordenamientos. Otros tienen todavía una impronta militar incompatible con la democracia. Más aún, la propia previsión constitucional o normativa de los estados de emergencia debe debatirse. Muestra de esta necesidad es que la apelación a la “derogación” de obligaciones o a la suspensión de obligaciones, derechos o garantías en instrumentos internacionales está tan alejada ya de su auténtica significación jurídica que tal vez haya llegado el momento de reformular las disposiciones correspondientes. En todo caso, hay que avanzar mucho más en la consolidación de la doctrina interamericana según la cual los principios medulares del Estado de derecho domesticar y acotan la emergencia, en resguardo de los derechos humanos y de la institucionalidad democrática.

56 Véase República de Chile – Senado, “Estado de excepción en la macrozona sur se extendió por un nuevo periodo”. <https://www.senado.cl/estado-de-excepcion-en-la-macrozona-sur-sesion-especial-del-senado>.

57 Véase Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen n.º 6-21-EE/21 de 3 de noviembre de 2021, con sus votos salvados. <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/12/16.12-Ecuador-1.pdf>.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AYALA CORAO, Carlos, “Retos de la pandemia del Covid-19 para el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos (*The Challenges that the Pandemic Caused by Covid-19 Has Presented for the Rule of Law, Democracy, and Human Rights*)”, MPIL Research Paper Series n.º 2020-17, pp. 1 ss.
- BOGDANDY, Armin von, Jesús María CASAL y Mariela MORALES ANTONIAZZI, “La resistencia del Estado democrático de derecho en América Latina frente a la pandemia de COVID-19. Un enfoque desde el *ius commune* (*The Resistance of the Democratic Rule of Law in Latin America against the COVID-19 Pandemic. An Ius Commune-Based Approach*)”, Research Paper n.º 2020-35, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), 30 de septiembre de 2020. <https://ssrn.com/abstract=3702467>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3702467>.
- CASAL, Jesús María, “Efectos y límites sustanciales de la suspensión o restricción de garantías constitucionales”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, UCV, n.º 96, 1995.
- CASAL, Jesús María, “Estados de excepción y nudo poder”, en Allan R. BREWER-CARÍAS y Carlos AYALA CORAO (coords.), *Libro homenaje al doctor Pedro Nikken*, Caracas, EJV, 2021, t. II, pp. 699 ss.
- CASAL, Jesús María y Mariela MORALES ANTONIAZZI, “States of Emergency without Rule of Law: The Case of Venezuela”, *Verfassungsblog*.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “La Constitución bajo el estado de alarma”, *El País*, 16 de abril de 2020.
- EL PAÍS*, “La dureza de la pandemia entorpece la formación del Gobierno alemán”. <https://elpais.com/internacional/2021-11-20/la-dureza-de-la-pandemia-entorpece-la-formacion-del-gobierno-aleman.html>.
- FEREJOHN, John y Pasquale PASQUINO, “The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 2004, pp. 210 ss.
- GARGARELLA, Roberto y Jorge Ernesto ROA ROA, “Diálogo democrático y emergencia en América Latina”, MPIL Research Paper Series, n.º 2020-21, pp. 1 ss.
- GINSBURG, Tom y Mila VERSTEEG, “States of Emergencies: Part I”, 17 de abril de 2020. <https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-i/>.
- GINSBURG, Tom y Mila VEERSTEG, “States of Emergencies: Part II”, 20 de abril de 2020. <https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-ii/>.
- GOLIA, Angelo Jr.; Laura HERING, Carolyn MOSER y Tom SPARKS, “Constitutions and Contagion. European Constitutional Systems and the COVID-19 Pandemic (November 9, 2020)”, Research Paper n.º 2020-42, Max Planck Institute for Comparative Public

Law & International Law (MPIL). <https://ssrn.com/abstract=3727240> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3727240>.

GREENE, Alan, *Emergency Powers in a Time of Pandemic*, Bristol, Bristol University Press, 2020.

HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1995.

LÓPEZ-CALVA, Luis Felipe, “El virus y los votos: ¿cómo está cambiando el COVID-19 la participación electoral en ALC?”. <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/presscenter/director-s-graph-for-thought/the-virus-and-the-votes--how-is-covid-19-changing-voter-turnout-.html>.

MÖLLERS, Christoph, “Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus”. <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>.

ONU, Consejo Económico y Social, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, 27 de julio de 1982. <https://digitallibrary.un.org/record/36782>.

Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law, John P. Grant y Craig Barker, 2.^a ed., 2004, s.v. “derogation”.

REPÚBLICA DE CHILE – SENADO, “Estado de excepción en la macrozona sur se extendió por un nuevo periodo”. <https://www.senado.cl/estado-de-excepcion-en-la-macrozona-sur-sesion-especial-del-senado>.

RISSO FERRAND, Martín, “El COVID-19 y el derecho constitucional”, en M. P. GARAT, M. RISSO FERRAND, G. RUOCCO, B. RAMOS CABANELLAS, G. VALENTÍN, L. SLINGER, L. COSTA, C. HERDT, D. GAMARRA y W. GUERRA, “El derecho frente a la pandemia por COVID-19”, *Revista de Derecho*, 21, 2020.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “La cuarentena constitucional”, 19 de abril de 2020. <https://www.dejusticia.org/column/la-cuarentena-constitucional/>.

JURISPRUDENCIA E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA ONU, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, 27 de julio de 1982. <https://digitallibrary.un.org/record/36782>.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Decisión n.º 6-21-EE/21 de 3 de noviembre de 2021.

CORTE IDH, Caso Durand y Ugarte vs. Perú, Serie C, n.º 68, 16 de agosto de 2000. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf.

CORTE IDH, Caso J. vs. Perú, Serie C, n.º 275, 27 de noviembre de 2013. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf.

- CORTE IDH, Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, Serie C, n.º 274, 26 de noviembre de 2013. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_274_esp.pdf.
- CORTE IDH, Caso Yarce y otras vs. Colombia, Serie C, n.º 325, 22 de noviembre de 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A, n.º 6, 9 de mayo de 1986. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf.
- CORTE IDEH, Opinión Consultiva OC-8/87, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, n.º 8, 30 de enero de 1987.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, n.º 9, 6 de octubre de 1987. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf>.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre, 2017, Serie A, n.º 24. https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.
- ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 29, Estados de Emergencia (artículo 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, STC n.º 148/2021, de 14 de julio. https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_074/2020-2054STC.pdf.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, Decisión de 17 de abril de 2020. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200417_1bvq003720.html.

PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y PANDEMIA DEL COVID-19 EN ARGENTINA

María Sofía Sagüés*

UN ESCENARIO PREEXISTENTE DE FRAGILIDAD INSTITUCIONAL Y VIOLACIÓN ESTRUCTURAL DE DERECHOS

La pandemia generada por el covid-19 ha impactado de manera contundente en las sociedades contemporáneas, desafiando los valores que nos identifican como comunidad y poniendo en tensión los pilares básicos de los ordenamientos jurídicos y sus instituciones.

A la magnitud del impacto del cuadro sanitario en sí,¹ se sumó la exigencia de afrontar los desafíos propios de una epidemia extendida en el globo mediante respuestas eficientes y adecuadas a nivel técnico-sanitario, pero también respetuosas de los derechos fundamentales y los mecanismos de descentralización y control del poder diseñados por los sistemas constitucionales. La tirantez generada por múltiples medidas restrictivas de los derechos y sus garantías también forzaba las exigencias republicanas y federales del texto constitucional argentino.

Pueden mencionarse diversos elementos preexistentes que condicionaron el diagnóstico que cabe formular sobre la protección de los derechos humanos en el escenario de la pandemia del covid-19 en Argentina.

En primer lugar, el sistema constitucional debió enfrentar este desafío sin una herramienta específicamente orientada al tratamiento jurídico de las

* Doctora en Derecho por la Universidad Católica Argentina. Actualmente se desempeña como secretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. mssagues@gmail.com.

1 En efecto, Argentina se ubicó entre los diez países con más contagios en el mundo en el año 2021. Véase Pía Riggiozzi, “La gobernanza regional ante la pandemia: desafíos sociales e institucionales en la intersección de las crisis de salud y migratoria”, en Armin von Bogdandy, Andrés Malamud y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), Alina Ripplinger (coord.), *La democracia ante la pandemia. Transformaciones interamericanas*, Buenos Aires, Katz - Max Planck Institute - DFG, 2022, p. 81.

emergencias sanitarias, máxime de la magnitud de la generada por el covid-19. Aunque, como es evidente, los estados de excepción y la emergencia en general no eran un elemento ajeno ni al texto ni a la práctica constitucional del país. Existían instituciones orientadas, en general, a las situaciones de alarma, y un vastísimo desarrollo legislativo y jurisprudencial, que muchas veces había sido cuestionado por “naturalizar” una emergencia que se prolongaba sin límite temporal, como una “emergencia permanente”.²

Pero los elementos que tradicionalmente habían llevado al sistema constitucional a su máxima tensión eran ontológicamente diversos a los que en este caso era preciso contrarrestar. La respuesta, entonces, debió encontrar cuerpo en instituciones ajenas o impropias, incapaces de adaptarse plenamente a la naturaleza particular del conflicto subyacente. Así, se dieron reacciones no sistemáticas, que generalmente tuvieron su génesis en el robustecimiento, e incluso exaltación exagerada, de las potestades del Poder Ejecutivo nacional, en desmedro, o anestesiando, las de los poderes legislativos y las autoridades provinciales. Proliferaron los decretos carentes de deliberación por el Poder Legislativo, progresivos, asistemáticos, que daban respuestas espasmódicas y no siempre consistentes, todas concentradas en un núcleo geográfico en el país. El sistema de control de poder estaba en su máxima tensión.

A su vez, Argentina se presentó como la encarnación de lo sostenido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en su Resolución 4/2020: “desde el inicio de la emergencia sanitaria global, los esfuerzos en las Américas para detener el virus y su enfermedad se han visto negativamente afectados por el contexto propio del continente, anterior a la pandemia, incluyendo la discriminación, la pobreza, la desigualdad, la debilidad estructural de los sistemas públicos de salud y, muchas veces, la falta de estabilidad política e institucional”.

Es decir que la desafiante “nueva realidad” gestada frente a la pandemia del covid-19 se proyectó, en Argentina, sobre un escenario previo, caracterizado por una profunda brecha entre los órdenes constitucionales y convencionales, por una parte, y los hechos, por otra, donde los derechos se desdibujaban en realidades de exclusión y marginación.³ Ya con anterioridad a la pandemia convivían

2 Juan Ylarri, “La situación de emergencia económica y su control judicial”, *Forum*, n.º 9, 2020, p. 25.

3 Conforme informa Amnistía Internacional, “Américas: la pandemia ahonda decenios de desigualdad, abandono y abusos en la región más afectada por el Covid-19”, <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2021/04/americas-pandemic-inequality-neglect-abuse-covid19-2/>, en los inicios del año 2020, el continente americano era la región más desigual del mundo. Ahora bien, el impacto de los primeros meses de emergencia sanitaria ahondó la situación, que “empeoró significativamente, sumando 22 millones de personas en la

normas y estándares jurídicos sumamente tuitivos, junto con la materialidad del quebrantamiento de derechos fundamentales, incluso en algunas oportunidades sistemáticamente extendida, y falencias en el funcionamiento de instituciones básicas de la república.

La frustración de los mandatos constitucionales por omisiones de los poderes constituidos en adoptar las medidas necesarias para su concreción era un elemento generalizado que se aplicaba tanto al estatuto del poder como al de los derechos.⁴

Las pautas de la norma fundamental se abrían en numerosas oportunidades a la potencial reglamentación a realizar por el Legislativo y el Ejecutivo. En particular, aquellas incorporadas en el año 1994 permiten comprender fácilmente cómo las circunstancias coyunturales que rodearon la reforma (caracterizada por una Convención Constituyente maniatada en algunos aspectos por el núcleo de coincidencias básicas, y signada por la falta de acuerdo político) produjeron un texto que, si bien es extenso, ya sea mediante declamaciones multívocas o referencias directas, relegó en los poderes constituidos elementos determinantes y esenciales.

Ahora bien, podría también entenderse que esos aspectos hacen que la Constitución predique aspectos positivos, como su adaptabilidad a múltiples situaciones, basada en la confianza en sus operadores. Sin embargo, la experiencia tras décadas del dictado de la norma mostraba, ya antes de la pandemia, una preocupante falta en la concretización de mandatos constitucionales, y un desarrollo marcado del control de inconstitucionalidad por omisión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con sentencias exhortativas que no siempre recibían el cumplimiento debido. En materia de derechos fundamentales, especialmente de sectores vulnerables, la sistemática omisión en el cumplimiento de los mandatos constitucionales y convencionales tornaba especialmente apremiante la exigencia de respuesta.

Estos dos aspectos se encorsetaban en una crisis económica con repercusión social, que impactaba en el sistema democrático. El diagnóstico argentino no era aislado, sino que se refería a la región. Es así como alertó en el sentido de que:

pobreza y 8 millones en la pobreza extrema. Según datos publicados por el Indec (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina), en diciembre del año pasado el 40% de la población del país vivía bajo la línea de la pobreza y el índice de desempleo trepó al 11%". Giuliana Biasotto, "Los derechos humanos en pandemia". <http://anccom.sociales.uba.ar/2021/04/22/los-derechos-humanos-en-pandemia/>.

4 Véase María Sofía Sagüés, *Constitución de la República Argentina*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

... los Estados latinoamericanos han debido atender el trilema de la crisis epidemiológica, socioeconómica y político-jurídica. En las dos últimas áreas, la pandemia encontró a América Latina con cuatro “comorbilidades”: 1) escaso acceso al capital internacional; 2) limitado espacio fiscal debido a altos déficits y abultadas deudas públicas; 3) mercados laborales precarios dentro de los cuales los asalariados formales representan menos de la mitad de la población activa; y 4) desencanto difuso con la democracia. Varios de estos elementos están presentes en otras regiones, pero no todos juntos.⁵

Frente a dinámicas políticas frágiles y violaciones estructurales de derechos, la pandemia del covid-19 visibilizó y acentuó tales falencias, a la par que generó tensiones propias. De particular alarma fue la condición de las personas en situación de vulnerabilidad, e incluso de aquellos grupos sometidos a discriminación estructural, cuyas carencias sistemáticas en el acceso al desarrollo y a los derechos en general se vieron ahondadas de manera alarmante en el marco de la pandemia del covid-19.⁶

La protagonista de las restricciones de derechos en el marco de la pandemia del covid-19 fue la libertad ambulatoria, lo que permitió visibilizar con claridad su carácter fundamental; es decir, cómo su acentuada limitación se trasladó, de manera casi inmediata, a una catarata sistemática y progresiva de restricciones de aquellos derechos que exigían tal libertad para su ejercicio.

5 Armin von Bogdandy, Andrés Malamud, Mariela Morales Antoniazzi y Alina Maria Ripplinger, “Introducción. ¿La democracia en crisis? Transformaciones interamericanas ante la pandemia”, en Armin von Bogdandy, Andrés Malamud y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), Alina Ripplinger (coord.), *La democracia ante la pandemia. Transformaciones interamericanas*, Buenos Aires, Katz - Max Planck Institute - DFG, 2022, p. 13.

6 Resulta ejemplificatorio de este diagnóstico el caso de las personas privadas de la libertad en el marco de un proceso. A problemas estructurales como la sobrepoblación y el hacinamiento extremos (en algunos países la tasa de ocupación carcelaria –es decir, la relación entre la población penitenciaria adulta y la capacidad penitenciaria adulta declarada– es superior al 300%), las precarias condiciones de salubridad e higiene, se suman prácticas jurídicas como el abuso del encarcelamiento preventivo (se llegará a sostener que el 60% de las personas privadas de la libertad en Argentina carecían de condena definitiva y firme). Esta situación, compartida por numerosos países de Latinoamérica, redundó en una judicialización del conflicto, generalmente a través de procesos estructurales, donde se acentuó, justamente, el carácter sistemático del problema, la situación de “estados de cosas inconstitucional”, y se adoptaron sentencias exhortativas o dialógicas, cuya ejecución no generó, en la mayoría de los casos, respuestas satisfactorias. Véase Marco A. García-Guerrero J., “Sobrecapación en los centros penitenciarios y su impacto en la salud”. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202012000300006.

UNA RESPUESTA ENCORSETADA EN HERRAMIENTAS IMPROPIAS

El sistema constitucional argentino prevé instrumentos tendientes al tratamiento de la emergencia a través de tres líneas de acción: 1) los mecanismos que articulan modulaciones en la atribución de potestades entre los poderes del Estado (otorgando a algún órgano potestades que tradicionalmente no le competen); 2) la variación o el retraimiento del control sobre las decisiones adoptadas por el poder, y 3) la paralela flexibilización del contenido de algunos derechos constitucionales.

En efecto, ante situaciones calificables como emergencias, necesidades y urgencias, la Constitución argentina prevé la adopción de herramientas de excepción por el Congreso y el Poder Ejecutivo nacionales. En particular, se trata del Estado de sitio,⁷ la intervención federal a las provincias, los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3)⁸ y los decretos delegados (art. 76).⁹

En cuanto al redimensionamiento del control, este se proyecta tanto en la previsión de un mecanismo específico a tal efecto (la Comisión Bicameral destinada a controlar los decretos de necesidad y urgencia –en adelante, DNU–) como en la gestación de estándares propios para el control jurisdiccional de la normativa de emergencia.

Estas herramientas, que intentan dar marco constitucional a la emergencia, requieren para su aplicación de supuestos específicos y genéricos. Como instrumentos frente a circunstancias específicas, el texto constitucional regula el “estado de sitio” y la “intervención federal”. El primero es una medida contemplada por la Constitución, para ser utilizada en momentos extraordinarios,¹⁰ frente a

7 “Artículo 23.- En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”.

8 Art. 99, inc. 3: “Cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos”.

9 “Artículo 76.- Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. / La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

10 CSJN, Fallos: 307:2284; y 2320.

dos potenciales causales expresamente previstas por el artículo 23: conmoción interior y ataque exterior “que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella”.

A tenor de la Ley Suprema, quien puede disponerlo son las siguientes autoridades: para el supuesto de conmoción interior, el Congreso.¹¹ Si este se encuentra en receso, será entonces el presidente quien podrá tomar esta decisión. El artículo 99, inciso 16, de la Constitución señala que cuando el estado de sitio es declarado por el presidente en caso de ataque exterior, debe serlo “por un término limitado”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (en adelante, CSJN), ante experiencias distintas registradas en la historia local, terminó por sostener que la determinación de un plazo es algo obligado para la validez de la declaración de dicha medida de excepción.¹²

Uno de los temas más debatidos ha sido el de los efectos de su declaración. El artículo constitucional 23 advierte que, durante el mismo, quedarán “suspensas allí las garantías constitucionales”. A renglón seguido, agrega que durante tal suspensión no podrá el presidente condenar por sí ni aplicar penas, y que su poder se limita, respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino. El texto constitucional ha dado lugar a distintas posibles interpretaciones: a) una, de máxima, que entiende que pueden suspenderse todos los derechos y garantías; b) otra, de mínima, que estima que puede restringirse exclusivamente la libertad de circulación, y c) una tercera, que se refiere a aquellos derechos cuyo recorte es necesario para enfrentar el estado de sitio. Esta última es la corriente finalista que ha ido prevaleciendo en la práctica.¹³ Por su parte, la razonabilidad

11 Cuando el Congreso reinicie sus actividades, tiene que aprobarlo o suspenderlo (art. 75, inc. 29). Para el caso de ataque exterior, es el presidente, con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 16). No indica la Constitución qué ocurre si el Senado está en receso. En la experiencia concreta, algunas veces fue declarado por el presidente *ad referendum* del Senado; en otras, directamente.

12 Con relación al lugar donde se lo aplica, el artículo 23 se refiere a “la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden”, aunque, en la práctica, muchas veces se lo ha efectivizado en zonas ajenas a todo conflicto. Ahora bien, la CSJN ha dicho que es constitucional la declaración para todo el país, si a juicio de quien debe declararlo así es necesario. Para el mismo Tribunal, si bien no es justiciable (todavía) la declaración en sí del estado de sitio, sí lo es el recaudo de la determinación del lugar donde se lo cumple (CSJN, Fallos: 307:2284).

13 CSJN, Fallos: 293:560. Libertades habitualmente restringidas con ocasión del estado de sitio, además de la ambulatoria, han sido las de reunión, expresión y huelga. Por su parte, la Constitución prevé dos instituciones especiales durante el estado de sitio: el “derecho de opción” o de “extrañamiento”, que es el derecho de la persona detenida en emergencia

de los decretos del Poder Ejecutivo limitativos de los derechos requiere de una evaluación judicial que se hace en un doble sentido: por la vía del control de causalidad (el acto que provoca la restricción debe tener conexión con los motivos que legitiman la declaración del estado de sitio) y por la vía del control de proporcionalidad (la limitación no debe ser exagerada, o absurda).

La intervención federal es otro de los instrumentos previstos por el texto argentino para afrontar situaciones de emergencia. El artículo 6.º de la Constitución confiere al Gobierno federal una herramienta política vital y temible a la vez, tal como se la ha instrumentado en la experiencia argentina. La norma indica que dicho Gobierno “interviene en el territorio de las provincias”, para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requerimiento de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia. Según el nuevo artículo 75, inciso 31, de la Constitución, la intervención federal en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA) debe ser dispuesta por el Congreso, y durante su receso, por el Poder Ejecutivo. En este último caso, reinstalado el Congreso, tiene que aprobarla o revocarla. Idealmente, esa atribución federal es parte de la “garantía” que el Gobierno Nacional debe tener respecto de las provincias, según el artículo 5.º *in fine* de la Constitución.¹⁴

de optar por salir del territorio argentino, conforme puntualiza la última parte del artículo 23 de la Constitución. En caso de ser negado dicho derecho, la acción para reclamarlo es el *habeas corpus*. Recordamos que durante el estado de sitio no quedan suspendidos ni el amparo ni el *habeas corpus*.

- 14 En los hechos, so pretexto de garantizar la forma republicana de gobierno, se la ha ejercitado para deponer autoridades provinciales que habían sido electas con base en comicios locales fraudulentos (esto se llamó la “doctrina Yrigoyen”), o cuando, pese a haber sido electas legítimamente, a criterio del Gobierno central era necesario reemplazarlas para garantizar la libertad de sufragio en una futura elección; o para resolver conflictos de poderes locales (*v.gr.*, la violenta disolución de una Legislatura provincial por un gobernador); o para terminar con situaciones “manifiestamente inconciliables con el decoro político y la alta cultura política del país”; o bien ante vacíos de poder, situaciones de terrorismo y subversión, conflictos internos de partidos políticos o entre el partido político oficialista provincial y el nacional, o simplemente ante controversias entre las autoridades provinciales y las federales, etc. Una causal no expresamente citada en el artículo 6.º ha sido el alzamiento de una provincia contra la Nación, hipótesis que se verificó en 1860 y ante la cual se produjo la intervención federal. En la práctica argentina (no así en la estadounidense, con un texto constitucional relativamente similar), la intervención federal provoca habitualmente la remoción de las autoridades locales, incluyendo las judiciales. El “comisionado” o interventor federal ejerce competencias ejecutivas y legislativas locales (algunas veces hasta ha actuado como poder constituyente), depone y nombra jueces. Según la jurisprudencia de la CSJN, la intervención no significa que el Gobierno federal ejerza en ella una jurisdicción

Como surge de la descripción precedente, una pandemia sanitaria, *per se*, no constituía un presupuesto fáctico de ninguno de los estados de excepción previstos por el Texto Constitucional, por lo que no existía en nuestro ordenamiento una herramienta “a medida” de la pandemia que era preciso enfrentar. Claro que se ponderó la utilización de algunas de las figuras, sobre todo, la del estado de sitio, cuando se verificaron situaciones que podían ser calificadas como conmoción interior, pero incluso en ese caso la pertinencia de la herramienta era tangencial.

Otras instituciones de emergencia reciben un marco más amplio de aplicación, ya que responden a marcos fácticos más genéricos, como es el caso de los DNU, cada vez más numerosos, y los decretos delegados. En ambos casos, se prevén herramientas para enfrentar situaciones de emergencia sin recurrir al dictado de una ley formal, lo que plantea una tensión con las exigencias convencionales.¹⁵ Estos fueron los protagonistas de la reacción normativa frente a la pandemia del covid-19, y sobre sus espaldas se pretendió legitimar un amplio, progresivo y cada vez más prolongado catálogo de restricciones de derechos.

El artículo 99, inciso 3.º, de la Constitución Nacional, con mala técnica legislativa, e incluso insuficiencia, señala que el Poder Ejecutivo “en ningún caso”, y bajo pena “de nulidad absoluta e insanable”, podrá dictar disposiciones de carácter legislativo; para, en el renglón siguiente, con la sibilina expresión “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”, autorizar precisamente lo negado antes, vale decir, la expedición de los DNU (verdaderos decretos leyes), salvo en materia penal, tributaria, electoral o régimen de partidos

absoluta y exclusiva, ni que se extinga la personalidad de la provincia, o que su entidad patrimonial desaparezca o quede disminuida. El mismo alto Tribunal ha entendido que la declaración de intervención por parte del Gobierno federal es una cuestión política no justiciable (Fallos: 53:420). Sin perjuicio de dicha doctrina, en la decisión adoptada en la Causa Rossi Cibils (Fallos: 315:2074), el Tribunal analizó la validez constitucional de ciertos aspectos de tal declaración. En la Causa Zavalía (Fallos: 329:1898), la Corte acentuó el carácter restrictivo del marco de conocimiento de los funcionarios interventores, al destacar que “[e]l hecho de que los interventores no sean funcionarios legales de las provincias, en cuanto su designación emana del gobierno nacional y sus atribuciones y responsabilidades se relacionan con el poder que representan y no con los poderes locales, implica que la función de dichos funcionarios federales no puede extenderse más allá de los límites que les asigna[n] la Constitución y la ley, pero ello no obsta al ejercicio de sus funciones de representantes necesarios del Estado intervenido, mientras se organizan los poderes locales” (Fallos: 327:3852). En sentido positivo, cabe destacar que en las dos últimas décadas el instituto de la intervención federal, si bien ha sido aplicado, no lo ha sido en un número elevado de oportunidades.

15 Corte IDH, OC 6/1986, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

políticos. Durante la pandemia, ante la restricción a la libertad ambulatoria, se tornó dificultosa la sesión presencial de las cámaras del Congreso. La lentitud en la adopción de mecanismos de sesión remota repercutió en que la imposibilidad de articular el procedimiento legislativo fuera invocada, de manera marcada, por el Ejecutivo para hacer uso de este tipo de herramienta de excepción.¹⁶

También incluye la Constitución, en el artículo 76, los decretos delegados. Estos decretos son admitidos “en materias determinadas de administración o de emergencia pública”, por el plazo que se fije y dentro de las bases de delegación que el Congreso establezca.

En síntesis, la aptitud legiferante del presidente, a pesar de las intenciones del constituyente, permanece en buena parte viable ante un escenario de emergencia, lo que fue utilizado –e incluso, de acuerdo con algunos, abusado– en el marco de la pandemia del covid-19. El Texto Constitucional y la legislación aplicable no resultaron idóneos para dar un cauce razonable a tales potestades. Es distinto el caso de dos instituciones sobre las cuales la Norma Fundamental es enfáticamente clara, al prohibir enfrentar la emergencia a través de la “suma del poder público” y la “concesión de las facultades extraordinarias” al Poder Ejecutivo (art. 29).¹⁷

16 Agrega la Constitución que esos decretos deben adoptarse en acuerdo general de ministros, junto con el Jefe de Gabinete, quien personalmente, y dentro de los diez días posteriores, debe comunicarlos a una Comisión Bicameral Permanente del Congreso, la que a su vez elevará su despacho, en otros diez días, al plenario de cada cámara, para su expreso tratamiento. Una ley especial, con mayoría calificada de votos, deberá regular el trámite y los alcances de la actuación del Congreso. El régimen ha sido tardíamente regulado por la Ley 26.122. Se ha puntualizado que esta norma es susceptible de serios reparos en cuanto a los criterios establecidos respecto de los DNU. En esta materia, la doctrina concluye en que representó una oportunidad perdida para mejorar la calidad institucional de nuestro sistema de gobierno y permitió convalidar algunos vicios que podría haber contribuido a erradicar. Véase Alfonso Santiago (h.), Enrique Veramendi, Santiago M. Castro Videla y Patricia D'Acunti, “La nueva mirada sobre la ley 26.122: radiografía actual de una norma clave en nuestro sistema institucional y jurídico”, *El Derecho*, año LVII, n.º 14.614, Buenos Aires, martes 23 de abril de 2019, p. 1. Uno de los aspectos más cuestionados es la disposición del artículo 24, que exige rechazo por ambas cámaras para derogar el DNU. Se reclama entonces una manifestación sumamente calificada a fin de lograr la supervisión y fiscalización política que pensaron los constituyentes del año 1994 con el objetivo de limitar este tipo de decretos. En la misma línea, la aprobación de un DNU por una sola de las cámaras es requisito suficiente para la validez de la norma. En consecuencia, con la anuencia de una de las cámaras, el Poder Ejecutivo podría recurrir a esta figura de manera generosa, desararticulando la prohibición primigenia constitucional.

17 Antonio María Hernández, “Emergencia, orden constitucional y covid-19 en Argentina”, *Revista digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, n.º SE 1, “Instituciones y pandemia I”, 2020. <https://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/es-1/>.

A la par de las instituciones de emergencia previstas por el Texto Constitucional, en Argentina se había desarrollado, tanto reglamentaria como pretorianamente, una vasta experiencia orientada al tratamiento de la emergencia económica en sí. Sin necesidad de declarar el estado de sitio, el Gobierno federal, y algunas veces los provinciales, han proclamado la emergencia económica y previsional, argumentando, directa o tácitamente, una situación de estado de necesidad. Tal conjunto normativo de excepción se ha extendido en términos de temporalidad, lo que ha sido considerado como la naturalización de la emergencia.¹⁸

Ahora bien, incluso adoptando una perspectiva amplia que abarca respuestas constitucionales y jurisprudenciales, no se verificaba en el arsenal normativo argentino una herramienta específica a medida de la naturaleza del conflicto que se presentó en el escenario de la pandemia del covid-19. La respuesta, entonces, se intentó a través de la utilización de instituciones que resultaban, de alguna manera, ajenas, extrañas o impropias de cara a la realidad que pretendían gobernar. Esta inconsistencia realidad/herramienta generó múltiples dificultades constitucionales y fácticas.

Es decir, la respuesta constitucional argentina frente a la emergencia permite concluir que ninguna de las herramientas previstas expresamente por la Constitución, o consolidadas en el desarrollo jurisprudencial, se encontraba específicamente orientada a una crisis sanitaria, lo que implicó la necesidad de modular para el tratamiento de la pandemia instituciones constitucionales cuya identidad propia era ajena al conflicto ante el que se pretendía reaccionar. En algunos casos, los supuestos fácticos habilitantes de la figura en sí referían a elementos colaterales a la crisis sanitaria (en particular, el Estado de sitio, que puede dictarse ante conmoción interior), pero en este caso se partía y apuntaba a situaciones, si bien trascendentes, colindantes con la crisis específica que se pretendía enfrentar.

En definitiva, la carencia de la previsión de herramientas específicas para enfrentar un conflicto de la naturaleza del gestado por la pandemia del covid-19 exigió a los operadores encorsetar remedios en instituciones orientadas a otro tipo de supuestos, que en algunas oportunidades dieron respuestas idóneas, pero en otras fueron inconsistentes y espasmódicas, ahondando aún más el escenario anterior de crisis y fragilidad del sistema.

18 Véase Alberto B. Bianchi, “Una reflexión sobre los decretos de necesidad y urgencia en las emergencias generales y de tracto sucesivo. (El caso ‘Redrado’),” *El Derecho*, t. 236, p. 845.

RESPUESTA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL ANTE EL COVID-19: PRESENTACIÓN GENERAL

Durante la pandemia del covid-19, el Poder Ejecutivo nacional se apoyó en la Ley 27.541, que declaraba la emergencia pública en Argentina. La norma, denominada “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”, fue sumamente amplia, y declaraba la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, a la par que delegaba numerosas facultades en el Poder Ejecutivo, en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional.¹⁹

Su adopción databa del año 2018, por lo que no se había concebido en su dictado la temática relativa a la pandemia del covid-19. Entre las facultades delegadas al Poder Ejecutivo, la más vinculada específicamente a la supuesta emergencia sanitaria era la de:

Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y

19 Conforme el artículo 2, se delegaban las siguientes facultades: a) Crear condiciones para asegurar la sostenibilidad de la deuda pública, la que deberá ser compatible con la recuperación de la economía productiva y con la mejora de los indicadores sociales básicos; b) Reglar la reestructuración tarifaria del sistema energético con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva, y reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema para asegurar una gestión eficiente de los mismos; c) Promover la reactivación productiva, poniendo el acento en la generación de incentivos focalizados y en la implementación de planes de regularización de deudas tributarias, aduaneras y de los recursos de la seguridad social para las micro, pequeñas y medianas empresas; d) Crear condiciones para alcanzar la sostenibilidad fiscal; e) Fortalecer el carácter redistributivo y solidario de los haberes previsionales considerando los distintos regímenes que lo integran como un sistema único, con la finalidad de mejorar el poder adquisitivo de aquellos que perciben los menores ingresos; f) Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la Ley 27.491, de control de enfermedades prevenibles por vacunación, y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud el acceso a las prestaciones médicas esenciales; g) Impulsar la recuperación de los salarios atendiendo a los sectores más vulnerados y generar mecanismos para facilitar la obtención de acuerdos salariales.

Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales. (Art. 2, inc. f).

Es por ello que el mismo Poder Ejecutivo, a través del Decreto 260 de 12 de marzo de 2020, resolvió ampliar el marco de potestades que le había reconocido la ley, a fin de poder abarcar medidas a adoptar con relación al coronavirus. Esto, de por sí, generó serias tensiones con las pautas constitucionales relativas a decretos delegados que hemos mencionado con anterioridad, lo que recibió duras críticas de la doctrina.

Posteriormente, a partir de tal ley (entendida en su nueva amplitud generada vía decreto), el Poder Ejecutivo dictó un amplio conjunto de decretos (calificados como de necesidad y urgencia) que intentaron dar, a través de restricciones cada vez más amplias, respuestas a la pandemia del covid-19. Convivieron con ellos disposiciones de naturaleza similar de los poderes ejecutivos provinciales, disposiciones reglamentarias genéricas adoptadas por la Corte Suprema (que en el caso argentino reciben el nombre de “acordadas” o “resoluciones”), entre otros. La ausencia de previsiones con carácter de ley formal fue evidente.

En definitiva, si bien no se recurrió a la declaración formal de un estado de excepción, la adopción de DNU tales como los mencionados, fue colindante con las potestades extraordinarias propias de un estado de emergencia.²⁰

En cuanto al contenido, prioritariamente las medidas se concentraron en restricciones al derecho a la libertad ambulatoria. La medida principal de restricción fue el “Aislamiento social preventivo y obligatorio” (en adelante, ASPO), instaurado mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, y prorrogado e incluso ahondado por sus consecuentes. A la luz de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, especialmente respecto a la interrelación de los derechos económicos, sociales y culturales con los civiles y políticos, la restricción de la libertad ambulatoria se proyectó en el ejercicio de todos aquellos derechos que presuponían instrumentalmente tal libertad, incluyendo, entre otros, los derechos a la justicia, al trabajo, a la educación, a ejercer el comercio y la industria, a transitar entre provincias.

Las medidas tuvieron, en general, una recepción positiva por parte de la jurisprudencia, si bien la CSJN exigió su razonabilidad y transitoriedad, a la luz del

20 Armin von Bogdandy, Jesús María Casal y Mariela Morales Antoniazzi, “La resistencia del Estado democrático de derecho en América Latina frente a la pandemia de COVID-19. Un enfoque desde el *ius commune*”, en Armin von Bogdandy, Andrés Malamud y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), Alina Ripplinger (coord.), *La democracia ante la pandemia. Transformaciones interamericanas*, Buenos Aires, Katz - Max Planck Institute - DFG, 2022, p. 123.

estándar constitucional y convencional.²¹ Por su parte, el máximo Tribunal, en concordancia con la normativa del Poder Ejecutivo y respetando el aislamiento dictaminado, adoptó acuerdos internos disponiendo diversas ferias sanitarias que instrumentaban atención por guardias, mecanismos de turnos o trabajo remoto con observancia de tal aislamiento.

Desde la perspectiva jurisprudencial, se dictaron diversos fallos que analizaron el tema, particularmente en lo que refiere a la circulación interprovincial o las medidas de aislamiento decretadas por autoridades provinciales en el marco de la normativa nacional señalada. Desde el comienzo de dicha jurisprudencia, la CSJN aplicó el test de razonabilidad exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH),²² de acuerdo con el cual:

Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.²³

Paralelamente se adoptaron diversas políticas públicas de tutela. En efecto, el Gobierno argentino adoptó, en consonancia con otros países de la región, nuevas prestaciones con beneficios dirigidos a población que era beneficiaria de otros programas, como sería el Ingreso Familiar de Emergencia en Argentina.²⁴ A su vez, el Ministerio de Salud puso en marcha el “Plan Nacional de Cuidado de Trabajadores y Trabajadoras de la Salud - Marco de Implementación de COVID-19” para proporcionar a los grupos vulnerables un marco de protección (Resolución 987/2020).

No puede dejar de mencionarse que la instrumentación de los programas de vacunación contra el covid-19 recibió especial crítica tanto en lo que concierne a los tipos de vacunas en sí como a su disponibilidad e, incluso, a la transparencia y legalidad en el orden de prelación de su aplicación. El tema tuvo proyecciones sumamente trascendentes, ya que según el tipo de vacuna que había sido

21 CSJN, Fallos: 343:1704, 344:126.

22 Corte IDH, Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, “COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, 9 de abril de 2020.

23 CSJN, Fallos: 343:930 y 344:126.

24 Véase María Betsabé Policastro, “¿Estar protegido durante el ASPO? La experiencia del IFE en Argentina durante el 2020”, *Revista electrónica Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, n.º 28, junio-noviembre, Buenos Aires, 2022, pp. 21-42.

aplicada, se restringían o no el goce de algunos derechos, como el de ingresar a algunos continentes o a determinados países. Esto llevó a verificar que, frente a la pandemia del covid-19, existían nuevas “castas” o categorías de personas, cuyo acceso a los derechos presentaba patrones novedosos y sistemáticos de exclusión.

FALENCIAS INSTITUCIONALES: CONCENTRACIÓN DE LAS DECISIONES EN DECRETOS DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN TENSIÓN CON EL SISTEMA REPUBLICANO Y EL RÉGIMEN FEDERAL

Como se ha mencionado, la mayor arma con que se canalizaron las decisiones públicas en el marco de la pandemia del covid-19, en Argentina, fueron DNU adoptados por el Poder Ejecutivo Nacional.

Cabe aclarar que la ponderación de la idoneidad de las medidas implementadas por el Ejecutivo exige un juicio en torno a su temporalidad. La articulación de DNU en un primer momento podía aparecer como indispensable, pero dicha conclusión podía estar destinada a variar con la consolidación de la pandemia, su prolongación temporal, la profundización y la previsibilidad de su proyección. Transcurrido cierto tiempo desde la eclosión de la emergencia sanitaria, y existiendo más información sobre sus características, el vasto catálogo de DNU presentaba varios puntos de ataque.

El primero de ellos es que constituían una restricción de derechos instrumentada por una fuente que no satisfacía las exigencias de ley formal, en los términos de la Opinión Consultiva n.º 6 de la Corte IDH, aspecto que había sido reiterado y enfatizado frente a la pandemia del covid-19 por dicho Tribunal supranacional en la Declaración de fecha 9 de abril de 2020, que exigía, expresamente, que las medidas de restricción de derechos a instrumentar resultaran “legales”, a la par que respetaran los restantes requisitos del sistema interamericano.

Cabe recordar que tal exigencia fue también resaltada por la CIDH, en cuanto estableció, en su Resolución 1/2020 de 10 de abril, que correspondía

Asegurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, dichas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud.²⁵

25 CIDH, Resolución 1/2020, apart. 20.

En torno al punto, el estándar pasa a ser la medida menos restrictiva, lo que significa que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que esta no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y que las medidas adoptadas no generen una afectación al derecho suspendido que sea mayor en comparación con el beneficio obtenido.²⁶

El catálogo de decretos procuró encontrar legitimidad al definirse tanto como DNU, como decretos adoptados en el marco de la Ley de Emergencia (27.541). Sin embargo, la situación generalizada de emergencia que pudo verificarse en los primeros meses del año 2020, y que podía generar la “necesidad y urgencia” del Ejecutivo, en desmedro del Poder Legislativo, no podía ser calificada como “imprevista” a medida que se proyectaba en el tiempo. Por el contrario, la dimensión de la pandemia a nivel mundial volvía a la situación evidente y notoria, y a su proyección temporal previsible. Por su parte, las circunstancias excepcionales, que en los primeros momentos del aislamiento social preventivo obligatorio podrían haber hecho imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, ya que la instrumentación de sesiones remotas aparecía como algo de suma dificultad, cambiaron con el paso del tiempo, cuando el trabajo virtual o remoto se fue generalizando y el plazo con que habían contado las autoridades para coordinarlo fue apareciendo más que razonable.

Como se ha señalado, algunos estados provinciales adoptaron medidas similares o en línea con el ASPO resuelto a nivel federal, por lo que se yuxtapusieron restricciones federales y nacionales, generando situaciones de caos en lo que atañe a la circulación interprovincial.²⁷ Tales restricciones entraron en conflicto con diversos derechos, especialmente el de libertad ambulatoria, pero también el de ejercer industria o comercio, trabajar, ejercer el culto, los derechos de índole familiar, entre muchos otros que se ejercían en lugares distintos al de residencia, por lo que la prohibición de circulación que se impuso en ese momento, impactó gravemente su ejercicio y llevó a su consecuente vulneración.

Uno de los casos judiciales suscitados fue el Precedente Maggi,²⁸ dictado por la CSJN en fecha 10 de septiembre de 2020. El actor, domiciliado en la Provincia

²⁶ *Ibid.*, apart. 21.

²⁷ Véase Antonio María Hernández, “Emergencia, orden constitucional y covid-19 en Argentina”, *Revista digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, n.º SE 1, “Instituciones y pandemia I”, 2020. <https://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/es-1/>.

²⁸ CSJN, Fallos: 343:930. El conflicto también fue analizado por tribunales inferiores. La Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia falló en contra de la apelación del Gobierno correntino y confirmó la resolución de la jueza federal, que hizo lugar a una medida cautelar presentada por la Asociación de Clínicas y Sanatorios del Chaco (Aclysa) para que

del Chaco, promovió una medida autosatisfactiva contra la limítrofe Provincia de Corrientes a fin de obtener una autorización judicial que le permitiera ingresar a la ciudad homónima a efectos de asistir diariamente a su madre, quien se encontraba allí para someterse a un tratamiento médico. La mujer, domiciliada en Chaco, había concurrido con su hijo a realizar el tratamiento en Corrientes, por lo que había sido internada en un establecimiento médico. El hijo había vuelto a su provincia natal, pero al querer reingresar para asistir a su madre se vio impedido de hacerlo por las autoridades provinciales. El tema, entonces, se vinculaba a la tutela de la salud de un adulto mayor, y a la par, al ejercicio de tareas de cuidado.

La Corte, considerando las excepcionalísimas circunstancias del caso, resolvió hacer lugar a la medida solicitada, ya que la situación del actor encuadraba en el supuesto de excepción al aislamiento social, preventivo y obligatorio, previsto por el artículo 6.º, inciso 50, del Decreto nacional 297/20, por tratarse de una persona que debía asistir a un familiar. Explicó el alto Tribunal que, si bien era cierto que las provincias podían dictar las medidas necesarias para implementar lo dispuesto por el mencionado Decreto, en las excepcionales y específicas circunstancias del caso resultaba un exceso en las atribuciones de las autoridades provinciales que se le impidiese al actor el traslado para asistir a su madre. En relación a ello, hizo suyo el estándar sentado por la Corte IDH en la Declaración de 9 de abril de 2020 en la cual indicó que todas las medidas que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) adoptasen para hacer frente a la pandemia, y que pudieran afectar o restringir el goce y ejercicio de los derechos humanos, debían ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos. En función de lo expuesto, la Corte decidió que las restricciones a la circulación

médicos que vivían en Corrientes, pero trabajaban en El Chaco, pudieran circular y cumplir sus labores. El Tribunal sostuvo que, ante la situación de pandemia, los DNU dictados tuvieron por fundamento la potencial crisis sanitaria y social sin precedentes y tendían a mitigar su impacto en el sistema sanitario. Para ello se establecieron medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorias, previendo además quiénes estarían exceptuados de esta prohibición, entre los que se encontraba el personal de la salud, por reputar a este grupo como esencial en la emergencia. Todo ello, es de remarcar, en virtud de la expresa delegación efectuada por el Congreso a ese Poder. De allí que la Circular 6/2020 del Comité de Crisis de Corrientes –que establece el aislamiento social y obligatorio de quienes se domicilien en Corrientes por el solo hecho de prestar servicios en el sector de la salud de esta provincia– no resulta compatible, en principio, con los dispositivos emanados del Poder Ejecutivo Nacional, dictados –es de remarcar– por expresa delegación del Congreso.

que pretendían imponerle al actor no resultaban razonables, estrictamente necesarias, ni proporcionales.

El criterio fue reiterado en un pronunciamiento adoptado en tutela de una gran cantidad de personas que intentaban ingresar a la Provincia de Formosa, pero que por no lograr obtener la correspondiente autorización administrativa se encontraban varadas por semanas en las carreteras, en condiciones inaceptables.²⁹ Los actores habían solicitado ante el máximo Tribunal el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordenara a la Provincia de Formosa autorizar el inmediato ingreso al territorio provincial de los ciudadanos que estaban a la espera de poder retornar a sus domicilios y que se encontraban varados, como se dijo, en virtud de las disposiciones dictada en su oportunidad por la Provincia a raíz de la emergencia sanitaria. Frente a ello, y sin pronunciarse respecto de su competencia originaria, la Corte decidió requerir a la Provincia demandada que informara la cantidad de pedidos de ingreso de personas al territorio provincial, como así también cuántos de ellos habían sido admitidos y rechazados, y cuántos se encontraban pendientes de autorización. Luego de que la demandada presentó la información requerida, el alto Tribunal resolvió, sin perjuicio de lo que en definitiva se decidiera sobre su competencia originaria, ordenar a la Provincia que arbitrara los medios necesarios, de modo de garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial, con cumplimiento de las medidas sanitarias que estimara pertinentes, de todos los ciudadanos que lo hubieran solicitado, dentro del plazo máximo de quince días hábiles.

Además de citar el estándar establecido por la Corte IDH en la declaración ya citada, el máximo tribunal argentino destacó que la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho a transitar libremente en su territorio, sin distinción alguna, lo cual es también reconocido por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos; y expresó que, si bien no hay derechos absolutos, el poder del Gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, tampoco lo es. Con relación a ello, indicó que la Provincia demandada debía ejercer sus facultades para establecer las medidas de prevención que considerara adecuadas en su territorio, de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales. Sin embargo, la realidad demostraba que las restricciones establecidas no superaban el test de razonabilidad que establece el artículo 28 de la Constitución Nacional, por el hecho de suprimir libertades individuales más allá de lo tolerable, por cuanto constituían limitaciones irrazonables a la autonomía personal debido a la demora que se producía para concretar el ingreso de quienes lo requerían. Así,

29 CSJN, Caso Lee, Fallos: 343:1704.

concluyó que la restricción de derechos en el marco de la aplicación de medidas tomadas por la demandada no resultaba *prima facie* razonable en su aspecto temporal, como tampoco en el económico.

Por otra parte, la marcada acción del Poder Ejecutivo nacional impactó también en una tensión del diseño federal de la Constitución argentina, ya que las decisiones adoptadas por dicha autoridad parecían, en varios supuestos, entrar en conflicto con las potestades de los órdenes provinciales.

En efecto, del Texto Constitucional argentino se desprenden las siguientes categorías de potestades que corresponde atribuir a la Nación o a las provincias: a) las delegadas por la Constitución al Gobierno Nacional; b) las concurrentes entre la Nación y las provincias; c) las conservadas por las provincias; d) las reservadas especialmente por una provincia al momento de su incorporación; e) los poderes prohibidos, ya sea a la Nación, ya a las provincias, ya a ambas. Así, el artículo 122 de la Constitución Nacional expresa que las provincias se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, sin intervención del Gobierno federal. En ese marco, el poder de policía en materia sanitaria no constituye una potestad delegada al Ejecutivo Nacional, por lo que debía competir a las provincias, salvo la exigencia de adoptar decisiones federales en virtud de aspectos que podían tener injerencia interjurisdiccional.

En todo caso, la fórmula utilizada por los decretos nacionales para justificar su acción era ambigua. No hacían mención a cuáles elementos permitían sostener una interjurisdiccionalidad que diera lugar a su competencia, y, por otra parte, invitaban a las provincias a acompañar sus criterios. Por ejemplo, el Decreto 297/2020, primer decreto expedido en este sentido, expresaba en su artículo 10:

Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias...

La invocación del artículo 128 citada generaba especial confusión, puesto que conforme dicha norma, los gobernadores son también “agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación”. Es decir, por un lado, se cita el artículo 128, por lo que se presupondría que se trata de competencias federales, y por otro lado, se mencionan competencias propias provinciales, sin que se brinden justificaciones de por qué se trataría, en el caso, de una competencia de la autoridad federal.

En numerosos casos, las autoridades provinciales acompañaban el criterio de la nacional. Sin embargo, no siempre fue así. El conflicto alcanzó su punto más álgido en torno a la educación. La Nación había resuelto que correspondía la suspensión del dictado de clases presenciales y de las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en el aglomerado del “Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)”, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive,³⁰ mientras que la Ciudad de Buenos Aires, comprendida en dicha área, pretendía instrumentar la educación presencial. El tema fue llevado a tribunales, en una causa que fue resuelta en competencia originaria por la CSJN.³¹

El Gobierno de la CABA promovió una acción declarativa de inconstitucionalidad contra el Estado nacional. Alegó que esa norma violaba su autonomía, había sido dictada sin necesidad, violaba el principio de igualdad y resultaba contraria al principio de razonabilidad. La Corte hizo lugar a la demanda respecto del planteamiento referido a que en el caso concreto se había violado la autonomía de la CABA. E indicó que el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo hubiera superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado no resultaba óbice para emitir el pronunciamiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa podían prorrogarse o repetirse en el futuro.

Los jueces que suscribieron el voto mayoritario partieron de sostener, en primer lugar, la convivencia de atribuciones entre la Nación y las provincias respecto de la regulación de la salud. Entonces, señalaron que tanto la autonomía de la actora para definir la modalidad educativa como la atribución federal para atender a una emergencia sanitaria debían entenderse en el marco del federalismo que ordena la Constitución Nacional. Así, expresaron que la determinación de los poderes que han sido conferidos a la Nación por el texto constitucional debe analizarse de manera estricta, toda vez que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los de la Nación son delegados y definidos. De ese modo, expresaron que el reconocimiento de las atribuciones regulatorias sanitarias de la Nación no implicaba que resultase suficiente la mera invocación de la salud para sellar la validez de su pretendido ejercicio. Es decir, la demandada debía explicar, más que en cualquier otro acto –por el contenido concreto de su regulación–, los antecedentes que la habían llevado a ejercer la competencia invocada, explicitando la adecuada proporcionalidad entre la decisión y su finalidad, lo

30 Art. 10, *in fine*, del DNU 235/2021, a partir de su modificación por el artículo 2.º del DNU 241/2021.

31 CSJN, Fallos: 344:809, 4/5/2021.

cual no había sucedido en el caso. Por ello, consideraron que el Estado nacional, mediante el dictado del Decreto impugnado, había invadido una atribución que le era ajena. Finalmente, señalaron que la conformación territorial del AMBA no tenía la virtualidad de alterar las potestades constitucionales reconocidas a los componentes del Estado federal que formaban parte del área. A su vez, indicaron que cabía descartar que la actora hubiese violado la doctrina de los actos propios. Si bien la autoridad nacional refería a la conformación territorial del AMBA formulada en el Decreto 125/2021, tal referencia geográfica no podía *per se* detraer las potestades constitucionales de la provincia y la ciudad involucradas, ni ser considerada como “región”, ya que ese tipo de descentralización se encuentra específicamente reglada por el Texto Constitucional, y exige la participación de las provincias involucradas en su creación.

En un voto concurrente, el juez Rosenkrantz enfatizó que la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente y que se encuentra sujeta al derecho en tanto es una situación jurídicamente regulada. Explicó que, si bien puede proporcionar la ocasión para ejercer un poder existente, no crea poderes nuevos. Recordó así que los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, que los conforma y delimita.

El juez Lorenzetti, por su parte, expuso que el Poder Judicial debe proteger los derechos humanos para que no sean avasallados y que el Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual. Así, expresó que el bloque de constitucionalidad establece un derecho humano a la educación que debe ser satisfecho en la mayor medida posible porque es el que define las oportunidades de desarrollo de una persona.

El pronunciamiento señalado evidenció el exceso del Poder Ejecutivo nacional en desmedro de las autoridades provinciales, en la adopción de decisiones en tutela de la salud pública.

Cabe agregar que tal proliferación de decretos del Poder Ejecutivo nacional se fundaba, sobre todo, en la existencia de una circunstancia de necesidad y urgencia que impedía el dictado de leyes. En ese contexto, un punto que recibió especial atención en el marco de la pandemia del covid-19 fue la validez constitucional de la celebración de sesiones remotas, tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados de la Nación.

El tema recibió respuesta jurisdiccional en una sentencia dictada por la CSJN ante un pedido formulado por la entonces presidente del Senado de la Nación, Dra. Cristina Fernández de Kirchner. Los argumentos ventilados por el máximo Tribunal para, en definitiva, desestimar el planteamiento, se vincularon con aspectos formales, como la falta de existencia de caso o controversia (exigido por el art. 116 de la Constitución Nacional y propio de un sistema difuso de control

de constitucionalidad) o la falta de competencia originaria del máximo Tribunal. Sin perjuicio de ello, si bien la decisión resolvió la inexistencia de caso, igualmente el Tribunal brindó elementos que podían vislumbrar el reducido ámbito de revisión judicial sobre el procedimiento de producción de leyes.

Así, se recordó la clásica jurisprudencia de la CSJN conforme a la cual solo se abrió un resquicio de control jurisdiccional sobre el procedimiento de formación y sanción de las leyes para cuando se acreditara “la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley”.³² A su vez, se agregó que era el mismo Senado quien debía arbitrar los medios necesarios para garantizar su funcionamiento, incluso en términos virtuales o remotos.³³ Así, expresamente se señaló que llevar adelante las sesiones del Senado bajo una modalidad remota, en lugar de la tradicional forma presencial, orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Legislativo referentes a la instrumentación de las condiciones para crear la ley, posibilidad que no configura *per se* riesgo alguno de interferencia en las atribuciones de los demás poderes del Estado.

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD AMBULATORIA EN LA PANDEMIA DEL COVID-19

Como se ha señalado, la restricción a la libertad ambulatoria fue la gran protagonista en las respuestas adoptadas por el poder político frente al covid-19 mediante el establecimiento del Aislamiento Social Preventivo Obligatorio (Decreto 297/2020), cuyas excepciones variaban y generalmente se reducían en el tiempo.

En general, en sus inicios, la jurisprudencia fue receptiva ante la razonabilidad de tal limitación. Por ejemplo, la Sala de Hábeas Corpus de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dictó una sentencia de fecha 21 de marzo de 2020³⁴ confirmando la decisión del juez de primera instancia que había rechazado el *habeas corpus* correctivo, de carácter colectivo, promovido por el actor contra los artículos 1 a 6 del Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, por invocar que restringía inconstitucionalmente sus derechos de libertad ambulatoria y de reunión. La sala sostuvo que el DNU dictado con el fin de evitar la propagación de la pandemia provocada por el covid-19 buscaba preservar la salud pública en forma razonable y proporcional; pues, si bien implicaba una severa restricción a la libertad ambulatoria, tendía a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado era la salud pública, no solo del afectado en forma directa, sino de los terceros con los que pudiera tener contacto.

32 CSJN, Fallos: 256:556, 268:352, 311:2580 y 342:917.

33 CSJN, Fallos: 343:195.

34 Causa K., P. s/ Hábeas corpus, *La Ley Online*, AR/JUR/3147/2020.

También se consolidó el reconocimiento de la validez constitucional de las medidas de cuarentena dispuestas con relación a las personas que regresaban de viajes al exterior. Por ejemplo, la misma sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en fecha 24 de marzo de 2020,³⁵ expuso la situación de un ciudadano que regresó al país luego de ser declarada la pandemia del covid-19 y fue traslado a cumplir la cuarentena establecida por el DNU 297/2020 a un hotel dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, y no a su domicilio particular. La Sala decidió que esta medida se ajustaba a las previsiones del artículo 3.2 del Protocolo de Actuación, en el que, puntualmente, se estableció que los individuos asintomáticos que arribaran al país en avión sin ningún pasajero que resultara confirmado o sospechoso por Sanidad de Frontera, y que proviniera de un país de alto riesgo, serían enviados a un alojamiento extrahospitalario para cumplir el aislamiento; siendo esta una medida excepcional dispuesta para contener y retrasar el desarrollo de la pandemia, que, hasta el momento, resultaba ser razonable y proporcional, en tanto no existía un tratamiento antiviral efectivo o vacunas que previnieran el virus.³⁶

35 Causa Zanon Rossi Dos Santos, Leonardo, AR/JUR/4094/2020.

36 El Juzgado Federal de Resistencia, en la Causa Asociación de Clínicas y Sanatorios y Federación Médica del Chaco c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Corrientes y/o Poder Ejecutivo de la Prov. de Corrientes s/ Medida Cautelar (Exp. n.º 1331/2020), dictó el 29 de marzo de 2020 una medida cautelar por medio de la cual suspendió la aplicación de la Circular n.º 6/2020 dictada por el Comité de Crisis Covid-19, dependiente del Ministerio de Salud de Corrientes, y ordenó además, al Poder Ejecutivo de la Provincia de Corrientes, arbitrar “las medidas necesarias para permitir a los profesionales médicos consignados en la demanda libre circulación hacia esta provincia para la prestación de los servicios esenciales de salud en los establecimientos en que ellos se desempeñan y su regreso hacia Corrientes, en los términos y con las limitaciones establecidas en el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, en tanto no presenten síntomas compatibles con coronavirus (COVID-19)”. En sentido similar, en el Expediente 1340/2020, caratulado “Equipo Médico de Emergencia de la Provincia del Chaco A.S. c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Corrientes y/o Poder Ejecutivo de la Prov. de Corrientes s/ Medida cautelar”, el 3 de abril de 2020, el juez federal de Corrientes ordenó al Poder Ejecutivo autorizar su circulación. También puede citarse al Juzgado Federal de Primera Instancia de Campana, que el 16 de marzo de 2020, en la Causa “G., T. s/ Violación de medidas - propagación de epidemia (art. 205 C.P.), resolvió que, “[t]eniendo en cuenta que el encausado salió del país con destino a los Estados Unidos de América el día 8 de marzo del 2020 y retornó desde la República Oriental del Uruguay el día 14 del mismo año y que no habría permanecido aislado en su domicilio al retorno de su viaje, se configura una posible infracción al art. 205 del Código Penal, por cuanto podría haber violado el art. 7, inc. d y e del Decreto 260/20 de Emergencia Sanitaria, toda vez que aquel provenía de un país que se encuentra calificado como foco de contagio del virus covid-19 (Coronavirus)”.

El 25 de febrero de 2021, la CSJN analizó las condiciones en que podía restringirse la libertad ambulatoria en la Causa Petcoff,³⁷ referida a un *habeas corpus* colectivo iniciado por el actor en representación de un grupo de personas que se hallaban alojadas en centros de aislamiento por covid-19 existentes en la Provincia de Formosa.

Luego que se suscitara un conflicto positivo de competencia entre la justicia federal y la justicia provincial, la Corte, sin perjuicio de lo que en definitiva se decidiese respecto del conflicto de competencia, resolvió requerir a la mencionada Provincia que informara, en el plazo de tres días, sobre el estado de los centros de internación y sobre los protocolos para la protección de los derechos humanos que debían respetar las autoridades provinciales encargadas de controlar y aplicar la regulación sanitaria. Asimismo, exhortó al Gobierno provincial sobre la necesidad de llevar a cabo el control y prevención de la propagación del covid-19 con arreglo a los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos, así como también acerca del deber de brindar efectivo amparo a las personas cuyos derechos se vieran amenazados o hubiesen sido ya vulnerados.

La Corte señaló que los aspectos fácticos descritos en el *habeas corpus* colectivo involucraban valores centrales de la Constitución, tales como la protección a la libertad y a los derechos humanos en general, en circunstancias tales que justificaban un tratamiento excepcional por su parte. Explicó así que la libertad física opera como un derecho basal, presupuesto del ejercicio de otros derechos constitucionales, para cuya regulación el constituyente ha requerido el cumplimiento de exigencias específicas, aplicables incluso en emergencia. De ese modo, indicó que las libertades civiles pueden estar sujetas a restricciones y a regulaciones, pero estas deben ser razonables con relación a su objeto y adoptadas en interés de la comunidad, pues no sería constitucionalmente válido si a través de disposiciones arbitrarias se pudiera subvertir la noción de las mismas.

Al respecto, volvió a recurrir a la ya recordada declaración de la Corte IDH referida al covid-19, la cual indicó:

Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

37 CSJN, Fallos: 344:126.

En función de lo expuesto, expresó que “aún ante el escenario de emergencia verificado en el marco del COVID-19, las medidas que se adoptasen para hacer frente a la pandemia y conllevaran la regulación de derechos fundamentales debían ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales”.

Así, afirmó que la restricción a la libertad corporal debía satisfacer exigencias de razonabilidad.

Por ello, dada la trascendencia de las cuestiones involucradas, y previo a dirimir el conflicto de competencia planteado, resolvió requerir información a la Provincia de Formosa sobre la situación denunciada y encomendar a las autoridades públicas que llevaran a cabo las gestiones necesarias para que fueran respetados y protegidos los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos.

Del criterio sostenido por el máximo tribunal es preciso destacar algunos puntos fundamentales:

- El carácter basal o fundante de la libertad ambulatoria, en cuanto su respeto constituye presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales.
- Toda restricción de derechos, incluso durante una emergencia, debe ser limitada temporalmente, legal, ajustada a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonable, estrictamente necesaria y proporcional.
- En las medidas adoptadas en el marco de la pandemia del covid-19 debían ser respetados y protegidos los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos.

EL PROTAGONISMO DE LA VIRTUALIDAD EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

En un marco generalizado de restricciones a la libertad ambulatoria, uno de los aspectos estructurales más trascendentes fueron las falencias sistemáticas y generalizadas en el acceso a internet, donde la frustración del derecho a la conectividad, cuando numerosas actividades eran realizadas exclusivamente de manera remota o virtual, conllevaba la violación de toda una serie de derechos fundamentales, como, entre muchos otros, aquellos al trabajo, a la educación, al acceso a prestaciones sanitarias, a la libertad de culto, al acceso a la información pública.

En casos de frustración del derecho a la conectividad se articularon procesos a fin de garantizar el acceso a internet, invocando que su afectación conllevaba la violación de una gran cantidad de derechos fundamentales.

Puede mencionarse específicamente un proceso colectivo promovido con el objeto de garantizar el acceso a internet en villas y asentamientos de la Ciudad de Buenos Aires. La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) presentó una acción de amparo para que se ordenara judicialmente al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que asegurara el acceso a internet a quienes habitaban en todas las villas y asentamientos de esta, y que entregara computadoras en préstamo a aquellas niñas, niños y adolescentes que no contaran con los medios para continuar con las clases durante la cuarentena. Explicó que 300.000 personas residían en las villas y asentamientos porteños, y argumentó que el Poder Judicial debía garantizar a todas las personas –especialmente a aquellas que forman parte de grupos vulnerables– su derecho a la educación, a la salud, a la información y a la justicia. El acceso a internet y al equipamiento tecnológico que requiere su uso es una condición para que esos derechos puedan realizarse, y su importancia es mayor aún cuando la salud de todas las personas que habitan la ciudad depende de quedarse en sus casas, respetando el aislamiento social obligatorio.

Otro ejemplo sumamente interesante vinculado al trabajo remoto y al acceso a justicia, que involucraba aspectos relativos a la discriminación, fue planteado en el Caso Barraza, Víctor Javier, cuyo actor inició una acción de amparo colectivo en defensa de todos los profesionales legales con afección de facultades visuales, dado que el sistema informático instrumentado por la CSJN durante la pandemia del covid-19 para la gestión de causas no preveía algún mecanismo técnico de uso que garantizara el ejercicio de su derecho a trabajar (como sería el caso de lectores de pantalla, etc.). El juez de primera instancia acogió la demanda y ordenó al Consejo de la Magistratura y a la Corte Suprema adoptar las medidas necesarias para que el Portal Digital del Poder Judicial de la Nación fuera accesible para los profesionales del derecho con afectación de sus facultades visuales respecto de todo tipo de trámites.

El tribunal consideró que la omisión de tal herramienta implicaba una vulneración del principio de prohibición de protección deficiente (ello con fundamento en los arts. 16 y 75, incs. 22 y 23, de la Constitución Nacional). Agregó que las medidas positivas cuya implementación en materia de discapacidad ordenan la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, así como las acciones específicamente dirigidas a asegurar el cumplimiento del principio de accesibilidad allí establecido en materia de información de las páginas web, son, respectivamente, derechos constitucionales y legales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Luego de constatar que no se había llegado a brindar una respuesta que atendiera de manera suficiente la situación de vulnerabilidad y la condición social de las personas con discapacidad,

consideró que la revisión judicial no podría tener como resultado ordenar la implementación de un medio técnico específico para asegurar la accesibilidad, por considerarlo más conveniente. Empero, concluyó que los elementos que surgían de los informes producidos en autos denotaban que la actividad administrativa indicada por las demandadas, sin duda necesaria para instrumentar la accesibilidad al portal web, era insuficiente o directamente inexistente, circunstancia que sí era reprochable judicialmente de cara a los derechos fundamentales involucrados.

PROTECCIÓN JUDICIAL: UN DIAGNÓSTICO DISPAR

Como es sabido, el derecho a la protección judicial es uno de los pilares de la CADH y del propio Estado de derecho en una sociedad democrática.³⁸ Confluyen en su contenido una lectura interrelacionada y conjunta de los artículos 25 y 8.º de la CADH, que exige no solo la existencia de un proceso constitucional subjetivo expedito y rápido en la tutela de derechos convencionales, sino la efectividad de todo remedio jurisdiccional, así como su respeto de las exigencias propias del debido proceso.

Específicamente, en el marco de una emergencia, el sistema interamericano exige que los mecanismos de protección de derechos no sean suspendidos, siguiendo los términos del artículo 27 de la CADH. Es por ello que una de las primeras decisiones de la CIDH fue la Resolución 1/2020, de 10 de abril, que instó a que el Poder Judicial se abstuviera de suspender procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, entre ellos, las acciones de *habeas corpus* y amparo para controlar las actuaciones de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto. Puesto que estas garantías deben ejercitarse dentro del marco y bajo los principios del debido proceso legal.³⁹

Sin embargo, el cumplimiento de tales exigencias en Argentina, durante la pandemia del covid-19, tuvo una respuesta dispar. Coexistieron experiencias sumamente innovadoras y tuitivas, en particular en jurisdicciones provinciales y de jueces de primera instancia.

Ahora bien, podemos asimismo encontrar experiencias no satisfactorias, en particular, por la instauración de una inexistente cultura de las “vacaciones judiciales”, que se convirtió en un obstáculo en el acceso a la justicia. Algunos fueros no supieron adecuarse a las circunstancias, y se vieron paralizados por

38 Corte IDH, Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 82, entre otros.

39 Apart. 24.

cuestiones institucionales, técnicas, procesales y culturales. Esa situación, no generalizada, se proyectó en una creencia de no funcionamiento de las instituciones que actuó como barrera cultural de acceso a la justicia (especialmente en defensorías, oficinas de violencia doméstica, etc.).

Aspectos relativos al servicio de justicia resueltos administrativamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: de la suspensión a la informatización

La CSJN adoptó, en los primeros días de la pandemia, diversas disposiciones en torno a la prestación del servicio de justicia, las cuales fueron prorrogadas, y luego progresivamente levantadas.

La primera etapa se caracterizó por la *suspensión o restricción de la normal prestación del servicio judicial*, mediante la Acordada 4, desde el 16 de marzo de 2020.

A su vez, se declaró la inhabilitación de los plazos para las actuaciones judiciales ante todos los tribunales que integran el Poder Judicial, sin perjuicio de la validez de los actos procesales cumplidos o que se cumplieran.

Días después, se declaró la feria extraordinaria mediante la Acordada 6, desde el 20 de marzo de 2020, y sus prórrogas (acordadas 8, 10, 13, 14, 15 y 16 del mismo año). Durante dicha feria, se brindó una prestación mínima del servicio de justicia, con magistrados y/o funcionarios de las dependencias respectivas que no se encontraban dentro de los grupos de riesgo, licenciándose al resto del personal, sin perjuicio de permanecer a disposición.⁴⁰

Entre las excepciones, se previó la atención de causas urgentes en materia penal: cuestiones vinculadas con privación de la libertad, violencia urbana y doméstica, delitos contra la salud pública, delitos migratorios, interrupción de comunicaciones, aprovechamiento de calamidad, *habeas corpus*, delitos contra la integridad, la seguridad y el orden públicos; y no penales: asuntos de familia urgentes, resguardo de menores, violencia de género y amparos.⁴¹

Posteriormente, se adoptaron decisiones tendientes al levantamiento progresivo de ferias en jurisdicciones (acordadas 17/2020, 19/2020 y 20/2020). En concreto, se resolvió el levantamiento de la feria extraordinaria cuando las condiciones epidemiológicas así lo permitiesen, lo cual surgió claramente de las instrucciones encomendadas en el “Protocolo y pautas para la tramitación de causas judiciales durante la feria extraordinaria”, aprobado por la Acordada 14/2020, así como de las acordadas 17/2020, 19/2020 y 20/2020, a través de las cuales se

40 Acordada 6/2020.

41 Art. 4 de la Acordada 6/2020.

procedió al levantamiento de la feria judicial en otras jurisdicciones. Finalmente, se resolvió la eliminación de la feria judicial de julio (Acordada 21/2020).

Las diversas jurisdicciones provinciales adoptaron decisiones similares. Pueden citarse, así, las resoluciones 12 y 13-20 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y la de fecha 20/03/2020 emitida por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba; el Acuerdo Reglamentario 1620/2020 de fecha 16/03/2020, y la Resolución n.º 9 de 23/3/2020, de la Corte de Justicia de la Provincia de San Juan; el Acuerdo General n.º 33, del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut; el Acuerdo Plenario n.º 4863/2020 de fecha 17/03/2020, del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Sala de Superintendencia; la Acordada de fecha 16/03/2020, del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro; la Acordada n.º 9/2020, de fecha 16/03/2020, del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes; el Acuerdo Extraordinario n.º 5/2020, de fecha 16/03/2020, del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz; el Acuerdo de fecha 16/03/2020, del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco; la Resolución n.º 171/2020, de fecha 15/03/2020, del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; la Resolución n.º 24/2020, de fecha 15/03/2020, del Consejo de la Magistratura de la CABA, y las resoluciones n.º 58/2020 y n.º 59/2020, de fecha 16/03/2020 y 19/03/2020, entre otras normas.

A la par de la instrumentación de suspensión o restricción de servicios, se avanzó notoriamente en la *digitalización de las actuaciones judiciales*.

El tema había sido regulado en algunas experiencias anteriores. La CSJN, desde el dictado de la Acordada 37/2007, en el marco del proceso de cambio y modernización en la prestación del servicio de justicia del “Programa de Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación”, había reglamentado el uso de herramientas de gestión con aplicación de tecnología informática.

Ya desde la Ley 26.685, de junio de 2011, se resolvió la conformación del expediente electrónico, como también del expediente digital y las notificaciones electrónicas (Acordada 31/2011). Posteriormente, se avanzó con el sistema de gestión judicial (Acordada 14/2013), el expediente digital (Acordada 38/2013), el ingreso web de causas (Acordada 16/2016) y el expediente digital en las ejecuciones fiscales (Acordada 15/2019), entre otras medidas.

Otra línea de actuación se canalizó en el énfasis en el uso de las TIC (Acordada 11/2020), tanto en lo que refiere a la actuación de letrados como en la gestión interna del Poder Judicial.

Con relación a las actuaciones de letrados, se avanzó en la configuración del ingreso telemático de demandas, aprobándose un procedimiento de recepción de demandas y recursos directos a través de cuentas electrónicas (art. 6 de la

Acordada 12/2020), y la gestión de causa telemática, donde las presentaciones se realicen en formato digital a través de IEJ (Identificación Electrónica Judicial), con firma digital, eximiendo de la exigencia de su presentación en soporte material.⁴² En algunos casos, se previó la gestión exclusivamente de manera electrónica de los pagos por alimentos, por indemnización por despido, por accidentes de trabajo, por accidentes de tránsito y por honorarios profesionales de todos los procesos, siempre que en todos estos supuestos hubieran sido dados en pago, en tanto lo permitiera el estado de la causa y así lo considerara el juez.⁴³

Al respecto, en el punto décimo de la Acordada 15/2020, la Corte resolvió que su Comisión Nacional de Gestión Judicial realizaría la publicidad y difusión necesaria para que las oficinas y los tribunales, así como los potenciales usuarios externos, conocieran las características del servicio y los procedimientos asociados a sus presentaciones, con la participación de las instituciones que conforman el ejercicio profesional de la abogacía.

Ahora bien, como se ha señalado, el recurso a las TIC no siempre ha sido satisfactorio, como en el Caso Barraza, al que ya nos hemos referido.

Aspectos relativos al trabajo de funcionarios y magistrados judiciales

A la par de instrumentar remedios dirigidos a mantener la tutela judicial efectiva en lo que se refiere al acceso a la justicia, la CSJN también reguló los aspectos vinculados al trabajo de sus empleados, funcionarios y magistrados, mediante elementos tendientes a la participación remota del personal judicial, así como al teletrabajo desde su hogar de magistrados, funcionarios y empleados, de la forma que dispusiera el titular de cada dependencia.⁴⁴ El uso de la firma electrónica y digital fue instrumentado tanto para sus actividades de gobierno como jurisdiccionales, habilitando la celebración de acuerdos virtuales.⁴⁵ Por otra parte, se adoptó el “Reglamento para el Diligenciamiento Electrónico de Oficios con Entidades Externas al Poder Judicial –DEOX–”.⁴⁶

Diagnóstico de la tutela jurisdiccional en el marco del covid-19 en Argentina

El diagnóstico del escenario de la tutela jurisdiccional en el marco del covid-19, en Argentina, presenta marcadas falencias. Si bien las acordadas que se han

42 Acordadas 11 y 12 del año 2020, y punto dispositivo 11 de la Acordada 14/2020.

43 Acordada 9/2020.

44 Acordada 6/2020, art. 7, y acordadas 13/2020 y 14/2020.

45 Acordada 11/2020.

46 Acordada 15/2020.

mencionado insistieron en recalcar la no suspensión teórica de derechos (con previsión de excepciones a la feria judicial, pero con requerimiento de habilitación), no siempre esa situación se trasladó en términos fácticos.

Como es sabido, la protección judicial no es un derecho cuyo respeto deba ser evaluado exclusivamente en peso libro. En efecto, la noción convencional de “protección judicial” gira sobre el eje de su *efectividad*: solo es considerado idóneo el recurso “efectivo”.⁴⁷ Por su parte, la inexistencia de tales recursos efectivos, o su carácter ilusorio, coloca a una persona en estado de indefensión.⁴⁸

A su vez, la efectividad no se basta con su dimensión teórica (relativa a la idoneidad del remedio para componer o restablecer el derecho conculcado), sino que reclama también una perspectiva fáctica o práctica (consistente en llevar al campo de los hechos la tutela efectiva, volverla realidad). En ese énfasis de evaluar la idoneidad en términos reales, ha señalado la Corte IDH:

... la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales. Más bien, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación.⁴⁹

Este mandato, por otra parte, se dirige tanto al Estado en general y al legislador que debe diseñar los procesos como al juez, en cuanto encargado directo de tornar efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos en el marco de la observancia de las garantías del proceso.

Ahora bien, exigida convencionalmente la idoneidad de los remedios procesales de tutela de los derechos, tal efectividad se evalúa en orden instrumental/referencial a dos aspectos: en primer lugar, *el derecho cuya protección se pretende*. En efecto, se requiere, “en definitiva, que el diseño teórico y la aplicación práctica del proceso habilite[n] la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de éste”.⁵⁰ Es decir, tal idoneidad del recurso constituye su aptitud para

47 Corte IDH, Caso Anzualdo Castro, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, p. 77, entre otros.

48 Corte IDH, Caso Usón Ramírez, Sentencia de 20 de noviembre de 2009.

49 Corte IDH, Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, Sentencia de 14 de octubre de 2014.

50 Corte IDH, Caso Baena Ricardo, Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 65.

dar resultado, en el sentido de *reparar* las violaciones de los derechos contemplados en la Convención.⁵¹

Ahora bien, tal instrumentalidad también exige la adecuación del remedio a aspectos relativos a los *sujetos involucrados en el proceso*. Así, se ha señalado que “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”.⁵²

En tal orientación, el orden convencional exige la ponderación en particular de la situación de sujetos de tutela constitucional y convencional preferente, mediante la instrumentación de tutelas procesales diferenciadas, como, por ejemplo, la justicia “de acompañamiento” o de protección, o “de resultados”.⁵³

Del principio convencional de la instrumentalidad de las formas se concluye el mandato convencional de la previsión de la adaptabilidad de las formas, tanto en manos del juez como de las partes.

En lo relativo a la adaptación por los jueces, estos, como rectores del proceso, tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad.⁵⁴ Por ello, deben actuar en forma diligente, procurando la celeridad y eficacia en la tramitación de los procesos.⁵⁵ En definitiva, como ha señalado Antonio Cançado Trindade,

... el énfasis pasa a recaer en la tendencia de perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial. Este cambio de énfasis atribuye mayor responsabilidad a los tribunales internos (judiciales y administrativos), convocándolos a ejercer actualmente un rol más activo –si no creativo– que en el pasado en la implementación de las normas internacionales de protección.⁵⁶

51 Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 191.

52 Corte IDH, Caso Furlán y familiares, Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 268.

53 Véase Roberto O. Berizonce, “Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencias del derecho internacional de los derechos humanos)”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, n.º 42, 2012, p. 280.

54 Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 211.

55 Corte IDH, Caso García Ibarra, Sentencia de 17 de noviembre de 2015, párr. 132.

56 Antônio A. Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Jurídica de Chile, 2001.

Por su parte, también se exige la adaptación por las partes, respecto de las cuales se predica el deber de colaboración procesal y buena fe procesal (verdad, cooperación en la producción de la prueba, colaboración en el desarrollo del proceso, previniendo y sancionando conductas dilatorias, etc.).⁵⁷ Cuando se trata de funcionarios del Estado (por ejemplo, funcionarios del Ministerio Público), se exige especialmente profesionalismo, buena fe y lealtad procesal.⁵⁸

Aspectos como el principio de instrumentalidad y la consecuente adaptabilidad de las formas no recibieron acogida generalizada en la tutela judicial argentina frente a la restricción de derechos instrumentada por la pandemia del covid-19.

En varios supuestos se impusieron obstáculos informáticos que fueron enfrentados sin la debida sistematicidad en el recurso a las TIC, lo que podría ser calificado como un borboteo espasmódico. Incluso, en algunos supuestos se reemplazó la “burocracia escrita” por la “burocracia digital”: así por ejemplo, para concretar la firma digital era imprescindible la presencia física del profesional en los tribunales.

Los aspectos que tuvieron incidencia fueron tanto subjetivos como objetivos. En primer lugar, la “cultura del papel”, acompañada por la falta de capacitación en la tramitación informática de los funcionarios y de los usuarios (abogados), tomó por sorpresa a muchos funcionarios y letrados.

A ello se sumó una cultura jurídica ritualista, apegada a ápices procesales, ajena a principios tales como el de instrumentalidad de las formas, con lo cual no se permitió adoptar, en todos los casos, una respuesta apropiada. Por el contrario, la concepción ritualista de los procesos generó situaciones de afectación de la tutela judicial efectiva, dado que los procesos eran concebidos de una manera que no se adecuaba a las realidades de la pandemia.

Cabe recordar, por ejemplo, las dificultades en determinar si correspondía canalizar una pretensión contra las disposiciones de ASPO a través de amparo o de *habeas corpus*, ya que si bien se cuestionaban normas que procuraban restringir la libertad ambulatoria en concreto, lo que se invocaba era la frustración de otro tipo de derechos, como los de trabajar, ejercer un culto, educarse, etc. El tema, que presentaba conflictos de competencia, de traba de *litis*, entre otros factores, repercutió en una serie de pronunciamientos contradictorios que se vieron afectados por las dificultades generadas por el sistema difuso.

Finalmente, también es oportuno mencionar los obstáculos técnicos u objetivos. La falta de desarrollo de sistemas o soportes idóneos era una constante problemática, en particular en los inicios de la pandemia, por cuanto se presentaban

57 Corte IDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco, 2018, párr. 287, entre otros.

58 Corte IDH, Caso Tristán Donoso, Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 165.

grandes dificultades de conectividad o interrupciones de servicio. En los casos en que las TIC eran utilizadas, se dio un desarrollo parcializado o sectorial, en particular por la falta de generalización tanto en los tribunales como entre los letrados.

También puede señalarse la imprevisión o falta de gestión oportuna, en cuanto al diseño de softwares o programas, compra de insumos, que muchas veces se sostuvo en los aportes de los propios trabajadores judiciales, gestión de turnos y de recursos humanos eficaz, perspectiva de género (donde no se tuvo en cuenta la realización de tareas de cuidado extraordinarias por algunos de los funcionarios, ni su derecho a la desconexión).

EL IMPACTO DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Como se ha señalado anteriormente, la pandemia se proyectó en un escenario de violación de derechos a gran escala, en el cual las personas en situación de vulnerabilidad se encontraron muchas veces sistemáticamente excluidas en el goce de sus derechos, en particular su derecho al desarrollo.

Una falencia de diseño jurídico procesal resultó especialmente trascendente en el escenario objeto del presente estudio: la ausencia, en Argentina, de regulación legislativa procesal del litigio colectivo y del litigio estructural, lo que impactó en la respuesta dispar en muchos casos de tal naturaleza, iniciados en el marco de la violación sistemática de derechos por las restricciones adoptadas en el escenario de la pandemia. Recordamos, en ese sentido, los ejemplos que se han mencionado sobre litigio estructural para el acceso a la conectividad de personas que habitan en asentamientos precarios, a lo que puede sumarse el litigio colectivo de personas privadas de la libertad en el marco de procesos penales, personas internadas en neuropsiquiátricos, así como demandas colectivas tendientes a garantizar el acceso a la salud y los medicamentos a los jubilados.

Uno de los sectores que más vio afectados sus derechos fue el de los profesionales de la salud. Frente a un escenario preexistente con múltiples falencias, las condiciones laborales se vieron puestas en jaque por el incremento de las horas de trabajo, la exposición a riesgos y el estrés propio del escenario de la pandemia. Ello, máxime cuando, en algunos casos, su exposición al contagio no fue acompañada de la debida efectividad de su vacunación prioritaria, y generó, incluso, hostigamiento social.

Diversos procesos colectivos o estructurales fueron iniciados en el marco de la tutela de los derechos en el escenario de la pandemia del covid-19. Un ejemplo interesante lo plantea la demanda iniciada en protección de trabajadores de la salud

en la Ciudad de Buenos Aires en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.⁵⁹ El secretario general del Consejo Directivo de la Capital Federal de la Asociación de Trabajadores del Estado promovió una medida cautelar autónoma con el objeto de que

... se ordene al GCBA “[...] que cumpla con la normativa legal vigente (ley 19.587, Dto. 351/79, leyes 471, 6.035, 2.203 y 2.585, Disposición SRT No. 5/GG#SRT y recomendaciones frente al COVID del Ministerio de Salud de la Ciudad y Nación) y entregue los insumos adecuados y los Elementos de Protección Personal para cada tarea a los/as trabajadores y trabajadoras que prestan servicios en el subsector público de salud (art. 13 ley 153)”.

Y respecto de la codemandada Provincia ART requirió que esta

... proceda a realizar las inspecciones, controles y capacitación correspondiente al covid-19, así como [que] realice en forma urgente los análisis periódicos anuales a los/as trabajadores/as de los efectores del subsector público de Salud (art. 13 ley 153) [,] incluyendo en el mismo los análisis de detección del COVID 19 que corresponda.

El juez⁶⁰ resolvió que la actora estaba legitimada para representar al grupo y ordenó tres cosas como medida cautelar:

1. La conformación de una mesa de diálogo (física o virtual) con intervención “del frente actor y el GCBA, en especial los Sres. Ministros de Salud y de Economía, el Sr. Jefe de Gabinete y el representante de Provincia ART”, para trabajar y presentar en cinco días un diagnóstico de necesidades y un cronograma de cumplimiento, además de designar el área gubernamental responsable de informar semanalmente al respecto en el expediente.
2. La inmediata provisión, por parte del GCBA, “a los trabajadores del sector de salud de la Ciudad, según las necesidades del área y del sector”, de elementos de protección adecuada frente al covid-19.
3. Que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo “cumpla en forma inmediata con las normas de higiene, seguridad, control y fiscalización del empleador en los términos de la Ley n.º 24.557 respecto de la prevención de contagio del COVID-19”.

59 Caso Catalano, Daniel c/ GCBA y otros s/ Incidente de medida cautelar – amparo – empleo público – otro.

60 Exp. n.º INC 3072/2020-1, Sentencia de 28 de abril de 2020.

Con relación a las personas internadas en neuropsiquiátricos, se intentó una protección colectiva y cautelar que ordenara al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tomar diversas medidas mientras durara el estado de aislamiento. Así, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, en la Causa Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) c/ GCBA s/ Amparo – Salud – Otros (exp. 3187/2020-0), dictó un pronunciamiento, el 14 de mayo de 2020, por el cual se ordenaron, con carácter cautelar, diversas medidas tendientes a proteger los derechos de las personas internadas en los hospitales psiquiátricos monovalentes de la CABA. La decisión fue extendida el 22 de mayo de 2020, debido a pedidos efectuados por la Sra. Asesora Tutelar a cargo de la Asesoría n.º 4 y por el órgano de revisión. Allí se resolvieron vastas medidas informativas, de prevención, etc.⁶¹

También se intentaron medidas de protección con relación a los derechos de las personas que habitaban en asentamientos precarios. El 21 de mayo de 2020, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA se pronunció en el Caso Álvarez, Ignacio y otros c/ GCBA s/ Amparo – otros,⁶² ordenando al Gobierno de la Ciudad, como medida cautelar: (i) elaborar un Protocolo Específico de Análisis, Acción y Prevención en materia de covid-19 para aplicar, difundir y publicitar en villas, asentamientos y barrios vulnerables; (ii) asegurar, mientras tanto, la provisión de elementos de higiene y difundir el conocimiento de la problemática en esos lugares, y (iii) participar en una mesa de diálogo para enfrentar la resolución del caso. La decisión, de carácter estructural, abarcó múltiples aspectos.⁶³

61 Ordenó el Tribunal: “1) informe, de inmediato, los datos filiatorios de las personas que presuntamente se encuentren infectadas con el COVID 19; 2) proceda en consecuencia y adopte, en tal sentido, medidas de prevención –concretas y urgentes– para evitar la expansión del virus en la población hospitalaria, entre las cuales deberá levantar todas las barreras epidemiológicas con el fin de impedir –o bien anular y/o retrasar– el contagio en los usuarios y profesionales del hospital; 3) que se dispongan dispositivos de aislamiento correspondientes (dentro del hospital o en forma externa, siempre con personal suficiente) respecto de las personas presuntamente contagiadas, a cuyos fines deberá implementar servicios completos para efectivizar tales aislamientos; 4) se realice el testeo masivo en el hospital, a efectos de prevenir que los eventuales contagios no se transfieran al Hospital Moyano; 5) que provea de profesionales externos al Hospital Borda, para la sustitución de aquellos profesionales que estuvieran infectados; 6) y, a fin de no tornar ilusorias las medidas antes requeridas, se dispongan, por parte del GCBA a través del Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Mental, todos los recursos financieros necesarios a esos efectos, y solicita que a tales fines, se libre oficio por Secretaría”.

62 Exp. n.º 3429/2020-0.

63 En concreto, la parte dispositiva de la sentencia decide lo siguiente: “II) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al GCBA con la intervención de

También encontramos importantes antecedentes de litigios colectivos en tutela de prestaciones de salud, especialmente con relación a grupos vulnerables. Por ejemplo, en el Juzgado Federal de Formosa se cuestionaron restricciones relativas a jubilados instrumentadas por el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. En un proceso de medida autosatisfactiva⁶⁴ se ordenó, en fecha 26 de marzo de 2020, “a la Farmacia Farmacity S.A. con domicilio en la Ciudad de Formosa, el cese de cualquier restricción a los afiliados del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados –INSSJP–, debiendo otorgarse a los mismos y a la provisión de medicamentos en general, un tratamiento preferente mientras dure la emergencia sanitaria decretada por el Poder Ejecutivo Nacional”.

especialistas en salud pública y profesionales de otras ramas, en un contexto de abordaje interdisciplinario, [que] elabore un Protocolo Específico de Análisis, Acción y Prevención en materia de COVID-19 para aplicar, difundir y publicitar en villas, asentamientos y barrios vulnerables localizados en las Comunas 4 y 8 de esta Ciudad, el que deberá ser presentado ante este Juzgado en el plazo máximo de cinco (5) días, contados desde la notificación del presente decisorio. III) Ordenar al GCBA –hasta tanto elabore y confeccione el protocolo de prevención y contención identificado en el punto precedente– que: 1) Asegure la provisión inmediata, suficiente y sostenida de elementos sanitarios (barbijos y guantes de látex), de higiene y limpieza (lavandina, jabón, alcohol en gel), así como también, elementos de medición de temperatura para la población de las villas, asentamientos y barrios vulnerables localizados en las Comunas 4 y 8 de esta Ciudad; 2) Garantice el suministro de agua potable a los habitantes de esos barrios tanto para su consumo como para una efectiva higienización; 3) Informe y acredite los espacios apropiados, oportunos y suficientes para el aislamiento, tanto en hospitales como [en] centros de aislamiento por COVID-19 para los casos confirmados, sospechosos o contactos estrechos; 4) Informe y acredite la higienización y desinfección de Espacios Comunes y Públicos, garantizando la limpieza en comedores, ferias barriales y comercios dotándolos de elementos de higiene; 5) Adopte, de manera inmediata, medidas de comunicación y difusión adecuadas y exclusivas, con el objeto de informar con efectividad a la población de las villas, asentamientos y barrios vulnerables localizados en las Comunas 4 y 8 de esta Ciudad, sobre las acciones de cuidado y las formas de funcionamiento de los operativos. 6) Informar las alternativas de abordaje de temas de Violencia de Género en el marco de la pandemia: difusión de información y espacios de atención a las víctimas de estos casos. Todo ello, deberá ser informado a este Tribunal en el plazo de dos (2) días contados desde el momento de la notificación del presente decisorio. IV) Disponer que todas las medidas establecidas en el punto precedente deberán ser sostenidas hasta tanto se elabore y acredite, por ante este Tribunal, el cabal cumplimiento del mecanismo identificado en el punto II de la presente parte dispositiva; y/o hasta tanto se supere la situación de emergencia sanitaria que atraviesa la población de los barrios vulnerables de las Comunas 4 y 8. V) Disponer la creación de una Mesa de Trabajo de la cual participarán las partes intervinientes en la presente causa y representantes de los Ministerios de Salud, Desarrollo Social y Espacio Público y Medio Ambiente del GCBA”.

64. Caso INSSJP- c/ Farmacity S.A. s/ Medida cautelar autónoma, Exp. n.º 1325/2020.

Otro sector que vio gravemente lesionados sus derechos fueron los niños, niñas y adolescentes, ya que muchas veces las limitaciones a la libertad ambulatoria preveían excepciones que no les resultaban aplicables. Fueron, junto con los adultos mayores, uno de los sectores que más vio restringida su libertad. Ahora bien, un tema que revistió particular énfasis jurisdiccional, y dio lugar a sentencias no siempre uniformes, es el litigio en torno a la tutela de los derechos en el marco de las relaciones familiares, en particular, respeto del régimen de visitas, custodia, etc., de niños, niñas y adolescentes. Así, existe vasta jurisprudencia en torno a la aplicación de los regímenes de comunicación entre padres e hijos en el marco de la pandemia.⁶⁵

65 En algunos casos, los tribunales se pronunciaron a favor del mantenimiento de ASPO. Así, en la Causa Z., A. c/ M., P. E. s/ Denuncia por violencia familiar, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el pronunciamiento que denegó el pedido de habilitación de feria solicitado por el padre de una menor, en el marco de un proceso revindicatorio frente a la negativa de parte de la madre de la niña de llevarla a los lugares en donde se celebran los encuentros. También en el Caso S. L. E. C/ Z. D. J. C. S. s/ Incidente de alimentos, el Juzgado de Familia n.º 4 de San Isidro (Buenos Aires), el 26 de marzo de 2020, resolvió que el niño permaneciera en un hogar, sin traslados. En el expediente n.º 68985-2019, “S., S. c/ L., M. C. s/divorcio”, el Juzgado Nacional Civil n.º 12, en fecha 8 de abril de 2020, desestimó el pedido del padre de retirar a sus hijos de la casa materna para que pasaran con él la cuarentena obligatoria decretada por el Poder Ejecutivo nacional. El Juzgado interviniente desestimó tal petición con basamento en que la misma no tenía sustento legal, pues no encuadraba dentro de las excepciones determinadas por la Resolución aclaratoria 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social. Por su parte, el Juzgado de Familia n.º 4 de San Isidro resolvió, en fecha 19 de marzo de 2020, en la Causa L. A. H. E. c. S. M., S. s/ Medidas protectoras (AR/JUR/3260/2020), que, con la finalidad de fortalecer la prevención y la salud como bien fundamental de la comunidad, correspondía desestimar el planteo formulado por el progenitor no conviviente, de habilitación de asueto judicial, tendiente a la ejecución del régimen de comunicación con su hijo –a lo que se negaba el otro progenitor–, mientras durara la vigencia de las medidas de aislamiento dictadas por el Gobierno Nacional, tendientes a la permanencia de los niños en sus hogares, evitando todo tipo de traslado de los mismos. Puede citarse también el Caso C., E. M. B. c/ G., J. N. s/ Denuncia por violencia familiar, del Juzgado Nacional en lo Civil n.º 102, de fecha 23 de abril de 2020, sobre cuidado personal compartido y régimen de comunicación virtual ante el aislamiento social obligatorio con motivo del coronavirus. Sin embargo, en la Causa M., A. M. c/ A., V. s/ Incidente – Modificación derecho de comunicación, el Juzgado de Paz de Coronel Pringles (Buenos Aires), en fecha 8 de abril de 2020, autorizó a la madre a trasladar al hijo menor de edad a la casa del padre para que siguiera disfrutando del régimen de comunicación con este último los fines de semana, por considerar que la situación encuadraba dentro de las excepciones contempladas en la Resolución del Ministerio de Bienestar Social n.º 132/2020.

DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN EL MARCO DE UN PROCESO PENAL. EXIGENCIAS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES

Escenario preexistente

El orden constitucional y el orden convencional establecen pautas claras y tuitivas en torno a los derechos de las personas privadas de la libertad. La CADH es enfática en exigir el respeto a la dignidad de personas privadas de la libertad (en su artículo 5). A ello se suman las exigencias establecidas en otros instrumentos internacionales, entre los que toman especial predicamento las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) y, consistentemente, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

En ese marco, la Corte IDH ha hecho énfasis en que la dignidad personal de los detenidos forma parte del núcleo inderogable y no suspendible de los derechos humanos.⁶⁶ Así, si bien las privaciones de la libertad implican un inevitable menoscabo, privación o alteración de derechos de las personas, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios que deterioren la integridad física, psíquica o moral pueden llegar a constituir una forma de pena cruel, prohibida por el artículo 5, inciso 2.º, de la CADH.⁶⁷

Las obligaciones consecuentes de los Estados exigen que ellos no puedan invocar, como argumentos válidos para su incumplimiento, privaciones económicas⁶⁸ e, incluso, la descoordinación entre las autoridades provinciales y federales.⁶⁹ Específicamente, con relación al tema objeto de este trabajo, la Corte IDH ha subrayado que los Estados no pueden alegar situaciones de emergencia como argumento razonable para restringir los derechos de las personas privadas de la libertad en el marco de un proceso penal.⁷⁰

66 Corte IDH, Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C, n.º 160.

67 Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C, n.º 119, párr. 101.

68 Corte IDH, Caso Vélez Loo vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, n.º 218, párr. 198.

69 Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004, Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Argentina, Caso Penitenciarias de Mendoza.

70 Véase Corte IDH, Caso Penal Castro Castro, cit.

A la luz de las pautas citadas, el Estado tiene el deber de proporcionar salud, bienestar mínimo y asistencia médica a las personas privadas de la libertad, esto en virtud de que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre ellas.⁷¹

En consecuencia, se estiman como “inconvenientes”: el hacinamiento, el aislamiento prolongado, la incomunicación coactiva (salvo por razones excepcionales), la ausencia de ventilación y luz natural en las celdas, la falta de higiene, las restricciones indebidas al régimen de visitas,⁷² la falta de agua potable,⁷³ entre otros. Todo ello, además, exige una perspectiva de género en la política penitenciaria.⁷⁴ Estas pautas tienen injerencia directa en una situación como la de la pandemia, en la que el riesgo de exposición al covid-19 se acentúa notablemente.

La normativa constitucional e infraconstitucional argentina se encuadra también en la tutela de las personas privadas de la libertad. El texto constitucional parte de consagrar que “[l]as cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice” (art. 18 de la Constitución Nacional); en consecuencia, la exigencia de “seguridad” en el marco de la privación de la libertad resulta fundamental. Se ha aclarado, no obstante, que ello implica tanto la seguridad de las personas privadas de la libertad como también la seguridad de la sociedad.⁷⁵ Con esa orientación se sancionó en 1996 la Ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad.

El tema recibió especial atención en el conocido Caso Verbitsky y otros, resuelto por la CSJN en el año 2005⁷⁶ y que implicó una sentencia *estructural* en materia de tutela de las personas privadas de la libertad en el marco de un proceso penal en la Provincia de Buenos Aires. El fallo se construyó en torno a la satisfacción de los estándares convencionales y constitucionales citados, e implicó el dictado de una de las decisiones estructurales más amplias en la historia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁷⁷

71 Corte IDH, Caso Yvon Neptune c/ Haití, Sentencia de 6 mayo de 2008, Serie C, 180, párr. 130 y Caso Vélez Loo, cit., párr. 216, 218.

72 Corte IDH, Caso Penal Castro Castro, cit., párr. 314, 316, 323, 325.

73 Corte IDH, Caso Vélez Loo, cit., párr. 216.

74 Corte IDH, Caso Castro Castro, cit., párr. 303 a 308.

75 Véase Luis Carlos Cabral, “La Constitución y las cárceles de la Nación”, con cita de Montes de Oca en página 154. https://www.ancmyp.org.ar/user/CONTINUACION-ANALES/12_TOMO%20XVIII.PDF.

76 CSJN, Fallos: 328:1146.

77 Sobre el punto, véase Néstor Pedro Sagüés, “Las sentencias constitucionales exhortativas”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 4, n.º 2, 2006.

Catorce años después, en 2019, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos declaró la Emergencia Penitenciaria,⁷⁸ y se formó una Comisión de Emergencia en materia penitenciaria donde actuaban de manera articulada diversos representantes de estamentos del Estado, como la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios y Relaciones con el Poder Judicial y la Comunidad Académica (dependiente de la Secretaría de Justicia), la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Seguridad. También se encontraba presente el Poder Judicial, con representantes de la CSJN, la Cámara Federal de Casación Penal, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y la Comisión de Cárceles del Ministerio Público de la Defensa y la Procuración General de la Nación.

Exigencias en el escenario en la pandemia

La situación generalizada en el marco de la pandemia del covid-19 acentuó el impacto desproporcionado en la restricción de derechos de las personas privadas de la libertad, sobre los cuales confluyen varios factores de vulnerabilidad asociados a condiciones como la edad, el sexo, la situación de pobreza, la salud, las condiciones inadecuadas de salubridad, la sobrepoblación y el hacinamiento, que interactúan entre sí de manera simultánea, desencadenando una forma específica de discriminación que no podría entenderse a partir de una visión aislada de cada factor.

Frente a este deplorable escenario reaccionaron tanto órganos nacionales como supranacionales, entre los que puede mencionarse al Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUDH) (Directriz provisional de marzo de 2020⁷⁹), la Organización Mundial de la Salud (OMS),⁸⁰ la Corte IDH (Declaración 1/20 de fecha 9/4/2020⁸¹), la CIDH (Recomendación 1/20⁸²), así como diversas relatorías del sistema interamericano y del sistema universal de derechos humanos, mediante informes, entre otros.

78 RESOL-2019-184-APN-MJ.

79 https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19/COVID-19-FocusonPersonsDeprivedofTheirLiberty_SP.pdf.

80 Véase Declaración conjunta de la UNODC, la OMS, el ONUSIDA y la ACNUDH sobre la COVID-19 en prisiones y otros centros de detención. <https://www.who.int/es/news-room/detail/13-05-2020-unodc-who-un aids-and-ohchr-joint-statement-on-COVID-19-in-prisons-and-other-closed-settings>.

81 https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf.

82 <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

Estos instrumentos confluyen en algunas pautas en común, que se canalizan a través de tres líneas de acción diferenciadas: 1) la tutela de la salud de las personas privadas de la libertad, mediante la adopción de planes de contingencia y medidas de contención y prevención; 2) la reducción de la población carcelaria, o descongestionamiento (línea que es marcada como prioritaria), y 3) el control de la violencia en establecimientos penitenciarios en el marco de la pandemia, orientado a mantener el orden y la seguridad mediante protocolos específicos.⁸³

Las diversas recomendaciones, tanto de los órganos del sistema universal de derechos humanos como de la Organización Mundial de la Salud, ya citadas, así como la Cruz Roja Internacional,⁸⁴ hicieron énfasis en la adopción de numerosas medidas de prevención, que muchas veces requerían, como lo señaló la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el diálogo entre órganos, es decir, la respuesta interjurisdiccional.

Respuesta legislativa, administrativa y jurisdiccional argentina

Desde la perspectiva administrativa, en el ámbito del Servicio Penitenciario Nacional, se conformó un comité de crisis, que adoptó diversas medidas de las recomendadas por los instrumentos reseñados. Así, se implementaron programas de prevención y control epidemiológico, que prevén la vigilancia activa, detección precoz, aislamiento preventivo o sanitario y diagnóstico diferencial; y, también, específicamente, la entrega de elementos sanitarios, tales como barbijos.

Se reglamentó el ingreso en las cárceles, mediante la suspensión del dictado de clases en los programas educativos, así como de las visitas, que fueron compensadas mediante la vinculación familiar y social a través del sistema de videollamadas; se adoptó un protocolo relativo al personal penitenciario y, finalmente, se suspendió la admisión de internos en alcaldías.

La privación de la libertad en el marco de un proceso penal, en el escenario de la pandemia, generó una amplia reacción jurisprudencial por parte de diversos tribunales argentinos. En general, se abarcaron dos temas: las medidas de descongestionamiento y, paralelamente, las medidas de prevención y control de la salud en los establecimientos penitenciarios.

83 Con respecto a los estándares del sistema regional y universal de los derechos humanos, véase María Sofía Sagüés, “La privación de la libertad en el marco de un proceso penal en tiempos de pandemia”, en Cristian Altavilla y Candela Villegas (dirs.), *Los desafíos del derecho frente a la pandemia COVID-19. Mirada del derecho argentino con aportes del derecho comparado*, Buenos Aires, IJ Editores y Universidad Siglo 21, 2020.

84 www.icrc.org/es/download/file/166799/recomendaciones_para_la_prevenccion_y_control_de_la_COVID-19_en_lugares_de_detencion.pdf.

Con relación al primero de los temas, el enfoque varió según los organismos jurisdiccionales, que se tradujeron en dos posiciones antagónicas: a) quienes consideraron la viabilidad de adoptar decisiones generales, transversales a todos los supuestos, y b) aquellos otros que adoptaron una respuesta casuística, en función de cada situación concreta.

Así, en algunos momentos, los órganos judiciales superiores en la materia, como la Cámara Federal de Casación Penal, máximo órgano de la jurisdicción penal a nivel federal en Argentina, la Cámara Nacional de Casación Penal, máximo órgano de competencia penal en la jurisdicción ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires, y superiores tribunales provinciales, optaron por dictar normas regulatorias genéricas –acordadas– que abordaran la temática y brindaran líneas generales, a la par que se resolvían planteos concretos articulados a través de varias vías procesales: *habeas corpus* correctivos colectivos, *habeas corpus* correctivos individuales y pedidos de medidas alternativas a la prisión, como excarcelaciones y libertades asistidas, entre otras.

Contra esta orientación se escucharon voces disidentes en las acordadas adoptadas, o respuestas jurisdiccionales que consideraron dicha metodología inconstitucional. Finalmente, también se discutió si una perspectiva global podía adoptarse a través de un *habeas corpus* colectivo.

El universo de casos es sumamente amplio y diverso, por lo que se procede a hacer referencia a algunos pronunciamientos, en particular de los tribunales citados en los párrafos anteriores, para demostrar el escaso grado de uniformidad de las reacciones.

Una revisión de las decisiones que tomó la Sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal durante el período de feria extraordinaria, dispuesto en la Acordada 6/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, permite visualizar un primer escenario de respuestas a la luz de los fallos que se dictaron entre el 20 de marzo y el 8 de abril, a partir de pedidos de excarcelación, prisión domiciliaria o morigeración de la detención en unidades carcelarias en el marco del brote de coronavirus.⁸⁵

Conforme explica el informe citado, en general, en los pronunciamientos se hizo hincapié en que debía acreditarse que el mantenimiento del encierro implicaba un peligro concreto para la salud o la integridad del interno, para de ese modo hacer admisible el planteo, dado que no resultaba suficiente la sola

85 La Fiscalía General n.º 3 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires realizó tal relevamiento, que fue tomado como base del presente punto y se encuentra disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/informe-de-jurisprudencia-de-la-sala-de-feria-de-la-camara-federal-de-casacion-relacionada-con-la-pandemia-de-COVID-19/>.

pertenencia de la persona a los grupos de riesgo frente al coronavirus para que, automáticamente, se modificara su modalidad de detención, pues esa circunstancia resultaba indicativa de un peligro meramente conjetural o hipotético. Al respecto, los jueces tuvieron en cuenta que las autoridades competentes aseguraron la vigencia de los protocolos de prevención de contagio y propagación de la pandemia del covid-19.⁸⁶

Sin perjuicio de ello, en diversos pronunciamientos se articuló un diálogo con la autoridad penitenciaria, ya que la Sala de FERIA encomendó a los tribunales inferiores que dispusieran que las unidades carcelarias extremaran las medidas de prevención, salud e higiene, en los términos de la Acordada 3/20 y la “Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19” en el Servicio Penitenciario Federal.⁸⁷

El documento marca que en el periodo mencionado la Sala de FERIA, si bien fue integrada por distintos magistrados, deliberó en todos los casos de forma remota, emitió el voto en formato digital y supeditó la firma de la resolución a la culminación de esta feria extraordinaria. Se dictaron 85 fallos: en 21 de ellos se envió el incidente al tribunal oral correspondiente para que se dictase un nuevo pronunciamiento, de acuerdo con lo establecido en el fallo de casación federal. Solo en tres oportunidades la Sala de FERIA hizo lugar al recurso y concedió directamente la prisión domiciliaria solicitada. Por otra parte, en 57 ocasiones se rechazaron los recursos.

El tema fue específicamente abordado a través de la Acordada 9/2020, de 13 de abril, donde se volcaron tres posiciones.⁸⁸ La mayoría, a la luz de las exigencias convencionales, resolvió recomendar a los tribunales de la jurisdicción una serie de pautas que los jueces debían aplicar conforme los principios de razonabilidad y proporcionalidad en los casos concretos, con el respeto del debido proceso legal, de los derechos de las partes y, en especial, en estricto cumplimiento a la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (Ley 27.372).

Así, se instó a que se adoptaran medidas alternativas al encierro, tales como la prisión domiciliaria, con los mecanismos de control y monitoreo que se estimara oportunos, respecto de: a) Personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no violentos, o que no representaran un riesgo procesal significativo,

86 *Idem.*

87 DI-2020-58-APN-SPF#MJ.

88 La mayoritaria, suscrita por Ángela E. Ledesma, Gustavo M. Hornos, Alejandro W. Slokar, Mariano Borinsky, Daniel A. Petrone, Diego G. Barroetaveña, Carlos A. Mahiques, Juan Carlos Gemignani, Guillermo J. Yacobucci y Javier Carbajo; un voto particular de la vocal Ana María Figueroa y, finalmente, el voto en disidencia de los vocales Liliana E. Catucci y Eduardo R. Riggi.

o cuando la duración de la detención cautelar hubiera superado ostensiblemente los plazos previstos en la ley, en relación con los hechos imputados y tomando en cuenta las características de cada proceso; b) Personas condenadas por delitos no violentos, a penas de hasta tres años de prisión, y que estuvieran próximas a cumplir la pena impuesta; c) Personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplieran con los demás requisitos; d) Mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos e hijas; e) Personas con mayor riesgo para la salud con relación al covid-19, como adultos mayores, personas con discapacidades específicas vinculadas a dicha patología, y personas inmunodeprimidas o con condiciones crónicas, como enfermedades coronarias, diabetes, enfermedad pulmonar y VIH.

Como patrón de ponderación, el tribunal aclaró que las evaluaciones en cada caso debían determinar si resultaba posible proteger la salud de las personas si estas permanecían detenidas, y también considerar factores como el tiempo de pena cumplido y la gravedad del delito o la existencia de riesgos procesales y el plazo de la detención, para los procesados. Asimismo, se dejó constancia del estándar correspondiente para meritar con extrema prudencia y carácter sumamente restrictivo la aplicabilidad de estas disposiciones en supuestos de delitos graves, conforme normas constitucionales, convencionales y de derecho interno, según la interpretación que el órgano jurisdiccional hiciera en cada caso.

Por otra parte, con relación a las condiciones de detención, se recomendó a las autoridades penitenciarias el estricto cumplimiento de los protocolos y normas vigentes en materia sanitaria ante la detección de síntomas compatibles con el covid-19, debiendo procurarse de manera inmediata la atención correspondiente y, en su caso, un aislamiento provisorio dentro del penal.

Una de las juezas que integró el Tribunal, en su voto, optó por la remisión directa a las pautas del orden convencional, con especial referencia a la Resolución 1/2020 adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, dos vocales que se declararon en disidencia consideraron que no correspondía el dictado de una acordada, sino que los magistrados, en el caso concreto sometido a su jurisdicción, debían proceder sin dejar de considerar los riesgos procesales, sin obviar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sin desatender el particular interés y atención de las víctimas, ni la protección general de la sociedad, así como atendiendo y aplicando las referidas recomendaciones dirigidas a proteger la salud de los internos alojados en el Servicio Penitenciario Federal; decisorios que, eventualmente, podrían ser controlados jurisdiccionalmente por esa Cámara Federal de Casación Penal.

Otro tribunal que recurrió al mecanismo de la acordada fue la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. Mediante el dictado de la Acordada 5/2020, de 23 de abril, se estableció, en lo sustancial, recomendar a los magistrados del fuero criminal y correccional de la Capital Federal que extremaran los recaudos para coadyuvar a la más pronta disminución de la sobrepoblación carcelaria, atendiendo prioritariamente, en la medida en que el caso así lo permitiera, la situación de los internos que conformaran los grupos de riesgo descritos por la autoridad sanitaria.

Explicó el tribunal que la forma que se aconsejaba para obtener la disminución de la población carcelaria transitaba, básicamente, por la vía de la adopción de medidas alternativas a la prisión o de morigeración de la prisión preventiva con o sin monitoreo mediante un dispositivo electrónico. Hizo hincapié en los grupos de riesgo, pero aclaró que las recomendaciones abarcaban a todas las personas privadas de la libertad.

Asimismo, recomendó la atención a la jurisprudencia de esa Cámara referida a que la privación de la libertad durante el proceso constituía una medida excepcional, que solo se encontraba justificada cuando no existía un medio menos lesivo para alcanzar su finalidad. Requirió el seguimiento de esa doctrina judicial por parte de las distintas instancias del fuero, requerida al momento de decidir cada caso, con la finalidad de evitar un desgaste jurisdiccional, siempre perjudicial y que, en las circunstancias de la pandemia, redundaría en poder conjurar las consecuencias de ese innecesario dispendio para la salud de las personas privadas de la libertad dentro de los establecimientos carcelarios, así como para el personal penitenciario en el marco del desempeño de sus funciones.

La norma recibió cierta resistencia por parte de tribunales inferiores. El 2 de mayo de 2020, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal n.º 37 dictó sentencia en el Expediente n.º CCC 21053/2020,⁸⁹ haciendo lugar al amparo colectivo promovido por la Asociación Civil Usina de Justicia y declarando la inconstitucionalidad de la Acordada 5/2020 citada, por considerarla atentatoria contra la garantía constitucional de independencia de los jueces. En ese sentido, sostuvo el juzgado que no podía admitirse una recomendación genérica de la Cámara que encomendase a todos los jueces bajo su esfera, para todos los casos, una determinada conducta cuando el abanico procesal contempla distintas soluciones conforme las particularidades de cada caso.

En la Resolución 52/2020, la Suprema Corte de la Provincia citada recordó que era atribución de los magistrados competentes evaluar y discernir, en su caso, en vista de las circunstancias y con arreglo al orden jurídico vigente, la

89 AR/DOC/1735/2020AR/DOC/1735/2020.

adopción de medidas alternativas o morigeradoras respecto de personas privadas de la libertad que se encontraran abarcadas dentro de los grupos de mayor riesgo ante el covid-19.

Por su parte, en la Causa Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/ queja en causa n.º 102.555 (*habeas corpus* colectivo y correctivo), la Sala I del Tribunal de Casación Provincial había hecho lugar al *habeas corpus* colectivo y ordenado –entre otras cosas– medidas de prisión domiciliaria para personas que hubiesen cometido delitos leves y que se encontraran en situación de riesgo frente al covid-19. También se había resuelto la revisión de prisiones preventivas de oficio, y que, con relación a condenados sin sentencia firme o con cómputo de pena pendiente, en aquellos casos en que se encontraran en un plazo de seis meses anterior a alcanzar el extremo objetivo temporal previsto para obtener la libertad asistida o condicional, y que, a la vez, cumplieran con las exigencias previstas por el ordenamiento sustantivo y adjetivo, se evaluara la posibilidad de disponer –de manera extraordinaria y por única vez– la detención domiciliaria sin control electrónico, hasta alcanzar el término para la obtención de mejores derechos, reiterando que ello no debía alcanzar a quienes estuvieran condenados, con sentencia firme, por delitos contra la vida, la libertad, la integridad sexual y cometidos en un contexto de violencia de género.

La Suprema Corte de la Provincia revocó este pronunciamiento por considerar que no existía homogeneidad en la clase para el tratamiento colectivo, debido a la necesidad de ponderación de elementos particulares.

Específicamente, el máximo Tribunal provincial señaló que por mucho que la problemática de la población carcelaria de la Provincia de Buenos Aires, en riesgo de contagio de covid-19, tuviera una dimensión colectiva y exhibiera aspectos comunicables a los miembros del grupo, no concurría la condición suficiente de igualdad de situación para habilitar una resolución de envergadura colectiva.

Ahora bien, sentado lo anterior, la Corte brindó una serie de pautas a considerar, como por ejemplo que para decidir sobre las morigeraciones impugnadas se imponía un adecuado ejercicio de razonabilidad, ponderando la grave urgencia de la situación comprometida. La evaluación a cargo de cada órgano competente, de aquellas que hubiesen sido recurridas, debía corresponderse con un estudio circunstanciado, dentro de la urgencia del asunto, considerando la situación y, en su caso, con audiencia de la víctima (véase art. 57 de las Reglas de Brasilia), sin mengua de todo otro elemento que se estimara de realce.

En consecuencia, el Tribunal resolvió enunciar unas guías o directrices orientadoras para el tratamiento de las actuaciones promovidas en favor de las personas pertenecientes al universo de mayor riesgo sanitario dentro la población

alojada en las comisarías, alcaidías o unidades penales del Servicio Penitenciario Provincial.⁹⁰

En otros tribunales la respuesta fue diversa, dándose lugar a *habeas corpus* correctivos colectivos que sí tuvieron recepción positiva por las cortes. Así, por ejemplo, en la decisión adoptada en la Causa n.º 52/20, dictada en fecha 17 de abril de 2020 en los autos caratulados “Defensora general adjunta del Poder Judicial de la Provincia del Chaco s/ Hábeas corpus” (Exp. n.º 02/20), el Superior Tribunal de Justicia del Chaco resolvió hacer parcialmente lugar al *habeas corpus* en favor de las personas privadas de la libertad alojadas en las comisarías y establecimientos penitenciarios de la Provincia del Chaco, disponiendo pautas y medidas generales.⁹¹ La decisión enfatiza su carácter estructural al disponer la

90 La mera remisión a la clasificación de los delitos en leves y graves carece de base legal. En cuanto dispensa los casos leves de la valoración de las particularidades que deben ser ponderadas en cada situación concreta, su observancia no garantiza el dictado de una sentencia fundada con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa. La gradación de las escalas penales constituye solo uno de los parámetros objetivos para apreciar la gravedad del hecho, mas no debe erigirse en el único cartabón a emplear, a modo de regla omnicompreensiva. Entre otros factores dignos de consideración bajo los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, cobran relevancia los siguientes: los bienes jurídicos afectados; las condiciones personales del procesado o condenado (argumento en aplicación del art. 163 CPP); el grado de intervención asignada al procesado o condenado por el delito, y las modalidades de la comisión del delito (*v.gr.*, la forma en que se afectó el bien jurídico, los medios empleados y las particulares relaciones con las víctimas; argumento en aplicación del art. 163 CPP); el nivel de organización delictual en que ha sido perpetrado; la pena en expectativa o la ya establecida; el examen del nivel de avance del proceso y de los riesgos procesales; la situación de la víctima al momento de la decisión y, entre otros aspectos, su relación con el domicilio constatado del procesado o condenado reclamante; la consideración de la existencia de lugares especialmente destinados por el sistema carcelario para alojar personas en riesgo sanitario agravado; todo otro factor a sopesar prudencialmente por el órgano judicial competente. No se debe descuidar el enfoque sobre la situación de la víctima, en especial, su vulnerabilidad –*v.gr.*, en casos de violencia familiar o de género, o de agresión sexual–. Debe asignarse prioridad al trámite de las peticiones articuladas en favor de las personas que integran el universo de riesgo. Asimismo, el tribunal resuelve exhortar a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires a pronunciarse sobre las adecuaciones que estime correspondientes a la legislación procesal y de ejecución penal, a fin de hacer efectiva la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos n.º 27.372 (BO de 13 de julio de 2017). Finalmente, recuerda a las autoridades administrativas de la Provincia de Buenos Aires la importancia de ajustar las medidas y programas a su cargo, de carácter específico para atender la pandemia en el contexto de situaciones de encierro, a las recomendaciones y directivas emanadas de la OMS y del Comité Internacional de la Cruz Roja, entre otras organizaciones dedicadas a enfrentar la crisis sanitaria.

91 Haciendo saber a los tribunales correspondientes que debían revisar de oficio las causas de aquellas personas que se encontraran cumpliendo prisión preventiva, evaluando su

creación de una “Comisión de Crisis del Poder Judicial”, integrada por magistrados, fiscales y defensores del Poder Judicial, para trabajar de manera articulada y programar acciones conjuntas tendientes a garantizar los derechos de las personas privadas de la libertad.

En la línea receptiva a la articulación de *habeas corpus* colectivos en torno al tema en estudio puede citarse al Primer Juzgado Colegiado (protocolo) de la Primera Circunscripción de Mendoza, Caso Xumek p/ Hábeas corpus correctivo y colectivo (Sarmiento) (nch) (Exp. n.º 47215/V), que el 30 de marzo de 2020 hizo parcialmente lugar a la demanda colectiva y ordenó a la Dirección General del Servicio Penitenciario de la Provincia de Mendoza diversas medidas de naturaleza estructural.⁹²

necesidad y justificación conforme la situación de emergencia por la pandemia y disponiendo medidas alternativas al encierro. Todo ello, conforme recomendó el tribunal, debía resolverse de manera oportuna, sin perjuicio de considerar medidas alternativas en los casos de personas con condenas firmes por delitos no violentos, próximas a agotar la pena impuesta. El mismo tribunal resolvió dar la prioridad a los casos de personas con mayor riesgo para la salud, como adultos mayores, personas con discapacidades, mujeres embarazadas y personas inmunodeprimidas o con condiciones crónicas, como enfermedades coronarias, diabetes, enfermedad pulmonar y VIH. Tales disposiciones debían ser evaluadas con máxima prudencia y carácter restrictivo en supuestos de delitos graves. Asimismo, la resolución incluyó elementos estructurales con relación a la tutela de la salud en las prisiones, recomendando a las autoridades penitenciarias que ante la detección de síntomas compatibles con el covid-19 dieran estricto cumplimiento a los protocolos y disposiciones vigentes en materia sanitaria, debiendo proporcionar de modo inmediato la atención pertinente y, en su caso, el aislamiento provisorio dentro del establecimiento.

- 92 1) “Que en el plazo de diez (10) días hábiles, arbitre los medios necesarios y proceda a la remisión a las autoridades judiciales competentes, previa entrevista y conformidad de los interesados, de las actuaciones administrativas correspondiente al pedido de prisión domiciliaria de la totalidad de la población penal que se encuentre en situación de riesgo frente al coronavirus COVID 19 (Art. 48 ley 8.465, art. 298 CPP)” (punto II de la parte dispositiva); 2) “Que disponga un alojamiento transitorio y de aislamiento, para todas aquellas personas privadas de la libertad, que se encuentren en una situación de riesgo frente al coronavirus COVID 19, y [a las] que en plazo de quince (15) días, no le[s] sea otorgado el régimen de Prisión Domiciliaria. Debiendo en todos los casos intensificar los mecanismos de control sanitario para cada una de ellas (Art. 160 ley 8.465)” (punto III de la parte dispositiva); 3) “Que en el plazo de tres (3) días, a través de las autoridades de cada una de la Unidades, Alcaldías y Complejos Penitenciarios de la Provincia de Mendoza, garantice un sistema periódico de entrega de elementos de higiene y limpieza a las personas privadas de la libertad, como así también un procedimiento de desinfección de los lugares de alojamiento, donde en ambos casos no podrá superar una periodicidad mayor a los catorce (14) días, debiendo informar a esta instancia el procedimiento adoptado (Art. 76 ley 8.465)” (punto V de la parte dispositiva). La decisión también habilitó temporariamente el uso de celulares.

Múltiples tribunales, tanto federales como del nivel del derecho público local, brindan interesantes ejemplos de cómo, a través de diversas vías procesales, se ha aportado un tratamiento casuístico a la problemática en estudio, ponderando los patrones convencionales y su proyección a la causa con base en el principio de razonabilidad.

Por ejemplo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes resolvió, el 19 de marzo de 2020, en la Causa A., R. s/ Incidente de Prisión Domiciliaria, que, teniendo en cuenta la situación de salud en la que se encontraba el imputado, quien padecía diabetes e hipertensión y requería una intervención quirúrgica coronaria de urgencia, debía otorgarse, atendiendo a razones de orden humanitario, la excarcelación, de manera que pudiera realizar un adecuado tratamiento en territorio provincial, máxime cuando a ello se sumaba la situación sanitaria del país como consecuencia de la pandemia provocada por el coronavirus, y en atención a las medidas adoptadas para evitar la circulación de personas y su exposición al contagio. La resolución tuvo en cuenta, asimismo, los riesgos que el problema generaba para el Servicio Penitenciario Federal y la población carcelaria.

En similar orientación puede citarse al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná, conforme su pronunciamiento de fecha 18 de marzo de 2020, dictado en el incidente de prisión domiciliaria de L., J. Á.,⁹³ que dispuso la morigeración del encierro cautelar del procesado de manera temporaria y hasta tanto se realizaran los estudios médicos correspondientes, atendiendo a su edad –66 años– y situación de serio riesgo frente al covid-19.

Entre las decisiones que rechazaron los planteos articulados, también sobre la base de criterios casuísticos, puede citarse la del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de Córdoba, que en fecha 19 de marzo de 2020, en la Causa Antón, sostuvo que la prisión domiciliaria solicitada a favor de una mujer de 65 años fundada en la situación de pandemia debía rechazarse, pues las patologías que sufría no resultaban de gravedad, estaban siendo controladas y la paciente se encontraba clínicamente estable. Lo anterior, dado que no había aún registro de casos detectados o sospechosos dentro del pabellón donde se alojaba, ni en su módulo, ni en el establecimiento, ni en cárceles en la Provincia de Córdoba, ni en ninguna cárcel del país, y máxime cuando existía y se estaba llevando a cabo un protocolo específico de prevención para el contagio y propagación de la enfermedad.

En similar sentido negativo puede citarse al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 4, que en fecha 18 de marzo de 2020 se pronunció en la Causa Báez, Martín Antonio y Otros s/ Av. de delito,⁹⁴ exponiendo que no debía concederse la

93 La Ley 27/03/2020, 11, AR/JUR/1335/2020.

94 La Ley AR/JUR/1687/2020.

excarcelación del imputado, pues, en lo que respectaba a la única circunstancia novedosa introducida por la defensa, concerniente a la emergencia sanitaria declarada en razón de la pandemia del covid-19, correspondía indicar que ello no comprendía ninguno de los supuestos que posibilitan el otorgamiento automático de la excarcelación ni la parte lo había encuadrado normativamente.

Por su parte, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 4 de San Martín, en un pronunciamiento de fecha 18 de marzo de 2020, dictado en la Causa Marcelo Cinto Courtaux,⁹⁵ expresó que la excarcelación de un detenido que integraba el grupo de riesgo etario de contagio de la pandemia del covid-19 debía ser denegada, pues la situación de encierro no agravaba su situación de riesgo, sino que profundizaba la posibilidad de evitar el contagio; máxime cuando se encontraba alojado en el pabellón residencial para adultos mayores (condenados por delitos de lesa humanidad), donde los internos no se encontraban hacinados y donde, además, ante cualquier eventual urgencia, su salud se veía resguardada, ya que el imputado disponía de personal médico idóneo dentro de la unidad, para su control, seguimiento e inmediata atención en caso de que así lo requiriera.

En análoga posición, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 2 de San Martín, según decisión de fecha 17 de marzo de 2020, en Autos L. A. V. s/ Incidente de prisión domiciliaria,⁹⁶ señaló que la prisión domiciliaria solicitada respecto de un interno portador de HIV, con fundamento en la declaración de pandemia efectuada por la Organización Mundial de la Salud ante el brote de covid-19, debía rechazarse, pues no surgían indicios que indicasen la posibilidad concreta de configurarse la causal prevista en el inciso “a” del artículo 10 del Código Penal, máxime cuando, en el caso en examen, no se podía soslayar la alta pena de prisión impuesta por los gravísimos hechos que habían motivado la condena, lo que llevaba, según el Tribunal, a sostener una postura de mayor rigurosidad a la hora de evaluar la procedencia del beneficio.

Diversas decisiones jurisdiccionales brindaron respuestas a planteos vinculados con las medidas de prevención y sanitarias aplicables en virtud de la situación de pandemia, en lugares donde tenían lugar privaciones de la libertad.

En general, se plasma un criterio de deferencia hacia las autoridades penitenciarias. Así, por ejemplo, la Cámara Federal de Casación Penal se pronunció, en fecha 8 de junio de 2020, en la Causa Comisión de Cárceles DGN c. UR II, Pabellón F, CPF I s/ Recurso de casación,⁹⁷ al decidir un *habeas corpus* correctivo planteado contra la resolución que rechazó el ingreso y utilización de teléfonos

95 La Ley AR/JUR/1698/2020.

96 La Ley AR/JUR/1085/2020.

97 La Ley AR/JUR/20333/2020.

celulares por parte de los internos durante el ASPO, por considerar que constituía un agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención en los términos del artículo 3, inciso 2, de la Ley 23.098. El Tribunal estimó que las medidas ya adoptadas por el servicio penitenciario federal, en conjunto con el Ministerio de Justicia de la Nación, eran suficientes para mitigar los efectos del aislamiento y garantizar el derecho a la comunicación, motivo por el cual el *habeas corpus* debía desestimarse. La vocal, por su parte, señaló que no se fundamentó el recurso, pero que debía disponerse la utilización de todos los medios tecnológicos disponibles ya que toda restricción debía tener un fin legítimo.

Pueden encontrarse diversos pronunciamientos que se orientan a considerar que la instrumentación de medidas restrictivas, en la medida en que fueran razonables y adecuadas en el marco de la pandemia, no implicaban agravamiento de las condiciones de detención. Así, el Juzgado de Control de FERIA de Villa Dolores⁹⁸ estimó que correspondía rechazar la acción de *habeas corpus* deducida, pues no se advertía un agravamiento ilegítimo en la forma y condiciones en que cumplían la privación de la libertad los internos. El juez subrayó que las inquietudes de los reclusos estaban siendo debidamente abordadas y atendidas por el Servicio Penitenciario, y dado el estricto cumplimiento en el establecimiento de las medidas sanitarias pertinentes a los fines de evitar un posible caso de coronavirus, los internos alojados en el mismo no estaban en peores condiciones que aquellas personas que se encontraban en libertad, entre las cuales la posibilidad de circulación y propagación del virus era incluso mayor. En definitiva, conforme al juzgado, era posible dar continuidad a la modalidad de pena impuesta a cada uno de los peticionantes, sin ningún indicio de alarma que justificase un tratamiento diferente.

Con similar orientación, el Juzgado de Control Penal Económico de Córdoba, en la Causa Hábeas corpus correctivo presentado por internos del módulo MD1 Pabellón 2 y 3 del Establecimiento Penitenciario n.º 1 (Bower) s/ Actuaciones laborales”, fallada en fecha 29 de abril de 2020,⁹⁹ señaló que el régimen de ASPO en razón de la situación de emergencia sanitaria en la que se encontraba el Estado argentino con motivo de la pandemia declarada por la OMS en relación con el coronavirus no implicaba agravamiento en las condiciones en que los/las internos/as cumplían su privación de la libertad, porque dichas condiciones, para la procedencia del *habeas corpus*, debían ser arbitrarias y en el caso no lo eran, teniendo en cuenta las restricciones generales y el avance de la pandemia.

98 Véase Hábeas corpus colectivo presentado por los internos del Pabellón n.º 4 del Establecimiento Penitenciario n.º 8, fallado en fecha 27 de marzo de 2020, AR/JUR/14113/2020.

99 La Ley AR/JUR/14957/2020.

El tema también había sido analizado, pero con una orientación más amplia, por el Juzgado Colegiado (protocolo) de la Primera Circunscripción de Mendoza, en el Caso Xumek p/ Habeas corpus correctivo y colectivo (Sarmiento) (nch) (Exp. n.º 47215/V), de fecha 30 de marzo de 2020, citado en el título anterior, y en el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia del Chaco, también citado con anterioridad.

Con relación a la adopción de medidas de prevención en el sistema penitenciario, puede citarse al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, que en Sentencia de fecha 17 de marzo de 2020, dictada en Autos C., J. P. s/ Incidente de prisión domiciliaria (AR/JUR/1081/2020), resolvió que, dado que la OMS había declarado el brote de coronavirus como pandemia, se debían adoptar todas las medidas aptas para asegurar el derecho a la salud de la población carcelaria, extremando los cuidados médicos de aquellas personas consideradas de riesgo. Por ello, se dispuso el arresto domiciliario de un interno de 67 años de edad que padecía diabetes, pues si bien se encontraba compensado, pertenecía al grupo vulnerable según los criterios establecidos para la clasificación de riesgo en los términos de la “Alerta Epidemiológica del Coronavirus COVID-19” dictada por la OMS.

Ponderación

Respecto a la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad, la heterogeneidad de las respuestas brindadas por los tribunales en Argentina presenta un mosaico de situaciones no siempre idénticas o siquiera similares. La confluencia de diversos factores a tener en cuenta determina que la respuesta a desarrollar por los órganos jurisdiccionales exigía la ponderación, a la luz del principio de razonabilidad, de los derechos de todos los sectores involucrados, tanto de las personas privadas de la libertad como del personal penitenciario y de las víctimas. En tal argumentación, los intereses de la sociedad y su seguridad y valores constitucionales no podían estar ausentes. En definitiva, se requería una respuesta particularizada, cuya consideración supera los cauces procesales de un *habeas corpus* colectivo que reclaman, necesariamente, homogeneidad. Ello no impide el ejercicio de roles institucionales supremos por los tribunales respectivos, con miras a efectivizar los mandatos constitucionales y convencionales, en la medida en que las reglas o principios por ellos proclamados permitan garantizar la receta adecuada que un problema de la dimensión y complejidad como el descrito requiere.

El camino superador debe siempre encontrarse en el cuadro del Estado constitucional y convencional de derecho, enmarcado en las exigencias de las normas

supremas nacionales y el orden internacional de derechos humanos. El problema, pues, convoca e interpela a todos los departamentos del Estado, cada uno en su ámbito de acción, de tal manera que se procure una reacción integral y adecuada. Pretender acotar la tutela al Poder Judicial comporta el peligro de repetir experiencias anteriores, donde procesos estructurales se plasmaron en sentencias generosas, cuyas órdenes no siempre han sido cumplidas íntegramente.

CONCLUSIONES

- En Argentina, el escenario previo a la pandemia del covid-19 se caracterizó por dinámicas políticas frágiles, falencias en los sistemas de frenos y contrapesos, una marcada inconstitucionalidad por omisión así como violaciones estructurales de derechos. La pandemia visibilizó y acentuó tales falencias, al tiempo que generó tensiones propias. En ese contexto, tomaron un particular protagonismo las personas en situación de vulnerabilidad, con relación a las cuales la restricción de derechos en virtud de la emergencia sanitaria se yuxtapuso a los preexistentes factores que, interactuando de manera simultánea, exigían una tutela específica y diferenciada.
- El diseño constitucional argentino no preveía, ni normativa ni jurisprudencialmente, una herramienta específica que permitiera regular el estado de emergencia a medida de la naturaleza del conflicto sanitario que se presentó en el escenario de la pandemia del covid-19. Tal carencia exigió a los operadores encorsetar remedios en instituciones orientadas a otro tipo de supuestos, lo que produjo respuestas inconsistentes y espasmódicas, ahondando aún más el escenario anterior de crisis y fragilidad del sistema.
- La principal fuente normativa de restricción de derechos en el marco de la pandemia del covid-19 fueron decretos dictados por el Poder Ejecutivo nacional, con fundamento en su potestad de adoptar decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados, fuentes que no satisfacían las exigencias de ley formal, en los términos de la Opinión Consultiva n.º 6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A ello se suman cuestionamientos vinculados a lo inapropiado de la delegación, y la insuficiencia de justificación de la existencia de “necesidad y urgencia”, transcurrido el tiempo de pandemia. A su vez, la marcada acción del Poder Ejecutivo nacional se tradujo también en una tensión del diseño federal de la Constitución argentina, ya que las decisiones adoptadas por dicha autoridad parecían, en diversos supuestos, entrar en conflicto con las potestades de los órdenes provinciales, así como con la circulación interprovincial.

- La protagonista de las restricciones de derechos en el marco de la pandemia del covid-19 fue la libertad ambulatoria, lo que permitió visibilizar con claridad su carácter fundamental. En efecto, su acentuada limitación implicó, de manera casi inmediata, una catarata sistemática y progresiva de restricciones de aquellos derechos que la exigían para su ejercicio. En general, en sus inicios, la jurisprudencia fue receptiva en cuanto a la razonabilidad de tal limitación.
- La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación controló tales medidas por la vía de la aplicación expresa del test de razonabilidad exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el cual “[t]odas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.
- En un marco generalizado de restricciones a la libertad ambulatoria, uno de los aspectos estructurales más trascendentes estuvo dado por las falencias sistemáticas y generalizadas de acceso a internet, donde la frustración del derecho a la conectividad, cuando numerosas actividades eran realizadas exclusivamente de manera remota o virtual, conllevaba la violación de toda una serie de derechos fundamentales, como, entre muchos, aquellos al trabajo, a la educación, al acceso a prestaciones sanitarias, de libertad de culto, al acceso a la información pública.
- El respeto del derecho a la protección judicial en Argentina durante la pandemia encontró una respuesta dispar: coexisten experiencias sumamente innovadoras y tuitivas, en particular en jurisdicciones provinciales y de jueces de primera instancia, así como otras, de fueros que no supieron adecuarse a las circunstancias y se vieron paralizados por cuestiones institucionales, técnicas, procesales y culturales.
- La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó diversas disposiciones en torno a la prestación del servicio de justicia. Una primera se caracterizó por la suspensión o restricción de la normal prestación del servicio judicial (Acordada 4, desde el 16 de marzo de 2020), para luego decretar una “feria sanitaria” (Acordada 6, desde el 20 de marzo 2020, y sus prórrogas: acordadas 8, 10, 13, 14, 15 y 16 del mismo año), durante la cual se brindó una prestación mínima del servicio de justicia relativa a causas urgentes en materia penal: cuestiones vinculadas con privación de la libertad, violencia urbana y doméstica, delitos contra la salud pública,

delitos migratorios, interrupción de comunicaciones, aprovechamiento de calamidad, *habeas corpus*, delitos contra la integridad, seguridad pública y orden público; y no penal: asuntos de familia urgentes, resguardo de menores, violencia de género y amparos. Paralelamente, se adoptaron numerosas medidas tendientes a la digitalización de los expedientes judiciales, y se introdujo el trabajo remoto.

- El principio de instrumentalidad, y la consecuente adaptabilidad de las formas, recibió una acogida dispar en la tutela judicial argentina frente a la restricción de derechos instrumentada con motivo de la pandemia del covid-19: si bien hubo experiencias sumamente tuitivas, en particular mediante el recurso informal a mecanismos de tecnologías de comunicación, en otros supuestos existieron obstáculos objetivos al acceso a la justicia (como carencia de recursos de hardware y software para garantizar la accesibilidad remota), al igual que subjetivos (en particular, la gestación de una cultura de burocracia digital).
- Una falencia de diseño jurídico procesal resultó especialmente trascendente en el escenario de la pandemia del covid-19, esto es, la ausencia en Argentina de regulación legislativa procesal del litigio colectivo y del litigio estructural, lo que impactó en la respuesta dispar en muchos casos de tal naturaleza iniciados en el marco de la violación sistemática de derechos en el contexto de la emergencia sanitaria. Ante el ahondamiento de la violación estructural de derechos, los litigios estructurales se multiplicaron. Pueden citarse ejemplos de litigio estructural respecto de materias como el acceso a conectividad de personas que habitan en asentamientos precarios, el litigio colectivo de personas privadas de la libertad en el marco de procesos penales, las personas internadas en neuropsiquiátricos, las demandas colectivas tendientes a garantizar a jubilados su acceso a salud y medicamentos, el litigio colectivo a favor de trabajadores de la salud, entre otras.
- La privación de la libertad en el marco de un proceso penal en un escenario de pandemia generó una amplia reacción jurisprudencial por parte de diversos tribunales argentinos. La heterogeneidad de las respuestas brindadas por estos presenta un mosaico de situaciones no siempre idénticas o siquiera similares. En general, se abarcaron dos temas: las medidas de descongestionamiento y, paralelamente, las medidas de prevención o control de la salud en los establecimientos penitenciarios. Con relación a las primeras, el enfoque varió según los organismos jurisdiccionales, traduciéndose en dos posiciones antagónicas: a) la de quienes consideraban viable adoptar decisiones generales, transversales a todos los supuestos, y

b) la de aquellos otros que optaron por una respuesta casuística, en función de cada situación concreta. La confluencia de diversos factores que era preciso tener en cuenta determinó que la respuesta a desarrollar por los órganos jurisdiccionales exigiera la ponderación, a la luz del principio de razonabilidad, de los derechos de todos los sectores involucrados, tanto de las personas privadas de la libertad como del personal penitenciario y de las víctimas. En tal desarrollo argumentativo, los intereses de la sociedad, su seguridad y los valores constitucionales no pueden estar ausentes. En definitiva, se requería una respuesta particularizada, cuya consideración superara los cauces procesales de un *habeas corpus* colectivo que reclamaban, necesariamente, homogeneidad. Lo cual no tenía por qué ser óbice para el ejercicio de roles institucionales supremos por los tribunales respectivos, con miras a efectivizar los mandatos constitucionales y convencionales, en la medida en que las reglas o principios por ellos proclamados permitieran garantizar la respuesta adecuada que un problema de la dimensión y complejidad como el descrito requería.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTAVILLA, Cristian y Candela VILLEGAS (dirs.), *Los desafíos del derecho frente a la pandemia COVID-19. Mirada del derecho argentino con aportes del derecho comparado*, Buenos Aires, IJ Editores - Universidad Siglo 21, 2020.
- BARRERA BUTELER, Guillermo Eduardo (dir.), Magdalena ÁLVAREZ, José PÉREZ CORTI y Victorino SOLÁ, *El derecho argentino frente a la pandemia y post-pandemia COVID-19*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2020.
- BERIZONCE, Roberto O., “Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencias del derecho internacional de los derechos humanos)”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, año 9, n.º 42, 2012, pp. 257-289.
- BIANCHI, Alberto B., “Una reflexión sobre los decretos de necesidad y urgencia en las emergencias generales y de tracto sucesivo. (El caso ‘Redrado’)”, *El Derecho*, t. 236, p. 845.
- BIASOTTO, Giuliana, “Los derechos humanos en pandemia”. <http://anccom.sociales.uba.ar/2021/04/22/los-derechos-humanos-en-pandemia/>.
- BOGDANDY, Armin von; Andrés MALAMUD y Mariela MORALES ANTONIAZZI (eds.), Alina RIPPLINGER (coord.), *La democracia ante la pandemia. Transformaciones interamericanas*, Buenos Aires, Katz - Max Planck Institute - DFG, 2022.
- BOGDANDY, Armin von; Andrés MALAMUD, Mariela MORALES ANTONIAZZI y Alina Maria RIPPLINGER, “Introducción. ¿La democracia en crisis? Transformaciones intera-

americanas ante la pandemia”, en Armin VON BOGDANDY, Andrés MALAMUD y Mariela MORALES ANTONIAZZI (eds.), Alina RIPPLINGER (coord.), *La democracia ante la pandemia. Transformaciones interamericanas*, Buenos Aires, Katz, Max Planck Institute y DFG, 2022.

BOGDANDY, Armin von; Jesús María CASAL y Mariela MORALES ANTONIAZZI, “La resistencia del Estado democrático de derecho en América Latina frente a la pandemia de COVID-19. Un enfoque desde el *ius commune*”, en Armin VON BOGDANDY, Andrés MALAMUD y Mariela MORALES ANTONIAZZI (eds.), Alina RIPPLINGER (coord.), *La democracia ante la pandemia. Transformaciones interamericanas*, Buenos Aires, Katz - Max Planck Institute - DFG, 2022.

CABRAL, Luis Carlos, “La Constitución y las cárceles de la Nación”. https://www.ancmyp.org.ar/user/CONTINUACION-ANALES/12_TOMO%20XVIII.PDF.

CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Jurídica de Chile, 2001.

CORTE IDH, Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, “COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, 9 de abril de 2020.

GARCÍA-GUERRERO J., Marco A., “Sobreocupación en los centros penitenciarios y su impacto en la salud”. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1575-06202012000300006.

HERNÁNDEZ, Antonio María, “Emergencia, orden constitucional y covid-19 en Argentina”, *Revista digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, n.º SE 1, “Instituciones y pandemia I”, 2020. <https://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/es-1/>.

POLICASTRO, María Betsabé, “¿Estar protegido durante el ASPO? La experiencia del IFE en Argentina durante el 2020”, *Revista electrónica Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, n.º 28, junio-noviembre, Buenos Aires, 2022, pp. 21-42.

RIGGIROZZI, Pía, “La gobernanza regional ante la pandemia: desafíos sociales e institucionales en la intersección de las crisis de salud y migratoria”, en Armin VON BOGDANDY, Andrés MALAMUD y Mariela MORALES ANTONIAZZI (eds.), Alina RIPPLINGER (coord.), *La democracia ante la pandemia. Transformaciones interamericanas*, Buenos Aires, Katz - Max Planck Institute - DFG, 2022.

SAGÜÉS, María Sofía, *Constitución de la República Argentina*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

SAGÜÉS, María Sofía, “La privación de la libertad en el marco de un proceso penal en tiempos de pandemia”, en Cristian ALTAVILLA y Candela VILLEGAS (dirs.), *Los desafíos del derecho frente a la pandemia COVID-19. Mirada del derecho argentino con aportes del derecho comparado*, Buenos Aires, IJ Editores y Universidad Siglo 21, 2020.

- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 4, n.º 2, 2006.
- SANTIAGO, Alfonso (h.); Enrique VERAMENDI, Santiago M. CASTRO VIDELA y Patricio D’ACUNTI, “La nueva mirada sobre la ley 26.122: radiografía actual de una norma clave en nuestro sistema institucional y jurídico”, *El Derecho*, año LVII, n.º 14.614, Buenos Aires, martes 23 de abril de 2019.
- YLARRI, Juan, “La situación de emergencia económica y su control judicial”, *Forum*, n.º 9, 2020, pp. 25-97.

CONTROL JUDICIAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA. UNA PERSPECTIVA DESDE BOLIVIA

José Antonio Rivera S.*

INTRODUCCIÓN

La humanidad ha enfrentado una crisis sanitaria extrema causada por el coronavirus (covid-19), una enfermedad infecciosa de propagación rápida y exponencial, la cual se extendió hasta el punto de que la Organización Mundial de Salud (OMS) hubo de declararla pandémica y que en tres años causó la muerte de más de 6.900.000 personas en el mundo.

La grave crisis sanitaria obligó a los gobiernos de los Estados a adoptar medidas de excepción para prevenir la expansión o contagio comunitario y para prestar atención médica a los infectados. Las medidas redundaron, en gran parte, en la preservación del orden público, en el orden administrativo y el ámbito económico-financiero, constituyéndose en restricciones al ejercicio de ciertos derechos fundamentales.

También en el Estado Plurinacional de Bolivia, el Gobierno Nacional adoptó un conjunto de medidas para enfrentar la crisis sanitaria, muchas de ellas restrictivas de derechos fundamentales; las medidas, si bien permitieron controlar los contagios y contener las pérdidas de vidas en niveles razonables dada la gravedad del caso, no fueron suficientes, fueron cuestionadas por algunos sectores

* Ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón (Cochabamba, Bolivia); docente de posgrado en varias universidades de Bolivia; conferencista en diversas universidades de Iberoamérica; profesor visitante en la Universidad Nacional Autónoma de Honduras y en la Escuela Superior de Derecho de Cuiabá (Brasil); académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas; miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; presidente de la Sección Nacional Bolivia del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; miembro del Consejo Asesor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; miembro del Centro Latinoamericano de Derecho Constitucional; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; autor de varios libros y ensayos. riverasa@gmail.com.

sociales y de opinión, y generaron tensiones sociales y políticas, además de causar conflictos entre derechos.

En el presente trabajo se realiza un análisis descriptivo de las medidas adoptadas, del control sobre estas y de la protección de los derechos fundamentales en el Estado boliviano en tiempos de pandemia.

EL CONTEXTO SOCIAL Y POLÍTICO BOLIVIANO AL QUE LLEGÓ LA PANDEMIA

Fruto de un proceso de desconstitucionalización¹ y de la pretensión de perpetuarse en el ejercicio del poder político por parte del entonces presidente del Estado, Juan Evo Morales Ayma, a la llegada de la pandemia Bolivia se encontraba saliendo de una grave crisis social y política acontecida entre los meses de octubre y noviembre de 2019, la cual concluyó con la renuncia tanto del presidente como del vicepresidente del Estado, así como con la asunción de la Presidencia por la ciudadana Jeanine Áñez Chávez, quien tenía la misión de garantizar la realización de elecciones generales para presidente, vicepresidente, senadores y diputados para el periodo constitucional 2020-2025.

Sobre la base de la denominada “Ley de Aplicación Normativa”, de 21 de mayo de 2013, aprobada con grave infracción de normas de la Constitución,² pese a estar limitada la reelección presidencial inmediata a una sola vez, los entonces

1 Entiendo por proceso de desconstitucionalización a la situación de debilitamiento del Estado constitucional de derecho, en la que la Constitución va perdiendo su carácter de norma fundamental y regla básica de convivencia pacífica, debido a que los gobernantes no cumplen sus mandatos; por el contrario, la infringen de manera permanente, hasta el punto de que deja de tener una vigencia material.

2 Mediante la referida Ley, a título de interpretación, se modificó materialmente la Disposición Transitoria Segunda, parágrafo segundo, de la Constitución, pues en el artículo 4 de la Ley se dispuso: “I. De conformidad a lo establecido en el Artículo 168 de la Constitución Política del Estado, el Presidente y Vicepresidente elegidos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución, están habilitados para una reelección por una sola vez de manera continua. II. La prescripción contenida en la Disposición Transitoria Primera, Parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, es aplicable a las autoridades que después del 22 de enero de 2010, continuaron ejerciendo cargos públicos, sin nueva elección, designación o nombramiento”. Antes de su promulgación y publicación, el Proyecto de Ley se sometió a control de constitucionalidad preventivo, en virtud del cual el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante Declaración Constitucional n.º 003/2013, de 25 de abril, lo declaró constitucional, argumentando que la Constitución del año 2009 había creado un nuevo Estado (el Plurinacional), por lo que no se computaba el período que la misma persona había ejercido antes de dicho año, dado que por entonces Bolivia era una República; ello a pesar de que la Constitución expresamente establecía que los períodos anteriores a la

presidente y vicepresidente del Estado fueron reelegidos por una segunda vez consecutiva, incumpliendo con ello las reglas preestablecidas por la Norma Suprema del ordenamiento jurídico del Estado.

Con una pretensión de perpetuarse en el ejercicio del poder político, utilizando la amplia mayoría con que contaba en la Asamblea Legislativa, el Movimiento al Socialismo - MAS (movimiento político en ese momento el poder), a través de los legisladores oficialistas, inició el procedimiento legislativo para la reforma parcial del Texto Constitucional, logrando aprobar por dos tercios de votos la Ley que reformaba el artículo 168 de la Constitución en el sentido de permitir la reelección del presidente y el vicepresidente por dos veces continuas. Cumpliendo con el procedimiento previsto por el artículo 411.II de la Constitución,³ la mencionada Ley fue sometida a consulta popular vía referendo constitucional aprobatorio, el 21 de febrero de 2016. Con una votación del 51.32%, las y los ciudadanos rechazaron la reforma constitucional, manteniendo la limitación de la reelección presidencial continua por una sola vez.

No conforme con el resultado del referendo constitucional aprobatorio y desobedeciendo la voluntad ciudadana expresada en las urnas, los ministros de Estado, senadores y diputados del MAS adoptaron un plan para lograr la habilitación y consiguiente reelección del presidente Evo Morales Ayma por tercera vez continua. En el marco de ese plan, llevaron a cabo un fraude electoral que tuvo su inicio con la presentación, por senadores y diputados del MAS, de una acción de inconstitucionalidad abstracta dirigida a impugnar las normas previstas por los artículos 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución, solicitando que se declararan inaplicables, y por los artículos 52.III, 64.d), 65.b), 71.c) y 72.b) de la Ley n.º 026, Ley del Régimen Electoral, solicitando que se declararan inconstitucionales; en uno y otro caso, argumentando que esas disposiciones constitucionales y legales eran contrarias a las normas previstas por los artículos 26 y 28, concordantes con los artículos 13, 256 y 410.II, todos de la Constitución, al igual que a las disposiciones de los artículos 1.1, 23, 24 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El Tribunal Constitucional Plurinacional, luego de realizar un control de constitucionalidad sobre normas de la propia Constitución y un aparente control abstracto de convencionalidad, mediante

vigencia suya serían tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones.

3 El artículo 411.II de la Constitución prevé: “La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio”.

Sentencia SCP 0084/2017, de 28 de noviembre, determinó la “aplicación preferente del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser la norma más favorable en relación a los Derechos Políticos, sobre los artículos 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución Política del Estado, en las frases: ‘por una sola vez de manera continua’”.⁴ Así mismo, declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley n.º 026, argumentando que uno de los elementos del derecho político reconocidos por el artículo 23 de la CADH es el derecho a la reelección indefinida, y que limitar la reelección presidencial constituía una discriminación respecto del presidente en ejercicio que vulneraba su derecho a la igualdad ante la ley.

Ante las protestas pacíficas de las y los ciudadanos, quienes exigían el respeto de su voluntad política expresada en las urnas en el referendo constitucional de 2016, el Tribunal Supremo Electoral, en fecha 19 de octubre de 2018, emitió la convocatoria para elecciones primarias, con el objeto de que los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas, frentes o alianzas políticas conformaran sus binomios con candidatos a presidente y vicepresidente del Estado, pese a que todas las organizaciones políticas que habían anunciado su participación en las elecciones generales de 2019 ya tenían definidos sus binomios. Lo grave del caso es que se fijó un calendario electoral con plazos cortos, lo que perjudicaba a las organizaciones políticas de oposición; así, se estableció como plazo límite para la entrega de los libros de militantes el día 24 de octubre de 2018, esto es, a tan solo cinco días de la convocatoria.

El Tribunal Supremo Electoral, por Resolución de 4 de diciembre de 2018, admitió la candidatura postulada para las elecciones primarias por el MAS, con el binomio integrado por el presidente y el vicepresidente del Estado en ejercicio, Juan Evo Morales Ayma y Álvaro García Linera, incumpliendo así la norma prevista por el artículo 168 de la Constitución y desconociendo la voluntad ciudadana expresada en las urnas en el referendo constitucional aprobatorio de 21 de febrero de 2016. Sobre la base de los resultados de las elecciones primarias, el Tribunal Supremo Electoral habilitó la candidatura de Juan Evo Morales Ayma a una tercera reelección continua para el cargo de presidente del Estado. La determinación se sustentó en una errónea aplicación retroactiva de lo resuelto en la Sentencia Constitucional SCP 0084/2017, que no habilitó a Morales y García a una nueva reelección. Además de que, en resguardo del Estado de derecho y del principio de seguridad jurídica, por expresa previsión del artículo 14 del Código

4 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia emitida en la acción de inconstitucionalidad abstracta planteada por Nélica Sifuentes Cueto y otros, Exp. 20960-2017-42-AIA. [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(xrhf525hmi221heca50tlay\)\)/WfrResoluciones.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(xrhf525hmi221heca50tlay))/WfrResoluciones.aspx).

Procesal Constitucional, un fallo constitucional no tiene aplicación retroactiva, sino a futuro y desde su publicación, por lo que no era aplicable al presidente y al vicepresidente del Estado en ejercicio. En efecto, ellos habían sido elegidos sobre la base de una norma constitucional, contenida en el artículo 168, que fijaba el período constitucional en cinco años y preveía la reelección continua por una sola vez.

Como parte de las acciones ilegales asumidas por el Órgano Electoral Plurinacional, para favorecer la candidatura oficialista en desmedro de los candidatos de oposición, el Tribunal Supremo Electoral permitió la sustitución de candidatos a la Presidencia a una organización política, y a otra, la sustitución del candidato a la Vicepresidencia, con ciudadanos que no habían sido elegidos en las elecciones primarias, infringiendo con ello la norma prevista por el artículo 29.XII de la Ley n.º 1096, Ley de Organizaciones Políticas.⁵ De otro lado, infringiendo la norma prevista por la citada Ley n.º 026, el Órgano Electoral Plurinacional no procedió al saneamiento del padrón electoral, pues no excluyó a las y los ciudadanos y ciudadanas fallecidos, no depuró las dobles inscripciones ni tampoco corrigió el incremento desproporcional de electores en 70 municipios rurales. De ese modo, el día de las elecciones aparecieron como votantes personas ya fallecidas y ciudadanos con doble registro.

Durante la campaña electoral se infringieron el valor supremo de la igualdad y el principio de equidad, puesto que la organización política en función de gobierno tuvo a su entera disposición la estructura institucional y los recursos del Estado, con los que realizó una campaña notoriamente mayor que el resto de las candidaturas.⁶ Ante lo cual y pese a las denuncias formuladas, el Tribunal Supremo Electoral no adoptó medida alguna.

5 El artículo 29, parágrafo XII, de la Ley n.º 1096 de 1 de septiembre dispone: “Los resultados de la elección de candidaturas del binomio presidencial, serán vinculantes y de cumplimiento obligatorio para los partidos políticos o alianzas y para las elecciones generales. Las únicas causales que pueden revertir el carácter vinculante de estos resultados son la muerte o una enfermedad gravísima sobreviniente debidamente probada de alguna o alguno de las o los miembros del binomio elegido”. En el caso del candidato a la Presidencia del Partido Demócrata Cristiano elegido en las primarias, este renunció a la candidatura y fue sustituido por un ciudadano no elegido en las primarias; y el candidato a la Vicepresidencia de la Alianza “Bolivia Dice No” también renunció, siendo sustituido por una ciudadana no elegida en las primarias; sustitución que estaba prohibida por la norma transcrita, pero el Tribunal Supremo Electoral, con la finalidad de favorecer a la candidatura oficialista, validó esas sustituciones infringiendo la ley.

6 Las irregularidades referidas fueron recogidas en el comunicado de prensa de la Misión de Observadores de la OEA de 21 de octubre, en los siguientes términos: “Este proceso electoral se ha dado en condiciones muy complejas. Durante esta observación electoral, la Misión de Observación Electoral de la OEA ha testificado la inequidad evidente entre

Una vez concluida la jornada de votación, a partir de la realización del cómputo, a las 20:10 horas, sin explicación o justificación técnica o jurídica razonable y valedera, se procedió a la abrupta interrupción de la divulgación de la transmisión de resultados electorales preliminares (TREP), cuando con más del 80% de las actas escrutadas los resultados reflejaban una diferencia entre el candidato oficialista, ubicado en primer lugar, y el candidato de oposición, ubicado en segundo lugar, inferior al 10%, margen que, de haberse confirmado en el resultado final, habría obligado a realizar una segunda vuelta electoral. Respecto de la realización del cómputo electoral, se denunció en su momento que se manipularon los resultados de la votación en las mesas, mediante la técnica de la llamada “variable oculta”, aplicada en las mesas donde el ausentismo era elevado, en las mesas donde se tenía el dominio por parte del régimen o donde no estaban presentes jurados de otras candidaturas, así como en las mesas de votación en el exterior, principalmente en Brasil y Argentina, donde se presentó un alto índice de ausentismo. La técnica consistió en adicionar, en cada caso, una centena al número de votos, y su aplicación queda demostrada con la diferencia abismal entre los votos emitidos para la candidatura a la Presidencia y los votos emitidos para el candidato a diputado uninominal, al igual que con las incoherencias que se presentaron en los datos consignados en las actas electorales entre votos válidos y votos emitidos.

Ante esa serie de acciones irregulares e ilegales, constitutivas de fraude electoral, las y los ciudadanos salieron a las calles en protesta pacífica, exigiendo el respeto de su voluntad política expresada en las urnas. La protesta social duró 21 días e interrumpió las actividades económicas, laborales y las propias actividades gubernamentales, con lamentable pérdida de vidas humanas y daños a la integridad personal y a la propiedad pública y privada. A la postre, concluyó con la renuncia al cargo del presidente y el vicepresidente del Estado, de la presidenta y el primer vicepresidente de la Cámara de Senadores, y del presidente de la Cámara de Diputados.

Habiendo asumido la presidencia del Estado la senadora Jeanine Áñez Chávez, la Asamblea Legislativa Plurinacional, compuesta mayoritariamente por

las candidaturas. Ha sido notorio el uso de recursos públicos durante la campaña”. De otro lado, esa Misión, en su Informe Preliminar de 23 de octubre de 2019, señaló que, “al igual que en las elecciones de 2014 y 2015, la MOE/OEA recibió quejas reiteradas de distintos partidos políticos sobre la constante difusión de logros del actual gobierno en periodo de campaña. La ley electoral prohíbe la emisión de propaganda gubernamental en los últimos 30 días de la campaña. Sin embargo, de acuerdo con los testimonios recibidos, el gobierno divulgó en los medios de comunicación inauguraciones de obras y programas bajo la figura de ‘información de gestión’. Lo anterior generó una fuerte molestia por inequidad en la contienda”.

senadores y diputados del MAS (dos tercios), emitió la Ley n.º 1266 de 24 de noviembre de 2019,⁷ Ley de régimen excepcional y transitorio para la realización de elecciones generales. Dicha Ley dejó sin efecto legal las elecciones generales realizadas el 20 de octubre de 2019 y sus resultados, dispuso el desarrollo de nuevas elecciones para escoger presidenta o presidente del Estado, vicepresidenta o vicepresidente del Estado, senadoras o senadores, diputadas o diputados y representantes ante organismos parlamentarios supraestatales, para el periodo constitucional 2020-2025; asimismo, previó la elección de los vocales del Tribunal Supremo Electoral y de los tribunales electorales departamentales; y también ordenó que el Tribunal Supremo Electoral, en los días siguientes a la posesión de sus vocales, emitiera la convocatoria a elecciones generales a realizarse en un plazo no mayor a los 120 días siguientes a la convocatoria.

Mediante Resolución TSE-RSP ADM n.º 009/2020, de 5 de enero,⁸ el Tribunal Supremo Electoral convocó a elecciones generales para presidente y vicepresidente del Estado, senadores, diputados y representantes ante organismos parlamentarios supraestatales, fijando la fecha de realización para el 3 de mayo de 2020.

Cuando la sociedad boliviana aún no había superado las lamentables consecuencias dejadas por los conflictos sociales y políticos acaecidos entre los meses de octubre y noviembre de 2019, como ya se recordó, con tristes resultados de pérdida de vidas humanas, y cuando se encontraba en desarrollo el proceso electoral para la elección de presidente y vicepresidente, senadores y diputados para el período 2020-2025, en el mes de marzo se diagnosticaron los primeros contagios de coronavirus.⁹

La llegada de la epidemia obligó al Gobierno del Estado a adoptar medidas orientadas a la contención del contagio, al tratamiento de los infectados y al cuidado de la población para evitar la propagación del virus.

EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

En el ordenamiento jurídico de Bolivia, el estado de excepción fue introducido en la Constitución de 1861, bajo la denominación de “estado de sitio”, con la

7 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1266>.

8 Órgano Electoral Plurinacional. <https://www.oep.org.bo/>.

9 En conferencia de prensa realizada el 29 de marzo de 2020, el ministro de Salud dio cuenta de que hasta ese día se habían confirmado 81 casos de coronavirus, distribuidos así: en Cochabamba, 14 casos; en Chuquisaca, 1; en La Paz, 10; en Oruro, 8; en Potosí, 3; en Pando, 1, y en Santa Cruz, 44.

finalidad de resguardar el orden público. Se trataba de una medida excepcional, aplicable en todo o en parte del territorio del Estado, decretada por el presidente del Estado con el dictamen afirmativo del Consejo de Ministros, en los casos de grave peligro por causa de conmoción interna o guerra internacional. Para su continuidad, la medida requería de aprobación por el Congreso Nacional, y se estableció una duración máxima de la medida de 90 días.

Las normas previstas por el artículo 112 de la Constitución de 1967, reformada en 1994, facultaban al presidente del Estado a adoptar medidas extraordinarias en el orden militar, económico financiero. En relación con los derechos fundamentales, la norma preveía que las garantías y los derechos consagrados en la Constitución no quedarían suspensos de hecho y en general con la sola declaración del estado de sitio, pero podrían serlo respecto de señaladas personas fundadamente sindicadas de tramar contra el orden público; como parte de esas medidas, permitía restringir el ejercicio del derecho a la libertad física y la libertad de residencia.

El estado de sitio en Bolivia, hasta antes de la Constitución de 2009, en su generalidad fue decretado por causas de conmoción interna, es decir, ante graves conflictos sociales y políticos que, en criterio del Gobierno, ponían en riesgo la seguridad interna, la paz y la convivencia pacífica de la sociedad. Durante los gobiernos *de facto* o dictaduras militares se aplicó el estado de sitio para consolidar la toma del poder a través de golpes de Estado, o bien para aplacar los movimientos orientados a deponer al gobernante de turno. Se trató, en estos casos, de aplicaciones al margen de la Constitución, ya que con la declaración del estado de sitio se suspendía el ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente los derechos a la libertad de tránsito y de residencia, a la libertad física, a la libertad de expresión, pensamiento y opinión, y a la libertad de información. Además, una vez decretado el estado de sitio, se aplicaba la medida inconstitucional del “toque de queda”, consistente en la prohibición de circulación a partir de cierta hora de la noche y hasta horas de la madrugada.

El estado de excepción en la Constitución vigente

La Constitución del Estado boliviano, en su artículo 137, prevé la declaración del estado de excepción, como medida extraordinaria, en los siguientes casos: (i) peligro para la seguridad del Estado, que podría originarse con acciones graves, como el terrorismo, o un conflicto armado; (ii) amenaza externa, que podría generarse en la invasión o ataque de otro Estado; (iii) conmoción interna, que ponga en riesgo la paz y la tranquilidad social, generada aquella por conflictos sociales muy graves, y (iv) desastre natural, que se produzca por fenómenos de

la naturaleza, como terremotos, huracanes, sequías o inundaciones, que causen graves daños a la población.

Cabe señalar que, conforme al texto del artículo 137 de la Constitución, entre los casos señalados como habilitantes para la declaración del estado de excepción no se encuentra la situación de anormalidad generada por la crisis sanitaria extrema causada por pandemias, como el covid-19, que afecten gravemente la salud de la población en general, poniendo en riesgo la vida misma de esta.

Frente a esa imprevisión y dada la gravedad de la crisis sanitaria, lo que correspondía realizar era una interpretación sistemática y proactiva de la Constitución, para encuadrar la crisis generada por el covid-19 en la causal de “desastre natural”, de manera que con la declaración del estado de excepción el Gobierno pudiera aplicar medidas excepcionales dirigidas a enfrentar la crisis para resguardar y proteger el derecho colectivo de la salubridad, así como los derechos a la salud, a la vida y otros derechos de la población en general, previniendo la expansión de los infectados, tratando a las personas ya contagiadas y solucionando los efectos generados en el orden social y económico-financiero.

Según las normas contenidas en el artículo 137 de la Constitución, el estado de excepción es decretado por el presidente del Estado en todo o en la parte del territorio donde fuere necesario, en razón de la causa que motive su aplicación.

De otra parte, por previsión del artículo 138 constitucional, la vigencia de la declaración del estado de excepción dependerá de la aprobación posterior de la Asamblea Legislativa Plurinacional, que deberá producirse máximo dentro de las 72 horas siguientes a su declaración; en la resolución de aprobación, la Asamblea deberá definir expresamente las facultades conferidas al Órgano Ejecutivo, las cuales guardarán estricta relación y proporción con el caso de necesidad atendido mediante el estado de excepción.

La norma constitucional pone límites al uso de la medida, al disponer que, una vez finalizado el estado de excepción,¹⁰ no podrá declararse otro estado de excepción dentro del siguiente año, salvo autorización legislativa previa.

Cabe advertir que la declaración del estado de excepción no supone la suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y el bloque de constitucionalidad, como tampoco de las garantías constitucionales jurisdiccionales; así está previsto por el artículo 138.I de la Constitución; simplemente puede restringirse el ejercicio de algunos derechos en la medida estrictamente necesaria para el logro del fin perseguido; pero en ningún

10 Según la norma prevista por el artículo 4.I de la Ley n.º 1341, de Estados de Excepción, la medida tendría una vigencia máxima de sesenta días calendario, computables a partir de la fecha en la que se publicara su declaración en la Gaceta Oficial del Estado.

caso se podrá limitar o restringir el ejercicio de los derechos nombrados por el artículo 27.2 de la CADH.¹¹

Con la finalidad de evitar que se produzcan excesos durante la aplicación del estado de excepción, la norma prevista por el artículo 139.I de la Constitución establece que el Órgano Ejecutivo debe rendir cuentas a la Asamblea Legislativa Plurinacional sobre: (i) las causas que dieron lugar a la declaración del estado de excepción y (ii) el uso que haya hecho de las facultades conferidas por la Constitución y la ley que regula la aplicación del estado de excepción.

Como parte de las limitaciones a las medidas a adoptarse durante el estado de excepción, según las normas contempladas por el artículo 140 de la Constitución, ni la Asamblea Legislativa Plurinacional ni ningún otro órgano o institución, ni asociación o reunión popular de ninguna clase, podrá conceder a órgano o persona alguna facultades extraordinarias diferentes a las establecidas en la Norma Fundamental y Suprema del Estado; tampoco podrá acumularse el poder público ni otorgarse supremacía por la que los derechos y garantías reconocidos por la Constitución queden a merced de órgano o persona alguna.

Finalmente, la Constitución, mediante la norma consagrada en el párrafo tercero de su artículo 139, remite a la ley la regulación del estado de excepción.

La regulación legal del estado de excepción

La Asamblea Legislativa Plurinacional, incurriendo en omisión legislativa, en más de diez años desde la promulgación y puesta en vigencia de la Constitución no emitió la ley de regulación del estado de excepción a que hace referencia el artículo 139.III de la Norma Fundamental, de manera que al momento en que se presentó la crisis sanitaria no existía la correspondiente regulación legal.

Motivada no tanto en la necesidad de regular la aplicación del estado de excepción, sino en la de dar protección a organizaciones sociales afines al MAS que habían realizado movilizaciones con bloqueo de carreteras, exigiendo la realización de elecciones generales, así como en la intención de deteriorar la imagen de la presidente del Estado, limitando las acciones emprendidas para prevenir el contagio masivo y brindar tratamientos a los contagiados, fue en plena crisis sanitaria que la Asamblea Legislativa Plurinacional sancionó la Ley n.º 1341 de 23

11 Cabe recordar que, en relación con las medidas que los Estados estaban adoptando, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fecha 14 de abril de 2020, emitió una declaración titulada “Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”.

de julio de 2020,¹² Ley de estados de excepción, promulgada por la presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional.¹³

La Ley, organizada en cuatro capítulos, 25 artículos, una disposición adicional y una disposición transitoria, regula la aplicación del estado de excepción previsto por la Constitución.

En el Capítulo Primero, prevé disposiciones generales, en las cuales se define el estado de excepción, como la respuesta a una situación de grave amenaza que pone en peligro real y excepcional los derechos y garantías de la población, la seguridad o el funcionamiento del Estado, situación que no puede ser superada con las facultades ordinarias; se delimita el uso de las fuerzas armadas por el Órgano Ejecutivo; se define la vigencia del estado de excepción, fijando como máximo sesenta días; se prevé el procedimiento para la declaratoria del estado de excepción, y, finalmente, se proclaman los principios que rigen la aplicación de la medida.

El Capítulo Segundo prevé las reglas específicas para la aplicación del estado de excepción. Así, determina la prohibición de suspender los derechos a la vida, a la integridad personal, a la igualdad y la no discriminación, al reconocimiento de personalidad jurídica, la prohibición de esclavitud y servidumbre, el derecho a la libertad de conciencia y religión, a la protección a la familia, al nombre, los derechos de las niñas, niños y adolescentes, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos, el derecho a la información, los derechos de las personas privadas de la libertad, las garantías judiciales y las acciones de defensa, el principio de legalidad y retroactividad; establece las reglas para la restricción de algunos derechos, siempre en la medida estrictamente necesaria para buscar el retorno a la normalidad; y prohíbe la aplicación de sanciones administrativas por el incumplimiento de las medidas del estado de excepción, así como la restricción del derecho a la libertad física. De otro lado, determina la ejecución de las medidas del estado de excepción por las entidades territoriales autónomas;¹⁴ a la vez que dispone que

12 Bolivia. Gaceta Oficial Bolivia. [http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar_comp/\(covid-19\)/page:2](http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar_comp/(covid-19)/page:2).

13 Conforme a las normas previstas por el artículo 163, numerales 10 y 11, de la Constitución, el proyecto de ley sancionado por la Asamblea Legislativa Plurinacional es remitido al Órgano Ejecutivo para su promulgación, pero el presidente del Estado, dentro del plazo de diez días siguientes, podrá objetar el proyecto de ley, caso en el cual lo devolverá a la Asamblea Legislativa Plurinacional; si esta declara infundadas las observaciones del presidente del Estado, el proyecto de ley será promulgado por el presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, que es lo que aconteció en el caso de la Ley n.º 1341.

14 En razón a que Bolivia es un Estado unitario descentralizado en la modalidad de autonomías, el Estado cuenta con entidades territoriales autónomas, como los departamentos, las regiones, los municipios y los territorios indígenas originarios campesinos, y cada entidad territorial autónoma cuenta con un Gobierno autónomo.

durante la vigencia del estado de excepción no se interrumpirá el funcionamiento de los órganos del Estado ni las instituciones constitucionales. La Ley impone al Órgano Ejecutivo la obligación de informar semanalmente sobre la ejecución del estado de excepción a la Asamblea Legislativa Plurinacional, el Órgano Judicial, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado y el Ministerio Público. Establece el régimen de responsabilidad emergente de la aplicación del estado de excepción y las medidas adoptadas y ejecutadas. Prevé el procedimiento para la aprobación del decreto que declara el estado de excepción por parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional, y establece el control que debe realizar esta. Regula el procedimiento para la presentación de la rendición de cuentas que debe realizar el Órgano Ejecutivo a la Asamblea Legislativa sobre las causas que lo motivaron, el detalle de la ejecución de las medidas adoptadas y el uso de las facultades ejercidas y los recursos económicos empleados, y la consiguiente consideración por la Asamblea para su aprobación o reprobación. Regula el trabajo de la Defensoría del Pueblo durante la vigencia del estado de excepción. Finalmente, prevé la comunicación que debe efectuarse sobre la declaratoria, aprobación, modificación y finalización del estado de excepción, en el sentido de que será realizada a la comunidad internacional mediante nota dirigida al Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA) y al Secretario General de las Naciones Unidas.

En el Capítulo Tercero, la Ley prevé normas específicas que regulan la aplicación del estado de excepción por conmoción interna. Define que la medida será aplicada cuando se presente una grave perturbación del orden público que atente de manera real contra la estabilidad institucional o la seguridad pública, que no pueda ser controlada por la Policía Boliviana en el ejercicio de sus atribuciones ordinarias. Y establece normas que regulan el uso de la fuerza pública.

El Capítulo Cuarto prevé normas específicas que regulan la aplicación del estado de excepción por desastre natural. Define el desastre natural como la situación causada por las fuerzas de la naturaleza, por los elementos o los seres que la componen o por las variaciones que se den en los mismos, imprevista y desfavorable, de extrema gravedad y de tal magnitud que dañe directamente a las personas, sus bienes, medios de vida, los servicios básicos que reciben, su entorno o medioambiente; incluye en el desastre natural una crisis sanitaria, provocada por epidemias y situaciones de contaminación grave, terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales de gran envergadura. Prevé normas que regulan la adopción de medidas para enfrentar el desastre natural, como parte de las cuales contempla el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios públicos esenciales y de los centros de producción; asimismo, dispone que

en casos estrictamente necesarios se podrá limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

Finalmente, en el Capítulo Quinto de la Ley se prevén normas específicas que regulan la aplicación del estado de excepción por peligro para la seguridad del Estado y amenaza externa. Se define el peligro para la seguridad del Estado y la amenaza externa como el posible acaecimiento de una situación que se constituya en una amenaza real de un estado de guerra internacional, invasión, ataque de una o más potencias extranjeras o fuerzas irregulares de extrema gravedad e inminencia que puedan afectar los derechos, intereses, potestades e independencia política del Estado, el funcionamiento básico de sus instituciones, la integridad de una parte o la totalidad del territorio, la economía, la soberanía o la seguridad física del pueblo boliviano. Se establecen, además, las disposiciones que regulan la adopción de medidas en vigencia del estado de excepción.

LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN BOLIVIA

La enfermedad infecciosa producida por el coronavirus, conocida como covid-19, de rápida propagación por contagio, generó una grave crisis sanitaria mundial, lo que dio lugar a que la OMS la catalogara como pandemia el 12 de marzo de 2020; para luego, juntamente con la Organización Panamericana de Salud (OPS), emitir recomendaciones, a los Estados y a las personas, orientadas a la adopción de medidas para proteger la salud y prevenir la propagación de la enfermedad.

En efecto, la crisis sanitaria extrema generada por la enfermedad requería ser enfrentada con la adopción de medidas excepcionales para: (i) prevenir la propagación de la infección por contagio comunitario; (ii) controlar su propagación tratando médicamente a los infectados y rehabilitarlos, y (iii) regularizar las actividades estatales y particulares protegiendo la salud y la vida misma de la población. La aplicación de estas medidas suponía la restricción del ejercicio de algunos derechos fundamentales para resguardar los derechos a la salud y a la vida.

Las cifras de personas infectadas con el coronavirus

Según los datos de la OMS, a partir de la información proporcionada por el Gobierno de Bolivia, en este país las cifras oficiales, a 3 de octubre de 2022, eran las siguientes:¹⁵ casos confirmados de personas infectadas, 1.107.908;¹⁶ personas in-

15 Datos disponibles en <https://COVID19.who.int/region/amro/country/bo>.

16 Considerando que la población del Estado boliviano, según la proyección del Instituto Nacional de Estadísticas, para el año 2022 alcanzaba los 12.006.031 habitantes, el número de

fectadas recuperadas, 1.045.805; personas fallecidas por el covid-19, 22.232; tasa de letalidad, 0.02%; personas vacunadas con la primera dosis, 6.359.608;¹⁷ personas vacunadas con la segunda dosis, 5.158.827; personas vacunadas con la tercera dosis, 2.158.720; personas vacunadas con monodosis, 998.652.

Las medidas adoptadas por el Gobierno frente a la pandemia del covid-19

Dado el contexto social y político de Bolivia, donde el presidente del Estado no tenía el respaldo mayoritario en las cámaras de la Asamblea Legislativa Plurinacional, pues el opositor MAS contaba con dos tercios de votos tanto en la Cámara de Senadores como en la Cámara de Diputados, no se declaró el estado de excepción previsto por la Constitución para enfrentar la grave crisis sanitaria.

El 11 de marzo de 2020 se diagnosticó a las dos primeras personas infectadas con covid-19; situación ante la cual el Órgano Ejecutivo, mediante Decreto Supremo n.º 4179 de 12 de marzo de 2020,¹⁸ declaró la situación de emergencia nacional por la presencia del brote de coronavirus (covid-19) y otros eventos adversos; con lo cual, entre otras cosas, autorizó a las instituciones, las entidades públicas y las entidades territoriales autónomas, en el marco de sus atribuciones y competencias, para realizar los ajustes presupuestarios correspondientes para enfrentar la emergencia. En la misma fecha, adoptó las siguientes medidas: (i) suspensión de labores escolares a nivel nacional hasta el 31 de marzo; (ii) suspensión de todos los vuelos desde y hacia Europa; (iii) control del ingreso de las personas a territorio boliviano por cualquiera de las fronteras, siguiendo estrictamente el protocolo de atención médica establecido por la OMS, y (iv) prohibición de realizar reuniones públicas masivas de más de mil personas, tales como eventos culturales, religiosos y deportivos. Con la adopción de esas medidas se restringió el ejercicio de los derechos fundamentales a la educación, de libre tránsito y de reunión.

Posteriormente, ante la agravación de la crisis sanitaria, mediante Decreto Supremo n.º 4196 de 17 de marzo de 2020,¹⁹ el Órgano Ejecutivo tomó la

infectados representaba el 9.23%. La proyección de la población está disponible en <https://www.ine.gov.bo/index.php/censos-y-proyecciones-de-poblacion-sociales/>.

17 Reporte n.º 7, al día miércoles 10 de febrero de 2021.

18 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/4179>.

19 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/4196>.

determinación de declarar la emergencia sanitaria nacional y aplicar la medida de la cuarentena²⁰ en todo el territorio del Estado, con duración hasta el 31 de marzo.

Con la aplicación de la cuarentena se restringió el derecho a la libertad de circulación, ya que se dispuso que todos los habitantes del territorio estatal permanecieran en sus domicilios entre las 17:00 horas y las 05:00 horas del día siguiente, con excepción de los trabajadores de los servicios de salud del sector público y privado, la Policía Boliviana, las Fuerzas Armadas y otras instituciones, empresas de servicios públicos e industrias públicas y privadas que, por la naturaleza de sus funciones, debieran desarrollar actividades en ese horario. Asimismo, se dispuso el cierre de fronteras y la suspensión de viajes, si bien la medida no incluía a las bolivianas y los bolivianos ni a los residentes extranjeros que retornaran al país, los cuales, empero, debían cumplir el protocolo y los procedimientos establecidos por el Ministerio de Salud; se exceptuó la aplicación de la medida a las personas pertenecientes a misiones diplomáticas, misiones especiales y/u organismos internacionales; además de a los conductores del transporte internacional de carga y mercancías, que también debían cumplir los referidos protocolo y procedimientos. De otro lado, se estableció, como horario de trabajo, de las 08:00 a las 15:00 horas, con excepción de los establecimientos farmacéuticos y de salud, incluidos los consultorios privados, las postas sanitarias y los demás establecimientos de salud de los diferentes niveles. Asimismo, se restringió el derecho a la libertad de reunión, mediante la prohibición de adelantar reuniones y actividades sociales, culturales, deportivas, religiosas y otras que implicaran aglomeración de personas. Se dispuso, también, la adopción de medidas laborales preventivas para resguardar la salud de los trabajadores; medidas como, entre otras, el otorgamiento de licencias especiales, con goce de haberes, a favor de: (i) personas con enfermedades de base, (ii) personas adultas mayores, de sesenta o más años, (iii) mujeres embarazadas y (iv) personas menores de cinco años, siendo beneficiario de la licencia especial el padre, la madre o el tutor. Finalmente, se previeron sanciones para el incumplimiento de las medidas adoptadas, consistentes en: (i) arresto de ocho horas, sin perjuicio de iniciarse el proceso penal correspondiente, (ii) cierre del establecimiento y (iii) suspensión de la reunión.

Si se toma en cuenta que el 75% de la población económicamente activa desarrolla sus actividades en la economía informal, es claro que la adopción de la

20 El mencionado Decreto Supremo define la cuarentena como la restricción de las actividades y la separación de personas enfermas o personas identificadas como sospechosas de portar la enfermedad, del resto de la población; o el aislamiento de equipajes, contenedores, medios de transporte, mercancías sospechosas y otras, de forma tal que se prevenga la posible propagación de la infección o contaminación, sin especificar periodos de tiempo, los cuales dependerán del brote de cada infección.

cuarentena afectaba la economía de aquellas personas que generan ingresos para su sustento y la de su familia con actividades comerciales o venta de servicios en el día a día, razón por la cual el Órgano Ejecutivo, mediante Decreto Supremo n.º 4197 de 18 de marzo de 2020,²¹ complementó las medidas excepcionales con un apoyo económico efectivo para cubrir gastos de atención en salud, transporte extraordinario y alimentación especial para los grupos más vulnerables y numerosos, como son las niñas y niños del Nivel de Educación Primaria Comunitaria Vocacional de las Unidades Educativas Fiscales y de Convenio (Fiscales) del Subsistema de Educación Regular, disponiendo la asignación del “bono de familia” a las niñas y niños de dicho nivel de educación, consistente en la entrega en efectivo de la suma de 500 bolivianos, equivalente a 72 dólares, y pagadero por una sola vez. Asimismo, se dispuso la reducción del 30% del costo de consumo de energía eléctrica en la facturación mensual de abril de 2020, para los consumidores de la categoría domiciliaria del país.

Por otra parte, mediante Decreto Supremo n.º 4198 de 18 de marzo de 2020,²² el Órgano Ejecutivo dispuso la aplicación de medidas de flexibilización tributaria para atenuar los impactos económicos de la cuarentena.

Ante el crecimiento del número de contagiados, por Decreto Supremo n.º 4199 de 21 de marzo de 2020,²³ el Órgano Ejecutivo amplió los alcances de la cuarentena, modificando parcialmente el Decreto Supremo n.º 4196; disponiendo medidas de distanciamiento social, con la suspensión de actividades públicas y privadas a partir de las cero horas del 22 de marzo y hasta el 4 de abril, y la permanencia en su domicilio o residencia de toda la población; lo anterior, permitiendo la circulación y desplazamiento indispensable de una persona por familia, en el horario de las 07:00 a las 12:00 horas del mediodía, a fin de abastecerse de productos e insumos necesarios para la alimentación y la salud; con la prohibición absoluta de circulación en los fines de semana, pero exceptuándose de la aplicación de la medida a las personas que trabajaran en: (i) servicios de salud del sector público y privado, (ii) la Policía Boliviana, (iii) las Fuerzas Armadas, (iv) las instituciones, empresas de servicios públicos e industrias públicas y privadas, (v) las entidades financieras bancarias y las entidades financieras no bancarias, públicas, privadas o mixtas, y (vi) las entidades públicas, instituciones privadas y particulares, que brindaran atención y cuidado a la población

21 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/4197>.

22 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/4198>.

23 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/4199>.

vulnerable, debiendo establecer prioridades y la asignación del personal estrictamente necesario. También se consagró la prohibición de circulación de vehículos motorizados públicos y privados, con las excepciones establecidas, así como la de portar armas, y se estableció un régimen de sanciones para los infractores. De otro lado, se garantizó la estabilidad laboral y se dispuso el pago de salarios a los trabajadores de los sectores público y privado. Finalmente, se ordenó el desarrollo ininterrumpido de actividades para la producción y distribución de productos para la alimentación y la higiene, y de medicamentos. Con la aplicación de esas medidas se restringió el ejercicio de derechos fundamentales, como el derecho de libertad de circulación, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita o el derecho a la libertad empresarial; ello con la finalidad de resguardar y proteger los derechos a la salud, a la vida, a la estabilidad laboral y a un salario justo.

Debido a que el número de infectados con el covid-19 iba en rápido aumento, mediante Decreto Supremo n.º 4200 de 25 de marzo de 2020²⁴ se amplió la cuarentena hasta el 15 de abril de 2020; se reforzaron y fortalecieron las medidas de distanciamiento social, restringiendo aún más la circulación, pero, de nuevo, permitiendo el desplazamiento mínimo e indispensable de una persona por familia, en el horario de las 07:00 horas a las 12:00, a fin de abastecerse de los productos e insumos necesarios, de acuerdo con la terminación del último dígito de la cédula de identidad. De igual modo, se prohibió: (i) la circulación de vehículos motorizados, públicos y privados, salvo los medios de transporte para el traslado de las Fuerzas Armadas, la Policía Boliviana y los servicios de salud público y privado, así como de otros por naturaleza estratégica dedicados a la prestación de servicios básicos y al abastecimiento de artículos de primera necesidad; (ii) portar todo tipo de armas de fuego, armas blancas y cualquier material explosivo que pudiera atentar contra la integridad de las personas o los bienes públicos o privados, y (iii) la organización de reuniones sociales, políticas, mítines, manifestaciones, huelgas y bloqueos de calles, caminos urbanos, rurales y vecinales. Además, se dispusieron medidas para garantizar la producción y provisión de productos alimenticios. Se determinó, asimismo, que el Gobierno Nacional cancelaría, a la empresa proveedora del servicio de energía eléctrica, los recibos de cobro de las familias cuyo consumo mensual tuviera un costo no superior a 120 bolivianos, equivalentes a 17 dólares; y lo mismo se estableció para el consumo de agua potable, respecto del 50% del valor facturado en la categoría domiciliaria; pago que sería realizado por los meses de abril, mayo y junio de 2020. Se dispuso

24 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/4200>.

la distribución de una canasta familiar para las familias con menos ingresos, que sería distribuida en todo el territorio nacional, sujeta a reglamento, mediante la entrega en dinero efectivo por la suma de 400 bolivianos, equivalente a 57 dólares. Finalmente, se previó un régimen de sanciones, además de establecerse un régimen de censura previa para la libertad de expresión, pensamiento y opinión, así como para la libertad de información.²⁵

Mediante la Ley n.º 1293 de 1 de abril de 2020,²⁶ la Asamblea Legislativa Plurinacional declaró de interés y prioridad nacional las actividades, acciones y medidas necesarias para la prevención, contención y tratamiento de la infección por el coronavirus (covid-19); dispuso que el Órgano Ejecutivo emitiera la declaratoria de cuarentena nacional, como medida de prevención y contención de la infección, y, asimismo, en coordinación con las entidades territoriales autónomas, en el marco de sus atribuciones y competencias, implementara las actividades, acciones y medidas necesarias y oportunas para la prevención, contención y tratamiento de la infección. Previo la adopción de medidas para la detección temprana, a través de la implementación de puntos de control sanitario en fronteras, terminales terrestres y aéreas. También ordenó el tratamiento gratuito a la población afectada, por conducto de los establecimientos de salud del subsector público. Y previó la disminución de la jornada laboral para los sectores público y privado, de manera excepcional y temporal. Impuso igualmente, a los medios de comunicación, la obligación excepcional de difundir de manera obligatoria y gratuita las campañas educativas e informativas para la prevención y contención de la infección del coronavirus. Finalmente, estableció medidas para el financiamiento de las actividades de prevención, contención y tratamiento de la infección por covid-19. Con esa ley se dio soporte legal a las decisiones adoptadas por el Órgano Ejecutivo.

Para paliar los efectos económicos de la pandemia, mediante la Ley n.º 1294 de 1 de abril de 2020,²⁷ se dispuso el diferimiento automático del pago de las amortizaciones de crédito a capital e intereses por las entidades bancarias y de intermediación financiera, sin incremento de la tasa de interés ni la ejecución de sanciones y penalizaciones por mora, y también sin costos administrativos

25 El artículo 13.II del Decreto Supremo n.º 4200 estatuyó: “Las personas que inciten el incumplimiento del presente Decreto Supremo o desinformen o generen incertidumbre a la población, serán sujeto de denuncia penal por la comisión de delitos contra la salud pública”.

26 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1293>.

27 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1294>.

adicionales. Esa medida restringió el ejercicio del derecho de las entidades financieras a la libertad empresarial y a la propiedad privada.

Con posterioridad, mediante Decreto Supremo n.º 4214 de 14 de abril de 2020,²⁸ se amplió la cuarentena hasta el 30 de abril; asimismo, se instruyó a los gobiernos de las entidades territoriales autónomas para que garantizaran: (i) el funcionamiento de entidades financieras bancarias y entidades financieras no bancarias, públicas, privadas o mixtas, respetando los horarios y días establecidos en la normativa nacional; (ii) el funcionamiento de centros de abastecimiento de productos de higiene y medicamentos, alimentos y de derivados de hidrocarburos, respetando los horarios y días establecidos en la normativa nacional, y (iii) la circulación de vehículos de transporte internacional, interdepartamental, interprovincial y urbano de empresas públicas y privadas, y de personas dedicadas a la producción de alimentos y a la provisión de insumos para esta, así como a la provisión de productos de higiene, medicamentos, alimentos y derivados de hidrocarburos, a fin de garantizar la cadena productiva y el abastecimiento a toda la población.

Ante los efectos económicos causados en los grupos vulnerables y en las personas que generan sus recursos con la actividad diaria, interrumpida por la cuarentena, mediante Decreto Supremo n.º 4215 de 14 de abril de 2020,²⁹ el Órgano Ejecutivo dispuso otorgar por única vez un “bono universal” por la suma de 500 bolivianos, equivalente a 72 dólares, a favor de todos los bolivianos desde los dieciocho años cumplidos hasta los menores de sesenta años, de acuerdo a reglamentación que sería emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. De otro lado, se dispuso la ampliación del pago del bono de familia a favor de los estudiantes de: (i) las Unidades Educativas Fiscales y de Convenio del Área de Educación de Personas Jóvenes y Adultas del Subsistema de Educación Alternativa y Especial, y (ii) las Unidades Educativas Privadas de los niveles inicial, primaria y secundaria.

Finalmente, por Decreto Supremo n.º 4217 de 14 de abril de 2020,³⁰ se creó el Programa Especial de Apoyo a la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, con el fin de asegurar recursos para precautelar las fuentes de empleo, el funcionamiento del negocio y sus operaciones, consistente en la concesión de créditos a cinco años plazo y uno de gracia con tasa de interés baja. También se creó el Plan de Emergencia de Apoyo al Empleo y Estabilidad Laboral, con el fin de otorgar

28 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/4214>.

29 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/4215>.

30 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/4217>.

recursos a las empresas legalmente constituidas, consistente en el otorgamiento de créditos concesionales con un plazo de dieciocho meses, con seis de gracia.

Ante los problemas económicos que generaron la pandemia del covid-19 y la aplicación de la cuarentena, la Asamblea Legislativa Plurinacional, por Ley n.º 1330 de 16 de septiembre de 2020,³¹ creó un bono para mitigar el hambre de las familias debida a la falta de recursos por la paralización de actividades causada por el coronavirus, así como para cubrir las necesidades generadas por la pandemia, denominado “bono contra el hambre”, consistente en la entrega de 1.000 bolivianos, equivalentes a 144 dólares, destinado a las personas que no recibieran ningún tipo de remuneración salarial del sector público ni privado, fueran mayores de dieciocho años a la promulgación de la Ley y pertenecieran a alguno de los siguientes grupos: (i) madres que recibieran el “Bono Juana Azurduy”, (ii) personas con discapacidad o (iii) beneficiarios del bono universal por un monto.

Para garantizar los derechos laborales de los trabajadores, mediante la Ley n.º 1309 de 30 de junio de 2020,³² se estableció la prohibición de despidos o desvinculaciones de las y los trabajadores de las organizaciones económicas estatales, privadas, comunitarias y sociales cooperativas, y de otros regulados por las normas laborales, durante el tiempo que durara la cuarentena y hasta dos meses después, debiéndose aplicar la presente Ley de forma retroactiva a la promulgación; para el caso de despidos o desvinculaciones, dispuso que los empleadores reincorporaran a la o el trabajador o servidor público, con el pago de la remuneración o salario devengados correspondientes.

Para proteger a las personas que viven en viviendas alquiladas, mediante la Ley n.º 1342 de 27 de agosto de 2020,³³ se contempló, a favor de los inquilinos, la reducción en un 50% del canon de alquiler cuando a la vigencia de esta Ley no se hubiera conseguido un acuerdo entre inquilino y propietario o arrendador para la reducción y/o diferimiento razonable del canon de alquiler; y se estableció, a favor de los propietarios del bien inmueble, la condonación del pago del impuesto mensual del Régimen Complementario al Impuesto al Valor Agregado (RC-IVA), hasta el levantamiento de la declaración de cuarentena en sus distintas modalidades.

Una medida muy polémica que adoptó el Órgano Ejecutivo fue la clausura de la gestión educativa 2020 para el subsistema de la educación regular en sus niveles inicial, primario y secundario de la educación fiscal, privada y de convenio.

31 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1330>.

32 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1309>.

33 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1342>.

La medida fue adoptada mediante Resolución 050/2020 de 31 de julio de 2020,³⁴ emitida por el Ministro de Educación, y en ella se determinó que no habría alumnos reprobados y que pasarían al siguiente nivel todos los estudiantes del subsistema; asimismo, se dispuso que los sueldos de los profesores del sector público se seguirían cancelando. La medida fue justificada por el ministro de la Presidencia señalando que “[l]a gran mayoría del área rural no cuenta con internet, los niños no tienen internet. La fibra óptica solo llega a las ciudades. No hay condiciones, por lo que hemos visto conveniente clausurar el año escolar”.³⁵

LAS TENSIONES SOCIALES GENERADAS POR LAS MEDIDAS APLICADAS

Las medidas excepcionales aplicadas por el Gobierno para proteger los derechos a la salud y la vida de las personas frente a la epidemia del covid-19 generaron tensiones sociales, pues, en especial, las medidas de distanciamiento e inmovilidad social alteraron la normalidad de las actividades sociales, administrativas y económicas; gran parte de las actividades productivas y comerciales fueron paralizadas, con excepción de las actividades de producción y comercialización de los productos alimenticios, farmacéuticos, de energía y combustibles.

Es importante recordar, una vez más, que un 75% de la población económicamente activa desarrolla sus actividades en el ámbito de la economía informal, por lo que gran parte de la población trabaja por cuenta propia: es el caso de los transportistas, los comerciantes, los artesanos, los pequeños productores agrícolas y pecuarios, los profesionales en el ejercicio libre de la profesión. Esta población se vio muy afectada por la cuarentena, pues estuvo obligada a suspender sus actividades y dejó de percibir ingresos para satisfacer las necesidades y requerimientos personales y de su familia, principalmente para cubrir los gastos de alimentación, medicamentos y tratamiento médico en el caso de quienes fueron infectados por el coronavirus. En ese sector poblacional se generaron tensiones, ya que las personas se enfrentaron a una restricción del ejercicio de sus derechos fundamentales: así respecto de la libertad de circulación, el derecho al comercio, a la industria y a desarrollar cualquier actividad económica lícita, derechos todos reconocidos por la Constitución.

34 Ministerio de Educación. https://www.minedu.gob.bo/index.php?option=com_content&view=categories&id=89&Itemid=933.

35 DW, “Bolivia anticipa clausura del año escolar por la pandemia”, 3 de agosto de 2020. <https://www.dw.com/es/bolivia-anticipa-clausura-del-a%C3%B1o-escolar-por-la-pandemia/a-54409941>.

Una proporción importante de la población genera sus ingresos con la actividad cotidiana, a través de la prestación de servicios específicos o de la realización de la actividad comercial referida a algunos productos básicos, mientras que otras personas trabajan en el sector de la gastronomía. Esa población se vio muy afectada en el ejercicio de sus derechos a la alimentación, a la salud y a la vida digna. Sus problemas fueron paliados, en parte, por medio de los bonos creados y otorgados por el Gobierno, pero no fueron resueltos plenamente.

La medida de la estabilidad laboral para los trabajadores, tanto del sector público como del privado, con la obligación de cancelar los sueldos en su integridad a pesar de que no se trabajó durante la cuarentena, si bien protegió los derechos laborales, afectó los derechos económicos de los empleadores del sector privado, ya que, de un lado, se les restringió la actividad productiva, y, de otro, se les obligó a pagar salarios por días no trabajados; a lo que se sumaron las obligaciones con las entidades bancarias y financieras, así como las cargas sociales y tributarias. Ello generó la tensión en el sector empresarial, además de generar conflictos de derechos fundamentales, en particular, entre los derechos de los trabajadores y los derechos de los empleadores.

En principio, las graves limitaciones en el acceso a los servicios de internet, especialmente en el área rural y los barrios periurbanos de los centros urbanos, generaron graves conflictos para la adopción de la modalidad de estudios por la vía virtual. Lamentablemente, el Órgano Ejecutivo, en vez de resolver ese problema, tomó una determinación que agravó la situación, pues, mediante Resolución Ministerial n.º 0050/2020 de 31 de julio, dispuso la clausura de la gestión educativa y la promoción de los estudiantes al curso inmediato superior. Esta medida restringió el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes, generando tensiones sociales con los padres de familia, así como con las organizaciones sindicales de los profesores. También produjo tensiones entre los propietarios de las unidades educativas privadas, quienes se vieron obligados a cancelar los sueldos a los profesores.

La medida de la cuarentena también afectó a las familias, pues se generaron tensiones en su interior por la restricción del trabajo, la disminución de recursos, el incremento de necesidades, principalmente para proteger la salud y la vida, por lo que aumentó la violencia intrafamiliar de forma preocupante.

A su vez, la prohibición de las reuniones y manifestaciones públicas restringió el ejercicio del derecho a la libertad de reunión y manifestación pacífica, generando graves tensiones en determinados sectores sociales.

Debido al incremento del número de contagiados con el covid-19, mediante la Ley n.º 1297 de 30 de abril de 2020,³⁶ se postergó la realización de las elecciones generales, que estaban programadas para el 3 de mayo de 2020, disponiendo que se efectuaran dentro de los noventa días siguientes a dicha fecha. Sin embargo, debido al aumento de los contagiados, la Ley n.º 1304 de 21 de junio de 2020,³⁷ por segunda vez, ordenó que se postergaran las elecciones, disponiendo que se llevaran a cabo dentro de los 127 días siguientes a la fecha inicialmente fijada. Estas determinaciones generaron graves tensiones en los sectores sociales que formaban parte del MAS. Es así como, ante la primera postergación para el mes de julio, se generaron protestas de los movimientos sociales, que procedieron a bloquear las calles de las ciudades y las vías camineras exigiendo que se levantara la cuarentena y se realizaran las elecciones. Y la segunda postergación provocó una tensión social aún mayor, ya que las organizaciones y movimientos sociales integrantes del MAS iniciaron protestas que llegaron a obstruir el acceso a las ciudades principales, instalando setenta puntos de bloqueo en donde se impedía el paso de vehículos e incluso de ambulancias; el cierre de las principales carreteras impidió el traslado de tubos de oxígeno de las plantas de producción ubicadas en Santa Cruz de la Sierra con destino a las ciudades de La Paz, Oruro, Cochabamba y Sucre, lo que lamentablemente causó la muerte de más de 30 personas, según denuncia del jefe de la Dirección Nacional de Epidemiología ante la OEA de 7 de agosto de 2020.³⁸

LOS CONTROLES SOBRE LAS MEDIDAS APLICADAS PARA ENFRENTAR LA PANDEMIA

Si bien es cierto que la crisis sanitaria generada por la pandemia del covid-19 no fue enfrentada por el Gobierno del Estado boliviano mediante la aplicación del estado de excepción, sino por la vía de la declaración de emergencia sanitaria y la adopción de un conjunto de medidas como el distanciamiento y la inmovilización social, no es menos cierto que, dada la restricción del ejercicio de derechos fundamentales, los sistemas de control y fiscalización a la implementación

36 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1297>.

37 Bolivia. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1304>.

38 En la denuncia enviada a la OEA, la autoridad del Ministerio de Salud manifestó: “En los últimos días tenemos que lamentar el fallecimiento de personas por la falta de oxígeno debido al bloqueo de carreteras y el ataque al transporte de insumos, medicamentos y otros, que se encuentran parados en las carretas [...] [E]n los últimos días hemos tenido 23 fallecimientos en La Paz por falta de oxígeno, 3 en Cochabamba y 5 pacientes en Oruro. Esta es nuestra situación lamentable y real en este momento”.

y ejecución de las medidas, así como los sistemas de protección de los derechos fundamentales, no podían ni debían interrumpirse; por el contrario, los referidos controles y la protección de los derechos debieron efectuarse de manera eficaz y eficiente.

Sin embargo, la medida de inmovilización social, dispuesta por el Órgano Ejecutivo con la aplicación de la cuarentena, motivó que los órganos encargados del control y fiscalización suspendieran sus labores. Es así como la Asamblea Legislativa Plurinacional suspendió las sesiones presenciales, haciendo que los senadores y diputados retornaran a sus lugares de origen, por lo que las comisiones legislativas a través de las cuales se desarrolla la labor de control y fiscalización dejaron de funcionar. Y para la aprobación de los proyectos de leyes urgentes se hizo necesario habilitar las sesiones virtuales.

El Órgano Judicial expidió la Circular n.º 04/2020 de 21 de marzo,³⁹ disponiendo la suspensión de actividades laborales en los tribunales departamentales de justicia de los nueve departamentos que conforman el Estado boliviano, a partir del lunes 23 de marzo. Como excepción a la regla, para garantizar el servicio judicial en materia penal, se dispuso que en los tribunales departamentales de justicia se establecieran turnos de atención todos los días, incluidos sábados, domingos y feriados, para conocer y resolver los asuntos de adopción o cesación de medidas cautelares a través de juzgados cautelares y salas penales del tribunal departamental. Ahora bien, es preciso señalar que la mencionada Circular no impartió instrucción alguna para que las salas constitucionales en las capitales de departamento, y los juzgados de garantías constitucionales en el resto de los municipios, prestaran los servicios con turnos establecidos, para conocer y resolver los procesos constitucionales tutelares, como la acción de libertad, la acción de amparo constitucional, la acción de protección de privacidad, la acción de cumplimiento y la acción popular, para otorgar protección inmediata y efectiva a los derechos fundamentales frente a las acciones u omisiones ilegales o indebidas de las autoridades públicas durante la vigencia de la cuarentena.

Ante la situación referida, que constituía una suspensión de las garantías constitucionales jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante nota de 6 de abril de 2020, solicitó al Tribunal Supremo de Justicia complementar la Circular n.º 04/2020 o emitir una nueva que contemplara el funcionamiento indispensable de las salas constitucionales, pertenecientes a la estructura de los tribunales departamentales de justicia, para que estas desarrollaran sus funciones, con prioridad en: a) las acciones de defensa donde se encontraran

39 Tribunal Supremo de Justicia. <https://tsj.bo/wp-content/uploads/2020/09/CIRCULAR-04-2020.pdf>.

en peligro los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física y a la libertad de las personas, y b) las acciones de defensa de personas y/o grupos en situación de vulnerabilidad. Ante la solicitud referida, el Tribunal Supremo de Justicia emitió la Circular n.º 06/2020, restableciendo la vigencia de las garantías constitucionales jurisdiccionales, disponiendo la atención y resolución de las acciones tutelares o acciones de defensa, como la acción de amparo constitucional, la acción de protección de privacidad, la acción de cumplimiento y la acción popular. En la mencionada circular se estableció lo siguiente: (i) los vocales de los tribunales departamentales de justicia y los jueces debían resolver de manera excepcional todas las solicitudes vinculadas a la efectividad del proceso y el derecho a la libertad de las personas, como en el caso de la imposición de medidas cautelares de carácter personal (solo en procesos con personas aprehendidas), la cesación de la detención preventiva, el control de plazo de duración de detención preventiva, la aplicación de salidas alternativas solo en caso de personas detenidas, y siempre y cuando la libertad del imputado dependa de la realización de la audiencia; (ii) todas las solicitudes vinculadas al derecho a la libertad de las personas a que se hace referencia en el punto número uno, en procesos iniciados con anterioridad a la declaratoria de cuarentena nacional, debían ser de conocimiento de los jueces que ejercen el control jurisdiccional del proceso, y de los juzgados públicos de la niñez y adolescencia en el caso de los adolescentes; solicitudes que debían ser canalizadas a través de las oficinas gestoras de procesos, en el caso de los juzgados penales y los juzgados públicos de la niñez y adolescencia de la capital, mientras que en las provincias debían ser canalizadas a través del personal de apoyo jurisdiccional de cada juzgado. En cuanto al juzgado de ejecución penal, únicamente atendería aquellos casos relacionados con la redención de penas o la libertad condicional, siempre y cuando se hallaran cumplidos los requisitos para dicho beneficio y de cuya audiencia dependiera su libertad; (iii) se atenderían y resolverían todas las acciones que tuvieran que ver con la pandemia del covid-19 y las disposiciones de cuarentena decretadas por autoridades nacionales, departamentales y regionales. La presentación de las peticiones debía hacerse ante las oficinas gestoras de procesos o buzón judicial, según correspondiera, y la consideración de las solicitudes referidas debía adelantarse por los jueces que tuvieran a su cargo el control jurisdiccional de la causa y, de ser el caso, por la Sala Constitucional que correspondiera; y (iv) todas las audiencias que debieran ser realizadas como efecto de las solicitudes presentadas se harían de manera exclusiva a través de herramientas telemáticas y videoconferencia, vía sistema Blackboard administrado por la Escuela de Jueces del Estado, según protocolo de actuación y guía de uso. En los lugares donde no existiera internet o el mismo fuera limitado o presentara alguna deficiencia técnica en el sistema, no

permitiendo garantizar el derecho a la defensa y los principios de contradicción e intermediación, las audiencias debían desarrollarse de manera normal, pudiendo la autoridad jurisdiccional limitar la participación en la audiencia a las partes estrictamente necesarias y aplicando las reglas de distanciamiento social.

El Tribunal Constitucional Plurinacional adoptó acuerdos jurisdiccionales y administrativos para encarar la cuarentena decretada por el Gobierno Nacional.⁴⁰ Así, mediante Acuerdo Jurisdiccional TCP-SP-003/2020, de 18 de marzo, adoptó las siguientes medidas: (i) suspensión de plazos procesales, (ii) no realización de nuevos sorteos de expedientes y (iii) realización de teletrabajo; asimismo, dispuso que las acciones constitucionales, cuando lo ameritaran, podían ser presentadas en plataformas departamentales. Por Acuerdo Jurisdiccional TCP-SP-005/2020, de 20 de abril, estableció la reanudación de sorteo de causas procesales. Mientras que mediante Acuerdo Jurisdiccional de Sala Plena TCP-SP-006/2020, de 18 de mayo, dispuso la reanudación de plazos procesales de las causas vinculadas con la situación de emergencia declarada en el territorio nacional y/o de relevancia social o política, que se encontraran en trámite y pendientes de emisión de autos constitucionales en la Comisión de Admisión. Por Acuerdo Administrativo de Sala Plena TCP-AD-SP-020/2020, de 18 de marzo, se aprobó el “Protocolo de Actuación para la Prevención del Virus Covid-19”. Y, mediante Acuerdo Administrativo TCP-AD-SP-021/2020, de 20 de abril, se dictó el “Reglamento de Implementación del Buzón Digital Constitucional y Otras Tecnologías en el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ante la Emergencia Sanitaria del Covid-19”.

La Defensoría del Pueblo, según refiere ella misma en el Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional 2020,⁴¹ en el marco de las funciones asignadas a ella por la Constitución, desarrolló la labor de identificar problemáticas en la administración de la pandemia y adoptar acciones en el marco de sus competencias; procedió a evidenciar la existencia de equipos de bioseguridad para el personal médico, indispensable para la atención de pacientes infectados con el coronavirus; formuló observaciones a medidas del Gobierno que afectaron derechos básicos de la población, como el derecho a la alimentación, exigiendo al Órgano Ejecutivo tomar previsiones y acuerdos para garantizar la alimentación y los servicios básicos de los sectores en situación de pobreza y vulnerabilidad; exigió

40 Tribunal Constitucional Plurinacional, Rendición Pública de Cuentas Final 2020 inicial 2021. https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/rendicion/RPC_FINAL_2020_INICIAL_2021.pdf.

41 Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/informe-de-gestion-2020-de-la-defensoria-del-pueblo-a-la-asamblea-legislativa-plurinacional-de-bolivia.pdf>.

asimismo al Gobierno que tomara acciones inmediatas a favor de las y los bolivianos que se encontraban varados en países como Alemania, Argentina, Chile, Irán y Estados Unidos, y que pretendían retornar al país; igualmente, solicitó la implementación de vuelos solidarios para el traslado de personas que, a nivel nacional, se encontraban varadas con motivo de la adopción de la medida de cuarentena. También, realizó investigaciones sobre la atención y tratamiento de las personas infectadas con el coronavirus, identificando las irregularidades e inconsistencias que afectaron la salud y la vida de la población, y que requerían ser ajustadas y atendidas por las autoridades estatales en sus diferentes niveles de gobierno.

Es así como, en efecto, la Defensoría del Pueblo planteó la acción de libertad a favor de las personas varadas en el interior del país como consecuencia de la cuarentena rígida de 2020, acción constitucional que permitió el traslado de más de 470 personas que se encontraban varadas en diferentes regiones del país, las cuales no podían retornar a sus hogares, argumentando que las personas afectadas carecían de recursos económicos y sustento alimenticio, lo que las ubicaba en una clara situación de vulnerabilidad frente al ingreso del covid-19. De ese modo, con su intervención, la Defensoría logró que la Sala Constitucional Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, por Resolución n.º 12/2020, de 10 de abril,⁴² concediera la tutela demandada, disponiendo que:

- (i) De forma inmediata el Órgano Ejecutivo coordine y provea el despacho y recepción de las personas que se encuentran en tránsito, por las distintas situaciones “que sea”[,], a su lugar de origen; (ii) La Defensoría del Pueblo coopere con el Órgano Ejecutivo para la materialización de lo dispuesto en esa Resolución Constitucional; y, (iii) El Órgano Ejecutivo deberá garantizar el traslado en función a los protocolos de salud, evaluando la pertinencia y urgencia de cada caso.

LAS PRINCIPALES ACCIONES DE DEFENSA PLANTEADAS

Durante la vigencia del estado de emergencia sanitaria y la aplicación de la cuarentena se plantearon acciones de defensa para proteger derechos fundamentales; entre las más importantes se tienen las que se detallan seguidamente.

Acción de libertad, que fue planteada por la Defensoría del Pueblo en representación de personas que se encontraban varadas en diferentes puntos geográficos del Estado como consecuencia de la medida de cuarentena. A pedido de las

42 Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.bo/noticias/personas-varadas-en-el-pais-podran-retornar-a-sus-hogares,-segun-dispuso-un-fallo-emitido-ante-una-accion-de-libertad-interpuesta-por-la-defensoria-del-pueblo>.

personas afectadas en su derecho a la libertad de locomoción y ante la amenaza de su derecho a la vida digna, por carecer ya de recursos para adquirir alimentos y, en su caso, medicinas, la Defensoría del Pueblo había requerido de manera reiterada al ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, al Viceministerio de Transporte y a los ministerios de Defensa y de Gobierno, la organización del traslado de esas personas a sus lugares de origen, sin recibir respuesta positiva. Ante ello, el 9 de abril de 2020, la Defensoría del Pueblo planteó la acción de libertad en contra de la Presidenta del Estado Plurinacional de Bolivia, el ministro de la Presidencia, el ministro de Gobierno, el ministro de Defensa, el ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda y el ministro de Salud, denunciando la vulneración de los derechos de esas personas a la vida, a la salud, a la dignidad, a la libre circulación y a la residencia; argumentando cuanto sigue:

(i) las personas afectadas se encontraban varadas en diferentes lugares por motivos laborales y de estudio, además de que existían personas pertenecientes a grupos vulnerables y otras que estaban recibiendo tratamiento médico y de emergencia como diálisis y cirugías, así como enfermos con diabetes y cáncer; adultos mayores, personas con discapacidad, niñas y niños, mujeres en estado de gestación, grupos familiares y personas en situación económica alarmante por los dieciocho días –desde la declaratoria de cuarentena en todo el Estado y hasta la fecha de presentación de la acción de defensa– que no habían podido retornar a sus hogares; (ii) la mayoría de esas personas no contaban con recursos económicos para el pago de alojamiento, por lo que corrían el peligro de ser “desalojadas”, y con relación a la alimentación, no podían acceder a “lugares” acorde a sus posibilidades por el cierre de locales de expendio de comida, por lo cual habían tenido que recurrir a cualquier clase de alimento o golosina para mitigar el hambre, afectando con ello su derecho a la dignidad y con el riesgo de que su situación se agravara de continuar la vigencia de las medidas; y, (iii) con la prohibición de viajar se habían afectado los derechos fundamentales de las personas que se encontraban varadas, como los derechos a la libre circulación y residencia, a la salud y a la vida –debido a las condiciones en las que se les había obligado a vivir durante la cuarentena–, situación agravada por la falta de medidas de previsión al momento de la declaratoria de cuarentena; puesto que las personas habían tenido solo un corto tiempo para retornar a sus ciudades o lugares de origen, y a pesar de que algunas tenían pasaje de retorno, no habían podido viajar.

La Sala Constitucional Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, por medio de la ya citada Resolución n.º 12/2020, de 10 de abril, concedió la tutela demandada y dispuso que el Órgano Ejecutivo, de forma inmediata, debía

coordinar y proveer el despacho y recepción de las personas que se encontraban en tránsito, por las distintas situaciones “que sea”, a su lugar de origen.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en revisión de oficio, mediante Sentencia Constitucional Plurinacional 0236/2021-S3 de 24 de mayo,⁴³ resolvió confirmar la Resolución 12/2020, que se viene de estudiar, precisando que la tutela se concedía, en parte, para la protección del derecho a la libre locomoción con relación al exministro de Gobierno, el exministro de Defensa y el exministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda; denegándola respecto a los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad y a la residencia, y al principio *pro homine*, y con relación a las autoridades accionadas, la ex presidenta del Estado, el exministro de la Presidencia y el exministro de Salud, por falta de legitimación pasiva.

Como se podrá advertir, a instancia de la Defensoría del Pueblo, la Sala Constitucional otorgó protección efectiva a las personas que habían visto su derecho al libre tránsito vulnerado, y amenazados otros derechos, cuales el derecho a la alimentación y el derecho a la salud, como consecuencia de la medida de cuarentena; corriendo las omisiones gubernamentales. Lamentablemente, el Tribunal Constitucional, pese a la urgencia del caso, no cumplió con los plazos previstos por el Código Procesal Constitucional y emitió la Sentencia después de haber transcurrido más de un año, lo que demuestra que no estuvo a la altura del desafío.

Acción popular, que fue planteada por la ciudadana Silvia Gilma Salame Farjat, en representación del pueblo de Chuquisaca, el 15 de junio de 2020, en contra de la ministra de Salud, el gobernador del Gobierno Autónomo Departamental de Chuquisaca, la alcaldesa del Gobierno Autónomo Municipal de Sucre y el delegado presidencial del citado departamento, argumentando cuanto sigue:

... transcurridos más de tres meses desde la detección de los primeros casos del covid-19, no se efectuó un plan de contingencia sanitaria ni se dotó de recursos humanos a los hospitales, tampoco [de] insumos de bioseguridad; inexistiendo acciones en procura de hacer frente a la crisis sanitaria; asimismo, el gobierno nacional, departamental de Chuquisaca y municipal de Sucre, no contaban con una política de transparencia que garantice el acceso a la información de la ciudadanía; por lo que, solicitó a los prenombrados a través de carta abierta, brinden información pública a la población en cuanto a las políticas nacional, departamental y municipal de salud, para afrontar la pandemia por dicho virus en el departamento, así como de las actividades concretas que se ejecutaron en relación a la

43 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia emitida en la acción de libertad planteada por Nadia Alejandra Cruz Tarifa en contra de la Presidenta y ministros de Estado, Exp. 34712-2020-70-AL. [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(sooyi13xfjznausjtouojwos\)\)/WfrResoluciones.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(sooyi13xfjznausjtouojwos))/WfrResoluciones.aspx).

implementación de hospitales, laboratorios, pruebas e ítems para personal médico; de igual manera, respecto al número de pacientes y sospechosos, la capacidad de los lugares en los que se hallan albergados, medidas de seguridad y repatriados; empero, pese a sus reiterados reclamos no obtuvo respuesta.

Es así como se denunció, en consecuencia, la vulneración de los derechos a la vida, a la salud, a la salubridad pública, al acceso a la información y de petición –en su dimensión colectiva–. La Sala Constitucional Segunda del Tribunal Departamental de Chuquisaca, mediante Resolución 01/2020, de 19 de junio, concedió en parte la tutela demandada, disponiendo:

(i) que los demandados, en el plazo de cuarenta y ocho horas a partir de su notificación con la Resolución, respondieran a las cartas que les fueron enviadas por la accionante, relativas a brindar información sobre las acciones para combatir el covid-19 y la sostenibilidad del Plan de Salud y Contingencia de la pandemia en el departamento de Chuquisaca; y, (ii) que en el término de cinco días difundieran, por medios de comunicación de alcance departamental, información objetiva y precisa referida a la disponibilidad de infraestructura, equipamiento, servicios, recursos humanos y otros inherentes a la lucha contra la citada pandemia, de acuerdo a la asignación por cada nivel de gobierno, cuantificando la capacidad para la atención de los pacientes que requirieran internación y tratamiento especializado y la cantidad de unidades de terapia intensiva, debiendo ponderar también los recursos programados para hacer frente a la misma, además de las acciones proyectadas en el futuro inmediato.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en revisión de oficio, mediante Sentencia Constitucional Plurinacional 0483/2021-S2, de 30 de agosto,⁴⁴ resolvió confirmar la citada Resolución 01/2020, precisando que la tutela se concedía en parte para la protección del derecho a la salubridad pública en su elemento de derecho a acceder a la información sanitaria pública, declarando como responsables de la vulneración al gobernador del Gobierno Autónomo Departamental de Chuquisaca y al alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Sucre; dispuso, asimismo, que estas autoridades debían brindar información a todos los habitantes del departamento de Chuquisaca (Capital y Provincia) sobre los planes y programas para afrontar la pandemia del covid-19, en formatos abiertos y de

44 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia emitida en la acción popular planteada por Silvia Gilma Salame Farjat en contra de la ministra de Salud y otras autoridades, Exp. 33924-2020-68-AP. [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(sooy113xfjznausjtoujwos\)\)/WfrResoluciones.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(sooy113xfjznausjtoujwos))/WfrResoluciones.aspx).

manera accesible; finalmente, denegó la tutela en relación con la exministra de Salud y el exdelegado presidencial del Departamento de Chuquisaca; y lo mismo hizo en cuanto al derecho de petición. Para sustentar su determinación, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicó la Resolución 1/2020, de 10 de abril, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).⁴⁵

En el contexto de la grave crisis sanitaria, la decisión de la Sala Constitucional fue importante, ya que ordenó a las autoridades competentes difundir ampliamente la disponibilidad de infraestructura, equipamiento, servicios, recursos humanos y otros inherentes a la lucha contra la pandemia, para conocimiento de la población; pero hubiera sido más destacable que en la Sentencia se hubiera ordenado a las autoridades públicas competentes cumplir con la obligación positiva, establecida por el artículo 35 de la Constitución, de adoptar medidas urgentes e integrales para resguardar y proteger el derecho a la salubridad pública y, con ello, los derechos a la salud y la vida de las personas.

El plazo en el que resolvió el Tribunal Constitucional Plurinacional la acción popular, catorce meses, refleja que el control jurisdiccional no fue oportuno ni eficaz para enfrentar la pandemia.⁴⁶

45 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la recomendación 32 de la referida Resolución, establece que los gobiernos de los Estados miembros deben “[a]segurar el derecho de acceso a la información pública en el marco de la emergencia generada por el covid-19 y no establecer limitaciones generales basadas en razones de seguridad u orden público. Los órganos que garantizan este derecho y los sujetos obligados deben otorgar prioridad a las solicitudes de acceso a la información relacionadas con la emergencia de salud pública, así como informar proactivamente, en formatos abiertos y de manera accesible a todos los grupos en situación de vulnerabilidad, de forma desagregada sobre los impactos de la pandemia y los gastos de emergencia, desagregados de acuerdo con las mejores prácticas internacionales. En los casos de postergación de los plazos de solicitudes de información en asuntos no vinculados a la pandemia, los Estados deberán fundamentar la negativa, establecer un espacio temporal para cumplir la obligación y admitir la apelación de estas resoluciones”.

46 Dada su naturaleza tutelar, las acciones de defensa como la acción de libertad, la acción de amparo constitucional, la acción de protección de la privacidad, la acción de cumplimiento y la acción popular tienen un trámite especial y sumarísimo. Por previsión del artículo 38 del Código Procesal Constitucional, la resolución y los antecedentes de la acción de defensa se elevarán de oficio, en revisión, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el plazo de veinticuatro horas siguientes a la emisión de la resolución. Según dispone el artículo 41 del Código Procesal Constitucional, los antecedentes de la acción de defensa remitidos al Tribunal Constitucional Plurinacional deben ser registrados en el sistema informático y ser remitidos en el plazo de diez días a la Comisión de Admisión para que proceda al sorteo para designar al magistrado relator de la respectiva sala; y por mandato del artículo 43.1.2 del Código Procesal Constitucional, la sentencia, en las acciones de amparo constitucional,

Acción popular, que fue planteada por Ricardo Elías Rodríguez Beizaga y Lidia Patty Mullisaca, diputada de la Asamblea Legislativa Plurinacional, en contra de la presidenta del Estado, el ministro de la Presidencia y el ministro de Educación, Deportes y Culturas (Exp. 35025-2020-71-AP), impugnando la Resolución Ministerial n.º 0050/2020, de 31 de julio. Lo anterior, argumentando que la determinación de clausurar la gestión educativa de 2020 no solo atentaba contra el derecho a la educación de los niños y adolescentes que cursaban el nivel inicial, primario, secundario y de convenio, sino también, directamente, contra el derecho al trabajo de todos los maestros. Así como que la Resolución Ministerial había causado alarma social a nivel nacional, debido a que había suprimido derechos colectivos de las niñas, niños y adolescentes; denunciando la vulneración de los derechos a la educación y al trabajo, en su dimensión de intereses difusos. La Sala Constitucional Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, por Resolución n.º 105/2020, de 19 de agosto, concedió la tutela solicitada y dejó sin efecto jurídico la Resolución Ministerial n.º 0050/2020, instruyendo:

... al nivel central del Estado, a través el Ministerio de Educación, en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles a partir de la notificación con la Resolución, provea una política pública integral para garantizar por todos los medios el derecho a la educación de los ciudadanos en edad escolar[;] para tal efecto, el nivel central del Estado deberá realizar este trabajo con todos los actores de la educación nacional, colegios privados, magisterio urbano, magisterio rural, padres de familia públicos y privados, debiendo todos los actores asumir su responsabilidad y no evadirla bajo ninguna circunstancia.

Y argumentando, asimismo, que la educación es un derecho en su genética difusa; y que el Estado, en la situación de emergencia sanitaria, está obligado a garantizar el ejercicio del derecho a la educación.

El 19 de agosto de 2020, el ciudadano Héctor Arce Rodríguez, presidente de la Asociación de Municipios de Cochabamba, planteó una acción popular en contra de la presidenta del Estado, el ministro de la Presidencia y el ministro de Educación, Deportes y Culturas (35717-2020-72-AP), impugnando la Resolución Ministerial n.º 0050/2020, de 31 de julio, con los argumentos de que el Gobierno Nacional, mediante una resolución ministerial y no una ley, había tomado la determinación unilateral de clausurar la gestión educativa de 2020, medida que alcanzaría a colegios particulares, públicos y de convenio, priorizando la salud de los estudiantes, docentes y de la población en general; de que el Gobierno

acción de protección de la privacidad, acción de cumplimiento y acción popular, debe ser emitida en el plazo de treinta días hábiles computable a partir del sorteo del expediente.

Central no había desarrollado esfuerzo alguno para garantizar la calidad y continuidad educativa, llegando a anular íntegramente dicho derecho; y de que había adoptado la determinación excluyendo sistemáticamente, en la planificación educativa, a la comunidad educativa de padres de familia y maestros, quienes no habían participado ni habían sido consultados por estas determinaciones; denunció el ciudadano, además, la vulneración del derecho a la educación integral, gratuita y con calidez. La Sala Constitucional Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, mediante Resolución n.º AP-0001/2020, de 2 de septiembre, denegó la tutela solicitada, argumentando que otros ciudadanos ya habían planteado otra acción popular con identidad de objeto y causa, y que había sido resuelta mediante Resolución 105/2020, de 19 de agosto, que concedió la tutela dejando sin efecto la Resolución Ministerial impugnada.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en revisión de oficio, dispuso la acumulación de los dos expedientes de las acciones populares referidas, y mediante Sentencia Constitucional Plurinacional 0967/2021-S2, de 29 de diciembre,⁴⁷ resolvió confirmar en parte la Resolución 105/2020 y revocar la Resolución AP-0001/2020; en consecuencia, determinó conceder en parte la tutela solicitada por los accionantes con relación al derecho a la educación, denegándola respecto al derecho al trabajo, con el argumento de que el derecho a la educación tiene una dimensión difusa; ello, dijo, “en virtud a que su funcionamiento en todos sus niveles –regular, alternativa, especial, superior y de formación profesional– depende de las gestiones y políticas que el Estado emplee a fin de satisfacerlo, garantizarlo y gestionarlo, involucrando a una colectividad plural e indeterminada como directa beneficiaria de esas funciones a cumplirse, con incidencia [...] en su dimensión difusa”. Asimismo, estableció subreglas para que el derecho a la educación en su dimensión difusa fuera tutelado por vía de acción popular, en el siguiente sentido:

... a fin de establecer la indicada similitud, respecto al derecho al sistema educativo para su protección vía acción popular, resulta necesario observar los siguientes criterios: 1) Que la colectividad receptora de sujetos de la acción u omisión sea indeterminada; es decir, fuera difícil conocer la extensión cuantitativa de la población destinataria por su pluralidad, donde lo característico es la indeterminabilidad, lo que en el caso del derecho al sistema de educación involucra a una colectividad con pluralidad de sujetos, cuya cantidad es inconmensurable y extensa,

47 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia emitida en la acción popular planteada por Ricardo Elías Rodríguez Beizaga, Lidia Patty Mullisaca y Héctor Rodríguez en contra de la presidenta y ministros de Estado, Exp. 35025-2020-71-AP y Exp. 35717-2020-72-AP. [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(sooyi13xfjznausjtouojwos\)\)/WfrResoluciones.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(sooyi13xfjznausjtouojwos))/WfrResoluciones.aspx).

pues sería difícil medir y llegar a deducir el real alcance de afectados con el recorte y restricción del derecho a la educación, en esta dimensión; 2) Que se trate de un derecho o interés público propiamente; vale decir, la sociedad vinculada a consecuencia de la necesidad de reclamar protección sobre una afectación común; que con relación al derecho al sistema educativo resulta perceptiblemente de una pretensión con vinculación y consecuencia común, que requiere una protección conjunta; 3) [Que] Pueden ser vulnerados por acto u omisión de personas individuales o jurídicas, donde se dé la coincidencia de que la afectación del derecho o interés difuso recaiga en una colectividad y sea quien interponga la acción en representación propia, dando paso a que se constituyan en sujetos víctimas de un acto u omisión; y, 4) [Que,] Siendo que la afectación del derecho es indeterminada, cualquier persona afectada, tiene titularidad de efectuar un reclamo; vale decir, legitimación activa, y la decisión constitucional tendrá efectos *erga omnes*; es decir, no solo tiene carácter obligatorio para las partes en la demanda, sino [par]a todo el que tenga dominio para reparar el derecho fundamental vulnerado.⁴⁸

Las medidas de distanciamiento y aislamiento social adoptadas por el Gobierno Nacional vulneraron el derecho a la educación de la población en edad de formación humanística; pues inicialmente, al haberse decretado la cuarentena, se dispuso la modalidad virtual para la continuidad de las actividades educativas, medida con la que se vieron afectados más del 50% de las y los estudiantes por no contar con los medios para acceder a las aulas virtuales. El Gobierno, en vez de resolver ese problema, optó por disponer la clausura de la gestión educativa de 2020, con lo que se vulneró el derecho a la educación de las y los estudiantes. La Sala Constitucional admitió y resolvió la acción popular, sin realizar la conversión de acción por sustracción de materia,⁴⁹ y concedió la tutela disponiendo medidas que no repararon los derechos vulnerados, pues no revirtió la determinación gubernamental de clausurar la gestión educativa de 2020, sino que lo que dispuso fue que el Gobierno “provea una política pública integral para garantizar por todos los medios el derecho a la educación de los ciudadanos en

48 SCP 0048/2013-L, de 6 de marzo, reiterada por la SCP 0475/2021-S4, de 31 de agosto.

49 Tomando en cuenta que, conforme a las normas previstas por la Constitución, la educación es un derecho social, no un derecho colectivo, la garantía jurisdiccional idónea para su inmediata, oportuna y eficaz protección es la acción de amparo constitucional, la cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, puede ser activada directamente sin agotar vías legales ordinarias, aplicando la excepción a la regla de subsidiaridad; y habiéndose planteado la acción popular para pedir su protección, siguiendo los precedentes constitucionales obligatorios, pudo la Sala Constitucional proceder a la conversión de acción, para tramitarla y resolverla como acción de amparo constitucional.

edad escolar”; lamentablemente, la medida gubernamental de la clausura de la gestión educativa de 2020 quedó consumada, con las graves consecuencias para las y los estudiantes.

Lo grave del caso es que el Tribunal Constitucional Plurinacional tardó en pronunciarse, en revisión de oficio de la acción popular, un año y cuatro meses, esto es, hasta cuando ya se había cerrado la gestión educativa correspondiente al año 2021. En efecto, si bien concedió la tutela demandada y dejó sin efecto la Resolución Ministerial n.º 50/2020, que clausuró la gestión educativa del año 2020, dado el tiempo transcurrido, esa decisión ya no tuvo efecto jurídico alguno, máxime cuando el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, dimensionando los efectos de su decisión, había resuelto dejar firmes y subsistentes “todos los actos y/o resoluciones académicas, administrativas y otros, que constituyan derechos favorables para los estudiantes de primera y secundaria, y otros terceros de buena fe, emitidos como emergencia de la resolución anulada [sic]”.

CONCLUSIONES

Luego del análisis descriptivo de las medidas que fueron adoptadas por el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia para enfrentar la pandemia del covid-19, así como de las acciones de control sobre dichas medidas y la protección de los derechos fundamentales, a manera de conclusiones se puede señalar lo siguiente.

La letalidad y la fuerza de expansión en la comunidad del covid-19 obligó al Órgano Ejecutivo a adoptar medidas para resguardar y proteger los derechos a la salud y a la vida de la población; medidas como la de declarar emergencia sanitaria y, a partir de ello, decretar la inmovilización social con la cuarentena, complementada a su vez con otras medidas.

Si bien está prevista en la Constitución la medida del estado de excepción para enfrentar graves situaciones, como un desastre natural, en el que encuadra la pandemia del covid-19, el Gobierno Nacional no declaró el estado de excepción sino la emergencia sanitaria, y sobre esa base adoptó las medidas necesarias para prevenir la propagación de la infección por contagio comunitario, así como para controlar su propagación, tratando médicamente a los infectados y rehabilitarlos. El Órgano Ejecutivo adoptó esta vía debido a la coyuntura, caracterizada por una grave crisis social y política, y porque en la Asamblea Legislativa Plurinacional del Estado dos tercios de los senadores y diputados eran de oposición al Gobierno, lo que hizo prácticamente inviable la adopción del estado de excepción, pese a que habría sido aplicable.

Las medidas adoptadas para contrastar la pandemia del covid-19 no fueron suficientes para enfrentar integralmente la crisis generada; si bien es cierto evitaron una mayor expansión de contagios y del índice de mortalidad, no es menos cierto que, en particular, la medida de la inmovilización social restringió otros derechos, como el de educación, el de comercio e industria y el de realizar actividades económicas lícitas, el de libertad empresarial, el de propiedad privada, el de reunión y manifestación, y, en determinado momento, el de libertad de expresión, opinión y pensamiento; asimismo, las medidas adoptadas generaron tensiones sociales.

Durante la vigencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional se vulneraron derechos fundamentales y, lamentablemente, los sistemas de control previstos por la Constitución respecto de la aplicación y vigencia de las medidas de excepción no funcionaron de manera adecuada. El control legislativo fue casi nulo, ya que la mayoría parlamentaria tenía una prioridad diferente. Y el control judicial no fue eficaz, porque, de un lado, la presidencia del Tribunal Supremo de Justicia, una vez decretada la cuarentena, dispuso la suspensión de actividades de los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria, incluyendo los juzgados y tribunales de garantías constitucionales, dejando con ello en suspenso la labor de control judicial; y, de otro, el Tribunal Constitucional Plurinacional no resolvió con la debida prontitud y oportunidad las acciones tutelares planteadas.

BIBLIOGRAFÍA

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, <https://www.defensoria.gob.bo/noticias/personas-varadas-en-el-pais-podran-retornar-a-sus-hogares,-segun-dispuso-un-fallo-emitado-ante-una-accion-de-libertad-interpuesta-por-la-defensoria-del-pueblo>.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/informe-de-gestion-2020-de-la-defensoria-del-pueblo-a-la-asamblea-legislativa-plurinacional-de-bolivia.pdf>.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional 2020. <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/informe-de-gestion-2020-de-la-defensoria-del-pueblo-a-la-asamblea-legislativa-plurinacional-de-bolivia.pdf>.

DW, “Bolivia anticipa clausura del año escolar por la pandemia”, 3 de agosto de 2020. <https://www.dw.com/es/bolivia-anticipa-clausura-del-a%C3%B1o-escolar-por-la-pandemia/a-54409941>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Rendición Pública de Cuentas Final 2020 inicial 2021. https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/rendicion/RPC_FINAL_2020_INICIAL_2021.pdf.

LEYES

LEY DE APLICACIÓN NORMATIVA de 21 de mayo de 2013.

LEY N.º 1096 de 1 de septiembre de 2018.

LEY N.º 1341 de 23 de julio de 2020.

LEY N.º 1266 de 24 de noviembre de 2019.

LEY N.º 1341 de 23 de julio de 2020.

LEY N.º 1293 de 1 de abril de 2020.

LEY N.º 1294 de 1 de abril de 2020.

LEY N.º 1330 de 16 de septiembre de 2020.

LEY N.º 1309 de 30 de junio de 2020.

LEY N.º 1342 de 27 de agosto de 2020.

LEY N.º 1297 de 30 de abril de 2020.

Todas disponibles en: <https://www.google.com/search?q=gaceta+oficial+de+bolivia&oq=Gaceta+Oficial+de+Bolivia&aqs=chrome.o.0i271j69i57joi512l8.10611joj15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

DECRETOS SUPREMOS

DECRETO SUPREMO n.º 4179 de 12 de marzo de 2020.

DECRETO SUPREMO n.º 4196 de 17 de marzo de 2020.

DECRETO SUPREMO n.º 4197 de 18 de marzo de 2020.

DECRETO SUPREMO n.º 4198 de 18 de marzo de 2020.

DECRETO SUPREMO n.º 4199 de 21 de marzo de 2020.

DECRETO SUPREMO n.º 4200 de 25 de marzo de 2020.

DECRETO SUPREMO n.º 4214 de 14 de abril de 2020.

DECRETO SUPREMO n.º 4215 de 14 de abril de 2020.

DECRETO SUPREMO n.º 4217 de 14 de abril de 2020.

Todos disponibles en: <https://www.google.com/search?q=gaceta+oficial+de+bolivia&oq=Gaceta+Oficial+de+Bolivia&aqs=chrome.o.0i271j69i57joi512l8.10611joj15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

RESOLUCIÓN MINISTERIAL n.º 0050/2020 de 31 de julio de 2020.

SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL n.º 0003/2013 de 25 de abril, [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(nwdtzetknbvovwtzyzmiezs\)\)/WfrResoluciones.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(nwdtzetknbvovwtzyzmiezs))/WfrResoluciones.aspx).

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0236/2021-S3 de 24 de mayo, [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(nwdtzetknbvovwtzyzjme2s\)\)/WfrResoluciones.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(nwdtzetknbvovwtzyzjme2s))/WfrResoluciones.aspx).

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0483/2021-S2 de 30 de agosto, [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(nwdtzetknbvovwtzyzjme2s\)\)/WfrResoluciones.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(nwdtzetknbvovwtzyzjme2s))/WfrResoluciones.aspx).

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0967/2021-S2 de 29 de diciembre, [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(nwdtzetknbvovwtzyzjme2s\)\)/WfrResoluciones.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(nwdtzetknbvovwtzyzjme2s))/WfrResoluciones.aspx).

CONTROL JUDICIAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA EN BRASIL

Mônia Clarissa Hennig Leal*

INTRODUCCIÓN

La jurisdicción constitucional ha cobrado gran relieve en el contexto del Estado, por el hecho de ser garante de la Constitución y de los derechos fundamentales. Su prominencia expresa, a su vez, la propia centralidad y supremacía que caracteriza su objeto de control. En este proceso, con todo, al ejercer sus competencias, los tribunales constitucionales acaban por ser criticados y cuestionados acerca de los límites y de la legitimidad de su actuación.

La judicialización es resultado, de manera general, de un proceso histórico típico del constitucionalismo democrático que tiene como base múltiples factores, tales como la centralidad de la Constitución y su fuerza normativa, asociadas a aspectos como el carácter principialista, la supremacía y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que, sumados, conducen a una ampliación y a una transformación de la naturaleza de la jurisdicción constitucional. Su principal característica reside, por lo tanto, en un protagonismo del Poder Judicial, resultante de una confluencia de factores que llevan a una transferencia de decisiones estratégicas sobre temas fundamentales de la sociedad a este poder, lo que hace que el derecho se convierta, cada vez más, en un derecho judicial.

Es a partir de ese contexto que se pretende analizar, críticamente, la actuación del Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño, en cuanto guardián del Estado democrático de derecho y de los derechos fundamentales, en la fiscalización y control de las actividades de los poderes públicos relacionadas con la pandemia del covid-19, especialmente en lo que concierne a las posibles restricciones de

* Posdoctora, Ruprecht-Karis Universität, Heidelberg (Alemania); doctora en Derecho, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Coordinadora del Programa de Posgrado en Derecho, Maestría y Doctorado, Universidad de Santa Cruz do Sul (Unisc). profa.moniam@gmail.com.

derechos determinadas con fundamento en la crisis sanitaria y el decreto del “estado de calamidad pública” en el país.

Para ello, en un primer momento, se discurrirá, en una perspectiva teórica, sobre el protagonismo de la jurisdicción constitucional en el Estado democrático de derecho. Seguidamente, se discutirán los elementos jurídicos conformadores del “estado de calamidad pública” en Brasil, con especial énfasis en la naturaleza de las medidas legales adoptadas, para efectos de evidenciar que no se trata de un “estado de excepción” propiamente dicho. Finalmente, como tercer tópico, se analizarán las decisiones del Supremo Tribunal Federal en sede de control de constitucionalidad.

La conclusión de este trabajo es que la posición adoptada por el STF va en el sentido de la necesidad de un fortalecimiento de la observancia de los derechos fundamentales en momentos de crisis, más que en el sentido de una posible extensión de las posibilidades de su restricción.

JURISDICCION CONSTITUCIONAL, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y SU ROL DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

La jurisdicción constitucional se ha desarrollado, a lo largo del tiempo, en estrecha conexión con las transformaciones operadas en el ámbito del Estado, pasando, así –en razón de los intereses determinados por la necesidad de consolidación de los ideales burgueses y de ruptura con las estructuras conservadoras del *Ancien Régime*, de lo cual la magistratura era representante (reforzados y llevados a cabo, jurídicamente, por una comprensión formalista y exegética de operacionalización del derecho)–, de una postura restrictiva y limitada en el contexto del Estado liberal a una competencia amplia y activa en el Estado democrático de derecho, caracterizada, sobre todo, por la protección de los derechos fundamentales, reforzados, en su relieve, especialmente en Europa (y, particularmente, en algunos de los países más directamente afectados por regímenes totalitarios: Alemania, Italia y España), como resultado de una reacción a las atrocidades practicadas en la Segunda Guerra Mundial.¹

A partir de ahí, se puede verificar un recrudecimiento de la dimensión material de la Constitución,² contexto en el cual la jurisdicción constitucional se

1 Monia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional aberta. Reflexões acerca dos limites e da legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática - uma análise a partir da teoria constitucional alemã e norteamericana*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007.

2 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1999.

presenta, en el ámbito de las democracias constitucionales contemporáneas –y, más puntualmente, en Brasil,³ con la redemocratización–, como uno de los principales y característicos elementos de garantía de la Constitución y de concretización de los derechos fundamentales, tenidos como referencias basilares del orden jurídico.

Justamente debido a esos aspectos, esto es, a tener la base de todo el derecho asentada en los derechos fundamentales –que vinculan y condicionan, a partir del fenómeno de “constitucionalización”, la interpretación de todo el derecho, que necesita ser leído y aplicado conforme a la Constitución y a los derechos fundamentales–, es que la figura de la jurisdicción constitucional gana relieve.⁴

Además, esa concretización implica, muchas veces, la presencia de un conflicto que solamente puede ser resuelto por medio de la ponderación, haciendo que la actual actividad jurisdiccional adquiera una dimensión constructiva, asentada, ante todo, en la necesidad de concretar los principios y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.⁵

Debido a estos aspectos, la jurisdicción constitucional recibe múltiples críticas en cuanto a su legitimidad democrática, siendo frecuentes las referencias a fenómenos como la “politización del Poder Judicial”, la “judicialización de la política” y el “activismo judicial”,⁶ en que se discuten los límites del control de constitucionalidad teniendo en cuenta el (tradicional) principio de separación de poderes.⁷

3 Dado que Brasil experimentó, poco después de la Segunda Guerra Mundial, un régimen dictatorial –con la instauración de un gobierno militar en 1964–, el influjo de los movimientos constitucionales europeos, orientados hacia la efectiva protección y normatividad de los derechos fundamentales, solamente se conoció en el país con la carta federal de 1988, conocida como “Constitución ciudadana”. Precedida de fuertes movimientos populares por la redemocratización –movimiento “Directas Ya”–, el resultado de ellos, determinado por factores tanto externos cuanto internos, fue, justamente, la promulgación de este texto fundamental, que consagra los derechos humanos y fundamentales como contenidos centrales, atribuyéndoles aplicabilidad inmediata (art. 5.º, § 1.º).

4 Erhard Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

5 Denninger (1990, p. 279) ha señalado que estos principios operan como “conceptos-clave de derecho constitucional”, que, asociados a otros “conceptos operativos”, como el de la máxima efectividad, y de normas objetivas, acabarán dando origen a una “teoría general” de los derechos fundamentales, sistematizando técnicas por medio de las cuales esos derechos vendrían a estar “súper-protegidos”.

6 Mônia Clarissa Hennig Leal, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente ‘un’ o ‘el’ activismo?”, *Estudios Constitucionales*, año 10, n.º 2, 2012, p. 447.

7 Luís Roberto Barroso, “Os três papeis desempenhados pelas Supremas Cortes nas democracias constitucionais contemporâneas”, *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 21, n.º 3, t. 1, 2019, pp. 11-35.

Una de dichas críticas, basada en el argumento del paternalismo representado por los tribunales constitucionales,⁸ es que, al actuar como guardianes y garantes de un orden objetivo de valores representado en la Constitución, los jueces pasan a ser, en la designación de Böckenförde, los “señores de la Constitución” (*Herren der Verfassung*), equiparándose o hasta superponiéndose al poder constituyente.⁹

Es preciso considerar, con todo, que esta demanda, en relación a la jurisdicción constitucional, no se debe a una mera contingencia, ya que se encuentra asociada, en parte, a una transformación de los propios derechos fundamentales, en la superación de su dimensión clásica, meramente subjetiva,¹⁰ caracterizada por la incorporación de una dimensión objetiva, que resulta en una ampliación y extensión de su contenido.¹¹

Se tiene, así, que el sistema de principios que identifica el constitucionalismo democrático genera un espacio de judicialización¹² hasta entonces jamás visto en la historia de los poderes,¹³ aspecto que ha llevado a Forsthoff a sostener, ironizando sobre tal realidad (que él ha denominado “*juristisches Weltenei*”), que todo en el mundo gira alrededor del ombligo de los juristas, desde el derecho penal hasta la fabricación de termómetros.¹⁴

Por consiguiente, tenemos una tendencia al agigantamiento del rol de la jurisdicción, respecto de la cual es posible hablar, especialmente a partir de la segunda posguerra, de un “derecho constitucional jurisprudencial” (*judge made law*),¹⁵ asentado en los derechos fundamentales y en la categoría de los princi-

8 Ingeborg Maus, “O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque (trads.), *Novos Estudos*, n.º 58, São Paulo, Cebrap, 2000.

9 Véase *supra* nota 5.

10 Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, t. 29, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, p. 53.

11 Dieter Grimm, “Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?”, en Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Fráncfort, Suhrkamp, 1991, p. 221.

12 Wiltraut Rupp-von Brünneck, “Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt: wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament”, *Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR), t. 102, Tübinga, J.C.B. Mohr, 1977, p. 2.

13 Raoul Berger, *Government by Judiciary: the Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977.

14 Ernst Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft: dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª ed., Múnich, Beck, 1971.

15 La innovación no reside, aquí, tanto en la comprensión de la jurisprudencia como fuente del derecho, sino en su relevancia, ya que la actuación del magistrado, en el fallo concreto,

pios, que pasan a ocupar un lugar de importancia, en particular en las actuales sociedades complejas, donde “el derecho constitucional es, prácticamente, el producto del ejercicio del poder judicial de revisión de las leyes”.¹⁶

Es en este sentido, a la vez, que se hace referencia al Tribunal Constitucional como una “superinstancia”,¹⁷ sea en el sentido de la extensión de su competencia –cada vez más amplia– o en el sentido de la fuerza de sus intervenciones.¹⁸ El Estado democrático de derecho se estaría transformando, pues, en palabras de Isensee, en un “Estado jurisdiccional” (*Jurisdiktionsstaat*).¹⁹

A pesar de las críticas, la experiencia apunta a señalar que el Estado democrático de derecho no puede funcionar sin la justicia constitucional,²⁰ ni tampoco los contenidos de la Constitución pueden ser realizados sin la actuación de la jurisdicción.²¹

Y más allá de las controversias que este protagonismo pueda generar en contrapunto a la concepción clásica de separación de poderes, especialmente en países caracterizados por un “hiperpresidencialismo” y por “democracias defectuosas”,²² como ocurre en América Latina, el mismo se torna aún más evidente en momentos de crisis como el que hemos vivido en razón de la pandemia del covid-19, en el cual se adoptaron una serie de medidas de carácter excepcional que, dada la fragilidad de sus procesos de elaboración, asociada a la relevancia de los derechos afectados, han hecho aún más necesaria esta actuación.

se presenta como determinante para la conformación del derecho. Véase Hans-Joachim Koch, “Die Begründung von Grundrechts-interpretationen”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGRZ), n.º 11/12, 1986, pp. 345-361.

16 José Acosta Sánchez, “Transformaciones de la Constitución en el siglo XX”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100, 1998, p. 58.

17 Martin Schulte, “Zur Lage und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.), Heft 18, 15 de septiembre 1996, pp. 1009-1020.

18 Ingwer Ebsen, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung: eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985, p. 11.

19 Josef Isensee, “Bundesverfassungsgericht – quo vadis?”, *Juristen Zeitung* (JZ), 22, noviembre, 1996, p. 1085.

20 Ralf Dreier, “Konstitutionalismus und Legalismus: zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat”, en *Rechtstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Fráncfort, Klostermann, 2988, p. 105.

21 Ebsen, *op. cit.*, p. 14.

22 Roberto Gargarella, “La revisión judicial en democracias defectuosas”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, n.º 2, 2019, pp. 153-169.

EL “ESTADO DE EXCEPCIÓN” EN BRASIL: “CALAMIDAD PÚBLICA” + FLEXIBILIZACIÓN PRESUPUESTARIA, Y NO SUSPENSIÓN DE DERECHOS

Para tener una adecuada comprensión del objeto de análisis que se propone en el presente texto es importante destacar en qué consisten las medidas para enfrentar la pandemia aprobadas por el Congreso Nacional. En este sentido, se tiene como principal instrumento legal la figura del “decreto de calamidad pública”, cuya esencia reside, específicamente, en la flexibilización de los límites presupuestales y fiscales, sin ninguna previsión expresa en cuanto a la posibilidad de suspensión o restricción²³ de derechos fundamentales, posibilidad que caracteriza el “estado de excepción”.

La Constitución brasileña de 1988, como base de un Estado democrático de derecho, reconoce en su texto apenas dos situaciones de “excepcionalidad” institucional, que por el hecho de representar una restricción de derechos²⁴ deben ser interpretadas de forma restrictiva. Veamos.

- a. “Estado de defensa” (art. 136 CF/88): está destinado a la preservación del orden público o de la paz social amenazados por grave e inminente inestabilidad institucional o por calamidades naturales de grandes proporciones. Tiene la característica de aplicarse a lugares restringidos y determinados del territorio nacional, con un plazo de treinta días (renovable por otro plazo igual), mediante fundamentación justificada, debiendo el correspondiente decreto –que tiene que ser aprobado por el Congreso Nacional, por mayoría absoluta– establecer, puntualmente, los derechos restringidos, de entre los expresamente autorizados por la Constitución. La interpretación de las facultades conferidas mediante su declaratoria es restrictiva, así como lo son las medidas adoptadas pasibles de control jurisdiccional en cuanto a la observancia de los requisitos exigidos y también en relación con su proporcionalidad:

Art. 136. El Presidente de la República, previa consulta al Consejo de la República y al Consejo de Defensa Nacional, podrá decretar el estado de defensa para preservar o restablecer con prontitud, en lugares restringidos y determinados, el orden público o la paz social amenazados por una grave e inminente inestabilidad institucional o afectados por grandes catástrofes naturales.

23 Martin Borowski, “La restricción de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, n.º 59, 2000, p. 37.

24 *Ibid.*, p. 34.

§ Párrafo 1.º El decreto que establezca el estado de defensa determinará su duración, especificará las zonas que abarcará e indicará, dentro de los términos y límites de la ley, las medidas coercitivas que se aplicarán, entre las siguientes:

I - restricciones a los derechos de:

a) reunión, aunque se celebren en el seno de asociaciones;

b) confidencialidad de la correspondencia;

c) secreto de las comunicaciones telegráficas y telefónicas;

II - ocupación temporal y utilización de bienes y servicios públicos, en caso de catástrofe pública, siendo el Gobierno Federal responsable de los daños y costes resultantes.²⁵

- b. “Estado de sitio” (art. 137 CF/88): es aplicable en casos de grave conmoción nacional o ineficacia del “estado de defensa” (plazo de treinta días, renovable por otro plazo igual), o de declaración de guerra/agresión armada extranjera (en este caso, puede extenderse durante el período de duración de la guerra). También esta hipótesis queda sujeta a control jurisdiccional de las medidas adoptadas, tanto formalmente como en términos de proporcionalidad, debiendo su interpretación ser restrictiva, siendo posibles solamente las restricciones a derechos expresamente previstas por la Constitución:

Art. 137. El Presidente de la República, oído el Consejo de la República y el Consejo de Defensa Nacional, podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para declarar el estado de sitio en caso de:

I - una conmoción grave con repercusiones nacionales o la aparición de hechos que demuestren la ineficacia de las medidas adoptadas durante el estado de defensa;

II - declaración de estado de guerra o respuesta a una agresión armada extranjera.

Parágrafo único. El Presidente de la República, al solicitar autorización para decretar el estado de sitio o su prórroga, deberá motivar la solicitud, y el Congreso Nacional decidirá por mayoría absoluta.

Art. 138. El decreto de estado de sitio indicará su duración, las normas necesarias para su ejecución y las garantías constitucionales que quedarán suspendidas y, una vez publicado, el Presidente de la República designará el ejecutor de las medidas concretas y las zonas comprendidas.

§ Párrafo 1 El estado de sitio, en el caso del artículo 137, inciso I, no podrá ser decretado por más de treinta días, ni prorrogado, cada vez, por un período mayor;

25 Trad. propia.

en el caso del inciso II, podrá ser decretado mientras dure la guerra o la agresión armada extranjera.

§ Párrafo 3 El Congreso Nacional permanecerá en sesión hasta que las medidas coercitivas hayan terminado.

Art. 139. Durante el estado de sitio decretado sobre la base del artículo 137, inciso I, solo podrán adoptarse contra las personas las siguientes medidas:

I - obligación de permanecer en un lugar determinado;

II - detención en un edificio no destinado a personas acusadas o condenadas por delitos comunes;

III - restricciones a la inviolabilidad de la correspondencia, al secreto de las comunicaciones, al suministro de información y a la libertad de prensa, radiodifusión y televisión, de conformidad con la ley;

IV - suspensión de la libertad de reunión;

V - registro e incautación domiciliaria;

VI - intervención en empresas de servicio público;

VII - requisición de mercancías.

Parágrafo único. Las restricciones del inciso III no incluyen la difusión de declaraciones hechas por parlamentarios en sus Cámaras Legislativas, siempre que hayan sido autorizadas por la respectiva Mesa.²⁶

Es importante destacar que, aunque en ambos casos la competencia sea del presidente de la República, se hace necesaria la consulta previa al “Consejo de la República” y al “Consejo de Defensa Nacional”, así como la aprobación posterior del Congreso Nacional, que debe permanecer en funcionamiento, por disposición expresa del Texto Constitucional.

A la luz de las anteriores normas, y de las respectivas consideraciones, resulta evidente que ninguna de las herramientas previstas en la Constitución era adecuada, desde el punto de vista técnico y del Estado de derecho, para enfrentar la pandemia.

La opción fue, por lo tanto, decretar un “estado de calamidad pública”, por medio del Decreto Ley 06/20, aprobado por el Senado, autorizando al Poder Ejecutivo a gastar más de lo previsto en el presupuesto anual, desvinculándolo de las metas fiscales fijadas, para costear las acciones de combate a la pandemia.²⁷

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Art. 1: “Se reconoce, exclusivamente a los efectos del art. 65 de la Ley complementaria n.º 101, de 4 de mayo de 2000, en particular para las exenciones del logro de los resultados fiscales previstos en el art. 2 de la Ley n.º 13.898, de 11 de noviembre de 2019, y la limitación del compromiso a que se refiere el art. 9.º de la Ley Complementaria n.º 101, de 4 de mayo de 2000, la ocurrencia del estado de calamidad pública, con efectos hasta el 31 de diciembre

El “estado de calamidad pública”, con tales características, resultó inédito a nivel federal, si bien la Ley de Responsabilidad Fiscal (LRF) autoriza esa condición temporal de suspensión de plazos para ajuste de los gastos de personal y de los límites de endeudamiento, teniendo en cuenta las metas fiscales.²⁸

El reconocimiento del “estado de calamidad pública” fue previsto para durar hasta el 31 de diciembre de 2020, “debido a la vigilancia permanente de la pandemia del Covid-19, la necesidad de aumentar el gasto público para proteger la salud y el empleo de los brasileños, y la perspectiva de una caída de los ingresos fiscales”.²⁹

El texto aprobado también creó una comisión mixta, compuesta por seis diputados y seis senadores, con igual número de suplentes, para acompañar los gastos y las medidas adoptadas por el Gobierno Federal.

Así, conforme lo mencionado anteriormente, el reconocimiento del “estado de calamidad pública”, por iniciativa del Presidente de la República, con aprobación del Congreso Nacional, se refirió apenas a la adopción de medidas de naturaleza fiscal y presupuestaria, no constituyendo, por lo tanto, un “estado de excepción” propiamente dicho y sin prever la suspensión de derechos ni la adopción de medidas restrictivas de los mismos.³⁰

La cuarentena y el aislamiento social, teniendo por fundamento la protección de la salud, y con base en la repartición de competencias establecida por la Constitución, fueron determinados por medio de leyes municipales y estatales, que reglamentaron el funcionamiento de las respectivas actividades, especialmente con el reconocimiento, por parte del Supremo Tribunal Federal, de su competencia constitucional para ello.³¹

de 2020, de conformidad con la solicitud del Presidente de la República enviada mediante Mensaje n.º 93, de 18 de marzo de 2020”.

28 Art. 65 LRF: “En caso de calamidad pública reconocida por el Congreso Nacional [...]: / [...] / II – la consecución de resultados fiscales y la limitación del compromiso prevista en el art. 9.º”.

29 En 2020, la meta fiscal del Gobierno central era un déficit primario de 124,1 billones de reales, teniendo presente que, desde 2014, las cuentas públicas son deficitarias.

30 Resulta interesante observar, en lo que concierne a la posible renovación de la situación de “excepcionalidad”, que las discusiones y controversias se han centrado más en los impactos electorales que tendrían –considerando el amplio alcance de los beneficios que se han reconocido a la población con carencias durante la pandemia– que propiamente en una discusión jurídica sobre sus requisitos e interpretación restrictiva, en una perspectiva constitucional.

31 La Constitución de 1988, al adoptar un sistema federativo, reconoce la autonomía de los Estados miembros y de los municipios, estableciendo un complejo sistema de repartición de competencias, que distingue entre competencias privativas de la Unión (art. 22),

EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y LA PANDEMIA

Algunos datos de la pandemia en Brasil:

Población total del país (2020): 212.600.000 habitantes.

Muertes por covid-19 (a junio de 2022): 669.000.

Casos confirmados de covid-19 (a junio de 2022): 31.600.000.

Demandas relativas a la pandemia juzgadas por el Supremo Tribunal Federal (a junio de 2022):³² 14.271.

La actuación del Supremo Tribunal Federal como “guardián de la Constitución” y de los derechos humanos y fundamentales en el contexto de la pandemia

Desde que se declaró la crisis sanitaria, muchas fueron las medidas adoptadas por los poderes públicos, ora directamente dirigidas al control y al combate de la pandemia (por ejemplo, en el caso de la imposición del aislamiento social), ora apenas justificadas por la situación de excepcionalidad que se vivía (verbi-gracia, con ocasión de la flexibilización de las relaciones laborales o respecto del manejo de la información contentiva de datos personales). En todos los casos, a pesar de las eventuales particularidades presentadas, la actuación del Supremo Tribunal Federal en el sentido de la fiscalización y el control de los actos, en su condición de “guardián” de la Constitución y de los derechos fundamentales, ha sido una constante, garantizando la preservación, por medio del adecuado funcionamiento de las instituciones, de la lógica del Estado democrático de derecho en medio de la excepcionalidad de las circunstancias.

Es innegable que el Supremo Tribunal Federal ha tenido un rol relevante en la conducción y definición del enfrentamiento de la pandemia del covid-19 en Brasil.

En ese sentido, es necesario tener en cuenta, también, la particular tensión con el Poder Ejecutivo, que, desde el comienzo de la crisis, adoptó una posición negacionista ante el fenómeno, desconsiderando las indicaciones de la Organización Mundial de Salud (OMS). Ello se refleja en unas demandas interpuestas por parte

competencias comunes entre Unión, Estados miembros y municipios (art. 23) y competencias concurrentes (art. 24); caso este último en el que a la Unión le corresponde adoptar normas generales mientras que a los demás entes federativos se les reconoce la competencia para la producción de normas suplementarias, conforme a las peculiaridades locales. La promoción del derecho a la salud aparece prevista como competencia concurrente en el artículo 24, inciso XII.

32 Supremo Tribunal Federal, Corte Abierta. https://transparencia.stf.jus.br/extensions/deciso-es_covid/deciso-es_covid.html. Datos actualizados hasta el 17 de junio, contabilizados desde el primer semestre de 2020.

de la ciudadanía (buscando la adopción de medidas de protección del derecho a la salud, vacunación, etc.) y también en la fundamentación de las decisiones de los jueces (con reiteradas manifestaciones en cuanto a la necesidad de observar los criterios técnico-científicos y las orientaciones de los órganos competentes).³³

Igualmente, se ha evidenciado la importante actuación del Poder Judicial en la protección de los grupos vulnerables (quilombolas, indígenas, cárceles, pobres, favelas), con el reconocimiento de su especial condición de vulnerabilidad en la pandemia, y de la correspondiente necesidad de protección, incluso con el uso de medidas estructurales.³⁴

Del mismo modo, se destacan los aspectos relacionados con el funcionamiento del sistema federativo y la repartición de competencias, con la definición de los contornos relativos a la naturaleza y el alcance del pacto federativo en el sistema constitucional del país.

Las sentencias que hemos seleccionado, de entre las proferidas por el Supremo Tribunal Federal en el período 2020-2022, y que presentamos con una breve síntesis del caso y la transcripción del resumen de las mismas, las hemos agrupado por temas, así: 1) restricciones a derechos fundamentales; 2) protección de grupos vulnerables; 3) vacunación; 4) competencias federativas; 5) derecho contractual y reducción de mensualidades escolares durante la pandemia; 6) otros temas. Los extractos seleccionados han sido traducidos directamente por la autora.

Decisiones destacadas del Supremo Tribunal Federal respecto a la pandemia

Restricciones a derechos fundamentales

a. Suspensión del suministro de energía eléctrica por falta de pago

El Supremo Tribunal Federal se manifestó sobre la constitucionalidad de leyes estatales adoptadas para prohibir la interrupción del suministro de energía eléctrica por falta de pago durante la pandemia. Aunque la decisión se concentró más en los aspectos formales de competencia para legislar en materia relativa al derecho del consumidor, la sentencia ha tenido un impacto significativo en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente los más pobres y vulnerables.

b. Medidas para contener la transmisión del coronavirus y prohibición temporaria de actividades religiosas de forma presencial

A juicio del Supremo Tribunal Federal, la imposición de restricciones a la realización de ritos y demás actividades religiosas presenciales de carácter colectivo,

33 Véanse los casos ADFP 754, ADI 6585, ADFP 756, ADI 6341, ADI 6343 y ADI 6421.

34 Véanse los casos ADFP 709 y ADFP 756.

como medida dirigida a contener el avance de la pandemia del covid-19, es compatible con la Constitución Federal. En su decisión, llama la atención la mención a datos científicos y a la necesaria observancia de las medidas recomendadas por los órganos de salud, así como la incorporación de un juicio de proporcionalidad respecto de las medidas de restricción de derechos adoptadas.

Se observa, en relación con ello, que el Tribunal tiende a aplicar la técnica de la ponderación de forma incompleta, haciendo uso, en muchos casos, de apenas uno de los elementos constitutivos del principio de proporcionalidad, a saber, el de la proporcionalidad en sentido estricto, sin explicitar la observancia o fundamentación de sus subprincipios.

ADPF 811, Ponente: Gilmar Mendes, Pleno, juzgado el 08/04/2021, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-123, DIVULG 24-06-2021, PÚBLICO 25-06-2021.

ARGUMENTO DE INCUMPLIMIENTO DE PRECEPTO FUNDAMENTAL (ADPF). ART. 2, II, "A", DEL DECRETO N.º 65.563, DE 12.3.2021, DEL ESTADO DE SÃO PAULO. MEDIDAS DE EMERGENCIA PARA COMBATIR LA PANDEMIA DEL COVID-19. PROHIBICIÓN TEMPORAL DE OFICIOS PRESENCIALES, MISAS Y OTRAS ACTIVIDADES RELIGIOSAS DE CARÁCTER COLECTIVO EN EL ESTADO DE SÃO PAULO [...]. RESTRICCIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTO (ART. 5, VI, CF). VIOLACIÓN DEL DEBER DE LAICIDAD DEL ESTADO (ART. 19, I, CF). PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS. 1. [...]. 2. [...]. 3. La dimensión del derecho a la libertad religiosa (art. 5, VI, de la CF/1988) que reclama protección jurídica en la ADPF se aleja del núcleo de la libertad de conciencia (*forum internum*) y se aproxima a la protección constitucionalmente conferida a la libertad de ejercicio de cultos en la comunidad (*forum externum*). En la dimensión interna, la libertad de conciencia no se limita al aspecto religioso, sino que encuentra en él una concreción de marcada importancia. Por otro lado, en la dimensión externa, el texto constitucional brasileño incluye la libertad de creencia, de adhesión a una religión y la libertad de ejercicio del respectivo culto. La Constitución Federal (CF), sin embargo, autoriza la restricción relativa de esta libertad al prever una cláusula de reserva legal para el ejercicio de cultos religiosos (art. 5, VI, de la CF). [...] 6. Desde la perspectiva de la constitucionalidad material, las medidas impuestas por el decreto estatal fueron resultado de análisis técnicos relativos al riesgo ambiental de contagio por Covid-19 según el sector económico y social, así como de la necesidad de preservar la capacidad de la red pública de servicios de salud. La norma se mostró adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto para combatir la grave situación de contaminación que precedió a su promulgación.

Acceso a la información como condición necesaria en tiempos de excepcionalidad

El Supremo Tribunal Federal declaró inconstitucional el artículo 6.º-B de la Ley 13.979/2021, incluido por la Medida Provisoria (MP) 928/2020 y que restringió el acceso a la información pública, teniendo como justificación la pandemia y la emergencia sanitaria. El Tribunal decidió que la vigencia del principio de publicidad de la Administración Pública –en el ámbito de los tres poderes públicos– es irrenunciable, siendo aún más relevante y necesaria su observancia en tiempos de excepcionalidad.

a. Protección de datos personales y su uso para enfrentar la pandemia

El Supremo Tribunal Federal juzgó como inconstitucional la Medida Provisoria (MP) 954/2020, promulgada por el presidente de la República, que determinó que las empresas de telecomunicaciones prestadoras de servicios de telefonía fija y móvil debían compartir los datos de sus clientes con el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), para fines de dar soporte a la producción de estadísticas durante la situación de emergencia de salud pública provocada por el covid-19. El Tribunal basó su decisión en la Ley General de Protección de Datos y consideró que esta determinación era desproporcional, especialmente por cuanto no preveía herramientas y mecanismos de protección de estos datos, además de que no especificaba cuáles datos debían ser informados ni justificaba su utilidad o necesidad para el fin específico pretendido. También identificó el Tribunal lo que consideró un exceso en el tiempo de la medida, que debió haber estado vigente solo por hasta treinta días después de terminada la declaratoria de pandemia.

ADI 6387 MC-Ref, Ponente: ROSA WEBER, Pleno, visto el 07/05/2020, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-270, DIVULG 11-11-2020, PÚBLICO 12-11-2020.

MEDIDA CAUTELAR EN ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD. REFERENDO. MEDIDA CAUTELAR N.º 954/2020. EMERGENCIA DE SALUD PÚBLICA DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL DEBIDA AL NUEVO CORONAVIRUS (COVID-19). COMPARTICIÓN DE DATOS SOBRE USUARIOS DEL SERVICIO TELEFÓNICO FIJO CONMUTADO Y DEL SERVICIO MÓVIL PERSONAL, POR PARTE DE LOS PRESTADORES, CON EL INSTITUTO BRASILEÑO DE GEOGRAFÍA Y ESTADÍSTICA. *FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA*. DIFERENCIA. 1. Como consecuencia de los derechos de la personalidad, el respeto a la privacidad y la autodeterminación informativa fueron consagrados en el art. 2, I y II, de la Ley n.º 13.709/2018 (Ley General de Protección de Datos Personales), como fundamentos específicos de la disciplina de protección de datos personales. 2. En la medida en que se refieran a la identificación –real o potencial– de una persona física, el tratamiento y la manipulación de datos personales deben respetar los límites trazados por el ámbito de protección

de las cláusulas constitucionales que garantizan la libertad individual (art. 5, *caput*), la privacidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 5, X y XII), so pena de lesionar estos derechos. La compartición de datos personales en poder de un concesionario de servicio público con una entidad pública debe garantizar mecanismos de protección y seguridad de estos datos. (3) El Reglamento Sanitario Internacional (RSI 2005) adoptado por la Organización Mundial de la Salud exige, cuando el tratamiento de datos personales sea esencial para la evaluación y gestión de un riesgo para la salud pública, la garantía de que los datos personales tratados sean “adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a dicha finalidad” y “conservados solo durante el tiempo necesario” (art. 45, § 2, letras “b” y “d”). (4) Considerando la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida, la Medida Provisional 954/2020, en la forma en que fue dictada, no demuestra un interés público legítimo en compartir los datos personales de los usuarios de servicios telefónicos. (5) Al no definir adecuadamente cómo y para qué se utilizarán los datos recogidos, la Medida Provisional 954/2020 incumple la garantía del debido proceso legal (art. 5, LIV, de la Constitución Federal), en la dimensión sustantiva, pues no ofrece condiciones para evaluar su adecuación y necesidad, entendidas como la compatibilidad del tratamiento con las finalidades informadas y su limitación al mínimo necesario para alcanzar sus propósitos. (6) Al no presentar un mecanismo técnico o administrativo capaz de proteger la confidencialidad, la salud y, en su caso, el anonimato de los datos personales compartidos frente a accesos no autorizados, fugas accidentales o usos indebidos, tanto en la transmisión como en el tratamiento, la MP 954/2020 incumple las exigencias derivadas del texto constitucional en lo que respecta a la protección efectiva de los derechos fundamentales de los brasileños. (7) Es excesiva la conservación de los datos personales recogidos por el organismo público durante treinta días después de decretada la finalización de la emergencia de salud pública, lo que es claramente más largo que lo estrictamente necesario para cumplir su finalidad declarada. (8) La falta de garantías para el tratamiento adecuado y seguro de los datos compartidos se ve agravada por el hecho de que, a pesar de haber sido aprobada, la Ley General de Protección de Datos Personales (Ley n.º 13.709/2018), que define los criterios para responsabilizar a los agentes por cualquier daño causado por el tratamiento de datos personales, aún no está en vigor. El entorno de protección debilitado requiere un escrutinio cuidadoso de medidas como la implementada en la Medida Provisional 954/2020. (9) El escenario de urgencia derivado de la crisis sanitaria desencadenada por la pandemia mundial de COVID-19 y la necesidad de formular políticas públicas que requieren datos específicos para el diseño de los diversos marcos de afrontamiento no pueden ser invocados como pretexto para justificar ataques dirigidos a debilitar derechos y pisotear garantías fundamentales consagradas en la Constitución. (10) *Fumus boni juris* y *periculum in mora* demostrados. Concesión de la medida cautelar de suspensión de la vigencia de la Medida Provisional n.º 954/2020, a fin de evitar daños irreparables a la intimidad y confidencialidad de la vida privada de más de cien millones de usuarios de servicios de telefonía fija y móvil.

b. Derecho de acceso a la información y deber estatal de transparencia en la divulgación de los datos referentes a la pandemia

En esta sentencia, considerándose la negativa del Poder Ejecutivo Federal de divulgar datos relativos a la pandemia, el Supremo Tribunal Federal decidió que el relevamiento y la divulgación integral de los datos epidemiológicos relativos al covid-19 era necesaria. De igual forma, estimó el Tribunal que la interrupción abrupta de la recolección y la información de tales datos, imprescindibles para el análisis de la serie histórica de evolución de la pandemia, configuraba una ofensa a los principios constitucionales de acceso a la información, de publicidad y de transparencia de la Administración Pública, así como del derecho fundamental a la salud.

ADPF 690, Ponente: ALEXANDRE DE MORAES, Pleno, juzgado el 15/03/2021, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-071, DIVULG 14-04-2021, PÚBLICO 15-04-2021.

ACTOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS DE LAS AUTORIDADES. RESTRICCIÓN A LA DIVULGACIÓN DE DATOS RELACIONADOS CON EL COVID-19. PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA. DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD. NECESIDAD DE MANTENER LA DIVULGACIÓN DIARIA DE LOS DATOS EPIDEMIOLÓGICOS RELATIVOS A LA PANDEMIA. CONFIRMACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR APROBADA POR EL PLENO. SENTENCIA PARCIAL. (1) La Constitución Federal de 1988 prevé la salud como derecho de todos y deber del Estado, garantizando el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios de salud, y consagra expresamente el principio de la publicidad como uno de los vectores esenciales de la gestión pública, dándole prioridad absoluta en la gestión administrativa y garantizando el pleno acceso a la información de toda la sociedad. (2) La gravedad de la emergencia causada por el COVID-19 exige que las autoridades brasileñas, en todos los niveles de gobierno, protejan concretamente la salud pública adoptando todas las medidas posibles para apoyar y mantener las actividades del Sistema Único de Salud, incluyendo el suministro de toda la información necesaria para planificar y combatir la pandemia. (3) La interrupción abrupta de la recopilación y difusión de información epidemiológica, esencial para el análisis de la serie histórica de la evolución de la pandemia (COVID-19), constituye una ofensa a los preceptos fundamentales de la Constitución Federal y justifica el mantenimiento de la plena difusión de todos los datos que la Secretaría de Salud llevó a cabo hasta el 4 de junio de 2020, y el Gobierno del Distrito Federal hasta el 18 de agosto, so pena de producir daños irreparables. (4) Sentencia conjunta de las demandas por incumplimiento de los preceptos fundamentales 690, 691 y 692. Confirmación de la medida cautelar avalada por el Pleno. Estimada parcialmente.

Protección de “grupos vulnerables”

a. Comunidades quilombolas

El Supremo Tribunal Federal decidió que es deber de los poderes públicos elaborar e implementar un plan para enfrentar la pandemia del covid-19 al interior de las comunidades quilombolas, siendo necesaria la inclusión del criterio de raza/color en los registros médicos oficiales, para que sea posible un monitoreo y planeamiento más adecuado de las acciones relativas a estos grupos, determinando su inclusión como grupo prioritario en el programa de vacunación. El Tribunal estableció, también, la suspensión del trámite de todas las demandas judiciales relativas a derechos territoriales de estos grupos hasta el fin de la pandemia.

ADPF 742 MC, Ponente: MARCO AURÉLIO, Ponente para la Sentencia: EDSON FACHIN, Pleno, juzgado el 24/02/2021, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-080, DIVULG 28-04-2021, PÚBLICO 29-04-2021.

[...] VIOLACIÓN PANDÉMICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS QUILOMBOLAS. PROVIDENCIA. En vista de la violación de los derechos fundamentales de los quilombolas en la pandemia del COVID-19, el Gobierno Federal debe elaborar e implementar un plan nacional para enfrentar y monitorear la situación. FASE PRIORITARIA DE VACUNACIÓN PANDÉMICA. PROVIDENCIA. El Gobierno Federal debe adoptar medidas y protocolos sanitarios para garantizar la vacunación de los quilombolas durante la fase prioritaria. GRUPO DE TRABAJO SOBRE PANDEMIA. DISPOSICIÓN. La creación de un grupo de trabajo permite acompañar la implementación de las iniciativas derivadas del plan de enfrentamiento a la pandemia en las comunidades quilombolas. PANDEMIA. CASOS. REGISTRO. PREGUNTA. PROVIDENCIA. La inclusión de la pregunta de raza/color/etnia en el registro de casos de Covid-19 permite al Gobierno aplicar políticas destinadas a paliar la crisis sanitaria. PANDEMIA. ACCESO A LA INFORMACIÓN. PROVIDENCIA. Le corresponde al Gobierno Federal, en interés público, restablecer sitios electrónicos destinados a divulgar informaciones sobre la población quilombola, promoviendo su actualización y accesibilidad. PANDEMIA. SUSPENSIÓN DE PROCEDIMIENTOS. JUDICIAL. La continuación de los procedimientos, con el riesgo de órdenes de embargo, agrava la situación de las comunidades quilombolas, que pueden encontrarse de repente hacinadas, desasistidas y sin condiciones mínimas de higiene y aislamiento para minimizar los riesgos de contagio por el coronavirus. ESTIMACIÓN DEL RECURSO POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO FUNDAMENTAL.

b. Medidas para evitar la propagación del covid-19 en las cárceles

El Supremo Tribunal Federal determinó la adopción de medidas específicas de protección de las personas privadas de la libertad, consideradas en situación de extrema vulnerabilidad. También autorizó el cumplimiento anticipado de las penas, como forma de aliviar la aglomeración y el contagio.

HC 188820 MC-AgR, Ponente: EDSON FACHIN, Sala Segunda, juzgado el 12/05/2021, TRÁMITE ELECTRÓNICO DJe-111, DIVULG 09-06-2021, PÚBLICO 10-06-2021.

RECURSO INTERLOCUTORIO EN HÁBEAS CORPUS COLECTIVO. PANDEMIA MUNDIAL. COVID-19. PRESOS. RECOMENDACIÓN N.º 62 DEL CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA. MEDIDA CAUTELAR. COMPETENCIA DEL PONENTE. DICTAMEN PREVIO DEL MINISTERIO FISCAL. INNECESARIEDAD. VEROSIMILITUD JURÍDICA DE LA PETICIÓN Y PERÍCULUM EN MORA CONFIGURADO. RECURSO REGIMENTAL DESESTIMADO. [...]. 3. De los datos obrantes en el expediente se desprende que el nuevo coronavirus supone un mayor riesgo para la población reclusa que para la población en general [...]. 4. Se configura debidamente la posibilidad de que se produzcan daños irreparables o de difícil reparación en la salud y en la vida de las personas ingresadas en prisión. [...].

c. Pueblos indígenas

El Supremo Tribunal Federal dispuso la adopción de todas las providencias indispensables para asegurar la vida, la salud y la seguridad de los pueblos indígenas en el contexto de la pandemia. En ese sentido, adoptó una sentencia de carácter estructural que ordenó la elaboración de un Plan de Enfrentamiento del Covid-19, con la necesaria participación de representantes de los indígenas, así como el necesario aislamiento de estos grupos, considerados frágiles y vulnerables en este contexto. Y también garantizó el acceso al sistema de salud indígena, reconociendo sus especificidades.

ADPF 709 TPI-Ref, Ponente: ROBERTO BARROSO, Corte Plena, juzgado el 21/06/2021, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-170, DIVULG 25-08-2021, PÚBLICO 26-08-2021.

DERECHOS FUNDAMENTALES. PUEBLOS INDÍGENAS. RECURSO POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO FUNDAMENTAL. PROTECCIÓN PROVISIONAL INCIDENTAL. CONFLICTOS VIOLENTOS, PRESENCIA DE INVASORES, MINERÍA ILEGAL Y CONTAGIO POR COVID-19 EN LAS TIS YANOMAMI Y MUNDURUKU. (1) Los solicitantes de esta ADPF y otras nueve entidades que actúan como *amici curiae* en el caso denuncian agresiones a tiros contra indígenas, muertes, desnutrición, anemia, contagio por mercurio, deforestación y minería ilegal, así como la comisión de todo tipo de actos

ilícitos derivados de la presencia de invasores en las Tierras Indígenas Yanomami y Munduruku durante el transcurso de la pandemia. Afirman que esta presencia también es responsable del contagio de estas comunidades por el COVID-19. [...]. 3. ordenando la adopción inmediata de todas las medidas necesarias para proteger la vida, la salud y la seguridad de la población indígena residente en las Tierras Indígenas Yanomami y Munduruku.

Vacunación

a. Vacunación obligatoria

En la perspectiva del Supremo Tribunal Federal, es posible que la vacunación sea obligatoria, en el sentido de que el respectivo certificado de comprobación pueda ser exigido para acceder a determinadas actividades o bienes, pero no es compatible con el ordenamiento jurídico brasileño la vacunación forzada, siendo necesario siempre el consentimiento del usuario, así como disponer de evidencia científica confiable y amplia información acerca de su eficacia y seguridad. El Tribunal definió una serie de criterios para que la obligatoriedad de la vacuna –y la eventual restricción de derechos correlativa– pueda ser considerada constitucional, incluida allí la necesidad de distribución universal y gratuita.

ADI 6586, Ponente: RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, juzgado el 17/12/2020, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-063, DIVULG 06-04-2021, PÚBLICO 07-04-2021.

ACCIONES DIRECTAS DE INCONSTITUCIONALIDAD. VACUNACIÓN OBLIGATORIA CONTRA EL COVID-19 PREVISTA EN LA LEY 13.979/2020. PRETENSIÓN DE LOGRAR LA INMUNIDAD DE REBAÑO. PROTECCIÓN DE LA COMUNIDAD, ESPECIALMENTE DE LOS MÁS VULNERABLES. DERECHO SOCIAL A LA SALUD. PROHIBICIÓN DE LA VACUNACIÓN FORZOSA. EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO DEL USUARIO. INTANGIBILIDAD DEL CUERPO HUMANO. PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA. INVOLABILIDAD DEL DERECHO A LA VIDA, LA LIBERTAD, LA SEGURIDAD, LA PROPIEDAD, LA INTIMIDAD Y LA VIDA PRIVADA. PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y DE LOS TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES. OBLIGATORIEDAD DE LA INMUNIZACIÓN MEDIANTE RESTRICCIONES INDIRECTAS. NECESIDAD DE RESPETAR LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS Y LOS ANÁLISIS DE INFORMACIÓN ESTRATÉGICA. EXIGENCIA DE DEMOSTRAR LA SEGURIDAD Y EFICACIA DE LAS VACUNAS. LÍMITES A LA INMUNIZACIÓN OBLIGATORIA CONSISTENTES EN LA ESTRICTA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES. COMPETENCIA COMÚN DE LA UNIÓN, LOS ESTADOS, EL DISTRITO FEDERAL Y LOS MUNICIPIOS PARA OCUPARSE DE LA SALUD PÚBLICA Y LA ASISTENCIA. ADIs CONOCIDAS Y JUZGADAS PARCIALMENTE FUNDADAS. I - La vacunación masiva de la población es una medida preventiva adoptada por las autoridades de

salud pública, capaz de reducir la morbilidad y la mortalidad de las enfermedades infecciosas transmisibles y causar inmunidad de rebaño, con el fin de proteger a toda la comunidad, especialmente a los más vulnerables. II - La vacunación obligatoria a que se refiere la legislación sanitaria brasileña no puede incluir ninguna medida invasiva, aflictiva o coercitiva, como consecuencia directa del derecho a la intangibilidad, inviolabilidad e integridad del cuerpo humano, siendo flagrantemente inconstitucional cualquier determinación legal, reglamentaria o administrativa de implantar la vacunación sin el consentimiento expreso e informado de las personas. III- La previsión de vacunación obligatoria, con exclusión de la imposición de la vacunación forzada, parece legítima, siempre que las medidas a las que se sometan los rechazantes se ajusten a los criterios contenidos en la propia Ley 13.979/2020, concretamente en los puntos I, II y III del § 2 del art. 3, a saber, el derecho a ser vacunado, a saber, el derecho a la información, a la asistencia familiar, al tratamiento gratuito y al “pleno respeto a la dignidad, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de las personas”, así como a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo de no atentar contra la integridad física y moral de los recalcitrantes. IV - La competencia del Ministerio de Salud para coordinar el Programa Nacional de Inmunización y definir las vacunas que forman parte del calendario nacional de inmunización no excluye la de los Estados, el Distrito Federal y los Municipios para establecer medidas profilácticas y terapéuticas destinadas a hacer frente a la pandemia resultante del nuevo coronavirus, a nivel regional o local, en el ejercicio del poder-deber de “cuidar de la salud pública y de la asistencia” que les confía el art. 23, II, de la Constitución Federal. V - ADIs reconocidas y mantenidas en parte para interpretar el art. 3.º, III, d, de la Ley 13.979/2020, a fin de establecer que: (A) la vacunación obligatoria no significa la vacunación forzada, ya que siempre requiere el consentimiento del usuario, pero puede ser implementada a través de medidas indirectas, que incluyen, entre otras, las restricciones en el ejercicio de determinadas actividades o la asistencia a ciertos lugares, siempre que estén previstas por la ley, o surjan de ella, y (i) se basen en pruebas científicas y análisis estratégicos pertinentes, (ii) estén acompañadas de amplia información sobre la eficacia, seguridad y contraindicaciones de los inmunizantes, (iii) respeten la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas; (iv) atiendan a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y (v) las vacunas sean distribuidas de forma universal y gratuita; y (B) tales medidas, con las limitaciones expuestas, puedan ser implementadas tanto por el Gobierno Federal como por los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, respetando sus respectivas esferas de competencia.

b. Plan Nacional de Inmunización y acceso a la vacuna

Respecto a este tema, el Supremo Tribunal Federal reconoció a los Estados miembros, al Distrito Federal y a los municipios (entes federativos dotados de autonomía y de competencias específicas en la Constitución) la competencia para, en casos de atención inmunológica intempestiva o insuficiente, procurar

su suministro a sus poblaciones, siempre y cuando: a) sean vacunas previamente aprobadas por la autoridad sanitaria (Anvisa) y b) en caso de no ser autorizadas por Anvisa en el plazo de 72 horas, se trate de vacunas aprobadas por autoridades sanitarias extranjeras.

ADPF 770 MC-Ref, Ponente: RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, juzgado el 24/02/2021, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-045, DIVULG 09-03-2021, PÚBLICO 10-03-2021.

REQUERIMIENTO URGENTE EN UNA MOCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE PRECEPTO FUNDAMENTAL. CONCESIÓN MONOCRÁTICA. COMPETENCIA COMÚN DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS EN MATERIA DE SANIDAD. ARTS. 23, II Y 196 DE LA CF. FEDERALISMO COOPERATIVO. LEY 13.979/2020, QUE DISPONE MEDIDAS PARA ENFRENTAR LA EMERGENCIA DE SALUD PÚBLICA RESULTANTE DEL COVID-19. VACUNACIÓN. MEDIDA CAUTELAR AVALADA POR EL PLENARIO. I - Junto al derecho público subjetivo a la salud, la Constitución Federal establece la obligación del Estado de cumplirlo efectivamente, a través de “políticas sociales y económicas dirigidas a la reducción del riesgo de enfermedades y otras dolencias y al acceso universal e igualitario a acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación” (art. 196). II - Este deber abarca a todos los entes federales, incluidos los municipios, que, en el área de la salud, ejercen competencia administrativa común, en los términos del art. 23, II, del Texto Constitucional. III - El federalismo cooperativo que hemos adoptado exige que la Unión y las unidades federadas se apoyen mutuamente para hacer frente a la grave crisis sanitaria y económica resultante de la pandemia desencadenada por el nuevo coronavirus. IV - Aunque lo ideal, en el caso de una enfermedad que afecta a todo el país, sería incluir en el PNI todas las vacunas seguras y eficaces, a fin de inmunizar a toda la población de manera uniforme y oportuna, lo cierto es que, en los diversos precedentes relativos a la pandemia provocada por el Covid-19, el Supremo Tribunal Federal ha hecho hincapié en la posibilidad de una acción conjunta de las autoridades estatales y locales para hacer frente a esta emergencia de salud pública, en particular para colmar las lagunas u omisiones del Gobierno central. V - El Plenario del STF ya dictaminó que la competencia específica de la Unión para legislar sobre vigilancia epidemiológica, que resultó en la Ley 13.979/2020, no inhibe la competencia de los demás entes federales en lo que se refiere a la prestación de servicios de salud (ADI 6.341-MC-Ref/DF, Magistrado Edson Fachin). VI - La Constitución atribuyó a todos los miembros de la Federación la competencia común de cuidar de la salud, incluyendo la adopción de cualesquiera medidas que se revelen necesarias para salvar vidas y garantizar la salud física de las personas amenazadas o afectadas por la nueva enfermedad, incluso la provisión, por parte de los gobiernos estatales, distritales y municipales, de inmunizaciones distintas de las ofrecidas por la Unión, siempre que sean aprobadas por la Anvisa, en caso de que resulten insuficientes o que no sean ofrecidas oportunamente. VI - Medida cautelar refrendada por el Pleno del Supremo Tribunal Federal para establecer que los Estados, Distrito Federal y

Municipios (i) en caso de incumplimiento del Plan Nacional de Operacionalización de la Vacunación contra el Covid-19, recientemente hecho público por la Unión, o en caso de que este no proporcione cobertura inmunológica oportuna y suficiente contra la enfermedad, podrán dispensar a sus respectivas poblaciones las vacunas de que dispongan, previamente aprobadas por la Anvisa, o (ii) si esta agencia gubernamental no emite la autorización competente en el plazo de 72 horas, podrán importar y distribuir vacunas registradas por al menos una de las autoridades sanitarias extranjeras y liberadas para distribución comercial en sus respectivos países, de acuerdo con el art. 3, VIII, a, y § 7-A, de la Ley 13.979/2020, o cualesquiera otras que puedan ser aprobadas, con carácter de emergencia, en los términos de la Resolución DC/ANVISA 444, de 10/12/2020.

c. Actualización y necesidad de transparencia de los criterios adoptados en el Plan Nacional de Inmunización

Esta sentencia se refirió a una acción de control de constitucionalidad en la cual se cuestionaba la falta de especificación, por parte de los órganos gubernamentales competentes, del orden de prioridad de dos diferentes grupos en el Plan Nacional de Vacunación. El Supremo Tribunal Federal no solamente determinó que el Plan debía detallar los grupos prioritarios y el orden de prioridad en estos grupos, tomando en consideración criterios técnicos, sino que fundamentó su decisión en el principio constitucional de publicidad y de transparencia de la Administración Pública, así como en el derecho a la información que asiste a los ciudadanos, reforzado por el deber del Estado de planear y promover la defensa de la población contra calamidades públicas, siendo inviolables el derecho a la vida y a la salud, en cuanto suponen condiciones para una “existencia digna”.

ADPF 754 TPI-segunda-ref, Ponente: RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, juzgado el 01/03/2021, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-046, DIVULG 10-03-2021, PÚBLICO 11-03-2021.

MEDIDAS CAUTELARES URGENTES EN LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO FUNDAMENTAL. CONCESIÓN PARCIAL MONOCRÁTICA. PLAN NACIONAL PARA LA PUESTA EN MARCHA DE LA VACUNACIÓN CONTRA EL COVID-19. OMISIÓN DEL DESGLOSE DEL ORDEN DE VACUNACIÓN PARA CADA GRUPO Y SUBGRUPOS PRIORITARIOS. PROTECCIÓN DE LA VIDA Y DE LA SALUD. DERECHO A LA INFORMACIÓN. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. MEDIDA CAUTELAR APROBADA POR EL PLENO. I - En la 2.^a edición del Plan Nacional para la Operacionalización de la Vacunación contra el Covid-19 se estableció la población a inmunizar prioritariamente, sin que, sin embargo, se detallara adecuadamente, dentro de ese universo de cerca de setenta y siete millones de personas, el orden de cada grupo de personas. II - El peligro derivado de la supuesta omisión

en cuanto a la discriminación categorizada de los primeros brasileños a ser vacunados –ya que la cantidad de vacunas disponibles hasta el momento en el territorio nacional es muy inferior al número de personas incluidas como prioritarias– es evidente, y compromete el deber constitucional de proteger la vida y la salud. III - El derecho a la información y el principio de publicidad de la Administración Pública son verdaderos pilares sobre los que se asienta la participación democrática de los ciudadanos en el control de quienes gestionan el patrimonio común del pueblo, sea material o inmaterial, con énfasis en la salud colectiva, especialmente en un período de miedo y escasez de vacunas. IV - Medida cautelar avalada por el Pleno del Supremo Tribunal Federal para ordenar al Gobierno Federal que divulgue, en el plazo de cinco (5) días, con base en criterios técnico-científicos, el orden de preferencia entre los grupos prioritarios, especificando claramente, dentro de los respectivos grupos, el orden de precedencia de los subgrupos en las diferentes fases de inmunización contra el Covid-19.

Competencias federativas

a. Importación de vacunas por unidades de la Federación y manifestación de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria

En esta importante decisión, relativa al funcionamiento del sistema federativo y su régimen de competencias, se posicionó el Supremo Tribunal Federal aseverando que los entes federados tienen autonomía para hacer la importación y distribución –excepcional y por tiempo limitado, dependiendo de las circunstancias– de vacunas contra el coronavirus, en caso de ausencia de manifestación u omisión de los órganos competentes en el plazo establecido en la ley. El Tribunal clasificó el federalismo brasileño como un federalismo “cooperativo”, y, en esa línea, consideró el enfrentamiento de la grave crisis sanitaria como una tarea compartida. Esta posición fue muy importante en el contexto del esfuerzo tendiente a contrastar la pandemia, en especial frente a la resistencia manifestada por el Poder Ejecutivo de la Unión con respecto a la vacunación, siendo el presidente de la República, incluso, detractor de la compra de las vacunas. Así, el reconocimiento de la competencia de los Estados miembros para hacerlo ha servido como herramienta para sortear esta dificultad y garantizar el acceso de la población a este tipo de medicamento.

ACO 3451 MC-Ref, Ponente: RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, juzgado el 24/02/2021, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-045, DIVULG 09-03-2021, PÚBLICO 10-03-2021.

DESAGRAVIO URGENTE EN ACCIÓN CIVIL ORIGINARIA. CONCESIÓN MONOCRÁTICA. COMPETENCIA COMÚN DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS EN MATERIA DE SALUD. ARTS. 23, II, Y 196 DE LA CF. FEDERALISMO COOPERATIVO. LEY 13.979/2020, QUE DISPONE MEDIDAS PARA ENFRENTAR LA EMERGENCIA DE SALUD PÚBLICA RESULTANTE DEL COVID-19. VACUNACIÓN. MEDIDA CAUTELAR AVALADA POR EL PLENARIO. I - Junto al derecho público subjetivo a la salud, la Constitución Federal establece la obligación del Estado de cumplirlo efectivamente, a través de “políticas sociales y económicas dirigidas a la reducción del riesgo de enfermedades y otras dolencias y al acceso universal e igualitario a acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación” (art. 196). II - Este deber abarca a todos los entes federales, incluidos los municipios, que, en el campo de la salud, ejercen competencia administrativa común, en los términos del art. 23, II, del Texto Constitucional. III - El federalismo cooperativo que hemos adoptado exige que la Unión y las unidades federadas se apoyen mutuamente para hacer frente a la grave crisis sanitaria y económica resultante de la pandemia desencadenada por el nuevo coronavirus. IV - Aunque lo ideal, en el caso de una enfermedad que afecta a todo el país, sería incluir en el PNI todas las vacunas seguras y eficaces, a fin de inmunizar a toda la población de manera uniforme y oportuna, lo cierto es que, en los diversos precedentes relativos a la pandemia provocada por el Covid-19, el Supremo Tribunal Federal ha hecho hincapié en la posibilidad de actuación conjunta de las autoridades estatales y locales para hacer frente a esta emergencia de salud pública, en particular para colmar las lagunas u omisiones del Gobierno central. V - El Plenario del STF ya dictaminó que la competencia específica de la Unión para legislar sobre vigilancia epidemiológica, que resultó en la Ley 13.979/2020, no inhibe la competencia de los demás entes federales en lo que se refiere a la prestación de servicios de salud (ADI 6.341-MC-Ref/DF, Magistrado Edson Fachin). VI - La Constitución atribuyó a todos los miembros de la Federación la competencia común de cuidar de la salud, incluyendo la adopción de cualesquiera medidas que se revelen necesarias para salvar vidas y garantizar la salud física de las personas amenazadas o afectadas por la nueva enfermedad, incluso el suministro por los gobiernos estaduais, distritales y municipales de inmunizantes distintos de los ofrecidos por la Unión, siempre que sean aprobados por la Anvisa, en caso de que resulten insuficientes o que no sean ofrecidos oportunamente. VII - Medida cautelar refrendada por el Plenario del Supremo Tribunal Federal para establecer que el Estado de Maranhão (i) en caso de incumplimiento del Plan Nacional de Operacionalización de la Vacunación contra el Covid-19, recientemente hecho público por el Gobierno Federal, o en caso de que no ofrezca oportuna y suficiente cobertura inmunológica contra la enfermedad, podrá dispensar a la respectiva población las vacunas de que disponga, previamente aprobadas por la Anvisa, o (ii) en caso de que este órgano gubernamental no emita la autorización competente en el plazo de 72 horas, podrá importar y distribuir vacunas registradas por al menos una de las

autoridades sanitarias extranjeras y liberadas para distribución comercial en los respectivos países, de acuerdo con el art. 3, VIII, a, y § 7-A, de la Ley 13.979/2020, o cualesquiera otras que puedan ser aprobadas, con carácter de emergencia, en los términos de la Resolución DC/ANVISA 444, de 10/12/2020.

b. Salud pública y competencia concurrente de los entes federativos

También en esta acción de control concentrado la controversia residía en la competencia de los entes federados para legislar y adoptar medidas de combate de la pandemia, especialmente en lo que concierne a la regulación de los servicios públicos y otras actividades esenciales, así como a la posibilidad de restringir las demás actividades públicas. Además de comprender la materia como de competencia común entre los entes federados (Unión, Estados miembros y municipios), es interesante observar la fundamentación que hace el Supremo Tribunal Federal en el sentido de requerir como necesarios tanto el razonamiento como la justificación de estas restricciones y definiciones, siendo que el estado de emergencia no habilita la adopción de medidas sin la debida justificación, lo que sería incompatible con el Estado democrático de derecho.

ADI 6341 MC-Ref, Ponente: MARCO AURÉLIO, Ponente: EDSON FACHIN, Pleno, juzgado el 15/04/2020, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-271, DIVULG 12-11-2020, PÚBLICO 13-11-2020.

REFERÉNDUM SOBRE UNA MEDIDA CAUTELAR EN UNA ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO CONSTITUCIONAL. DERECHO A LA SALUD. EMERGENCIA SANITARIA INTERNACIONAL. LEY 13.979 DE 2020. COMPETENCIA DE LOS ENTES FEDERALES PARA LEGISLAR Y ADOPTAR MEDIDAS SANITARIAS PARA COMBATIR LA EPIDEMIA INTERNACIONAL. JERARQUÍA DEL SISTEMA ÚNICO DE SALUD. COMPETENCIA COMÚN. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE CONCEDIDA. (1) La emergencia internacional reconocida por la Organización Mundial de la Salud no implica, ni mucho menos autoriza, el otorgamiento de discrecionalidad sin control o sin los contrapesos propios del Estado democrático de derecho. Las normas constitucionales no solo sirven para proteger la libertad individual, sino también el ejercicio de la racionalidad colectiva, es decir, la capacidad de coordinar eficazmente las acciones. El Estado democrático de derecho implica el derecho a examinar los motivos gubernamentales y el derecho a criticarlos. Los funcionarios públicos actúan mejor, incluso en situaciones de emergencia, cuando se ven obligados a justificar sus actos. 2. El ejercicio de la competencia constitucional para las actuaciones en el ámbito de la justicia. El ejercicio de la competencia constitucional para actuaciones en el ámbito de la salud debe seguir unos parámetros materiales específicos, que han de ser observados en primer lugar por las autoridades políticas. Como estos agentes públicos deben justificar siempre sus

actuaciones, es a la luz de estas que se produce el control que deben ejercer los demás poderes. (3) El peor error en la formulación de políticas públicas es la omisión, especialmente en lo que se refiere a las acciones esenciales exigidas por el artículo 23 de la Constitución Federal. Es grave que, bajo la apariencia de competencia exclusiva o privativa, se premie la inacción del Gobierno Federal, impidiendo que estados y municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, implementen políticas públicas esenciales. El Estado garante de los derechos fundamentales no es solo el Gobierno Federal, sino también los estados y los municipios. (4) La directriz constitucional de jerarquización en el encabezamiento del artículo 198 no significa jerarquización entre los entes federados, sino mando único dentro de cada uno de ellos. (5) Las normas que componen la Ley 13.979, de 2020, deben ser leídas como derivadas de la propia competencia de la Unión para legislar sobre vigilancia epidemiológica, en los términos de la Ley General del SUS, Ley 8.080, de 1990. En ningún momento el ejercicio de la competencia de la Unión disminuyó la competencia de los demás entes federales para la prestación de servicios de salud, ni podría haberlo hecho; después de todo, la directriz constitucional es municipalizar esos servicios. (6) El derecho a la salud se garantiza a través de la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas necesarias para prevenir y tratar las enfermedades epidémicas, y los órganos públicos deben adherir a las directrices de la Organización Mundial de la Salud, no solo porque son obligatorias en los términos del artículo 22 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Decreto 26.042, del 17 de diciembre de 1948), sino sobre todo porque tienen la competencia necesaria para hacer plenamente efectivo el derecho a la salud. (7) Siendo común la finalidad de las acciones de los entes federales, la resolución de conflictos sobre el ejercicio de competencias debe estar guiada por la mejor realización del derecho a la salud, apoyada en la evidencia científica y en las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud. (8) Medida cautelar parcialmente concedida para interpretar el § 9 del art. 3.º de la Ley 13.979 en conformidad con la Constitución, a fin de dejar claro que, preservando la atribución de cada esfera de gobierno, en los términos del inciso I del artículo 198 de la Constitución, el presidente de la República podrá decidir, por decreto, sobre servicios públicos y actividades esenciales.

c. Medidas de restricción en el transporte intermunicipal e interestadual - competencia

En esta acción directa de inconstitucionalidad se planteó la discusión sobre la competencia de los entes federativos (más precisamente, de los municipios y los Estados) para adoptar medidas de combate a la pandemia, en este caso determinando restricciones en el ámbito del transporte intermunicipal e interestatal de pasajeros. En la decisión, el Supremo Tribunal Federal determinó la suspensión, sin reducción de texto, del artículo 3.º, VI, “b”, y del párrafo 6.º, 6.º-A y 7.º, II, de la Ley 8.080/1990, que reglamenta las actividades de vigilancia sanitaria. Así, el Tribunal realizó interpretación conforme a la Constitución, en el sentido de

que no es exigible la autorización de la Unión o la determinación de los órganos federales de salud para la adopción de medidas de restricción a la circulación de personas por parte de los entes federativos. El fundamento de la sentencia fue el funcionamiento del sistema federativo y su repartición de competencias. Se señaló, entonces, que la Unión tiene un rol primordial de coordinación de las actividades, pero que debe, necesariamente, ser respetada la autonomía de los entes federativos, de manera que no se puede exigir que estos queden vinculados a autorizaciones de los organismos federales para adoptar las providencias necesarias. Cada unidad de la Federación actúa en el ámbito de su competencia constitucional, basada en el predominio del interés común.

La Constitución de 1988 establece competencias tanto comunes como concurrentes entre los entes federativos (Unión, Estados y municipios), que en la sentencia fueron leídas de manera de permitir reforzar su autonomía y la posibilidad de actuación directa en el contraste de la pandemia, con la adopción de medidas propias, conforme las necesidades locales, incluso relativas al transporte de pasajeros.

Lo curioso es que la fundamentación de la decisión por parte del Tribunal, además de los aspectos relacionados con la repartición de competencias, también destaca la necesidad de observar los indicadores y las orientaciones técnicas emanados por los organismos internacionales, aspecto que, precisamente, no fue considerado en las políticas federales. Así, más que una decisión sobre las competencias y el funcionamiento de la Federación, esta posición del Tribunal sirvió, también, como una respuesta al “negacionismo” y a la omisión de tomar las medidas indispensables para salvaguardar la vida y la salud de los habitantes del país, por parte del Gobierno Federal.

ADI 6343 MC-Ref, Ponente: MARCO AURÉLIO, Ponente: ALEXANDRE DE MORAES, Pleno, juzgado el 06/05/2020, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-273, DIVULG 16-11-2020, PÚBLICO 17-11-2020.

CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DEL CORONAVIRUS (COVID-19). LAS NORMAS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SON EL FUNDAMENTO DEL FEDERALISMO Y CONSAGRAN LA FÓRMULA DE REPARTO DE LOS CENTROS DE PODER EN UN ESTADO DE DERECHO (ARTS. 1 Y 18 DE LA CF). COMPETENCIAS COMUNES Y CONCURRENTES Y RESPETO DEL PRINCIPIO DE PREDOMINIO DEL INTERÉS GENERAL (ARTS. 23, II, 24, XII, Y 25, § 1, DE LA CF). MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE CONCEDIDA. (1) En tiempos de crisis aguda, el fortalecimiento de la Unión y la ampliación de la cooperación entre los tres poderes del Estado, en el ámbito de todos los entes federales, son instrumentos esenciales e indispensables a ser utilizados por los diversos gobernantes en defensa

del interés público, siempre con absoluto respeto a los mecanismos constitucionales de equilibrio institucional y mantenimiento de la armonía e independencia entre los poderes del Estado, que deben ser cada vez más valorizados, evitando la exacerbación de cualquier personalismo perjudicial a la conducción de políticas públicas esenciales para el combate a la pandemia del COVID-19. (2) La gravedad de la emergencia causada por la pandemia del coronavirus (COVID-19) exige que las autoridades brasileñas, en todos los niveles de gobierno, protejan concretamente la salud pública, adoptando todas las medidas posibles y técnicamente sostenibles para apoyar y mantener las actividades del Sistema Único de Salud. (3) El Gobierno Federal tiene un papel de coordinación central, primordial e indispensable en una pandemia internacional, en la línea que la propia Constitución estableció en el SUS. (4) En relación con la salud y la asistencia pública, la Constitución Federal establece la existencia de competencia administrativa común entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios (art. 23, II y IX, de la CF), además de prever la competencia concurrente entre la Unión y los Estados/Distrito Federal para legislar sobre la protección y defensa de la salud (art. 24, XII, de la CF); permitiendo a los municipios complementar la legislación federal y estadual cuando sea aplicable, siempre que haya interés local (art. 30, II, de la Constitución Federal); y también prescribiendo la descentralización político-administrativa del Sistema de Salud (art. 198, de la Constitución Federal, y art. 7.º de la Ley 8.080/1990), con la consecuente descentralización de la prestación de los servicios, incluso en lo que se refiere a las actividades de vigilancia sanitaria y epidemiológica (art. 6.º, I, de la Ley 8.080/1990). (5) Por lo tanto, no corresponde al Poder Ejecutivo Federal anular unilateralmente las decisiones de los gobiernos estaduais, distritales y municipales que, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, hayan adoptado o vayan a adoptar, en el ámbito de sus respectivos territorios, medidas restrictivas importantes, como la imposición de distanciamiento o aislamiento social, cuarentena, suspensión de actividades de enseñanza, restricciones al comercio, actividades culturales y circulación de personas, entre otros mecanismos que son reconocidos como eficaces para reducir el número de infectados y de muertes, como demuestran las recomendaciones de la OMS (Organización Mundial de la Salud) y diversos estudios científico técnicos, como los realizados por el Imperial College de Londres, basados en modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, varios autores; Impact of Non-Pharmaceutical Interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, varios autores). (6) Las condiciones impuestas por el art. 3, VI, “b”, §§ 6, 6-A y 7, II, de la Ley 13.979/2020, a los Estados y municipios para la adopción de determinadas medidas sanitarias de combate a la pandemia del COVID-19, restringen indebidamente el ejercicio de las competencias constitucionales de estos entes, en perjuicio del pacto federativo. (7) Amparo parcialmente concedido para: a) suspender, sin reducción de texto, el art. 3, VI, “b”, y §§ 6, 6-A y 7, II, que excluyen a los Estados y municipios de la exigencia de autorización del Gobierno Federal, o de obediencia a las determinaciones de los órganos federales, para adoptar medidas restrictivas a la circulación de personas; y (b) interpretar esas disposiciones

de acuerdo con la ley para establecer que las medidas en ellas previstas deben basarse en directrices de sus órganos técnicos correspondientes, salvaguardando la circulación de productos y servicios esenciales definidos por acto del Gobierno Federal, respetando siempre las definiciones en el ámbito de la competencia constitucional de cada ente federal.

Derecho contractual y mensualidades escolares

a. Reducción obligatoria de las mensualidades de las escuelas privadas durante la pandemia

Con ocasión de distintas acciones, el Supremo Tribunal Federal determinó la inconstitucionalidad de la legislación que estableció la reducción obligatoria de las mensualidades de las escuelas y universidades privadas durante la pandemia, en virtud de las medidas restrictivas determinadas y de la no presencialidad adoptada para el desarrollo de las actividades de enseñanza.

En la concepción del Tribunal, le cabía a cada universidad o institución de enseñanza renegociar los respectivos contratos y eventuales descuentos o rebajas en las mensualidades, considerando las particularidades de cada alumno. Por ello, dijo, la determinación de descuentos lineales desconsideraba estas particularidades, generando efectos desproporcionales y violatorios del derecho de igualdad. Así las cosas, determinó que esta medida no atendía al requisito de adecuación, además de estar basada en una generalización y en una simple presunción de necesidad, no demostrada ni debidamente considerada. En resumen, la afectación y los impactos generados a las universidades por la reducción obligatoria de las matrículas se consideró por el Tribunal como una intervención y una restricción excesivas.

ADPF 706, Ponente: ROSA WEBER, Pleno, juzgado el 18/11/2021, PROCESO ELECTRÓNICO DJe-059, DIVULG 28-03-2022, PÚBLICO 29-03-2022.

RECURSO POR INCUMPLIMIENTO DE PRECEPTO FUNDAMENTAL. DERECHO CONSTITUCIONAL. DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN. CENTROS PRIVADOS DE ENSEÑANZA SUPERIOR. PANDEMIA COVID-19. REVISIÓN CONTRACTUAL. TASAS. LEGITIMACIÓN ACTIVA *AD CAUSAM*. RELEVANCIA TEMÁTICA. CONOCIMIENTO DEL MOTIVO. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. SENTENCIA DEFINITIVA. LEY N.º 14.040/2020. DESARROLLO DE LA ENSEÑANZA A TRAVÉS DE ACTIVIDADES NO PRESENCIALES. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CONCESIÓN DE DESCUENTOS LINEALES POR VULNERACIÓN DE LA LIBRE EMPRESA, ISONOMÍA, AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y PROPORCIONALIDAD. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.º, IV, 170,

209, 5.º, *CAPUT*, Y 207 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. PROCEDIMIENTO. [...]. 2. Interposición de la demanda por violación de precepto fundamental ante un conjunto de decisiones judiciales que conceden descuentos lineales en las matrículas de las instituciones privadas de enseñanza superior en el contexto de las medidas de aislamiento social adoptadas para hacer frente a la pandemia del COVID-19. 5. Sentencias que conceden descuentos generales y lineales, con distintas disciplinas y distintos porcentajes. Presunción de perjuicio automático para una de las partes. La imposición de descuentos lineales desconoce las peculiaridades de cada contrato individualmente considerado y vulnera la libre empresa al impedir la renegociación entre las respectivas partes implicadas. Precedentes. [...]. 7. Corresponde a cada universidad o institución de enseñanza superior gestionar los contratos educativos específicos y realizar las eventuales negociaciones de descuentos en la contraprestación económica en función de la peculiaridad de cada curso y de la realidad económica particular de cada estudiante, sin perjuicio de la valoración judicial del acuerdo, también a la luz de las especificidades contractuales surgidas tras el estallido de la pandemia y de la necesidad de mantener la oferta educativa bajo el nuevo formato requerido. La concesión de descuentos lineales tiene un impacto significativo en la obtención de recursos financieros suficientes, en detrimento de la autonomía universitaria garantizada en la Ley Fundamental. [...]. 10. La fijación de reducciones o descuentos lineales en las cuotas adeudadas a las instituciones revela desproporcionalidad. La medida no es idónea para proteger el derecho del consumidor-estudiante, concebido de forma genérica y amplia, basándose en razonamientos presuntivos. No hay adecuación de la solución adoptada para proteger también la salud, el mantenimiento de la educación, el equilibrio financiero de las instituciones, la función social de las empresas, entre otros aspectos relevantes. Inobservancia de la necesidad: lo menos gravoso es la posibilidad de negociación conciliatoria concreta entre las partes —con el resultado sujeto a control judicial— caso por caso, a la luz de las circunstancias fácticas efectivamente demostradas. La proporción entre los medios (injerencia judicial general y abstracta en los contratos privados de enseñanza superior para reducir la contraprestación debida por los estudiantes) y el fin (protección económica del consumidor-estudiante debido al desequilibrio contractual provocado por la pandemia) es difícil de verificar. El balance entre los costes y los beneficios de la injerencia lleva a la conclusión de que los costes soportados por las instituciones superan los beneficios que podrían ofrecerse a los estudiantes que realmente necesitan renegociar la contraprestación prevista en el contrato. La generalidad de la medida culmina en que también se benefician de ella quienes en modo alguno han sufrido un perjuicio económico real como consecuencia de la pandemia del Covid-19. 11. A la luz de la necesaria observancia de los preceptos fundamentales de libre empresa, isonomía, autonomía universitaria y proporcionalidad, resulta inconstitucional que un órgano jurisdiccional adopte una decisión que, sin considerar las circunstancias fácticas efectivamente demostradas, no pondere los efectos reales de la pandemia sobre ambas partes contratantes, y ordene la concesión de descuentos lineales en los derechos de matrícula de los cursos impartidos por las instituciones de enseñanza superior. [...]

Responsabilidad fiscal

a. La Ley de Responsabilidad Fiscal y el combate a la pandemia

En esta sentencia, el Supremo Tribunal Federal reconoció la posibilidad de flexibilizar el límite de gastos promovidos por el Estado y fijado por la ya citada Ley de Responsabilidad Fiscal (LRF), en el contexto de la situación de calamidad absolutamente imprevisible representada por la pandemia del covid-19. En la comprensión del Tribunal, las circunstancias eran excepcionales, pero justificables bajo la necesaria protección del derecho a la salud y a la vida de la población. Al respecto, realizó una ponderación implícita en el sentido de que la preservación de estos bienes constitucionales prevalece sobre la observancia de los parámetros y límites fiscales establecidos por la ley, aunque este juicio no fue debidamente desarrollado en la fundamentación de la decisión. El Tribunal determinó, entonces, que durante la pandemia y respecto de las medidas vinculadas a su contraste no era aplicable el límite al gasto público, siendo por tanto permitido a la Administración Pública superar dicho límite.

ADI 6357 MC-Ref, Ponente: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, juzgado el 13/05/2020, TRÁMITE ELECTRÓNICO DJe-276, DIVULG 19-11-2020, PÚBLICO 20-11-2020.

REFERÉNDUM POR MEDIDA CAUTELAR. ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD. LEY DE RESPONSABILIDAD FISCAL (LRF). ARTÍCULOS 14, 16, 17 Y 24. LEY DE DIRECTRICES PRESUPUESTARIAS (LDO/2020). ART. 114, *CAPUT*, Y APARTADO 14. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN. SUPRESIÓN DE LA EXIGENCIA DE ACREDITAR LA SUFICIENCIA Y COMPENSACIÓN PRESUPUESTARIA. CREACIÓN Y AMPLIACIÓN DE PROGRAMAS PÚBLICOS DESTINADOS A ENFRENTAR LA PANDEMIA CAUSADA POR EL COVID-19. PROTECCIÓN DE LA VIDA Y DE LA SALUD. CONFIRMACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR. PROMULGACIÓN DE LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL 106/2020. PÉRDIDA SOBREVENIDA DEL INTERÉS EN ACTUAR. ANULACIÓN DE LA MEDIDA. (1) La Ley de Responsabilidad Fiscal estableció un modelo normativo innovador para las finanzas públicas, basado en medidas generales de transparencia, programación presupuestaria, control y seguimiento de la ejecución del gasto y evaluación de los resultados, con el objetivo, entre otros, de aumentar la prudencia en la gestión fiscal y sincronizar las decisiones tomadas por los Estados y municipios con los objetivos macroeconómicos establecidos a nivel nacional por el Gobierno Federal. (2) Sin embargo, hay situaciones en las que la aparición de condiciones sobrevenidas totalmente imprevisibles afecta radicalmente la posibilidad de ejecutar el presupuesto previsto. Ello está en consonancia con el artículo 65 de la LRF. (3) La aparición de la pandemia del COVID-19 representa una condición sobrevenida absolutamente imprevisible y de gravísimas consecuencias, que afectará drásticamente la ejecución presupuestaria previamente prevista. (4) La exención excepcional de la aplicación de los artículos 14, 16, 17 y 24 de la LRF y 114,

caput, in fine, y § 14, de la LDO/2020, durante el estado de calamidad pública y a los exclusivos efectos de combatir plenamente la pandemia del COVID-19, no entra en conflicto con la prudencia fiscal y el equilibrio presupuestario intertemporal consagrados en la LRF. [...].

Otros temas

a. Responsabilización de los agentes públicos

En este caso, la acción directa de inconstitucionalidad que dio origen a la sentencia del Supremo Tribunal Federal cuestionó la constitucionalidad de una medida provisoria dispuesta por el presidente de la República para limitar la posibilidad de responsabilizar a los agentes públicos a las situaciones de “error evidente” y de “dolo”. En su decisión, el Tribunal evidenció que las decisiones administrativas han de estar basadas en datos científicos y técnicos, debiendo adoptarse los principios de precaución y prevención. Con base en lo anterior, se determinó la inconstitucionalidad de la norma, por ser incompatible con los principios constitucionales que rigen la Administración Pública.

ADI 6421 MC, Ponente: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, juzgado el 21/05/2020, TRÁMITE ELECTRÓNICO DJe-270, DIVULG 11-11-2020, PÚBLICO 12-11-2020.

DERECHO ADMINISTRATIVO. ACCIONES DIRECTAS DE INCONSTITUCIONALIDAD. RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. ACTOS RELACIONADOS CON LA PANDEMIA DEL COVID-19. MEDIDA CAUTELAR N.º 966/2020. AUTORIZACIÓN PARCIAL DE LA MEDIDA CAUTELAR. (1) Acciones directas de inconstitucionalidad que cuestionan la limitación de la responsabilidad civil y administrativa de los funcionarios públicos a las hipótesis de “error grave” y “dolo”, con base en el artículo 28 de la Ley de Introducción a las Reglas del Derecho Brasileño y en la Medida Provisoria n.º 966/2020. Alegación de violación de los arts. 37, §§ 4, 5 y 6 de la Constitución, del principio republicano y del principio de probidad y eficiencia administrativa. Examen, con carácter cautelar, limitado a la Medida Provisional n.º 966/2020, con relación a la cual, efectivamente, se configura el peligro de demora, dado el contexto de la pandemia. (2) Las decisiones administrativas relacionadas con la protección de la vida, de la salud y del medio ambiente deben respetar estándares, normas y criterios científicos y técnicos, establecidos por organizaciones y entidades internacional y nacionalmente reconocidas. Precedentes: ADI 4066, Justicia Relatora Rosa Weber, j. 24.08.2017; y RE 627189, Justicia Relatora Dias Toffoli, j. 08.06.2016. En el mismo sentido, la Ley n.º 13.979/2020 (art. 3.º, § 1.º), que prevé medidas de combate a la pandemia del COVID-19, norma ya aprobada por el Congreso Nacional, dispuso que las medidas de combate a la pandemia deben ser determinadas “con base en evidencias

científicas y análisis de informaciones estratégicas en salud”. (3) Tales decisiones administrativas también están sujetas a los principios constitucionales de precaución y prevención, que imponen un juicio de proporcionalidad y la no adopción, *a priori*, de medidas o protocolos respecto de los cuales existan dudas sobre impactos adversos en tales bienes jurídicos. En este sentido: ADI 5592, Rel. p/juicio Min. Edson Fachin, j. 11.02.2019; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. (4) Medida cautelar parcialmente concedida para interpretar el artículo 2.º de la Medida Provisional 966/2020 de conformidad con la Constitución, con el fin de establecer que, al caracterizar un error grosero, las autoridades deben tener en cuenta: (i) los estándares, normas y criterios científicos y técnicos, establecidos por organizaciones y entidades reconocidas internacional y nacionalmente, y (ii) los principios constitucionales de precaución y prevención. (5) Asimismo, el artículo 1.º de la Medida Provisional 966/2020 debe interpretarse conforme a la Constitución para dejar claro que, a los efectos de este precepto, la autoridad competente[,] para resolver[,] debe exigir que el dictamen técnico atienda expresamente a: (i) las normas y criterios científicos y técnicos aplicables a la materia, según lo establecido por organizaciones y entidades internacional y nacionalmente reconocidas, y (ii) el cumplimiento de los principios constitucionales de precaución y prevención. (6) Tesis: “1. Constituye error grosero el acto administrativo que cause violación al derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente equilibrado o impactos adversos a la economía, por incumplimiento de: (i) normas y criterios científicos y técnicos, o (ii) los principios constitucionales de precaución y prevención. 2. La autoridad decisoria debe exigir que las normas y criterios técnicos aplicables a la materia, establecidos por organismos y entidades internacional y nacionalmente reconocidas, y (ii) el cumplimiento de los principios constitucionales de precaución y prevención, sean respetados. La autoridad decisoria debe exigir que los dictámenes técnicos en los que fundamente su decisión atiendan expresamente a: (i) las normas y criterios científicos y técnicos aplicables a la materia, establecidos por organizaciones y entidades reconocidas internacional y nacionalmente, y (ii) el cumplimiento de los principios constitucionales de precaución y prevención, so pena de hacerse solidariamente responsable de cualquier violación de derechos”.

CONCLUSIONES

En el contexto de crisis generado por la pandemia del covid-19, el Supremo Tribunal Federal fue constantemente llamado a cumplir con su función de “guardián” de la Constitución y de los derechos fundamentales, desempeñando un rol protagónico en la preservación del Estado democrático de derecho, aun –o especialmente– en medio de la excepcionalidad de las circunstancias presentadas por los retos de la lucha contra la pandemia (aunque Brasil no haya decretado, oficialmente, un “estado de excepción”).

La posición del Tribunal se afirmó y consolidó alrededor de la necesidad del fortalecimiento de la observancia de los derechos fundamentales, más que en torno al sentido de extensión de las posibilidades de su restricción en virtud de la crisis.

La invalidación de los dispositivos legales cuestionados se dio, con todo, más con base en aspectos formales –asociados, especialmente, a la generalidad de las limitaciones de derechos propuesta– que, propiamente, en un juicio de ponderación y acerca de las posibilidades materiales de su restricción.

Es importante destacar, asimismo, el debilitamiento del Estado de derecho que se produce en tal escenario, en razón de la provisionalidad que caracteriza las medidas gubernamentales y su control. Esto porque las acciones de enfrentamiento de la crisis se dan, básicamente, por medio de medidas provisionales, caracterizadas por la excepcionalidad, una vez que se ha relativizado el proceso legislativo ordinario y el papel del Congreso Nacional en la deliberación de cuestiones estratégicas para el país. De igual manera, también los juicios del Supremo Tribunal Federal son dotados de cierta provisionalidad, dado que sus posiciones se dan en sede de juicios sumarios, monocráticos, por medio de la concesión de medidas cautelares (de urgencia y, por lo tanto, muchas veces sin fundamentación constitucionalmente adecuada).

Se concluye, así, que, si bien los riesgos para el Estado de derecho en Brasil no son evidentes y directos, por cuanto no se adoptaron medidas propias de un “estado de excepción”, se hace necesaria una vigilancia constante, tanto por parte de la sociedad cuanto de los órganos competentes, para que la pandemia no opere como un pretexto para la relativización de derechos y para el vaciamiento de las instituciones democráticas, por medio de acciones dispersas, sirviendo para la consecución de fines totalitarios “disfrazados de democracia”.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA SÁNCHEZ, José, “Transformaciones de la Constitución en el siglo XX”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100, 1998, pp. 57-100.
- ALEXY, Robert, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, t. 29, Berlín, Duncker & Humblot, 1990.
- BARROSO, Luís Roberto, “Os três papeis desempenhados pelas Supremas Cortes nas democracias constitucionais contemporâneas”, *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 21, n.º 3, 2019, pp. 11-35.
- BERGER, Raoul, *Government by Judiciary: the Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Begriff und Probleme des Verfassungsstaates", en Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Fráncfort, Suhrkamp, 1999.
- BOROWSKI, Martin, "La restricción de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, n.º 59, 2000, pp. 29-56.
- BRÜNNECK, Wiltraut Rupp-von, "Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt: wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament", *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, t. 102, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1977.
- DENNINGER, Erhard, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990.
- DREIER, Ralf, "Konstitutionalismus und Legalismus: zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat", en *Rechtstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Fráncfort, Klostermann, 1988.
- EBSEN, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985.
- FORSTHOFF, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª ed., Múnich, Beck, 1971.
- GARGARELLA, Roberto, "La revisión judicial en democracias defectuosas", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, n.º 2, 2019, pp. 153-169.
- GRIMM, Dieter, "Rückher zum liberalen Grundrechtsverständnis?", en Dieter GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Fráncfort, Suhrkamp, 1991.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, "Brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit: Zwischen nordamerikanischer Institutionalisierung und deutscher Rechtsdogmatik und Rechtstheorie", en Uwe KISCHEL (ed.), *Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014, pp. 27-48.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, "La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente 'un' o 'el' activismo?", *Estudios Constitucionales*, año 10, n.º 2, 2012, pp. 429-454.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, *Jurisdição Constitucional aberta. Reflexões acerca dos limites e da legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática - uma análise a partir da teoria constitucional alemã e norteamericana*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1999.
- ISENSEE, Josef, "Bundesverfassungsgericht – quo vadis?", *Juristen Zeitung (JZ)*, 22, noviembre, 1996, pp. 1085-1136.
- KOCH, Hans-Joachim, "Die Begründung von Grundrechts-interpretationen", *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, n.º 11/12, 1986, pp. 345-361.

MAUS, Ingeborg, “O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima y Paulo Menezes Albuquerque (trads.), *Novos Estudos*, n.º 58, São Paulo, Cebrap, 2000.

SÁNCHEZ, José Acosta, “Transformaciones de la Constitución en el siglo XX”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100, 1998, pp. 57-100.

SCHMIDT, Ingo Thorsten, *Grundpflichten*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

SCHULTE, Martin, Zur Lage und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)*, Heft 18, 15 de septiembre de 1996, pp. 1009-1020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Corte Aberta. https://transparencia.stf.jus.br/extensions/decisoes_covid/decisoes_covid.html.

NORMATIVIDAD

DECRETO-LEGISLATIVO Nº 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n.º 93, de 18 de março de 2020. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm.

LEI Nº 101, de 4 de maio de 2020. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 928, de 23 de março de 2020. Altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954, de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geo-

grafia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm.

JURISPRUDENCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6351, 26 de março de 2020, Relator: Alexandre de Moraes. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6351.pdf>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6342, 29 de abril de 2020, Relator: Marco Aurélio. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6342liminar.pdf>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6343, 6 de mayo de 2020, Relator: Marco Aurélio. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6343decisao.pdf>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387, 6 de mayo de 2020, Relatora: Rosa Weber. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>.

CHILE Y LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE DERECHOS HUMANOS EN LA PANDEMIA DEL COVID-19

Claudio Nash*

INTRODUCCIÓN

Este artículo busca contestar una pregunta básica respecto de la experiencia de la pandemia del covid-19 en Chile: ¿cuál fue la respuesta institucional, desde una perspectiva de derechos fundamentales, frente a la crisis sanitaria generada por la pandemia? No hay duda alguna de que la crisis sanitaria a nivel mundial que produjo el covid-19 en 2020 y que nos acompaña hasta la actualidad (2023) ha sido una de las experiencias más extraordinarias en la historia reciente de la humanidad, por los alcances globales del fenómeno de la pandemia, lo que nos obliga a adoptar una mirada focalizada en este estudio, consistente en evaluar la respuesta de las instituciones propias de un Estado de derecho para la protección de los derechos humanos en un contexto de crisis sanitaria global.

La hipótesis que buscamos demostrar es que en Chile la respuesta a la pandemia fue dual: así, por una parte, hubo una respuesta sanitaria y, por otra, una respuesta de control social. Estas dos dimensiones, que no son exclusivas del caso chileno, pero que se dieron con especial fuerza en nuestro país, configuraron un escenario en el que la lucha contra el covid-19 tuvo un fuerte componente político, lo cual exigía una eficaz protección de derechos humanos, propia de un Estado de derecho, pero que en la práctica no se logró, al contrario de lo que, precisamente, hubiera sido esperable en una sociedad democrática.

A fin de poder demostrar la hipótesis planteada para responder nuestra pregunta base, el estudio se divide en los siguientes apartados: el contexto político y social en el cual se da la pandemia; las medidas de respuesta sanitaria y las medidas de restricción de derechos adoptadas en Chile; el rol fiscalizador y de protección de derechos de las instituciones propias de un Estado de derecho, y

* Ph.D. Académico, Universidad de Chile. claudionashrojas@gmail.com.

particularmente la protección judicial; para, finalmente, cerrar el análisis con algunas lecciones a modo de conclusiones.

CONTEXTO EN CHILE A MARZO DE 2020

Como es sabido, la pandemia del covid-19 tuvo su origen en China, en la ciudad de Wuhan, con un brote, iniciado en enero de 2020, de un nuevo virus de la familia de los coronavirus (SARS-CoV-2). Este virus se caracterizaba por una rápida expansión y una afectación grave al sistema respiratorio que, en especial en casos de personas con enfermedades de base, podía tener consecuencias fatales. Dada su alta contagiosidad, a inicios de 2020 comenzaron a producirse los primeros brotes en Europa, afectando particularmente a la población de mayor edad. Pasados los días, con gran sorpresa, el mundo entero vio cómo se iban adoptando las primeras medidas de cuarentena, pero aún este parecía ser un tema lejano para la región latinoamericana, e incluso la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) sostenía que era poco probable que el virus llegara a afectar a Chile.¹

No obstante, la realidad fue otra muy distinta. Efectivamente, a mediados de marzo de 2020 la pandemia ya era una realidad en Latinoamérica y, al igual que en Europa, el virus se expandía con fuerza en el continente y afectaba de una manera agravada a los sectores más desvalidos de la población.

En el caso chileno había varios elementos particulares del contexto económico, político y social en el cual se comenzó a enfrentar la pandemia. En primer lugar, no podemos olvidar que en Chile se implementó, desde inicios de la década de 1980, una política neoliberal extrema, lo cual significó un completo desmantelamiento del sistema de salud pública que hacía imposible el acceso a la salud en condiciones de igualdad en medio de la crisis sanitaria.² A mayor desgracia, la política neoliberal había desmontado el histórico sistema de seguridad social chileno, y como consecuencia, las personas que se veían afectadas directamente por la pandemia no tenían apoyo estatal para enfrentar

1 Meganoticias, “Representante de la OMS por coronavirus: ‘La probabilidad de que nos contagiemos en Chile es bajísima’”, 1 de febrero de 2020. <https://www.meganoticias.cl/nacional/290262-entrevista-meganoticias-plus-prime-coronavirus.html>.

2 Chile tiene un gasto per cápita en salud pública de 2.000 dólares (la mitad en el sistema privado y la mitad en el sistema público), frente a los 3.000 dólares de los países OCDE; Chile tiene 2,1 camas por 1.000 habitantes, frente a las 4,7 camas de los países OCDE. <https://radio.uchile.cl/2020/04/19/gasto-publico-en-salud-la-falencia-que-pone-a-chile-en-riesgo-frente-a-la-pandemia/>.

las medidas sanitarias de aislamiento que recomendaban las organizaciones internacionales de salud.³

Tampoco se puede olvidar que la pandemia se produjo en momentos en que Chile vivía una crisis política de gran magnitud. En efecto, desde octubre de 2019 se había iniciado un ciclo de protestas sociales que planteaban con gran fuerza la crisis del sistema neoliberal dejado en herencia por la dictadura cívico-militar. Estas movilizaciones sociales fueron objeto de una dura represión por parte del Gobierno de derecha del presidente Sebastián Piñera. Esta represión política había generado una grave crisis de derechos humanos, como hubieron de constatar los principales organismos internacionales de protección de derechos humanos.⁴ Un claro ejemplo de este contexto de crisis agravada es que, al mismo tiempo que se presentaban los primeros casos de covid-19 en China, en enero de 2020, en Chile la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizaba una histórica visita *in loco* en el curso de la cual pudo constatar las graves y generalizadas violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado con ocasión de su respuesta a la protesta social.⁵

En este escenario de crisis multidimensional también había un fuerte cuestionamiento de los partidos políticos y la institucionalidad, lo que implicaba un

3 El modelo neoliberal impuesto en Chile privatizó la seguridad social a través de las administradoras de fondos de pensiones y no existía un sistema estatal general de seguridad social que pudiera enfrentar la situación de precarización económica provocada por la pandemia.

4 Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile. Violencia policial y responsabilidad de mando durante el estallido social”, 2020. <https://www.amnesty.org/es/latest/research/2020/10/eyes-on-chile-police-violence-at-protests/>; Amnistía Internacional, “Chile: política deliberada para dañar a manifestantes apunta a responsabilidad de mando”, Informe, 21 de noviembre de 2019. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/11/chile-responsable-politica-deliberada-para-danar-manifestantes/>; Human Rights Watch, “Chile: llamado urgente a una reforma policial tras las protestas. Uso excesivo de la fuerza contra manifestantes y transeúntes; graves abusos en detención”, Informe visita a Chile, 26 de noviembre de 2019. <https://www.hrw.org/es/news/2019/11/26/chile-llamado-urgente-una-reforma-policial-tras-las-protestas>; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “CIDH condena el uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas sociales en Chile, expresa su grave preocupación por el elevado número de denuncias y rechaza toda forma de violencia”, comunicado, 6 de diciembre de 2019. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/317.asp>. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la Misión a Chile, 30 de octubre-22 de noviembre de 2019. https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf.

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Conclusiones preliminares visita *in loco* a Chile”, 31 de enero de 2020. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp>.

ambiente complejo desde el punto de vista del liderazgo político y ético para conducir al país en una nueva crisis, ahora de carácter sanitario, que demandaba, sobre todo, credibilidad de las instituciones.

Aunado a ello, es preciso considerar que en ese escenario de crisis política y humanitaria se había iniciado un proceso constituyente destinado a elaborar un texto constitucional que reemplazaría la Carta Política de 1980. Originalmente, el itinerario constitucional indicaba que la realización del plebiscito para que la ciudadanía decidiera si iniciaba la instalación de una Convención Constitucional debía tener lugar en abril de 2020, pero la pandemia implicó un cambio en dicho itinerario y el plebiscito recién se pudo realizar en octubre de 2020, mientras que la Convención Constitucional dio inicio a sus labores solo en julio de 2021.⁶

En resumidas cuentas, la pandemia se insertó en un escenario muy complejo, por razones económicas, sociales, políticas y constitucionales, además de que, ciertamente, tener que enfrentar el desafío de dar una respuesta a una crisis sanitaria de tales dimensiones en un contexto de conflicto político y social se hacía aún más difícil.

LA RESPUESTA DEL ESTADO FRENTE A LA PANDEMIA

Sin duda alguna, la magnitud de la pandemia requería de una eficaz respuesta sanitaria, de protección social, pero también hacía necesaria la restricción de derechos fundamentales a través de medidas de excepción, lo que constituía un evidente riesgo en materia de derechos humanos.⁷

En relación con las medidas sanitarias, estas requerían de políticas públicas con una perspectiva de derechos humanos. En ese sentido se pronunciaron todos los principales organismos de derechos humanos, tanto a nivel de Naciones Unidas como de los sistemas regionales de protección de derechos humanos. De esta forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a través de su Resolución 01/20, Pandemia y derechos humanos en las Américas, señaló:

La pandemia del Covid-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el Covid-19; así como sus impactos de inmediato,

6 Para los antecedentes del proceso constituyente 2021-2022, véase <https://www.chileconvencion.cl/>.

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “CIDH llama a garantizar la vigencia de la democracia y el Estado de derecho en el contexto de la pandemia de covid 19”, comunicado, 9 de junio de 2020. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/130.asp>.

mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad (párr. 3).

En consecuencia, los desafíos para las políticas de salud pública se presentaban en dos grandes áreas. Por una parte, era preciso enfrentar los casos más graves de infecciones por el virus, con un alto impacto en el sistema respiratorio, particularmente, en las personas con patologías previas (obesidad, diabetes, hipertensión, entre otras), lo que suponía disponer de un sistema de urgencias médicas con capacidad para atender a un grupo inusualmente alto de pacientes a través de mecanismos de ventilación mecánica. De esa forma, para poder enfrentar adecuadamente esta emergencia era necesario contar con equipos e infraestructura, además de personal calificado, suficientes.

Por otra parte, para combatir adecuadamente la pandemia era necesario adoptar una serie de medidas a fin de evitar los contagios y, de esta forma, prevenir que las personas llegaran con graves cuadros respiratorios al sistema de salud. En este sentido, las medidas de política pública estaban dirigidas a restringir la movilidad de las personas y las concentraciones en transportes públicos, lugares de trabajo y centros de estudio. Para poder cumplir con medidas de aislamiento, como las que se proponían por los organismos internacionales de salud, se requería de un sistema social capaz de permitir que las personas se aislaran y, al mismo tiempo, pudieran seguir satisfaciendo sus necesidades básicas. Pero esto en Chile era imposible, producto, justamente, de un modelo de precariedad social impulsado por el neoliberalismo extremo aplicado en el país; en efecto, los grupos en situación de pobreza no tenían posibilidades reales de adoptar medidas de protección, lo que los exponía a enfermar gravemente y, de hecho, explica que la mayor cantidad de contagios y muertes se dieran en las zonas más pobres del país.⁸

8 Véase Instituto Nacional de Derechos Humanos - INDH, Informe Anual 2020, p. 40: “En la Región Metropolitana, si se compara la tasa de mortalidad de aquellas comunas que presentan las mayores tasas de contagio, se observa que las más afectadas han sido La Pintana, Cerro Navia y Pedro Aguirre Cerda, según datos disponibles al 31 de agosto. Al igual que en el caso de las tasas de contagio, también la mortalidad se expresa con mayor fuerza en los sectores más pobres”. Sobre este punto, véase, asimismo, el informe de Espacio Público de 23 de julio de 2020, que señala: “la relación entre pobreza y muertes por Covid-19 sigue siendo evidente. En cinco comunas del gran Santiago las muertes por coronavirus entre mayores de 70 años exceden el promedio histórico de defunciones para los mismos meses. Estas comunas son todas las comunas con un valor mayor que uno en esta gráfica: Independencia, Huechuraba, La Pintana, Cerro Navia, San Ramón y Recoleta. En las comunas del sector oriente, en cambio, las muertes por coronavirus ‘solo’ corresponden a aproximadamente la mitad del total de muertes históricas” (Espacio Público, Informe, 23 de julio de 2020. <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2020/07/>

Por último, una vez que estuvo accesible una alternativa de vacuna contra el covid-19, Chile actuó en forma muy eficaz y, aprovechando un sistema de vacunación público desarrollado durante décadas, mediante la compra oportuna de vacunas por parte del Gobierno y gracias a una cultura de vacunación muy instalada en la población, pudo desarrollar una política de inmunización con acceso universal, gratuito y priorizando a grupos en situación especial de riesgo. Paradojalmente, la política pública más eficaz para enfrentar la pandemia fue una que se alejaba absolutamente de los cánones tradicionales del neoliberalismo que defendía a ultranza el Gobierno de la época.

En ese escenario, como respuesta sanitaria, se hizo necesaria la adopción de medidas restrictivas en materia de derechos humanos, particularmente, en materia de derecho a la movilidad.⁹ Así fue como el Gobierno adoptó una serie de medidas excepcionales dirigidas a implementar una política de cuarentenas lo más eficaz posible. En concreto, en marzo de 2020 se dispuso la primera cuarentena, que afectaba a la zona oriente de la Región Metropolitana de Santiago (el sector más próspero del país), y las clases se suspendieron el 15 de marzo. Luego, se decretó un estado de catástrofe (una forma de estado de excepción), el 18 de marzo de 2020, que se mantuvo vigente en todo el país durante los siguientes 18 meses (se levantaría el 30 de septiembre de 2021).¹⁰ En el marco del estado de excepción constitucional de catástrofe se dispuso un toque de queda (que también se mantuvo vigente por más de 18 meses), lo que implicaba que la población debía permanecer en su domicilio en los horarios nocturnos indicados por la autoridad.¹¹ Además, al igual que en el resto del mundo, la medida más utilizada

CoVid_Chile_23072020_vf.pdf). Estudios recientes dan cuenta de cómo el hacinamiento ha permitido la propagación del virus del covid-19; véase, al respecto, Ciperchile, “Hacinamiento: la variable clave en la propagación del covid-19 en el Gran Santiago”, 17 de octubre de 2020. <https://www.ciperchile.cl/2020/10/17/hacinamiento-la-variable-clave-en-la-propagacion-del-covid-19-en-el-gran-santiago/>.

9 Estas medidas se podían adoptar a través de la suspensión de derechos o por medio de restricciones contempladas en las legislaciones sanitarias. En ambos casos, las medidas que limitaban derechos humanos debían cumplir con los estándares internacionales en materia de suspensión y/o restricción de derechos.

10 Ministerio de Salud de Chile, “Covid 19: Gobierno anuncia fin del estado de excepción”, 27 de septiembre de 2021. <https://www.minsal.cl/covid-19-gobierno-anuncia-fin-del-estado-de-excepcion/>.

11 En el estado de excepción de catástrofe, el Presidente podrá suspender el pleno goce y ejercicio de algunos derechos: “Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean

para enfrentar la pandemia fue la de la cuarentena, que implicaba mantenerse durante días en casa, salvo en el caso de quienes desempeñaban labores consideradas esenciales.

Estas medidas restrictivas de derechos no solo estuvieron destinadas a enfrentar la pandemia, sino que, en el contexto de la represión a las movilizaciones sociales desplegada por el Gobierno, se transformaron en una forma muy eficaz de control social. En efecto, como es evidente, producto de la pandemia, las protestas iniciadas en octubre de 2019 cesaron casi por completo y de manera súbita, a lo que se suma que las diversas expresiones de descontento respecto de la forma en que el Gobierno enfrentaba la pandemia fueron violentamente reprimidas por la autoridad.¹² Además, la crisis sanitaria le sirvió al Ejecutivo para imponer restricciones a la labor de fiscalización desempeñada por la prensa independiente, la cual había cumplido un papel muy importante en las denuncias de violaciones de derechos humanos en el marco del estallido social de 2019-2020.¹³

Sorpresivamente, la declaratoria del estado de catástrofe le permitió al Gobierno volver a sacar a los militares a las calles para controlar las medidas sanitarias.¹⁴ Fue así como el Ejecutivo, gracias a la pandemia, pudo recuperar el control del país que había perdido durante meses de protestas sociales.

LA FISCALIZACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS

En ese escenario de crisis política y sanitaria, las instituciones propias de un Estado de derecho hubieran debido funcionar eficazmente para garantizar los derechos humanos y fiscalizar las medidas adoptadas por las autoridades con ocasión de la pandemia.

Ciertamente, las políticas públicas, desde una perspectiva de derechos humanos, deben cumplir con ciertos parámetros mínimos para satisfacer el requisito

necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada” (art. 43, inc. 3.º de la Constitución).

12 En el ya citado Informe Anual 2020 del INDH se denuncian casos de tortura, restricción de derechos políticos, afectaciones al derecho a la libertad religiosa, afectaciones al derecho a la vida privada, entre otros (pp. 219-229).

13 Para un completo panorama de la situación en la región, en materia de libertad de expresión, en el marco de la pandemia, véanse los informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/artListCat.asp?catID=1&IID=2>.

14 Es preciso tener presente que, desde el retorno a la democracia en Chile (1990), solo en 2019 se había dictado un estado de excepción constitucional de emergencia, que había significado la presencia militar en labores de orden público.

de legitimidad democrática. En efecto, como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH):

Una política pública con enfoque de derechos humanos es el conjunto de decisiones y acciones que el estado diseña, implementa, monitorea y evalúa –a partir de un proceso permanente de inclusión, deliberación y participación social efectiva– con el objeto de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, grupos y colectividades que conforman la sociedad, bajo los principios de igualdad y no discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad e interseccionalidad.¹⁵

De esta forma, las políticas públicas con un enfoque de derechos humanos deben ser objeto de control (administrativo, político, judicial, entre otros), dentro del cual el control judicial es fundamental para evitar afectaciones a los derechos humanos, sea por las medidas extraordinarias que adopta la autoridad o por las omisiones en su actuación para enfrentar la crisis. Igualmente, la protección judicial de derechos humanos es imprescindible frente a medidas que limitan su pleno goce y ejercicio; en efecto, las medidas que implican un límite a los derechos humanos, sea a través de medidas de restricción o suspensión de derechos, siempre deben ser objeto de control judicial, asegurando de esta forma la debida protección de las personas frente a actos de autoridad que impliquen límites a los derechos humanos.¹⁶ No se puede olvidar que, incluso frente a situaciones de excepción, la protección judicial es un derecho que no puede ser objeto de medidas de derogación, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos.¹⁷

En suma, aun en momentos de crisis como la vivida en el marco de la pandemia, el Estado de derecho debe funcionar íntegramente, con el fin de garantizar

15 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Políticas públicas con enfoque de derechos humanos”, párr. 147. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasyPublicas-DDHH.pdf> [visitado el 31 de octubre de 2023].

16 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, n.º 9, párr. 25: “[D]ebe entenderse que la implantación del estado de emergencia –cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno– no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia”.

17 Art. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y art. 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos sin discriminación.¹⁸ Esto implica que, desde una perspectiva de derechos humanos, los momentos de crisis no pueden ser aprovechados como una excusa para la restricción y pérdida de derechos, sino que, por el contrario, son un tiempo en el que los límites al poder a través del derecho tienen que mantenerse como un imperativo jurídico.

A continuación, se ofrecen algunos ejemplos que permiten ilustrar cuál fue la actuación de las cortes superiores chilenas en materia de protección de derechos humanos durante la pandemia, para así poder establecer si estas cumplieron con los estándares internacionales en materia de protección judicial.

Las medidas sanitarias para enfrentar la pandemia tuvieron un claro sesgo discriminatorio, en tanto no se adoptaron medidas diferenciadas para asegurar eficazmente la protección de los sectores de la población más desaventajados y, en particular, aquellos en situación de pobreza. Así, las medidas de aislamiento (cuarentenas), pese a lo prolongado de las mismas, no fueron acompañadas de medidas económicas oportunas y suficientes que le permitieran a la población cumplir con el aislamiento. Esto es evidente en el caso chileno, puesto que las personas tuvieron que recurrir a sus recursos de seguros laborales y de jubilación para poder costear sus gastos durante la pandemia, y las ayudas del Estado a lo largo de la misma fueron tardías y del todo insuficientes. Frente a este escenario, la población no contaba con ningún recurso efectivo para que los tribunales de justicia obligaran al Ejecutivo a activar políticas reales de protección social. De hecho, la única acción constitucional con la que contaba la población (la acción de protección constitucional) no cubre el derecho a la seguridad social, y los derechos a la alimentación o a un mínimo vital no se encuentran garantizados en la Carta Política.¹⁹ Dicho lo anterior, es preciso tener en cuenta que la Corte Suprema ha venido desarrollando una interesante jurisprudencia en materia de “falta de servicio”, que le ha permitido controlar las políticas públicas cuando el Gobierno no desarrolla acciones efectivas para la garantía de derechos; no

18 La CIDH, mediante Resolución 01/20 de 10 de abril de 2020, *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, recomendó expresamente a los Estados que, en el marco de la pandemia, debían “[a]segurar la existencia de mecanismos de rendición de cuentas y acceso a la justicia ante posibles violaciones de los derechos humanos, incluidos los DESCA, en el contexto de las pandemias y sus consecuencias, incluyendo abusos por parte de actores privados y actos de corrupción o captura del Estado en perjuicio de los derechos humanos” (párr. 16).

19 Se debe recordar que el catálogo de derechos en la Constitución chilena se centra en las libertades y no en el establecimiento de verdaderos derechos económicos y sociales; además, la acción de tutela de derechos (art. 20) no protege todos los derechos y claramente excluye los pocos existentes de carácter económico y social.

obstante, esta doctrina, lamentablemente, en el caso de las políticas sanitarias, no fue aplicada y, en consecuencia, estas no fueron objeto de dicho control en el marco de la pandemia.²⁰

Por otra parte, al igual que en el resto del continente, un tema de especial preocupación en el cuadro de la pandemia ha sido la situación de las cárceles. Por cierto, debido a la forma de transmisión del virus del covid-19 (aerosol), era evidente que este podía tener consecuencias catastróficas en sistemas carcelarios altamente congestionados y con condiciones sanitarias extraordinariamente deficientes. Así, todas las recomendaciones internacionales apuntaron a la necesidad de adoptar medidas especiales y, particularmente, señalaron la urgencia de disminuir el hacinamiento y mejorar las condiciones higiénicas de las personas privadas de libertad.²¹ En Chile, esta necesidad comenzó a ser discutida desde los primeros días de la pandemia, y hay dos eventos que muestran cómo las medidas sanitarias adoptadas se vieron contaminadas por cuestiones políticas.

Un primer ejemplo es la tramitación, por parte del Gobierno, en marzo de 2020, de un proyecto de ley para indultar (mediante el así llamado “indulto sustitutivo”) a personas privadas de libertad y así permitir que estas cumplieran su condena en su domicilio y no en recintos penitenciarios.²² El caso es que este indulto incorporaba a criminales de lesa humanidad que estaban cumpliendo condena en un recinto especial con todas las medidas sanitarias adecuadas, muy distintas a las condiciones paupérrimas de los recintos penitenciarios ordinarios. Esto trabó la tramitación del proyecto y demoró las medidas sanitarias que eran urgentes. Finalmente, se aprobó una ley que permitió la salida de las cárceles de cerca de un 10% de la población reclusa, con exclusión de los criminales de lesa humanidad.²³

Un segundo ejemplo en materia carcelaria es la discusión que se generó en Chile con ocasión de una revisión de medidas cautelares (prisión preventiva)

20 Ejemplos de sentencias de la Corte Suprema que desarrollan los argumentos para controlar políticas públicas y sus omisiones son la SCS Rol n.º 36.830-2021, de 26 de octubre de 2021, y la SCS Rol n.º 25.529-2021, de 3 de noviembre de 2021.

21 La CIDH, en su Resolución 01/20, ya citada, recomendó “[a]doptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquéllos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes” (párr. 45).

22 Véase Cámara de Diputados/as, Boletín n.º 13.358-07 de 25 de marzo de 2020.

23 Sobre este proyecto y sus alcances en materia de derechos humanos, véase C. Nash, *Infranqueables. La protección de derechos humanos en tiempos autoritarios*, Santiago, Universitaria, 2021, pp. 219-223.

de personas privadas de libertad acusadas de actos de violencia en el marco de las protestas sociales. En marzo de 2020 la policía había realizado detenciones masivas de manifestantes en Santiago, en el centro neurálgico de las protestas (la denominada “Plaza Dignidad”). Una vez decretada la emergencia sanitaria, el juez del 7.º Juzgado de Garantía, Daniel Urrutia, en ejercicio de sus funciones, dictó una medida de revisión de las disposiciones cautelares respecto de las personas detenidas en las redadas de marzo y sustituyó la prisión preventiva por otras medidas menos gravosas. El hecho es que el Gobierno criticó severamente la medida, ante lo cual la Corte de Apelaciones de Santiago se autoconvocó en un pleno que decidió (por fuera de sus atribuciones legales) dejarla sin efecto y separar al juez Urrutia de sus funciones.²⁴ Esta decisión fue aplaudida por el Ejecutivo a través de su ministro del Interior y Seguridad. En definitiva, una medida sanitaria adoptada por la autoridad competente, con pleno apego a la normativa en vigor, fue dejada sin efecto por la Corte en infracción a las normas que regulan la prisión preventiva. Todo ello por consideraciones evidentemente atravesadas por decisiones políticas vinculadas con la criminalización de la protesta social.

Por otra parte, tal como hemos señalado, las medidas de aislamiento eran imposibles de cumplirse en un contexto de pobreza y de ausencia de medidas de seguridad social destinadas a proteger condiciones mínimas de vida por parte de la población más desaventajada. Frente a esa realidad, el Estado recurrió al instrumento penal: en efecto, para cumplir con las medidas de cuarentena y la de toque de queda se comenzó a utilizar la persecución criminal. Por una parte, las personas eran detenidas por incumplir con las medidas dictadas por las autoridades, pero como dichos incumplimientos eran meras faltas y, por tanto, las detenciones eran ilegales, se recurrió a una norma penal de vieja data. Es así como se comenzó a invocar el artículo 318 del Código Penal, una norma que sanciona a quien “ponga en peligro la salud pública”.²⁵ Sin embargo, las medidas seguían siendo incumplidas por parte de la población. Frente a este escenario, el Ejecutivo –con un rápido apoyo del Congreso Nacional– dictó una ley destinada a endurecer las penas asociadas a las infracciones de las medidas sanitarias dispuestas por la autoridad y amplió los tipos punitivos asociados a las medidas sanitarias. De esta forma, el instrumento penal se dirigía directamente contra los sectores más desvalidos en la población, precisamente aquellos que no estaban

24 Corte Apelaciones de Santiago, Acuerdo del Pleno de 25 de marzo de 2020.

25 Art. 318, inc. 1.º, del Código Penal: “El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales” (texto vigente a marzo de 2023).

en condiciones de cumplir a cabalidad con las medidas adoptadas.²⁶ Algunos meses después, el ministro de Salud llegó a proponer que se desarrollara un sistema para controlar los movimientos de las personas a través de una aplicación telefónica.²⁷ También cabe destacar el estricto control de los datos personales ejercido por la autoridad policial, a través de la introducción de una plataforma de entrega de permisos para que las personas pudieran movilizarse en las ciudades en cuarentena.²⁸ En síntesis, todo un sistema de control social con ocasión de la pandemia, que no fue objeto de controles democráticos efectivos.

En este escenario, se debe destacar que tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema se pronunciaron en contra de la aplicación del artículo 318 del Código Penal para controlar las medidas sanitarias. Evidentemente, dicha norma lo que sanciona son acciones que pongan en riesgo la salud pública y no una mera infracción administrativa, como lo es permanecer en la vía pública durante el toque de queda;²⁹ y tampoco puede ser constitucional la privación de libertad

26 Ley 21.240 de 20 de junio de 2020, que aumenta las penas contempladas en el artículo 318 del Código Penal y establece nuevas conductas típicas relacionadas con la pandemia. Esta persecución agravada contra grupos desaventajados (una forma de discriminación indirecta, ya que la norma parece neutral pero en realidad afecta de manera no proporcionada a los sectores más vulnerables de la sociedad) contrasta con la total impunidad con la que contaron sectores económicamente mejor situados. De hecho, son innumerables los casos de personas de los sectores más adinerados de la sociedad que violaron las restricciones impuestas por las autoridades y que quedaron en la más completa impunidad.

27 La Tercera, “Ministro Paris anticipa que analizan posible control de la movilidad mediante el seguimiento de los teléfonos celulares como se hizo en Corea del Sur”, 18 de junio de 2020. <https://www.latercera.com/nacional/noticia/ministro-paris-anticipa-que-se-probara-el-control-de-la-movilidad-mediante-el-seguimiento-de-los-telefonos-celulares-como-se-hizo-en-corea-del-sur/KXV5EUDC45ESPDDJRQCROXUTBI/>.

28 Carabineros de Chile, Comisaría Virtual, “Política de seguridad y privacidad de la información de Comisaría Virtual de Carabineros de Chile”. <https://comisariavirtual.cl/politica-privacidad.html>. Esta base de datos sensibles demostró ser insegura, según informe del Consejo para la Transparencia; véase, al respecto, biobiochile.cl, “Detectan divulgación masiva de RUT contenidos en base de datos de Comisaría Virtual”, 4 de diciembre de 2020. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2020/12/04/detectan-divulgacion-masiva-de-rut-contenidos-en-base-de-datos-de-comisaria-virtual.shtml>.

29 Corte Suprema, SCS, Rol n.º 131.966-2020, 23 de abril de 2021: “Que los hechos probados por el tribunal no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético, para la salud pública, por cuanto el Ministerio Público no acreditó la exigencia de una generación de riesgo, y la sola acción de deambular en la madrugada, por más infractora de normas administrativo reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, no representó ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en tiempos de pandemia, por cuanto el toque de queda tiene como finalidad evitar el transitar para precaver reuniones nocturnas de grupos, como usualmente ocurre fuera del caso de emergencia

con base en un tipo penal indeterminado y que permite a la autoridad administrativa la aplicación de diversas hipótesis perseguibles penalmente.³⁰ En este caso, excepcionalmente, nos encontramos con un control jurisdiccional efectivo frente a las medidas punitivas dispuestas por la autoridad.

Esto nos lleva al último tema relevante en cuanto a la ausencia de un efectivo control de las medidas sanitarias en la protección de derechos fundamentales en el marco de la pandemia. Nos referimos al rechazo de las acciones constitucionales de protección de derechos dirigidas a cuestionar las medidas sanitarias dispuestas por la autoridad. Si bien la Constitución Política vigente al momento de la pandemia establecía que la dictación de un estado de excepción constitucional no podía ser objeto de control jurisdiccional, sí garantizaba el control jurisdiccional respecto de las medidas que afectaran derechos fundamentales.³¹ Sin embargo, durante la pandemia, la práctica de los tribunales de justicia fue realizar una interpretación extensiva de las atribuciones de la autoridad en el contexto del estado de excepción, e incluso extendieron dicho criterio a las medidas administrativas sanitarias adoptadas en el marco de sus atribuciones legales, lo que dejaba al margen del control judicial todas las medidas de restricción de derechos y también las disposiciones sanitarias dictadas con ocasión de la pandemia. Dicha interpretación restrictiva escapa del diseño constitucional, ya que las medidas que la autoridad adopta en un estado de excepción, y más aún las sanitarias con base legal, sí son objeto de control jurisdiccional.³²

actual, en locales, parques, plazas u otros sitios abiertos al público, de modo de impedir aglomeraciones que –ellas sí– son, a lo menos, hipotéticamente peligrosas e idóneas para generar el riesgo” (considerando 7.º).

30 Para el Tribunal Constitucional, el artículo 318 del Código Penal es inaplicable debido a la indeterminación del tipo penal, lo cual viola la garantía constitucional del artículo 19 n.º 3, inciso 6.º, el cual asegura que “[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella” (Tribunal Constitucional, STC Rol n.º 10.014-21-INA, 5 de agosto de 2021).

31 Art. 45 de la Constitución: “Los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda”.

32 Sobre las atribuciones de los tribunales superiores en el contexto de estados de excepción constitucional de catástrofe véase L. Cordero, “Delimitando la revisión judicial en la emergencia”, *El Mercurio*, 28 de mayo de 2020; E. Navarro, “Constitución y catástrofe”, *Asociación Chilena de Derecho a la Salud*, 2 de julio de 2020. <https://www.achds.cl/category/opinion/enrique-navarro-beltran/>.

De esta forma, los tribunales superiores, durante 2020 y 2021, salvo excepciones,³³ se abstuvieron de un oportuno y eficaz control de constitucionalidad o convencionalidad de las medidas dispuestas por la autoridad. En relación con las excepciones, los casos más citados en esta materia han sido el de “librerías” y el de “culto religioso”. En el primero, se consideró discriminatorio que ciertas tiendas (supermercados) pudieran vender artículos de librería, pero no lo pudieran hacer otros negocios.³⁴ En el segundo caso, la cuestión era la restricción al ejercicio del derecho de culto religioso (misas dominicales).³⁵ En este caso es interesante el razonamiento de la Corte Suprema, ya que –siguiendo en esto a Luis Cordero– se ve en el mismo una confusión entre medidas propias del estado de excepción y medidas de carácter sanitario con base en la legislación de salud vigente en Chile. Si bien la Corte acierta en concluir que la medida excede las atribuciones del Ejecutivo, lo hace en referencia a los poderes conferidos en el marco del estado de excepción constitucional (suspensión de derechos) y no al hecho de que estas medidas se tomaron con base en la legislación sanitaria (restricción de derechos). En consecuencia, hubo, es verdad, un intento de protección de derechos, limitando las medidas adoptadas por la autoridad, pero por una vía argumental incorrecta.³⁶ Valga el siguiente comentario al respecto: no es baladí el hecho de que los derechos protegidos sean la libertad de comercio asociada a la propiedad y la libertad religiosa, y no la vida, la salud, las condiciones de vida o la no discriminación de la población.

Un caso que escapa de dicha tendencia restrictiva es la sentencia dictada por la Corte Suprema el 23 de marzo de 2021, donde acoge una apelación respecto de una acción de protección, relativa al derecho al agua en el contexto de la pandemia.³⁷ Se trata de un caso en el que la autoridad administrativa de una de las

33 Ver en ese sentido una serie de sentencias donde se descarta el control de las medidas adoptadas por la autoridad ejecutiva que afectaban derechos fundamentales: Corte Suprema, Rol n.º 44.062-20, 1 de julio de 2020, considerandos 2.º y 3.º; la misma Corte Suprema confirmó sentencia de la Corte de Apelaciones que también descartaba el control de medidas del ejecutivo: Corte Suprema, Rol n.º 94.698-21, 30 de diciembre de 2021. Un caso interesante en que la Corte Suprema confirma sentencia donde sí se evalúa por la Corte de Apelaciones y se considera adecuada para garantizar derechos fundamentales la medida dispuesta por la autoridad (“Plan Pasa a Paso”) es Corte Suprema, Rol n.º 57.759-22, 9 de diciembre de 2022.

34 Corte Suprema, SCS Rol n.º 150.549-2020, 22 de marzo de 2021.

35 Corte Suprema, SCS Rol n.º 19.062-2021, 29 de marzo de 2021.

36 L. Cordero, “Revisitando el control judicial en la emergencia”, *El Mercurio*, 31 de marzo de 2021.

37 Corte Suprema, SCS, Rol n.º 131.140-2020, 23 de marzo de 2021. Un análisis de esta sentencia y otras en el mismo sentido en S. Peña-Neira y P. Araya Meza, “El derecho humano y el

regiones más afectadas por la sequía (Petorca, V Región de Valparaíso) dispuso rebajar el suministro de agua, a través de camiones aljibes, de 100 a 50 litros diarios por habitante, como consecuencia de los mayores requerimientos del recurso hídrico como consecuencia de la pandemia. La Corte Suprema realizó un exhaustivo análisis de los estándares internacionales en materia de derecho al agua (considerandos undécimo y duodécimo), para concluir que “toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación, derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso a las mencionadas condiciones” (considerando decimotercero); y tuvo en particular consideración la situación de vulnerabilidad en que se encuentran ciertos sectores de la población (pobres, mujeres, refugiados y personas internamente desplazadas, niños y niñas, pueblos indígenas, personas con discapacidad) (considerandos decimocuarto y decimoquinto), disponiendo que las autoridades debían adoptar medidas concretas para garantizar el acceso a 100 litros de agua por habitante en la comunidad de Petorca.

En conclusión, al contrastar los estándares internacionales con la situación vivida a partir de marzo de 2020, podemos concluir que –en la práctica– no hubo ni fiscalización ni protección eficaz de derechos, salvo contadísimas excepciones. En el caso de Chile, tanto en el contexto de la crisis de derechos humanos de 2019-2020 como en la pandemia, los tribunales superiores interrumpieron la convergencia entre la protección internacional y nacional de derechos humanos que venía desarrollándose en forma creciente los últimos años.³⁸ Y ello cuando, precisamente en momentos de crisis política, sanitaria y de derechos humanos, dicho proceso debió haber sido profundizado, en lugar de abandonarlo, que fue lo que en realidad sucedió con ocasión de la práctica.

Es incomprensible que el Poder Judicial se haya inhibido de dar protección a los derechos humanos en tiempos de crisis, teniendo las herramientas para hacerlo, si se considera que acceder a un recurso efectivo que garantice los derechos humanos es un derecho consagrado nacional e internacionalmente y que no puede ser objeto de suspensión; y que la interpretación restrictiva de sus facultades que hacen los tribunales chilenos es contraria al principio *pro persona* y,

deber del Estado de acceso al agua (potable) en la doctrina de la Corte Suprema de Chile”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.º 59, 2022, pp. 131-142. <https://dx.doi.org/10.4151/so718-68512022000-1377>.

38 Sobre esta evolución jurisprudencial, véase C. Nash, “Los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile (2008-2019)”, en V. Bazán y M.-C. Fuchs (eds.), *Diez años de justicia constitucional en América Latina*, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales n.º 9, Tirant lo Blanch - Konrad Adenauer Stiftung, 2021, pp. 125-152.

de facto, deja a las personas en la más completa indefensión. Esta constatación es grave porque estas omisiones en el acceso a la protección judicial comprometen la responsabilidad internacional del Estado.

CONCLUSIONES

Al comenzar este estudio nos preguntamos: ¿cuál fue la respuesta institucional, desde una perspectiva de derechos fundamentales, frente a la crisis sanitaria generada por la pandemia? De acuerdo con lo esclarecido en esta investigación, podemos sostener que la crisis sanitaria producto de la pandemia del covid-19 devino en una crisis de derechos humanos y que las instituciones propias de un Estado de derecho no cumplieron con el deber de garantizar en forma eficaz y oportuna los derechos humanos conforme a las obligaciones internacionales del Estado.

Hemos demostrado que las complejidades derivadas del hecho de tener que enfrentar la pandemia en un contexto de conflicto político dieron pie a una exacerbación de las tendencias autoritarias en el país. En dicho marco, la protección judicial era esencial para dotar de legitimidad a las medidas para hacer frente a la pandemia. Desafortunadamente, aquella no tuvo lugar. El presente estudio ha ofrecido una serie de ejemplos que dan cuenta de la desprotección normativa y práctica en que quedó la población en el contexto de la pandemia. Esta desprotección se basó, fundamentalmente, en la suspensión, por parte de los tribunales superiores de justicia, del proceso de convergencia entre la protección nacional e internacional que venía dándose en forma creciente en la última década. Se cedió ante el formalismo y se confundió la deferencia respecto de la autoridad administrativa con el abandono del deber de protección de los derechos humanos en tiempos de crisis.

Sin duda, la lección que debemos sacar de todo ello es la necesidad de fortalecer la protección jurisdiccional de derechos humanos, a fin de que esta no solo sea efectiva en momentos de normalidad democrática y sanitaria, sino que sea capaz de reaccionar adecuadamente –conforme a los estándares internacionales que Chile ha acogido e incorporado en su ordenamiento– en momento de crisis, sea esta política, social o sanitaria.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Chile: política deliberada para dañar a manifestantes apunta a responsabilidad de mando”, Informe, 21 de noviembre de 2019. <https://www.am->

[nesty.org/es/latest/news/2019/11/chile-responsable-politica-deliberada-para-danar-manifestantes/](https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/11/chile-responsable-politica-deliberada-para-danar-manifestantes/).

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Ojos sobre Chile. Violencia policial y responsabilidad de mando durante el estallido social”, 2020. <https://www.amnesty.org/es/latest/research/2020/10/eyes-on-chile-police-violence-at-protests/>.

BIOBIOCHILE.CL, “Detectan divulgación masiva de RUT contenidos en base de datos de Comisaría Virtual”, 4 de diciembre de 2020. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2020/12/04/detectan-divulgacion-masiva-de-rut-contenidos-en-base-de-datos-de-comisaria-virtual.shtml>.

CÁMARA DE DIPUTADOS/AS, Boletín n.º 13.358-07 de 25 de marzo de 2020.

CARABINEROS DE CHILE, Comisaría Virtual, “Política de seguridad y privacidad de la información de Comisaría Virtual de Carabineros de Chile”. <https://comisariavirtual.cl/politica-privacidad.html>.

CIPERCHILE, “Hacinamiento: la variable clave en la propagación del covid-19 en el Gran Santiago”, 17 de octubre de 2020. <https://www.ciperchile.cl/2020/10/17/hacinamiento-la-variable-clave-en-la-propagacion-del-covid-19-en-el-gran-santiago/>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “CIDH condena el uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas sociales en Chile, expresa su grave preocupación por el elevado número de denuncias y rechaza toda forma de violencia”, comunicado, 6 de diciembre de 2019. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/317.asp>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “CIDH llama a garantizar la vigencia de la democracia y el Estado de derecho en el contexto de la pandemia de covid 19”, comunicado, 9 de junio de 2020. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/130.asp>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Conclusiones preliminares visita *in loco* a Chile”, 31 de enero de 2020. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Relatoría para la Libertad de Expresión, Informes. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/artListCat.asp?catID=1&IID=2>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 01/20 de 10 de abril de 2020, Pandemia y derechos humanos en las Américas. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

CORDERO, L., “Delimitando la revisión judicial en la emergencia”, *El Mercurio*, 28 de mayo de 2020.

CORDERO, Luis, “Revisitando el control judicial en la emergencia”, *El Mercurio*, 31 de marzo de 2021.

- ESPACIO PÚBLICO, Informe, 23 de julio de 2020. https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2020/07/CoVid_Chile_23072020_vf.pdf.
- HUMAN RIGHTS WATCH, “Chile: llamado urgente a una reforma policial tras las protestas. Uso excesivo de la fuerza contra manifestantes y transeúntes; graves abusos en detención”, Informe visita a Chile, 26 de noviembre de 2019. <https://www.hrw.org/es/news/2019/11/26/chile-llamado-urgente-una-reforma-policial-tras-las-protestas>.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS – INDH, Informe Anual 2020.
- LA TERCERA, “Ministro Paris anticipa que analizan posible control de la movilidad mediante el seguimiento de los teléfonos celulares como se hizo en Corea del Sur”, 18 de junio de 2020. <https://www.latercera.com/nacional/noticia/ministro-paris-anticipa-que-se-probara-el-control-de-la-movilidad-mediante-el-seguimiento-de-los-telefonos-celulares-como-se-hizo-en-corea-del-sur/KXV5EUDC45ES-PDDJRQCROXUTBI/>.
- MEGANOTICIAS, “Representante de la OMS por coronavirus: ‘La probabilidad de que nos contagiemos en Chile es bajísima’”, 1 de febrero de 2020. <https://www.meganoticias.cl/nacional/290262-entrevista-meganoticias-plus-prime-coronavirus.html>.
- MINISTERIO DE SALUD DE CHILE, “Covid-19: Gobierno anuncia fin del estado de excepción”, 27 de septiembre de 2021. <https://www.minsal.cl/covid-19-gobierno-anuncia-fin-del-estado-de-excepcion/>.
- NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la Misión a Chile, 30 de octubre-22 de noviembre de 2019. https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf.
- NASH, C., *Infranqueables. La protección de derechos humanos en tiempos autoritarios*, Santiago, Universitaria, 2021.
- NASH, C., “Los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile (2008-2019)”, en V. Bazán y M. C. Fuchs (eds.), *Diez años de justicia constitucional en América Latina*, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales n.º 9, Tirant lo Blanch - Konrad Adenauer Stiftung, 2022, pp. 125-152.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual 2020. <https://ia2020.indh.cl/>.
- NAVARRO, E., “Constitución y catástrofe”, Asociación Chilena de Derecho a la Salud, 2 de julio de 2020. <https://www.achds.cl/category/opinion/enrique-navarro-beltran/>.
- PEÑA-NEIRA, S. y P. ARAYA MEZA, “El derecho humano y el deber del Estado de acceso al agua (potable) en la doctrina de la Corte Suprema de Chile”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.º 59, 2022, pp. 131-142. <https://dx.doi.org/10.4151/so718-68512022000-1377>.

JURISPRUDENCIA

CORTE APELACIONES DE SANTIAGO, Acuerdo del Pleno de 25 de marzo de 2020.

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, n.º 9.

CORTE SUPREMA, SCS Rol n.º 44.062-20, 1 de julio de 2020.

CORTE SUPREMA, SCS Rol n.º 94.698-21, 30 de diciembre de 2021.

CORTE SUPREMA, SCS Rol n.º 57.759-22, 9 de diciembre de 2022.

CORTE SUPREMA, SCS Rol n.º 150.549-2020, 22 de marzo de 2021.

CORTE SUPREMA, SCS Rol n.º 131.140-2020, 23 de marzo de 2021.

CORTE SUPREMA, SCS Rol n.º 19.062-2021, 29 de marzo de 2021.

CORTE SUPREMA, SCS Rol n.º 131.966-2020, 23 de abril de 2021.

CORTE SUPREMA, STC Rol n.º 10.014-21-INA, 5 de agosto de 2021.

CORTE SUPREMA, SCS Rol n.º 25.486-2021, 18 de octubre de 2021.

CORTE SUPREMA, SCS, Rol n.º 36.830-2021, 26 de octubre de 2021.

CORTE SUPREMA, SCS Rol n.º 25.529-2021, 3 de noviembre de 2021.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC Rol n.º 10.014-21-INA, 5 de agosto de 2021.

CONTROL JUDICIAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS EN GUATEMALA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Aylin Ordóñez Reyna*

CONTEXTO DE LA SITUACIÓN EN GUATEMALA

La pandemia del virus que causa el covid-19 en Guatemala comenzó a manifestarse con el primer caso reportado el 13 de marzo de 2020. A 13 de marzo de 2023, exactamente tres años después, se habían registrado 1.238.899 casos en las estadísticas oficiales, de los cuales 1.217.720 se estimaban recuperados, permaneciendo activos 997, habiendo fallecido 20.182 y presentándose así una tasa de letalidad del 1.6%, como consta en datos publicados por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.¹

Así pues, según las referidas estadísticas oficiales, la tasa de letalidad por causa del covid-19 no superó el 2% de la población, habiéndose presentado la mayoría de los decesos en los meses iniciales de la pandemia, momento en el cual la población carecía de vacunas contra esta enfermedad.

Con el surgimiento del primer caso registrado, se adoptaron una serie de medidas, tales como la suspensión de clases presenciales para todos los niveles educativos, la cancelación de eventos colectivos, el cierre de fronteras, el toque de queda en determinados horarios, la suspensión de actividades laborales en forma presencial en el sector público y privado –con la excepción de aquellas labores que resultaran esenciales–, la suspensión de actividades comerciales y del transporte público. Las autoridades gubernamentales adujeron que la adopción de estas medidas –las cuales para algunos resultaban apresuradas– derivaba de la experiencia de otros Estados que, no habiéndolas adoptado de manera

* Doctora en Derecho; magíster en Derecho Pluralista Público y Privado, Universidad Autónoma de Barcelona. Coordinadora de la Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar y de Sección de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. aordonezreyna@gmail.com.

1 <https://tablerocovid.mspas.gob.gt/tablerocovid/>.

temprana, habían padecido la transmisión del virus con gran rapidez. El análisis de estas medidas se realizará en la segunda parte de este capítulo.

A nivel legislativo y gubernamental, en Guatemala se dictaron diferentes disposiciones. Así, el Congreso de la República emitió la “Ley de emergencia para proteger a los guatemaltecos de los efectos causados por la pandemia del coronavirus COVID-19”, cuyo objeto fue adoptar medidas sanitarias, económicas, financieras y sociales necesarias para atender la crisis y mitigar sus efectos.² Esta ley estableció medidas de protección para la población frente a los efectos económicos provocados por la pandemia, tales como la vigilancia para que no se produjera acaparamiento; las dirigidas a velar por la disponibilidad y la estabilidad de los precios de medicamentos, servicios, artículos de consumo alimenticio y limpieza, y a la prevención del contagio. El artículo 15 de la Ley contiene medidas para atender el impacto económico entre la población, entre ellas el establecimiento de un fondo de emergencia focalizado en la salud;³ de un fondo de protección de capitales, destinado a otorgar créditos a comerciantes individuales, profesionales, empresas y cooperativas de ahorro y crédito; así como de un fondo para las micro, pequeñas y medianas empresas⁴.

Se aprobó también el Decreto 13-2020 del Congreso de la República,⁵ “Ley de Rescate económico a las familias por los efectos causados por el COVID-19”. A su turno, el Ejecutivo dictó disposiciones reglamentarias, como la que dispuso la creación del “Fondo Bono Familia”, destinado a otorgar un aporte económico de 1.000 quetzales, equivalentes a 130 dólares, estableciendo entre los criterios para ser destinatario del mismo que el consumo eléctrico de las personas y familias beneficiarias no superara los 200 kWh mensuales. Se profirió también el reglamento del Programa de Apoyo Alimentario y Prevención por el Covid-19, que consistió en la entrega de alimentos a personas y familias beneficiarias. Al respecto cabe señalar que, si bien en momentos de crisis puede ser de ayuda un aporte económico, la forma de seleccionar a la población a quien se otorga

2 https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/13517#gsc.tab=0.

3 Dentro de este se regularon los programas de remodelación e infraestructura de hospitales y centros de salud, equipamiento hospitalario e insumos sanitarios, para la atención y cobertura del primero y el segundo nivel de atención, así como el programa de apoyo alimentario y prevención del covid-19.

4 Congreso de la República, Decreto 12-2020 de 25 de marzo, vigente a partir del 2 de abril de 2020; algunas medidas se restringieron al tiempo que se prolongara el estado de calamidad y sus prórrogas, otras normas no se condicionaron a ello y la normativa no ha sido derogada, manteniéndose vigente a 13 de marzo de 2023. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/13517#gsc.tab=0.

5 Vigente a partir del 9 de abril de 2020. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/13518#gsc.tab=0.

debe ser adecuada, para que ese apoyo pueda llegar a quienes más lo requieren. En este caso, para la distribución del bono familia se excluyó a quienes habitaban una vivienda con determinado consumo de energía eléctrica, y se estableció que el Ministerio de Desarrollo Social debía contar con la plataforma tecnológica que permitiera asegurar el registro y control de beneficiarios, velando por la transparencia y el cumplimiento del objeto del referido bono. Sin embargo, al seleccionar el consumo de energía eléctrica como un criterio de inclusión o exclusión se generaron dudas sobre la idoneidad del criterio, porque podían quedar excluidos otros sectores necesitados, tales como la población que incluso carecía de energía eléctrica o cuyo consumo superaba los 200 kWh pero que atendía las necesidades de todas las personas o familias que habitan el inmueble. Por tal razón, es necesario analizar si se hubieran podido utilizar métodos diferentes, tales como recurrir a las bases de datos de los beneficiarios de programas sociales ya en curso, o si se hubiera podido obtener los datos del recién elaborado censo de 2018, entre otras alternativas.

En el estudio “Análisis del Fondo Bono Familia”, del Centro de Investigaciones Económicas Nacionales (CIEN), se señaló:

Debido al uso del criterio de inclusión a partir del consumo de energía eléctrica, varias organizaciones sociales han podido demostrar que no hay correlación entre la incidencia de pobreza y el padrón de beneficiarios del BF, lo que indica que la ayuda no llegó a la población más vulnerable (Paraíso Desigual, Pacto Ciudadano y Oxfam Guatemala, 2020); y que en los municipios con más alta incidencia de pobreza fueron los que menos porcentaje de beneficiarios del BF tuvieron[,] y que a su vez pertenecen a áreas rurales que han sufrido grandes pérdidas y han sido altamente afectados por el cierre de actividades y restricciones a la movilidad. (Diálogos, 2020)⁶

Sin duda alguna, la situación de emergencia derivada de la pandemia del covid-19 provocó que se adoptaran medidas urgentes, no obstante lo cual no se evidenció la incorporación de mecanismos de planificación que posibilitaran

6 Centro de Investigaciones Económicas Nacionales (CIEN), “Análisis del Fondo Bono Familia”, diciembre de 2020, p. 26. En este documento, preparado por el CIEN con el apoyo del Centro para la Empresa Privada Internacional (CIPE), se señala también que según el Banco Mundial (Gentilini, 2020), para la fecha, en los últimos seis meses, 212 países habían implementado un total de 1.179 medidas de protección social ante la pandemia, siendo la principal respuesta de los países en el mundo la adopción de medidas de asistencia social, lo que representa un 61.4% del total de las medidas, esto es, 724 medidas implementadas en 188 países). *Ibid.*, p. 7. <https://cien.org.gt/wp-content/uploads/2020/12/Documento-Analisis-Fondo-Bono-Familia.pdf>.

que el apoyo llegara a quienes más lo necesitaban. Aunado a lo anterior, se debió garantizar que esas entregas se dieran usando mecanismos transparentes, que posibilitaran la fiscalización en el uso de los recursos públicos y que permitieran asegurar que serían dirigidos a las personas más necesitadas, tomando en consideración que el acceso a servicios públicos también presenta una brecha hoy día entre la población guatemalteca.

El Decreto 13-2020 del Congreso de la República reguló también el Fondo de Protección del Empleo, programa que establecía el aporte de 75 quetzales, cerca de 10 dólares, por cada día de suspensión para trabajadores que se encontraran en esta situación, cuando se seguía el procedimiento de suspensión de contratos ante el ministerio correspondiente. Debe tomarse en cuenta que este apoyo no era aplicable a quienes habían terminado la relación de trabajo sin reportarlo al ministerio respectivo, ni a trabajadores informales que hubieran dejado de tener una fuente de ingresos debido a las medidas de confinamiento.⁷ A 8 de mayo de 2020, más de cinco mil empresas habían tramitado ante el Ministerio de Trabajo la suspensión de contratos de trabajo, involucrando a cerca de 93.000 trabajadores.⁸

En Guatemala, por otro lado, la aplicación del esquema de vacunación no inició de manera rápida y accesible, toda vez que, si bien se realizó un primer contrato mediante el mecanismo Covax, de 6.6 millones de vacunas AstraZeneca,⁹ estas iniciaron su llegada al país en marzo y abril de 2021, y fueron dirigidas hacia un sector de la población –personal médico de primera línea, adultos mayores de setenta años y personas con factores de riesgo–, mientras que el resto de la población debió esperar al arribo de nuevas vacunas y a conocer los nuevos parámetros de aplicación. El Ejecutivo suscribió un segundo contrato con el Gobierno de la Federación de Rusia, por 614.500.000 quetzales, cerca de 79.700.000 dólares, pero la entrega tuvo una demora considerable, ante la dificultad de producción, y fue también objeto de cuestionamientos por supuesta falta de transparencia en

7 Gobierno de la República, Ministerio de Economía, “Fondo de Protección Llega a más del 60 por ciento de ejecución”, 11 de septiembre de 2020. Al respecto se señaló por autoridades del Ministerio de Economía que a través del Fondo de Protección del Empleo se había beneficiado a más de 184.307 trabajadores suspendidos, habiéndose beneficiado a trabajadores a nivel nacional y siendo Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla los departamentos con más beneficiados. <https://guatemala.gob.gt/fondo-de-proteccion-del-empleo-llega-a-mas-del-60-ciento-de-ejecucion/>.

8 *Nómada*, “COVID-19: suspensión de contratos involucra a 93 mil trabajadores (inicia programa de Q75 diarios)”, 8 de mayo de 2020. <https://nomada.gt/pais/actualidad/covid-19-suspension-de-contratos-involucra-a-mas-de-93-mil-trabajadores-y-hoy-inicia-programa-de-q75-diaris/>.

9 Congreso de la República, “Ley permitió al Ejecutivo la adquisición de vacunas contra la Covid-19”. https://www.congreso.gob.gt/noticias_congreso/6772/2021/4.

la contratación y por falta de aceptación de las vacunas adquiridas. En el proceso de vacunación fueron de gran apoyo las vacunas provenientes de donaciones internacionales. Según publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala, a 17 de julio de 2021 se habían recibido, y se había proyectado la respectiva entrega, 4.855.000 vacunas, provenientes de Israel, India, México y Estados Unidos, entre otros países que contribuyeron con Guatemala¹⁰. El último grupo en ser incluido en el proceso de vacunación fueron los jóvenes y niños.

En cuanto a la situación de derechos humanos en el país, al enfrentarse a la pandemia se presentaron, en primer lugar, dificultades para acceder al sistema de salud. Según refiere el procurador de los Derechos Humanos, para enfrentar el covid-19, en ese momento, Guatemala contaba con 46 hospitales a nivel nacional y llegaría a establecer cinco hospitales temporales, con un total de 6.920 médicos y 4.730 enfermeras profesionales. Puesto que el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social reconoce una cobertura del 58% de la población, se estaría hablando de un médico para cada 1.370 personas y una enfermera para cada 2.004 personas, así como de 0.6 camas por cada 1.000 habitantes.¹¹ Los datos anteriores se referirían a la población a la cual podría cubrir el sistema de salud, sin considerar que el 42% de la población no alcanzaría a llegar a este.

Otra dificultad se presentó para quienes permanecían en casa y optaban por adquirir el tratamiento médico, ya que debieron enfrentar el costo de los medicamentos, el cual en Guatemala es de los más elevados a nivel mundial. Al respecto, se observa que en países vecinos, como México y El Salvador, cuya población tiene un poder adquisitivo similar, los precios son casi la mitad que en Guatemala¹².

En cuanto a la garantía del derecho a la educación, desde el 16 de marzo de 2020 se suspendieron las clases presenciales en los diferentes niveles educativos, y se adoptaron sistemas a distancia, programándose en un alto porcentaje las clases mediante las diferentes plataformas electrónicas. Sin embargo, debe considerarse que, en Guatemala, según el XII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda de 2018, únicamente el 41.56% de la población en el Departamento

10 Ministerio de Relaciones Exteriores, “Estados Unidos donará a Guatemala tres millones de vacunas Moderna contra el COVID-19”. <https://minex.gob.gt/noticias/Noticia.aspx?ID=29464>.

11 Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, “Derechos humanos y la Pandemia COVID-19. Nota conceptual”, abril de 2020, p. 6. <https://www.pdh.org.gt/documentos/investigacion/informes-covid-19/notas-conceptuales-1/4875-derechos-humanos-y-covid-19-nota-conceptual-26-abril-2020/file.html>.

12 *El Periódico*, “Altos precios de los medicamentos en Guatemala”, 7 de enero de 2020. <https://elperiodico.com.gt/opinion/2020/01/07/altos-precios-de-los-medicamentos-en-guatemala/>.

de Guatemala contaba con internet residencial, siendo este Departamento el que presentaba mayor porcentaje de usuarios, mientras que en el caso de otros las cifras eran las siguientes: en Sololá, el 8%; en San Marcos, el 6.61%, y en Quiché, el 4%,¹³ lo que evidencia que para un elevado porcentaje de la población ese sistema no estaba disponible. A nivel estatal se adoptó la medida de impartir clases por medio de la televisión y la radio.

Una medida necesaria que no llegó a implementarse fue facilitar el acceso al uso de internet, lo que podría realizarse de manera gratuita para determinadas plataformas educativas o en áreas específicas como parques o plazas públicas. También podría haberse realizado mediante convenios con los operadores de ese servicio, a efecto de que brindaran contratos de bajo costo para quienes contaran con integrantes de la familia inscritos en algún nivel educativo. Con el paso del tiempo, las medidas fueron modificándose: en primer término, en especial los establecimientos privados fueron retornando a sistemas híbridos y luego presenciales, y en febrero de 2023 la totalidad de establecimientos públicos y privados había retornado a la presencialidad. Lo anterior evidencia que hubo niños y adolescentes que se distanciaron de las aulas por casi tres años, afrontando las dificultades que provocó esa inasistencia, lo que evidentemente repercutirá en su formación académica, además de los aspectos colaterales, como el distanciamiento social obligado que se produjo para esa población.

Se ha señalado que durante los períodos de emergencias sanitarias y confinamiento los riesgos de violencia y explotación contra las mujeres y niñas aumentan. Así lo ha hecho ONU Mujeres, quien ha resaltado que ello obedece a las tensiones en el hogar, la incertidumbre generada en las familias por la disminución de la actividad económica y la convivencia por tiempo prolongado.¹⁴ El documento mencionado resalta la preocupación manifestada por el Ministerio Público ante la disminución del promedio de denuncias diarias por delitos de violencia contra la mujer, que antes de la pandemia era de 155 y durante el aislamiento disminuyó a casi 55;¹⁵ genera preocupación que se haya mantenido la situación de violencia pero hayan disminuido las denuncias, pues en la mayoría de los casos los agresores habitaban con las mujeres agredidas.

13 Instituto Nacional de Estadística, XII Censo Nacional de Población y VII Censo Nacional de Vivienda en Guatemala, 2018, Cuadro B5.1, Equipamiento del Hogar. <https://censopoblacion.gt/explorador>.

14 ONU Mujeres, “Dimensiones de género en la crisis del COVID-19 en Guatemala”. <https://lac.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Americas/Documentos/Publicaciones/2020/04/Brief%20Guatemala%20Covid19.pdf>.

15 *Ibid.*

La contextualización realizada con anterioridad permite advertir algunos de los desafíos a los que se enfrentó Guatemala durante la pandemia, con relación a temas como la salud, la educación y el trabajo, entre otros. También evidencia los retos que se presentan a nivel institucional, para lograr la protección eficaz de los derechos humanos. En la circunstancia de la pandemia, los Estados adoptaron diferentes medidas, como se ha señalado, y una de las más trascendentales fue la declaratoria de “estados de excepción”, tema al que se hará referencia a continuación.

LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN GUATEMALA

En primer término, es necesario señalar que un estado de excepción debe ser, precisamente, eso: una “excepción” al sistema de protección y reconocimiento de derechos, el cual se decreta por el Ejecutivo ante serias situaciones de emergencia. Así,

... la declaratoria de un estado de excepción debe constituir la última alternativa y bajo ningún pretexto suplir una adecuada planificación estratégica. En palabras de Jiménez de Aréchaga, “[n]o basta solamente con la grave conmoción interior; si ella no es imprevista, deberá ser atendida con los servicios normales de que el poder ejecutivo dispone para el mantenimiento del orden, fortalecidos, si es necesario, por medio de una ley”.¹⁶

Es decir que no debería recurrirse a estas figuras, que comportan la suspensión o restricción de derechos, salvo en casos muy calificados, en los cuales la gravedad de las circunstancias, así como, justamente, su excepcionalidad, lo justifiquen, y en todo caso limitando el menor número de derechos, con la menor intensidad y por el menor tiempo posibles.

Regulación de los estados de excepción en la Constitución de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el 31 de mayo de 1985 y vigente en su totalidad a partir del 14 de enero de 1986,¹⁷ es la Ley Suprema que actualmente rige en el país. Dentro de su texto se encuentra el Título II, que se denomina “Derechos humanos”, conformado por cuatro capítulos.

16 Fundación Myrna Mack, “Estados de excepción y derechos humanos”, Guatemala, junio de 2013, p. 7. <https://myrnamack.org.gt/images/stories/fmm/archivos/analisis/2013/estados%20de%20excepcin.pdf>.

17 Texto constitucional que ha estado vigente por más de 37 años.

De estos, los primeros tres reconocen los derechos individuales, sociales, cívicos y políticos, y el cuarto se dedica a “La limitación a los derechos constitucionales”, el cual se desarrolla en dos artículos, el 138 y el 139. La primera norma prevé lo referente a la limitación de los derechos, en los siguientes términos:

Artículo 138. Limitación a los derechos constitucionales. Es obligación del Estado y de las autoridades, mantener a los habitantes de la Nación, en el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza. Sin embargo, en caso de invasión del territorio, de perturbación grave de la paz, de actividades contra la seguridad del Estado o calamidad pública, podrá cesar la plena vigencia de los derechos a que se refieren los artículos 5, 6, 9, 26, 33, primer párrafo del artículo 35, segundo párrafo del artículo 38 y segundo párrafo del artículo 116.

Al concurrir cualquiera de los casos que se indican en el párrafo anterior, el Presidente de la República, hará la declaratoria correspondiente, por medio de decreto dictado en Consejo de Ministros y se aplicarán las disposiciones de la Ley de Orden Público. En el estado de prevención, no será necesaria esta formalidad.

El decreto especificará:

- a) Los motivos que lo justifiquen;
- b) Los derechos que no puedan asegurarse en su plenitud;
- c) El territorio que afecte y
- d) El tiempo que durará su vigencia.

Además, en el propio decreto, se convocará al Congreso, para que dentro del término de tres días, lo conozca, lo ratifique, modifique o impruebe. En caso de que el Congreso estuviere reunido, deberá conocerlo inmediatamente.

Los efectos del decreto no podrán exceder de treinta días por cada vez. Si antes de que venza el plazo señalado, hubieren desaparecido las causas que motivaron el decreto, se le hará cesar en sus efectos y para este fin, todo ciudadano tiene derecho a pedir su revisión. Vencido el plazo de treinta días, automáticamente queda restablecida la vigencia plena de los derechos, salvo que se hubiere dictado nuevo decreto en igual sentido. Cuando Guatemala afronte un estado real de guerra, el decreto no estará sujeto a las limitaciones de tiempo, consideradas en el párrafo anterior. Desaparecidas las causas que motivaron el decreto a que se refiere este artículo, toda persona tiene derecho a deducir las responsabilidades legales procedentes, por los actos innecesarios y medidas no autorizadas por la Ley de Orden Público.

Por su parte, el artículo 139 prevé:

Ley de Orden Público y estados de excepción. Todo lo relativo a esta materia, se regula en la Ley Constitucional de Orden Público.

La Ley de Orden Público, no afectará el funcionamiento de los organismos del Estado y sus miembros gozarán siempre de las inmunidades y prerrogativas que les reconoce la ley; tampoco afectará el funcionamiento de los partidos políticos.

La Ley de Orden Público, establecerá las medidas y facultades que procedan, de acuerdo con la siguiente gradación:

- a) Estado de prevención;
- b) Estado de alarma;
- c) Estado de calamidad pública;
- d) Estado de sitio y
- e) Estado de guerra.

De lo expuesto puede apreciarse que el primer aspecto establecido en la normativa constitucional se refiere a las situaciones en las que se puede dar una limitación de derechos humanos, así como a cuáles son aquellos derechos que pueden ser suspendidos en su plena vigencia.

Situaciones que posibilitan la limitación de derechos	Norma constitucional que reconoce derechos	Derecho reconocido en la norma
<ul style="list-style-type: none"> ■ Invasión del territorio; ■ Perturbación grave de la paz; ■ Actividades contra la seguridad del Estado; ■ Calamidad pública. 	5.º	Libertad de acción: derecho a hacer lo que la ley no prohíbe. No obligación de acatar órdenes que no estén basadas en ley. Derecho a no ser perseguido o molestado por sus opiniones.
	6.º	Detención legal: solo ser detenido por delito o falta, en virtud de orden de autoridad competente, salvo flagrancia. Derecho a ser presentado ante juez en un plazo que no exceda de seis horas.
	9.º	Interrogatorio a detenidos o presos: las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar detenidos o presos, en un plazo que no exceda de 24 horas.
	26	Libertad de locomoción: libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia. No podrá expatriarse a guatemaltecos, ni prohibírseles su entrada ni negárseles pasaporte.
	33	Derecho de reunión y manifestación: se reconoce derecho de reunión y manifestación pacífica y sin armas, el cual no puede ser restringido, disminuido o coartado.
	35 (1.º párr.)	Libertad de emisión del pensamiento: libertad de emisión de pensamiento por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa.
	38 (2.º párr.)	Tenencia y porte de armas: se reconoce el derecho de porte de armas.
	116 (2.º párr.)	Regulación de huelga para trabajadores del Estado: se reconoce el derecho de huelga para trabajadores del Estado. Debe ejercitarse en la forma prevista por ley y no debe afectar la atención de servicios públicos esenciales.

Para la vigencia de un estado de excepción es necesario que el Presidente de la República emita el decreto que lo declara, lo que se realiza en Consejo de Ministros, salvo en el estado de prevención, en el que no se requiere esa formalidad, convocando enseguida al Congreso de la República para que en tres días lo conozca, ratifique, modifique o impruebe.

Con relación al conocimiento por parte del Congreso durante la vigencia de estados de excepción decretados durante la pandemia, se ha dado un debate sobre qué ocurriría si, transcurridos los tres días que señala la Constitución, el Legislativo omite pronunciarse al respecto, cuestionándose si en tal caso la norma perdería su vigencia o debería ser requerido el citado organismo para que cumpliera con la función constitucionalmente asignada, manteniéndose entretanto la vigencia de la norma.

Tal debate se presentó en una situación ocurrida en 2021, en la que, dentro de un expediente en el que se cuestionó la constitucionalidad de un artículo contenido en el decreto que declaraba un estado de excepción, se advirtió que habían transcurrido más de los tres días para que el Congreso conociera, ratificara, modificara o improbara el decreto, sin que lo hubiese hecho. La Corte de Constitucionalidad estimó en ese momento que no arribar al quórum necesario o prorrogar la discusión no podía entenderse como una improbación tácita, debiéndose cumplir con el procedimiento constitucionalmente establecido, por lo que, en ese caso concreto, se conminó a la junta directiva del Congreso para que convocara el pleno de esa Asamblea y celebrara sesión en la que, con prioridad con respecto a cualquier otra materia, conociera de ese asunto¹⁸. Además, conforme al artículo 77 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, ordenó que aquel se declarara en sesión permanente hasta asumir cualquiera de las decisiones posibles ya mencionadas.

El criterio vertido por la Corte de Constitucionalidad evidencia que para la vigencia del estado de excepción se hace necesaria la emisión del decreto que lo declara por parte del presidente de la República, en Consejo de Ministros, y la posterior aprobación, modificación o improbación por parte del Congreso de la República,¹⁹ no dándose su improbación por el hecho de no lograr una decisión en el plazo previsto.

18 Exp. 4466-2021, en el que el procurador de los Derechos Humanos impugnó el primer párrafo del inciso b) del artículo 5.º del Decreto Gubernativo 6-2021, emitido por el presidente de la República, en Consejo de Ministros, por medio del cual declaró el estado de calamidad pública en todo el territorio nacional.

19 El tema también había sido analizado en un dictamen requerido a la Corte de Constitucionalidad, en 2016, respecto de un proyecto de ley en el cual se pretendía reformar la Ley de Orden Público, introduciendo una disposición que estableciera que, ante la omisión del

Otro tema cuestionado fue el procedimiento para aprobar, improbar o modificar el estado de excepción por parte del Congreso, particularmente, si debía hacerlo en un solo debate o en tres lecturas, según el procedimiento de formación y sanción de ley. La Corte de Constitucionalidad estimó que podía realizarlo siguiendo uno de dos procedimientos: ya fuera en un solo debate, mediante aprobación por mayoría absoluta del total de diputados, o bien por medio de tres debates, según el artículo 112 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo.²⁰

Los dos temas mencionados revisten particular importancia, es decir, tanto lo referente a la aprobación, improbación o modificación del estado de excepción por parte del Congreso, como el procedimiento para hacerlo. Derivado de lo excepcional que debe ser un decreto en el que se limiten derechos a los habitantes de un Estado, para su plena vigencia se requiere la participación de dos poderes, el Ejecutivo, al decretarlo, y el Legislativo, al aprobarlo o no, estimando que es adecuada esa participación para evitar que puedan decidirse estados de excepción únicamente con la participación de uno de los poderes del Estado. Por ello, la interpretación que impone la participación del Congreso es la que asegura el cumplimiento del mandato constitucional. La complejidad del tema se deriva, no obstante, del hecho de que un estado de excepción mantenga su vigencia aun cuando no se haya ejercido el control por parte del Poder Legislativo, lo que podría provocar que la limitación de derechos pueda decidirse solo por el presidente de la República, siendo que, además, al tener el estado de excepción una vigencia limitada, por el plazo de treinta días, podría incluso perder vigencia antes de que el Congreso de la República lo conozca. Por último, en cuanto al procedimiento para expresar esa aprobación, siendo un tema de tanta relevancia como el establecimiento de un estado de excepción y la suspensión de derechos, por un período limitado, resulta más adecuado que el Legislativo adopte la decisión en un solo debate, más aún si se considera que deberá realizarlo dentro de los tres días siguientes a la recepción del decreto.

Con base en lo anterior, debería optarse por un camino que posibilite el cumplimiento del citado requisito de manera pronta, es decir, un solo debate,

Congreso en pronunciarse respecto del decreto dentro de los tres días siguientes a la declaratoria del estado de excepción, aquel se tendría por improbado. La Corte emitió dictamen desfavorable sobre esa reforma por considerar que el plazo no debía ser ampliado *sine die*, imponiendo la norma constitucional al Congreso la obligación de pronunciarse en el sentido de ratificar, modificar o bien improbar el decreto gubernativo, y no encontrándose ante una norma facultativa que permita eludir el conocimiento y prevea como consecuencia de esta elusión el que aquel se tenga por improbado. Véase Opinión consultiva 919-2016 de 23 de noviembre de 2017.

20 Auto de 23 de agosto de 2021, Exp. 4466-2021.

adoptándose la decisión por mayoría absoluta de los integrantes del Congreso, de conformidad con las facultades que le otorgan los artículos 159 y 165, inciso k), de la Constitución.²¹

Regulación en la Ley de Orden Público

La ley que desarrolla lo referente a los estados de excepción en Guatemala es una ley preconstitucional, emitida durante la vigencia de la anterior Carta Política, denominada “Ley de Orden Público”, que corresponde al Decreto 7 de la Asamblea Nacional Constituyente, de 30 de noviembre de 1965. Esta Ley ha sido reformada en una sola ocasión, el 13 de noviembre de 1970, por parte del Congreso de la República,²² vale decir, hace más de cincuenta años. Derivado del contexto y del momento histórico de su emisión, posee una serie de disposiciones que no armonizan con la actual Constitución ni con tratados y estándares internacionales en la materia.

Actualmente, la Ley de Orden Público resulta anacrónica, no siendo coherente con la regulación actual de los estados de excepción establecidos a nivel constitucional, ni tampoco convencional, por lo que es de suma importancia reformarla, de manera que se adecúe su texto a la normativa constitucional, así como a los tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, y también a los estándares internacionales en esa materia.

En el año 2015 se presentó una iniciativa de reforma a esta Ley, la cual incluía propuestas de modificación con el objeto de armonizar la normativa con la Constitución y con los tratados internacionales vigentes, habiendo iniciado su trámite, e incluso obtenido dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad respecto de una serie de artículos.²³ Sin embargo, este proceso no conclu-

21 Al respecto, el artículo 159 de la Constitución de Guatemala establece: “Mayoría para las resoluciones. Las resoluciones del Congreso, deben tomarse con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que lo integran, salvo los casos en que la ley exija un número especial”. Por su parte, el artículo 165 constitucional, al enumerar las atribuciones del Congreso, dispone: “Artículo 165. Atribuciones. Corresponde al Congreso de la República: [...] k) todas las demás atribuciones que le asigne[n] la Constitución y las otras leyes”.

22 Al respecto señala Escobar de Guerrero “que el sentido de la ley obedeció y coincide con el contexto político y social guatemalteco de la época, caracterizado por el conflicto armado interno; así como con la dinámica mundial de confrontación ideológica de la ‘guerra fría’”. Lorena Escobar de Guerrero, *Actualización de la Ley de Orden Público: aspectos innovadores*, Guatemala, Asociación de Investigación y Estudios Sociales, 2021, p. 5.

23 De conformidad con el artículo 175 del texto fundamental guatemalteco, para reformar una ley constitucional se requiere dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad, además de que la reforma se apruebe en el Legislativo con el voto favorable de las dos

yó, ya que una vez recibido el dictamen favorable de la Corte, el cual contenía modificaciones sugeridas,²⁴ se hacía necesaria la discusión por artículos, realizar enmiendas, y luego enviarla nuevamente a la Corte, según lo establecido en la Ley Orgánica del Organismo Legislativo,²⁵ instancias que no llegaron a agotarse.

La propuesta de reforma también introducía mecanismos de fiscalización por parte del Congreso de la República, así como la introducción de informes por parte del procurador de los Derechos Humanos y de la Contraloría General de Cuentas y la Oficina Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, lo que contribuiría a supervisar que las autoridades se mantuvieran en el marco legal de actuación. De esa cuenta, Guatemala posee una Ley de Orden Público, la cual inicialmente contaba con 44 artículos, de los cuales, en la única reforma realizada, en 1970, se derogaron doce y se modificaron otros siete.²⁶

terceras partes del total de diputados que lo integran. En la ocasión relacionada se obtuvo el dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad pero no prosiguió su discusión y aprobación en el Congreso.

- 24 Entre los artículos que se incluían y respecto de los que se obtuvo dictamen favorable se encuentra uno referido a la inclusión de una disposición que señalaba que esa ley se interpretaría a la luz de los siguientes principios: legalidad, temporalidad, proporcionalidad, necesidad, excepcionalidad y no discriminación, indicándose en el dictamen que debía revisarse el texto a efecto de adicionar los principios de proclamación, notificación e intangibilidad de ciertos derechos humanos. Dictamen emitido el 23 de noviembre de 2017, dentro del Expediente 919-2016, concerniente a la iniciativa de ley 4-985, presentada el 20 de agosto de 2015 por los diputados Oliverio García Rodas, Delia Karina Rivera Romero de Panigagua, José Alberto Gándara Torrebiarte y José Roberto Alejos Cámbara.
- 25 El artículo 123 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo establece: “Consulta obligatoria. Cuando se discuta un proyecto de ley que proponga reformas a las leyes constitucionales, después de tenerlo por suficientemente discutido en su tercer debate, deberá recabarse el dictamen de la Corte de Constitucionalidad. Cuando en la discusión por artículos se presenten enmiendas al texto del proyecto de ley, dichas enmiendas deberán igualmente remitirse a la Corte de Constitucionalidad para su opinión”.
- 26 Al respecto se ha afirmado que “[c]on la derogación de los artículos citados, se provocó una situación que merma la eficacia de la relacionada disposición constitucional. Se le restó claridad y precisión en relación con los distintos grados de emergencia; se eliminaron lineamientos mínimos que deberían consignarse en el decreto de declaratoria; se suprimieron partes sustanciales que truncan la eficacia de algunas disposiciones; se eliminó la posibilidad de que se llevaran a cabo, dentro de ciertas limitaciones, reuniones privadas e incluso la huelga y el paro; se eliminaron los lineamientos mínimos y las circunstancias por las que se podría decretar el estado de alarma; se restringió la posibilidad de que se apliquen medidas contingentes fuera del territorio donde se decreta el estado de alarma; se le permite a la autoridad militar disolver cualquier tipo de asociación o agrupación, dejando a criterio de los militares si la actividad que realizan es o no peligrosa para el Estado; [se]

El artículo 1.º de esta Ley reconoce los casos en los que será aplicable, lo que guarda coherencia con el texto constitucional, refiriéndose a invasión del territorio nacional, perturbación grave de la paz, calamidad pública o actividades contra la seguridad del Estado. Prevé también la emisión, por parte del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, del decreto que corresponda a su vigencia, y del que se dará cuenta al Congreso para la correspondiente ratificación, modificación o improbación.

Posteriormente, se refiere a los estados y a las medidas que pueden adoptarse dentro de cada uno de ellos. El estado de prevención, establecido en el artículo 8 de la Ley, no es definido formalmente en esta legislación, pero su decreto está condicionado a actividades que constituyan amenaza para la seguridad de los habitantes o la estabilidad de las instituciones, a efecto de mantener la normalidad. Su vigencia, se dispone, no excederá de 15 días.

En el proyecto de reforma se proponía incluir situaciones que habilitaran la declaratoria de estado de prevención antes explicado así como medios que permitieran que fuera viable dentro del orden constitucional. Se contemplaron entonces la presentación de informes de sismología, meteorología, vulcanología e hidrología, como medios que pronosticaran acontecimientos de la naturaleza que amenazarán la vida de las personas. Dentro de las circunstancias habilitantes, se contempló prevenir el brote de contaminaciones graves o epidemias; la prevención de desabastecimiento de productos de primera necesidad, esencialmente alimentos, o situaciones de disturbios y tensiones internas que representen amenaza grave a la vida. En la actualidad, al no tenerse una descripción clara y específica para el estado de prevención, su declaratoria resulta bastante discrecional, particularmente en cuanto a la estimación de si los hechos o actos se encuadran en situaciones que lo hagan viable jurídicamente. Ahora bien, la ley relacionada establece las facultades que se confieren al presidente de la República, tales como las de militarizar los servicios públicos, inclusive los centros de enseñanza; intervenir los servicios prestados por particulares; impedir que se lleven a cabo manifestaciones o disolverlas; prohibir la circulación de vehículos, su entrada o salida de poblaciones, o someterlos a registro.

Estas facultades derivan de las reformas realizadas en 1970, y preocupa que se incluyan disposiciones tales como la “militarización de centros de enseñanza”, lo que podría provocar limitaciones excesivas.

Respecto de los restantes estados de excepción dispuestos en Guatemala, estos no pueden exceder de treinta días, pudiéndose hacer cesar antes de que

limita la garantía de las personas de ser llevadas ante un juez competente para que conozca su caso” (Fundación Myrna Mack, *op. cit.*, p. 12).

venza el plazo, pero también con la posibilidad de dictar un nuevo decreto en igual sentido. El estado de alarma, también dispuesto en esta Ley, en su artículo 13, pero sin una definición puntual, podrá decretarse cuando los hechos que perturben el orden público amenacen seriamente la seguridad del Estado, autorizándose entonces: la intervención de servicios públicos; exigir a particulares mantener el funcionamiento de servicios de utilidad pública; negar visa de pasaporte a extranjeros, domiciliados o no; obligar a residir en un lugar; cancelar licencias de porte de armas; suspender huelgas; centralizar informaciones relativas a la emergencia en algún funcionario o dependencia, y prohibir o suspender reuniones, huelgas o paros.

En Guatemala, al ser posible la suspensión del artículo 5.º de la Constitución, que contiene “la libertad de acción”, podrían suspenderse derechos con base en la limitación de esa norma, tal como sería el caso de exigir a particulares mantener el funcionamiento de servicios de utilidad pública.

Por otro lado, el estado de calamidad pública se prevé para evitar daños derivados de cualquier calamidad que azote al país o determinada región, o bien para reducir sus efectos (art. 14 de la Ley). Y en él se contemplan medidas de mayor intensidad, tales como: centralizar los servicios públicos esenciales, limitar la locomoción y residencia, impedir la entrada a determinadas zonas, exigir auxilio a particulares, impedir concentraciones, establecer precios máximos o mínimos y evitar acaparamiento, y ordenar evacuaciones.

Por último, el estado de sitio podrá decretarse, según esta Ley, con motivo de actividades terroristas, sediciosas o de rebelión, cuando se pretenda cambiar por medios violentos instituciones públicas o se produzcan hechos graves que pongan en peligro el orden constitucional o la seguridad del Estado. Como también ante indicios fundados de que habrán de sucederse actos de sabotaje, incendios, secuestros, asesinatos y otras formas de delincuencia terrorista o subversiva. En el estado de sitio se posibilita aplicar las medidas de los estados de prevención y alarma, y además: intervenir o disolver, sin necesidad de prevención, entidades u organizaciones con o sin personalidad jurídica; ordenar detenciones sin mandato judicial; reprimir o repeler acciones individuales y colectivas contrarias a las disposiciones (art. 19 de la Ley). En tal estado de excepción se puede apreciar que existen medidas que contrarían el Texto Constitucional, porque entre las disposiciones que podrían dejarse en suspenso no se prevé ninguna que faculte a disolver organizaciones, entidades, asociaciones o agrupaciones, inclusive que cuenten con personalidad jurídica. El contenido de normas como la señalada evidencia la necesidad urgente de reformar la Ley en examen.

En cuanto al estado de guerra, contemplado en el artículo 23 de la Ley, este podrá decretarse tomando en cuenta los intereses nacionales y la situación

internacional, lo que evidencia la amplitud de su regulación. Dentro de las facultades que se prevén para este, se establece que podrá aplicarse cualquiera de las disposiciones previstas para los otros estados.

La descripción de la Ley de Orden Público pone en evidencia lo distante que se encuentra esta de la normativa constitucional, convencional y de los estándares internacionales, siendo de gran importancia que se realicen las reformas pertinentes para contar con una normativa que asegure que la suspensión temporal de derechos, aun estando justificada, se realice siempre en armonía con esas disposiciones.

Otro aspecto positivo de la reforma propuesta fue la fiscalización que se establecía mediante la posibilidad de los habitantes de acudir al Congreso de la República a solicitar la revisión de la vigencia de un estado, cuando se considerara la desaparición de las causas que lo hubieran motivado, así como la posibilidad de este de requerir informes a diferentes autoridades, como al ministro designado, el procurador de Derechos Humanos, el contralor general de Cuentas o la Oficina Nacional de Prevención de la Tortura.²⁷

Sin embargo, como ya se señaló, esta propuesta de reforma no prosiguió su proceso de formación, por lo que no se vislumbra su vigencia, y se continúa aplicando una normativa que carece de actualidad y de mecanismos que permitan establecer eficaces controles interorgánicos y de denuncia por parte de la población.

Un aspecto que debe resaltarse es que en el sistema nacional guatemalteco se establecen tres garantías constitucionales: exhibición personal, amparo e inconstitucionalidad, las cuales no pueden ser suspendidas en ninguno de los estados de excepción anteriormente explicados, y las cuales pueden ser conocidas por los diferentes tribunales con competencia.

Los estados de excepción derivados de la pandemia del covid-19

Con el surgimiento del primer caso de covid-19 en Guatemala, el Gobierno adoptó una serie de medidas con el objeto de evitar o contener el contagio de la enfermedad. Para ello, emitió el primer Decreto Gubernativo de Estado de Excepción 5-2020, de 5 de marzo, ratificado por el Congreso de la República el 12 del citado mes y año, mediante el cual se declaró el estado de calamidad pública por treinta días en todo el territorio nacional, limitándose la libertad de acción, de locomoción, reunión y manifestación, así como de huelga para los trabajadores del Estado. También se autorizó la compra de bienes y suministros, y la contratación

²⁷ Véase Escobar de Guerrero, *op. cit.* p. 15.

de servicios relacionados con el objeto de ese Decreto, sin sujetarse a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.²⁸

El estado de calamidad pública se reformó por medio del Decreto Gubernativo 6-2020, de 21 de marzo, adicionándose suspensiones a la locomoción de pasajeros en vehículos, apertura de comercios, labores, centros educativos y mercados, y estableciéndose días y horarios de funcionamiento y cierres de otras entidades. Este Decreto estableció que los cuerpos o fuerzas de seguridad civil y el ejército debían articular de forma coordinada el cumplimiento de la restricción a la libertad de locomoción, y fue prorrogado por treinta días más, mediante el Decreto Gubernativo 7-2020, del 24 de marzo. Ambos decretos fueron ratificados por el Congreso de la República.

Con posterioridad se emitieron cinco decretos gubernativos más: 8, 9, 12, 15 y 17, todos de 2020, mediante los cuales se prorrogó, en cada uno de ellos, por treinta días más, la vigencia del estado de calamidad pública declarado mediante el Decreto Gubernativo 5-2020. El último de ellos data del 24 de agosto de 2020.

Durante la vigencia de los decretos de estado de excepción, derivados de la pandemia, cuya vigencia se prolongó del 6 de marzo al 26 de septiembre de 2020, se emitieron otros decretos que decidieron estados de excepción en determinados municipios o departamentos, esto por razones particulares presentadas en esas regiones. Los estados de excepción derivados de otras situaciones, declarados vía decreto durante el año 2020, fueron siete y se refirieron al estado de prevención; los primeros cuatro se emitieron entre el 16 de enero y el 11 de febrero de 2020, expidiéndolos para diferentes municipios con base en actos que reñían con la gobernabilidad. En julio, agosto y octubre se declararon tres estados de prevención más: los dos primeros, con fundamento en aspectos similares a los reseñados, y el último, por advertirse la movilidad de grupos con características de migrantes. Este último Decreto se dejó sin efecto ocho días después. En mayo, junio y julio de 2021 se emitieron decretos de declaratoria de estado de sitio o de prórroga de esta, con relación a municipios ubicados en tres departamentos, fundamentándose en actos que reñían con la gobernabilidad. Por último, en noviembre del citado año se dictaron tres decretos más de calamidad pública, que decidieron o prorrogaron ese estado y que abarcaron 9 de los 22 departamentos de Guatemala, ello derivado de una tormenta tropical que causó daños ingentes en la región.

A lo largo del año 2020, que puede considerarse el período en el que en más ocasiones se mantuvieron vigentes estados de excepción, se emitieron decretos que los declararon o prorrogaron en siete ocasiones por la pandemia del covid-19,

²⁸ Art. 6.º del Decreto Gubernativo de Estado de Excepción 5-2020, de 5 de marzo.

y además en siete ocasiones más se decidió el estado de prevención, en tres el de sitio y en otras tres el de calamidad pública.

Luego, en 2021, se emitieron diez decretos gubernativos relacionados con estados de excepción: los primeros tres, de prevención, fundamentándose en alteraciones al orden, la gobernabilidad y la seguridad en diferentes áreas del país. Con motivo también de la pandemia del covid-19, se emitieron cuatro decretos gubernativos, siendo estos el 4-2021 y el 5-2021,²⁹ que declararon el estado de prevención, cada uno por quince días, y el 6-2021 y el 8-2021,³⁰ en los cuales se decretó el estado de calamidad pública en todo el territorio nacional por treinta días en cada ocasión. Los últimos tres decretos de estados de excepción se refirieron al estado de sitio en dos ocasiones y al estado de prevención en otra, en los que se alegó la existencia de actos de violencia en contra de las fuerzas de seguridad, y ello en diferentes regiones del país.

En 2022, se emitieron cinco decretos gubernativos: tres de ellos referentes al estado de sitio, durante treinta días, en diferentes regiones de Guatemala, fundamentados en la existencia de acciones que afectaban el orden público, la gobernabilidad y la seguridad de sus habitantes. De igual manera, se dictaron dos estados de calamidad pública, uno en algunos departamentos del país y otro en todo el territorio nacional, con fundamento en la torrencial época de lluvias y sus efectos ciclónicos, ambos decretados por treinta días.

Hasta marzo de 2023 no se había emitido, en el año, ningún decreto referente a estados de excepción en Guatemala.

29 Entre las medidas decretadas en los estados de prevención se encuentran las relativas a la limitación de reuniones al aire libre, manifestaciones públicas y espectáculos; la disolución por la fuerza de toda la reunión, grupo o manifestación pública que se lleve a cabo sin autorización, o que, autorizada, se efectúe sin observar las medidas sanitarias, portando armas u otros elementos de violencia; la limitación de manifestaciones públicas que afecten la libre locomoción; la prohibición de la circulación o el estacionamiento de vehículos en lugares, zonas y horas que afecten o pongan en riesgo la vida y la seguridad de las personas; la obligación del uso de mascarilla; el distanciamiento social o físico y la higiene de manos constante; la prohibición de consumo de bebidas alcohólicas en horarios y lugares determinados, así como la prohibición de expendio y comercialización de bebidas alcohólicas en determinados horarios.

30 En el estado de calamidad se suspendieron los derechos reconocidos en los artículos 5.º, 26, 33 y 116, párrafo 2.º, de la Constitución, y se autorizó la compra o contratación de bienes, obras, servicios y suministros, exclusivamente para la prevención de la enfermedad y el tratamiento de los infectados en el marco de la emergencia sanitaria, según lo previsto en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado. En el segundo decreto se establecieron también restricciones a la movilidad en determinados horarios.

No cabe duda de que el tema de la pandemia a nivel mundial provocó que los Estados se enfrentaran a situaciones poco conocidas y no frecuentes, para las que, por tanto, no se hallaban preparados. Los sistemas de salud se vieron desbordados, tanto para brindar atención y medicamentos a enfermos que lo requerían como en cuanto a la forma de atender los casos de contagios masivos. Ante ese escenario y derivado de las situaciones que se daban en otros Estados, cada uno adoptó diferentes medidas, siendo frecuentes las declaratorias del estado de excepción.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió la Resolución 1/2020, de 10 de abril, en la que formuló recomendaciones a los Estados miembros, como las siguientes:

f. Las medidas que los Estados adopten, en particular aquellas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios “pro persona”, de proporcionalidad, temporalidad, y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada.

g. Aún en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de requisitos, tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad, dirigidos a evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno...

Resulta de suma importancia resaltar cómo los gobiernos que decretaron estados de excepción durante la pandemia debieron hacerlo con el alcance para el que fueron previstos, es decir, precisamente, como una “excepción”, como una alternativa extraordinaria a la situación que frecuentemente se presenta, ante lo grave de los sucesos y para proteger debidamente a la población, con estricto cumplimiento de los estándares internacionales de necesidad, proporcionalidad, temporalidad y razonabilidad. Sin embargo, llama la atención que en varios Estados, las declaratorias de estados de excepción se presentaron en forma recurrente, prolongándose por largos períodos, lo que genera preocupación ante la suspensión de la vigencia de numerosos derechos y el riesgo de provocar excesos por parte de las autoridades estatales.

Al respecto, María Agustina Bonella señaló que, en el contexto de la primera ola de la pandemia,

... trece Estados [comunicaron] su decisión de suspender unilateral y temporalmente el cumplimiento de algunas disposiciones de la Convención Americana, en

miras a adoptar medidas restrictivas de derechos humanos que resultaban necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria. De acuerdo a las comunicaciones remitidas al Secretario General de la OEA, los Estados de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Surinam han declarado “estados de emergencia, estados de excepción, estados de catástrofe por calamidad pública o emergencia sanitaria nacional, todo ello a través de decretos presidenciales y otras disposiciones normativas de la más variada naturaleza”.³¹

Y continúa exponiendo la autora:

... lo peculiar de estas comunicaciones ha radicado en el hecho de que, por primera vez y en un breve lapso de tiempo, trece Estados han invocado simultáneamente el artículo 27 de la Convención Americana por motivos de salud [...]. [O]tros Estados miembros de la OEA, a pesar de enfrentarse a un número similar o mayor de casos de contagio de COVID-19, no han invocado la facultad prevista en el artículo 27 de la Convención Americana para fundar la aplicación de esas mismas medidas anticrisis.³²

Lo anterior evidencia cómo algunos Estados, es el caso de Guatemala, optaron por la declaratoria de estados de excepción como medida adecuada para atender los efectos de la pandemia, pero muchos otros, en la misma región, no decidieron recurrir a imponer esta medida. Los estados de excepción pertenecen a la configuración discrecional de los Estados, sin que se les imponga una obligación de declararlos ante una situación excepcional que ocurra en su territorio. En todo caso, lo que sí debe tenerse presente es que, de adoptarlos, deben cumplir con los estándares internacionalmente aceptados para su vigencia, de manera que sus efectos sean lo menos gravosos para la población y que constituyan una medida adecuada y proporcionada para afrontar la situación que se presenta.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL REFERENTE A MEDIDAS PROFERIDAS DURANTE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

En Guatemala, la competencia de los tribunales para conocer las garantías constitucionales consagradas en el sistema jurídico es bastante amplia. Los jueces de

³¹ María Agustina Bonella, “Estados de emergencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: los principales retos de la pandemia de COVID-19”, *American University International Law Review*, vol. 37, n.º 2, pp. 167-168.

³² *Ibid.*, p. 173.

primer grado, así como las salas de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, están facultados para conocer exhibiciones personales,³³ cuando se denuncie una detención ilegal o el sufrimiento de vejámenes, aun cuando la detención se sustente en una orden judicial o con relación a los preceptos de la flagrancia.

En el caso de las acciones de amparo, mediante estas se denuncian actos arbitrarios cometidos por cualquier autoridad pública o privada, en cuyo actuar se reproche una violación a la Constitución y a las leyes. Son competentes para su conocimiento las autoridades antes mencionadas en primer grado –jueces de primera instancia, salas de la Corte de Apelaciones, Corte Suprema de Justicia–. La decisión adoptada en amparos por los tribunales mencionados, es susceptible de ser cuestionada en apelación y conocida por la Corte de Constitucionalidad, ante quien se concentran las alzadas de la referida garantía constitucional. La Constitución es categórica al señalar que “no hay ámbito que no sea susceptible de amparo”, y si bien debe darse cumplimiento a los presupuestos que lo viabilizan, su procedencia es amplia. Dentro de los presupuestos de viabilidad se encuentran el agotamiento previo de procedimientos y recursos ordinarios antes de su promoción, el planteamiento dentro de los treinta días siguientes a la fecha de conocimiento de la infracción, la promoción por la persona que sufre el agravio y contra la autoridad que haya ocasionado el mismo. Si bien no se regula un amparo colectivo, sí se ha otorgado protección ante reclamos de asociaciones en beneficio de sus agremiados o de colectividades a favor de sus integrantes, así como la protección en reclamo del procurador de los Derechos Humanos en defensa de los intereses de la población.

La tercera garantía constitucional reconocida en el sistema guatemalteco es la acción de inconstitucionalidad, que puede ser general o para casos concretos. La inconstitucionalidad general no posee término para su promoción, cabe denunciarla desde la vigencia de la norma y no se requiere acreditar alguna legitimación o relación con la norma cuestionada. Ahora bien, sí es necesario que el planteamiento realizado por cualquier persona³⁴ se realice con el auxilio de tres

33 La exhibición personal, en Guatemala, se prevé como una garantía constitucional, mediante la cual quien se encuentre ilegalmente preso, detenido o cohibido de cualquier otro modo del goce de su libertad individual, amenazado de la pérdida de ella, o sufre vejámenes, aun cuando su prisión o detención fuere fundada en ley, tiene derecho a pedir su inmediata exhibición ante los tribunales de justicia, ya sea con el fin de que se le restituya o garantice su libertad, se hagan cesar los vejámenes o termine la coacción a que estuviere sujeto. Su regulación parte desde la Norma Suprema, en los artículos 263 y 264, y su desarrollo se encuentra en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

34 Artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: “Legitimación activa. Tiene legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos

abogados. En casos concretos debe existir un proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en el cual, en cualquier instancia o en casación, pueden las partes denunciar la inconstitucionalidad de una norma que puede ser aplicable al caso concreto y que es contraria a la Constitución.

Por otra parte, el sistema constitucional guatemalteco, en armonía con lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no prevé en ningún caso la suspensión de las garantías previstas para la protección de los derechos, por lo que durante la pandemia, aun con la vigencia de los referidos estados, se posibilitó la promoción de las garantías constitucionales de amparo, exhibición personal e inconstitucionalidad.

Las garantías más utilizadas fueron la exhibición personal y el amparo. Debido a la amplitud del ámbito de protección de este último, fue el que se promovió para cuestionar todo tipo de decisiones que pudieran entrañar lesiones constitucionales, no solo en los más diversos temas sino con efectos dirigidos tanto al caso concreto como con efectos generales, en casos en los cuales el promotor fuera el procurador de los Derechos Humanos y se persiguiera la protección de la población.

En cuanto a la inconstitucionalidad general, si bien se cuestionaron algunas disposiciones generales, no se presentó el acogimiento de alguna que generara impacto en temas derivados del covid-19.

Debe resaltarse que, producto del conocimiento difuso que se realiza de acciones constitucionales en primera instancia ante diferentes autoridades judiciales, y de la inexistencia de apelación obligatoria de estas, se hace especialmente arduo establecer el número de casos presentados en los diferentes tribunales, relacionados con reclamos ligados a temas de la pandemia. De igual manera, la página web de la Corte de Constitucionalidad no muestra clasificación alguna de asuntos instados relacionados con reclamos derivados de la pandemia, como tampoco ninguna estadística de ellos.

La selección de fallos que a continuación se presenta derivó de la búsqueda en las gacetas jurisprudenciales a partir del inicio de la pandemia, y se mencionan decisiones que se estimaron relevantes por los aspectos abordados.

Inconstitucionalidad contra decreto gubernativo que decidió estado de calamidad pública

El presidente de la República, en Consejo de Ministros, emitió el Decreto Gubernativo 6-2021, de 13 de agosto, por medio del cual se declaró el estado de calamidad

o disposiciones de carácter general: [...] d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos”.

pública en todo el territorio nacional, y en cuyo artículo 14 se convocó al pleno del Congreso para que conociera, ratificara, modificara o improbara el citado Decreto. Esta norma fue publicada el 14 de agosto de 2021 en el Diario Oficial.

El procurador de los Derechos Humanos promovió la inconstitucionalidad del primer párrafo del inciso b) del artículo 5 del Decreto Gubernativo 6-2021, emitido por el Presidente en Consejo de Ministros, el cual establecía:

b) El ente rector de salud emitirá las medidas sanitarias y restricciones necesarias, por conducto de Disposiciones Presidenciales, limitando el acceso a los lugares que se informen, fijando los horarios de locomoción y los medios de transporte permitidos, lo cual se deberá comunicar y publicar en el Diario Oficial y los medios de comunicación o difusión posibles.

Según la denuncia, esta disposición violaba los artículos 138 y 154 de la Constitución y 15 de la Ley de Orden Público en lo que respecta a la indelegabilidad de la función pública, por cuanto la norma establecía un procedimiento encaminado a limitar y restringir derechos fundamentales derivado de la situación de calamidad pública, sin que para ello mediara la declaratoria correspondiente emitida por el presidente de la República, por medio de decreto dictado en Consejo de Ministros y posteriormente ratificado por el Congreso de la República y publicado en el Diario Oficial.

Sin embargo, llegado el 21 de agosto de 2021, se determinó que no se había emitido aún pronunciamiento del Congreso que ratificara, modificara o improbara el referido Decreto, surgiendo la duda de si ante tal omisión la norma habría perdido vigencia.

La Corte de Constitucionalidad dictó Auto de 21 de agosto de 2021,³⁵ en el que formuló las siguientes consideraciones:

Ante situaciones como la imperante en este momento, en que el Decreto que declaró el Estado de excepción empezó su vigencia y [en] que el Congreso de la República, dentro de los tres días que le sucedieron, no se ha pronunciado como corresponde, esta Corte, para proveer seguridad y certeza jurídica a la población, determina que, conforme al artículo 138 de la Ley Fundamental, el Decreto Gubernativo continúa vigente mientras el Congreso de la República no emita un pronunciamiento por el cual lo impruebe. Se estima, también, que no arribar a quórum necesario del Pleno del Congreso de la República o prorrogar la discusión de su conocimiento para una próxima sesión plenaria, *no puede entenderse como una improbación tácita de ese Organismo*, debiendo conforme los principios del

35 Auto de 21 de agosto de 2021, Exp. 4466-2021.

sistema Republicano y del Estado de Derecho, cumplir con el procedimiento constitucionalmente establecido. (Énfasis agregado)

Por ese motivo, se interpretó que el no aprobar el decreto dentro del término previsto no significaría que automáticamente se tuviera por improbadado, siendo obligatorio que el Órgano Parlamentario conozca y emita una postura frente a lo sometido a su consideración, particularmente por la importancia de la suspensión de derechos implicados.

En la acción relacionada, la Corte de Constitucionalidad realizó una conminatoria a la junta directiva del Congreso de la República y a su presidente,

... para que, en el plazo de veinticuatro horas, a partir de notificada esta resolución, *convoque al Pleno del Congreso de la República* para celebrar sesión, dentro de los dos días siguientes a la convocatoria, en la que, *con prioridad a cualquier otro asunto, ratifique, modifique o impruebe el Decreto Gubernativo 6-2021*, emitido por el Presidente de la República de Guatemala en Consejo de Ministros, que declaró el estado de calamidad pública. Además, conforme al artículo 77 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, *se declare en sesión permanente hasta el momento en el que se asuma cualquiera de las decisiones que se describieron con anterioridad*. Es menester declarar que la inasistencia injustificada a la sesión representa incumplimiento de los deberes inherentes a dicho cargo, previstos en la Constitución Política de la República. Además, la oposición o desacuerdo con la decisión que será objeto de conocimiento, no constituye causa justificada para no asistir a la sesión parlamentaria o retirarse de esta, y, por aparejar tanto el incumplimiento de esta resolución, como de los deberes que les impone la Constitución y la ley, se les apercibe a los Diputados al Congreso de la República que, en caso de incumplimiento, incurrirán en las responsabilidades penales y civiles correspondientes. (Énfasis agregado)

Lo anterior provocó que ante la emisión de un decreto gubernativo que decide un estado de excepción, obligadamente deba pronunciarse el Congreso, señalándose que la inasistencia de los diputados implica incumplimiento de deberes. El hecho de que la emisión del decreto se realice por el Ejecutivo forma parte de los sistemas de controles interorgánicos, pero este debe ser ratificado o improbadado por el Legislativo. Este criterio se había esbozado con anterioridad por la Corte de Constitucionalidad en un dictamen emitido para reformar la Ley de Orden Público, en el que se pretendió adicionar a la ley ese efecto, es decir, que ante la omisión de pronunciamiento por parte del Congreso se tuviera por improbadado el decreto, a lo cual el Tribunal, en aquella ocasión, se pronunció en igual sentido, estimando que esa consecuencia no estaba prevista a nivel constitucional y, por ende, no era compatible con la Norma Suprema.

Efectivamente, a nivel constitucional no se prevé esa consecuencia, y sin embargo, en la práctica, podría presentarse un caso en el que transcurran los tres días siguientes a la emisión del decreto gubernativo sin que se dé la aprobación o improbación del mismo por el Congreso de la República. Ante esta situación, según el precedente contenido en el Expediente 4466-2021, podría ser llamado a sesión permanente el pleno de ese organismo, con el objeto de dar cumplimiento a su mandato.

Resoluciones de la Corte de Constitucionalidad relacionadas con reclamo de insumos médicos y hospitalarios para atender a pacientes en el sistema nacional de salud

Durante los primeros meses de la crisis de salud derivada de la pandemia del covid-19, los hospitales se vieron desbordados de pacientes afectados con la enfermedad y que requerían tratamiento, lo que provocó que el número de servicios requeridos superara la disponibilidad, así como la falta de medicamentos para atenderlos y la carencia de insumos para el personal médico.

Ante esta situación se plantearon varias acciones de amparo, no solo dirigidas a casos concretos, sino también con la pretensión de producir efectos dirigidos a la colectividad.³⁶

Dentro de ellos puede mencionarse el Expediente 2758-2020,³⁷ cuya sentencia se dictó el 28 de enero de 2021. El amparo se solicitó por el procurador de los Derechos Humanos contra el ministro de Salud Pública y Asistencia Social, reclamando, frente a la amenaza de que no se suministrara en tiempo, equipo para médicos y auxiliares de salud que prestaban sus servicios durante la crisis de salud.

Se argumentó en el mismo que los médicos y el personal de salud dependían del equipo adecuado para resguardarse y disminuir las posibilidades de infectarse o infectar a otros, no obstante lo cual se había estimado que se podía prescindir de los sistemas de licitación para la compra de ese equipo, lo que hacía que los procesos de compra debieran iniciarse de nuevo, provocando con ello grandes y perjudiciales demoras.

La Corte de Constitucionalidad estimó que el riesgo denunciado se hacía evidente al prescindirse de eventos de licitación para adquirir equipo y al iniciarse

36 Si bien en Guatemala no se encuentra regulado el amparo con efectos colectivos, se ha estimado que el procurador de los Derechos Humanos tiene legitimación para solicitarlo en nombre de toda la población con el fin de proteger los intereses que defiende. Asimismo, se ha estimado que las asociaciones y organizaciones colectivas pueden promoverlo, con el fin específico de defender los intereses de sus agremiados.

37 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 28 de enero de 2021, Exp. 2758-2020. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/ptmp/Expediente.aspx>.

los procedimientos de nuevo, lo que provocaría retrasos en la ejecución de dichos proyectos. Ante ello, se confirmó el otorgamiento del amparo, fijándose treinta días al Ministerio de Salud y Asistencia Social para que informara al Tribunal de Amparo acerca de la situación actual de los hospitales nacionales y áreas de salud con relación a las carencias denunciadas, especificando las estrategias y planes de acción para remediarlas, incluyendo plazos alcanzables para superar la crisis.

La sentencia antes relacionada se fundamentó en una serie de estándares internacionales referentes al derecho a la salud, así como en la normativa nacional e internacional que protege los derechos humanos, en particular el derecho a la salud. Se estimó que el otorgamiento decretado, según los efectos señalados, permitiría evaluar el cumplimiento del fallo, lo que en momentos de crisis fue valioso para superar la situación denunciada. Resulta interesante destacar, en esta sentencia, que, aunque la acción se dirigió contra el ministro de Salud Pública y Asistencia Social, se estimó que este podía acudir al ente estatal e involucrarse en el diseño de programas que permitieran enfrentar la situación que se presentaba.

Otra acción de amparo relacionada con servicios de salud fue la promovida por el Sindicato Nacional de Empleados del Hospital General San Juan de Dios de Guatemala contra el ministro de Salud Pública y Asistencia Social,³⁸ en la que se cuestionaron dos circulares, en la primera de las cuales se requería la disponibilidad de todo el personal de ese Ministerio –excepto los mayores de 60 años y las mujeres en período de lactancia o con enfermedades crónicas–, sin haber incluido que sería dotado de equipo e insumos para ejercer sus tareas. Mientras que en la segunda circular se establecía que el personal de salud era esencial para cubrir la emergencia nacional, por lo que debía presentarse a sus labores, excepto los mayores de sesenta años que demostraran un problema médico de los allí indicados –hipertensión arterial, diabetes, insuficiencia renal, cardiopatía, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, asma u otro que comprometiera su sistema inmunológico–. Al respecto, se estimó la contradicción entre ambas circulares, al no poderse determinar si los miembros del personal que estaban excluidos de acudir a trabajar presencialmente eran todos los mayores de sesenta años o solo aquellos que, además, tenían una enfermedad crónica; y por otra parte, no se incluía a mujeres en estado de gravidez ni a menores de sesenta años que padecieran enfermedades graves.

En cuanto a la omisión de incluir que se dotaría de insumos y equipo médico, la Corte de Constitucionalidad determinó, mediante los informes recibidos, que

38 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 24 de noviembre de 2021, Exp. 2886-2020. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/ptmp/TextoLibre.aspx>.

se había producido un incremento periódico de insumos, por lo que al momento de emitirse la sentencia no se presentaba desabastecimiento.

Respecto del segundo aspecto, se determinó que la autoridad dictó una nueva comunicación en la que especificó que los adultos mayores de sesenta años, las mujeres en estado de gestación y las personas de cualquier edad con enfermedades crónicas se encontraban en un grave riesgo para su salud. Para ellos se estableció que les sería asignada una de las siguientes opciones: “a) Trabajo a distancia por medios telemáticos, siempre y cuando sus funciones lo permitan; o b) Acondicionamiento de funciones que permitan continuar con su trabajo presencial, pero con un mínimo de exposición al contagio”.

Se estimó el otorgamiento en cuanto a este punto, a efecto de que la autoridad reprochada continuara aplicando todas las medidas de protección necesarias para garantizar los derechos de los trabajadores, mientras siguieran expuestos al contagio.

Resulta interesante el análisis del fallo respecto de la protección que debía brindarse a sectores que se encontraran en situación de riesgo, como consecuencia de la pandemia, o con mayor exposición al contagio, como en el caso del personal de salud que atendía la emergencia. A pesar de que se había dictado una nueva disposición que asignaba diferentes opciones de trabajo para personas mayores de sesenta años, las mujeres en estado de gestación o quienes padecieran enfermedades crónicas, se estimó por el Tribunal de Amparo la necesidad de mantener el otorgamiento del amparo a efecto de que la autoridad cuestionada siguiera garantizando los derechos en mención a los trabajadores, lo que debía prolongarse por el tiempo que continuara el riesgo de contagio del virus, debiéndose tomar en consideración las metas de vacunación y la ralentización de la propagación de la enfermedad.

Amparos reprochando omisión en la compra de vacunas para adolescentes y niños

El procurador de los Derechos Humanos presentó dos amparos cuestionando la omisión del presidente de la República y el ministro de Salud respecto de la adquisición, importación e inclusión en el plan de vacunación contra el covid-19, así como del suministro de las mismas a los niños y adolescentes, de manera de dar cumplimiento a lo establecido en la Ley para el financiamiento y adquisición de vacunas contra el coronavirus covid-19, Decreto 1-2021 del Congreso de la República. Esta norma establece en su artículo 1.º: “Se declara de interés nacional la vacunación de la población guatemalteca contra el virus SARS-CoV-2, denominado COVID-19. El Estado garantizará que dicha vacunación se efectúe de forma gratuita, universal y voluntaria para toda la población guatemalteca”. El alegato

principal en estas acciones de amparo fue que al momento de presentar sus acciones, la población relacionada –jóvenes de 12 a 17 años y niños de 5 a 11 años– no se encontraba incluida en el plan de vacunación nacional.

El primero de los amparos formó el Expediente 5128-2021, presentado el 21 de septiembre de ese año, en el cual se cuestionó la omisión relacionada respecto de los jóvenes de 12 a 17 años. El ministro de Salud Pública y Asistencia Social indicó en su informe dentro de este proceso que se habían adoptado los lineamientos técnicos para la vacunación contra el covid-19 en adolescentes del referido rango etario. Posteriormente informó que, desde el 30 de septiembre de 2021, los jóvenes de 12 a 17 años podían iniciar su proceso de registro y había empezado la vacunación de quienes padecían alguna comorbilidad. Y el 16 de febrero de 2022 declaró que se había vacunado a un 41.54% del grupo etario señalado.

A la luz de lo anterior, se determinó que al momento de la conclusión del trámite de la acción y al proferir sentencia ya no subsistía la violación denunciada, porque el grupo etario ya era parte del plan de vacunación, por lo que se estimó que el amparo había dejado de tener objeto alguno.

En Guatemala, el inicio de la vacunación no fue pronto, por lo que se presentaron reclamos por diferentes sectores de la población que esperaban la aplicación de esta; en particular, los jóvenes y niños fueron los últimos en incorporarse al plan de vacunación, y de ahí el reproche presentado ante la omisión de incluirlos. Puede observarse que, durante el trámite del amparo, se produjo la inclusión del referido grupo etario en el Plan Nacional de Vacunación así como la aplicación de la vacuna. Si bien al momento de dictarse la sentencia se había superado la omisión denunciada, y el fallo desestimó la acción al carecer de materia, durante la dilación procesal se incluyó a los jóvenes en el plan de vacunación y se inició su aplicación.

El 25 de enero de 2022 se presentó un segundo amparo, el 384-2022, en el que se cuestionó la misma omisión por parte del presidente de la República y el ministro de Salud Pública y Asistencia Social, esta vez respecto de los niños de cinco a once años. Al respecto, el ministro informó inicialmente que se estaba a la espera de la ficha técnica de la vacuna que ingresaría al país para ese grupo poblacional. Posteriormente, el 14 de marzo de 2022, se publicó el acuerdo ministerial que autorizaba la vacunación de niños de seis a once años, con el propósito de prevenir la enfermedad grave derivada de infección por covid-19.

La Corte de Constitucionalidad dictó Sentencia de 23 de febrero de 2023, en la que estimó que no subsistía la omisión al haberse incluido a los niños en el Plan Nacional de Vacunación. Si bien el reclamo se hizo para niños desde cinco años, se estimó que el criterio de inclusión de la edad obedeció a que la vacuna autorizada, según los estudios pertinentes, resultaba aplicable a partir de los seis

años, por lo que no se identificó lesión constitucional y se desestimó el amparo solicitado.

Puede apreciarse que, en cuanto a peticiones de protección constitucional por reclamo de derechos sociales, se otorgaron amparos ordenando a las autoridades determinadas acciones dirigidas a superar el reproche formulado en los casos citados.

Otros reclamos formulados mediante garantías constitucionales

Como se indicó al inicio del apartado jurisprudencial, el amparo fue la garantía por medio de la cual se reclamó el mayor número de derechos, así como la garantía que más se instó durante el periodo de la pandemia en Guatemala.

También se presentaron casos en materia de protección cuyos efectos recayeron en una colectividad o sobre la generalidad de las personas. Por ejemplo, el amparo promovido a favor de la población reclusa, a efecto de que se garantizaran protocolos adecuados de salud, servicio médico y de aseo, para protegerla de la pandemia del covid-19.³⁹ En este caso se dictó Sentencia de 18 de mayo de 2020, luego de que las autoridades del sistema penitenciario informaran la adopción de medidas, otorgando el amparo con el objeto de que estas se mantuvieran, de manera que se cumplieran los protocolos de salud a favor de los privados de libertad, garantizándoles la provisión de productos de aseo, agua potable, alimentación diaria y servicios médicos.

También, el procurador de los Derechos Humanos solicitó amparo contra el Congreso de la República, señalando la amenaza cierta e inminente de que se restringiera el acceso al hemiciclo de la referida institución a los periodistas que pretendían cubrir las sesiones convocadas por dicho organismo.⁴⁰ Se consideró en el caso concreto que la propia autoridad cuestionada había afirmado que sí se había restringido el acceso de los periodistas en aras de preservar el derecho a la vida, en las circunstancias determinadas por la pandemia, y se otorgó la protección interina y definitiva, en el sentido de que debía permitirse el ingreso a los periodistas y sus equipos técnicos, para que pudieran cubrir de manera directa las sesiones del Congreso, adoptando las medidas sanitarias necesarias para resguardar la salud y mantener el distanciamiento del personal de los medios de comunicación que se presentaran a sus instalaciones.

Este caso resulta interesante porque se ponderaron derechos y se concluyó que, si bien es necesario adoptar medidas para resguardar la salud y la vida de los

39 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 18 de mayo de 2020, Exp. 1765-2020.

40 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 10 de noviembre de 2020, Exp. 1707-2020.

periodistas, ello no debe implicar una limitación al acceso a las fuentes de información, por lo que se hace necesario garantizar que aquellos puedan desempeñar su función social. Al otorgar el amparo se permitió que tanto los periodistas como la sociedad en su conjunto tuvieran acceso a la fuente de información del Congreso y pudieran difundir las noticias, manteniendo a salvo su salud mediante la adopción de medidas adecuadas para ello.

Puede mencionarse también el amparo instaurado por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social contra el Concejo Municipal de Fraijanes,⁴¹ Departamento de Guatemala, cuestionando la decisión de esa autoridad de ordenar el desalojo de pacientes asintomáticos que ese Instituto había alojado en un bien inmueble arrendado para el efecto. El Seguro Social había alquilado un hotel de propiedad particular con el objetivo de dar cobertura hospitalaria pronta y eficaz a pacientes con esa característica residentes en el municipio. Sin embargo, el Concejo Municipal había fijado un plazo a la propietaria del bien para que desalojara a los pacientes positivos de covid-19, por estimar que no contaba con condiciones y autorizaciones para atenderlos.

El Seguro Social adujo que eran albergados allí por ser pacientes asintomáticos que no requerían cuidados hospitalarios, y que el esquema contaba con el aval del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. El amparo se otorgó, por estimar que la autoridad municipal se había excedido en sus funciones, ya que no podía coartar ni obstaculizar la libertad de contratación de una persona particular y del Seguro Social para atender a personas afectadas de covid-19 y que no requerían hospitalización; dijo, además, que se trataba de aspectos relativos a medidas sanitarias que en todo caso debían regularse por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

En este sentido, la decisión relacionada logró la protección del reclamante frente al hecho de que una autoridad que carecía de facultades pretendía su desalojo, lo que evidentemente no correspondía a sus facultades.

Finalmente, es de señalar que no se produjeron declaratorias de inconstitucionalidad de normas de carácter general contenidas en alguno de los decretos gubernativos que establecían los estados de excepción o derivadas de ellos.

REFLEXIONES FINALES

Si bien la mayoría de los Estados prevén la posibilidad de decretar estados de excepción ante situaciones de emergencia, y, como consecuencia de ello, suspender

41 Amparo 4558-2020, Sentencia de 7 de julio de 2021.

la plena vigencia de los derechos de sus habitantes, debe velarse por que la situación en la que se decidan sea verdaderamente excepcional, grave, y que el restablecimiento del estado a la normalidad imponga la necesidad de limitar esos derechos, haciéndolo, solo, por el tiempo estrictamente necesario.

Además, es necesario considerar lo establecido en relación con esta materia en los tratados internacionales, en normas como el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la CADH, así como los estándares internacionales desarrollados por la jurisprudencia internacional, de manera que las declaratorias de estados de excepción atiendan a los principios de necesidad, proporcionalidad, temporalidad y razonabilidad.

En el caso de Guatemala, se prevé, al respecto, una gradación de cinco estados de excepción y ocho derechos constitucionales. Algunos de estos derechos son bastante amplios y su suspensión genera preocupación, como es el caso de la libertad de acción –el derecho de toda persona de hacer lo que la ley no prohíbe y de no ser obligada a acatar órdenes ilegales–, por lo que el Comité de Derechos Humanos ha estimado que suspender esa norma no parece ser compatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴².

Otras normas que reconocen derechos fundamentales y que no pueden ser suspendidas son las referidas a la detención legal y el interrogatorio de detenidos o presos. Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre ello, señalando que “la prohibición de la privación arbitraria de la libertad es un derecho inderogable no susceptible de suspensión’, inclusive ‘durante un conflicto armado interno’, o en otras circunstancias, como cuando se practique la privación de libertad por razones de seguridad pública”.⁴³

Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre la suspensión de las normas relativas a derechos fundamentales, ya que al adoptarse una decisión al respecto debe realizarse el control de constitucionalidad y de convencionalidad, de modo de analizar la normativa interna e internacional aplicable, así como la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos sometidos a su conocimiento.

Puede señalarse también que las garantías para el resguardo de los derechos no deben ser suspendidas, según lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso de Guatemala, esa previsión se mantiene, toda vez que no se prevé la suspensión de ninguna norma que reconozca tales

42 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Guatemala, 19 de abril de 2012, p. 12.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yarcé y otras vs. Colombia, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, n.º 325, párr. 141. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf.

garantías; es más, durante los estados de excepción señalados anteriormente, la garantía mayormente utilizada para denunciar actos que se estimaron arbitrarios, cometidos por autoridades, fue el amparo, debido al elevado número de derechos constitucionales cuya protección puede ser reclamada mediante este, y porque no existe ámbito que no sea susceptible de amparo.

Ahora bien, en cuanto a la normativa ordinaria, en el caso guatemalteco, genera preocupación que los estados de excepción se rijan por una Ley de Orden Público que data de 1965, y cuyas únicas reformas se realizaron en 1970, es decir, hace más de cincuenta años. Lo anterior por cuanto su contenido no puede ser enteramente compatible con la Constitución promulgada veinte años después, como tampoco puede ser acorde con los estándares internacionales actualmente vigentes. Por ello, es de suma urgencia que se aprueben reformas a la Ley de Orden Público, adecuando su contenido a la Constitución y a los tratados internacionales, lo que podría realizarse retomando la discusión de un proyecto que ya cuenta con dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.

El Estado de Guatemala, al igual que otros doce Estados en la región, recurrió a adoptar estados de excepción con ocasión de la pandemia del covid-19, los cuales se prolongaron durante varios meses. La situación extraordinaria debida al elevadísimo nivel de contagios de una misma enfermedad produjo un desbordamiento del sistema de salud, así como una crisis por la carencia de insumos o medicamentos para atender la situación. No obstante lo cual, en esas circunstancias, como en cualesquiera otras, es necesario que, de adoptarse un estado de excepción, se tome en consideración que esa medida debe reducirse a los casos estrictamente necesarios, adoptando la menor limitación de derechos y por el menor tiempo posible.

En lo referente a la jurisprudencia constitucional, se aprecia que la garantía mayormente utilizada para el reclamo de diferentes derechos fue el amparo, observándose una serie de acciones constitucionales de esta naturaleza que se otorgaron con efectos dirigidos a la colectividad o a un grupo de personas, por lo que en muchos casos trascendieron del caso concreto. En otros eventos, debido a la dilación procesal, el acto lesivo dejó de existir, por lo que al emitir la sentencia se denegó la protección constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

BONELLA, María Agustina, “Estados de emergencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: los principales retos de la pandemia de COVID-19”, *American University International Law Review*, vol. 37, n.º 2, art. 3.

- CENTRO DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS NACIONALES (CIEN), “Análisis del Fondo Bono Familia”, diciembre de 2020, documento preparado por el CIEN con el apoyo del Centro para la Empresa Privada Internacional (CIPE). <https://cien.org.gt/wp-content/uploads/2020/12/Documento-Analisis-Fondo-Bono-Familia.pdf>.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Ley permitió al Ejecutivo la adquisición de vacunas contra la Covid-19”. https://www.congreso.gob.gt/noticias_congreso/6772/2021/4.
- EL PERIÓDICO, “Altos precios de los medicamentos en Guatemala”, 7 de enero de 2020. <https://elperiodico.com.gt/opinion/2020/01/07/altos-precios-de-los-medicamentos-en-guatemala/>.
- ESCOBAR DE GUERRERO, Lorena, *Actualización de la Ley de Orden Público: aspectos innovadores*, Guatemala, Asociación de Investigación y Estudios Sociales, 2021.
- FUNDACIÓN MYRNA MACK, “Estados de excepción y derechos humanos”, junio de 2013. <https://myrnamak.org.gt/images/stories/fmm/archivos/analisis/2013/estados%20de%20excepcin.pdf>.
- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA, Ministerio de Economía, “Fondo de Protección llega a más del 60 por ciento de ejecución”, 11 de septiembre de 2020. <https://guatemala.gob.gt/fondo-de-proteccion-del-empleo-llega-a-mas-del-60-ciento-de-ejecucion/>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, XII Censo Nacional de Población y VII Censo Nacional de Vivienda en Guatemala, 2018. <https://censopoblacion.gt/explorador>.
- MINISTERIO DE SALUD, Tablero COVID. <https://tablerocovid.mspas.gob.gt/tablerocovid/>.
- NÓMADA, “COVID-19: Suspensión de contratos involucra a 93 mil trabajadores (inicia programa de Q75 diarios)”, 8 de mayo de 2020. <https://nomada.gt/pais/actualidad/covid-19-suspension-de-contratos-involucra-a-mas-de-93-mil-trabajadores-y-hoy-inicia-programa-de-q75-diarior/>.
- NOTICIAS IGSS, “Lanzan observatorio sobre precios de medicamentos, junio 2020”. <https://www.igssgt.org/noticias/2020/06/15/lanzan-observatorio-sobre-precios-de-medicamentos/>.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Actualizaciones orales e introducción a los informes de países de la Alta Comisionada y su Oficina sobre Colombia, Guatemala, Honduras, Chipre y Eritrea, 8 de marzo de 2022. <https://www.ohchr.org/es/statements-and-speeches/2022/03/oral-updates-and-introduction-country-reports-high-commissioner-and>.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos en Guatemala, A/HRC/49/20, 28 de febrero de 2022. <https://nube11.com/oacnudhdev/wp-content/uploads/2023/03/Informe-Anual-2021-WEB.pdf>.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos

Humanos, Situación de los derechos humanos en Guatemala, A/HRC/52/23, 26 de enero de 2023.

ONU MUJERES, “Dimensiones de género en la crisis del COVID-19 en Guatemala”. <https://lac.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Americas/Documents/Publicaciones/2020/04/Brief%20Guatemala%20Covid19.pdf>.

PROCURADURÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE GUATEMALA, “Derechos humanos y la pandemia COVID-19. Nota conceptual”, abril de 2020. <https://www.pdh.org.gt/documentos/investigacion/informes-covid-19/notas-conceptuales-1/4875-derechos-humanos-y-covid-19-nota-conceptual-26-abril-2020/file.html>.

DISPOSICIONES NORMATIVAS

DECRETOS GUBERNATIVOS - AÑO 2020

DECRETO 1-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/166-decreto-gubernativo-1-2020>.

DECRETO 2-2020, https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id_publicacion=80703.

DECRETO 3-2020, https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id_publicacion=80946.

DECRETO 4-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/171-decreto-gubernativo-4-2020>.

DECRETO 5-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/172-decreto-gubernativo-5-2020>.

DECRETO 6-2020, <https://www.export.com.gt/covid-19/sites/default/files/pdf/2020-05/DECRETO%20GUBERNATIVO%206-2020.pdf>.

DECRETO 7-2020, <https://covid19.contraloria.gob.gt/wp-content/uploads/2020/07/Decreto-Gubernativo-7-2020-COVID-19.pdf>.

DECRETO 8-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/181-decreto-gubernativo-8-2020>.

DECRETO 9-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/189-decreto-gubernativo-9-2020>.

DECRETO 10-2020, <https://sgp.gob.gt/wp-content/uploads/2020/06/DG-010-2020.pdf>.

DECRETO 11-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/195-decreto-gubernativo-11-2020>.

DECRETO 12-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/196-decreto-gubernativo-12-2020>.

DECRETO 13-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/199-decreto-gubernativo-13-2020>.

DECRETO 14-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/200-decreto-gubernativo-14-2020>.

DECRETO 15-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/201-decreto-gubernativo-15-2020>.

DECRETO 16-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/204-decreto-gubernativo-16-2020>.

DECRETO 17-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/205-decreto-gubernativo-17-2020>.

DECRETO 18-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/209-decreto-gubernativo-18-2020>.

DECRETO 19-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/210-decreto-gubernativo-19-2020>.

DECRETO 20-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/211-decreto-gubernativo-20-2020>.

DECRETO 21-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/212-decreto-gubernativo-21-2020>.

DECRETO 22-2020, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/213-decreto-gubernativo-22-2020>.

DECRETOS GUBERNATIVOS - AÑO 2021

DECRETO 1-2021, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/214-decreto-gubernativo-1-2021>.

DECRETO 2-2021, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/215-decreto-gubernativo-2-2021>.

DECRETO 3-2021, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/216-decreto-gubernativo-3-2021>.

DECRETO 4-2021, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/217-decreto-gubernativo-4-2021>.

DECRETO 5-2021, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/218-decreto-gubernativo-5-2021>.

DECRETO 6-2021, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/219-decreto-gubernativo-6-2021>.

DECRETO 7-2021, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/222-decreto-gubernativo-7-2021>.

DECRETO 8-2021, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/223-decreto-gubernativo-8-2021>.

DECRETO 9-2021, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/225-decreto-gubernativo-9-2021>.

DECRETO 10-2021, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/226-decreto-gubernativo-10-2021>.

DECRETO 11-2021, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/227-decreto-gubernativo-11-2021>.

DECRETOS GUBERNATIVOS - AÑO 2022

DECRETO 1-2022, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/228-decreto-gubernativo-1-2022>.

DECRETO 2-2022, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/168-decreto-gubernativo-2-2022>.

DECRETO 3-2022, <https://sgp.gob.gt/web/index.php/produccion/decretos-gub-disposiciones-pre/169-decreto-gubernativo-3-2022>.

DECRETO 4-2022, https://leyes.infile.com/visualizador_demo/index.php?id=85337#principio.

DECRETO 5-2022, https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id_publicacion=85777.

JURISPRUDENCIA Y OPINIONES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

OPINIÓN CONSULTIVA 919-2016 de 23 de noviembre de 2017.

SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE 1765-2020 de 18 de mayo de 2020, <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>.

SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE 1707-2020 de 10 de noviembre de 2020, <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>.

SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE 2758-2020 de 28 de enero de 2021, <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>.

SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE 4558-2020 de 7 de julio de 2021, <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>.

AUTO DICTADO EN EL EXPEDIENTE 4466-2021 de 21 de agosto de 2021, <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>.

SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE 2886-2020 de 24 de noviembre de 2021, <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>.

SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE 384-2022 de 25 de enero de 2022, <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>.

LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO*

Alfonso Herrera García**

INTRODUCCIÓN

Es obligado iniciar estas líneas con una certitud. Ninguna aplicación más o menos razonable de un ordenamiento jurídico puede determinar el éxito o el fracaso del combate a una pandemia como la que ha asolado al mundo desde inicios de 2020. Ninguna estrategia institucional, por más jurídicamente satisfactoria que sea, pudo ser suficiente para frenar los estragos a la salud pública de un virus con una potencialidad de contagio y de fallecimientos como la demostrada por el covid-19.

Fue entre febrero y marzo de 2020 cuando aparecieron los primeros contagios en los países latinoamericanos. El primer caso confirmado en México fue detectado el 27 de febrero de 2020, en la Ciudad de México. A partir de esos momentos, estuvo latente en nuestra región la pregunta acerca de qué podían hacer las constituciones políticas por sociedades inmersas en el peligro de una pandemia activa. Este interrogante tiene sentido no solo porque las medidas adoptadas por

* Este texto es producto de ideas preliminares desarrolladas en el marco del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 11 de marzo de 2022; y en el VII Desayuno Constitucional: “Constitución y emergencia sanitaria”, organizado por el Área de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 17 de julio de 2020. Agradezco a los participantes de ambas reuniones académicas sus reacciones y cuestionamientos sobre el tema, algunos de los cuales fueron tomados en consideración en la versión final de este trabajo.

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de posgrado en Derecho en la Universidad Panamericana (Ciudad de México). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1 del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt). Integrante del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. [@jAlfonsoHerrera](https://www.instagram.com/jAlfonsoHerrera). jaherrerag@yahoo.com.mx.

los gobiernos no pueden dejar de tener un asidero jurídico. En función de las diversas etapas pandémicas es perfectamente posible evaluar la pertinencia o la efectividad de esas medidas de cara a las posibilidades jurídicas que tenían los poderes públicos para afrontarlas.

Cabe cuestionarnos si el distanciamiento social y las medidas de higiene frente al contacto físico, recomendados por la Organización Mundial de la Salud, se implementaron con la debida oportunidad o con la intensidad pertinente, por ejemplo. También es posible valorar si las instituciones dispuestas dentro de las constituciones para atender estas emergencias han sido legítima o apropiadamente aplicadas. Todo ello, sin dejar de considerar la problemática situación que padecen muchas de las instituciones, tanto de salud como de seguridad pública, en nuestra región.

Al momento de cierre de este texto, México ocupa el quinto lugar mundial por número de fallecimientos ocasionados por el nuevo coronavirus (330.393, según cifras oficiales); y el segundo lugar en América Latina, solo después de Brasil, de acuerdo con los datos estadísticos de la Universidad Johns Hopkins.¹

En este trabajo presento una reflexión acerca de la problemática jurídico-constitucional mexicana. Esta situación evidencia, desde mi punto de vista, una ineficacia institucional debida a un conjunto de omisiones deliberadas frente a esta grave pandemia.

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA FRENTE AL CORONAVIRUS

En la discusión constitucional mexicana –que no en la discusión política, donde no tuvo lugar la ambivalencia– se advirtió que había dos posibilidades para enfrentar la crisis sanitaria. La primera, desplegar los efectos de la suspensión de derechos (art. 29 de la Constitución). La segunda, instalar el llamado Consejo de Salubridad General por casos de “epidemias de carácter grave” (art. 73 *ibid.*). Esta última posibilidad no implicaba una excepción constitucional, sino, en principio, medidas preponderantemente administrativas en el sector de la salud pública. El Gobierno federal mexicano no dudó en implementar el segundo procedimiento y excluir el primero.

Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, era posible pensar una distinta doble solución: a) declarar formalmente un estado constitucional de emergencia, con la consecuente identificación de derechos y libertades con

¹ Estos datos fueron obtenidos de la página web del *Coronavirus Resource Center* de esa Universidad: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.

tutela reforzada mientras se hiciera frente a la misma, y b) hacer convivir ambos mecanismos, estado de emergencia e instalación de Consejo de Salubridad, con una comprensión constitucionalmente adecuada de la crisis sanitaria.²

La declaración de excepción fue tratada en el estratégico discurso oficial como una ruta para suspender ilimitada e indiscriminadamente derechos y libertades. Tuvo un propósito muy claro: generar un rechazo social a la suspensión, mientras este escenario sí estaba verificándose (no sin llamativas complejidades, por supuesto) en otros países del mundo.

No obstante, la señalada vía dual de acción habría ceñido a las autoridades gubernamentales a someterse a los controles excepcionales del artículo 29 constitucional, en términos de derechos insuspendibles y de participación activa de los tres poderes de la Unión. Esa ruta dual habría involucrado directamente al Congreso Federal en el análisis de la emergencia. El Congreso habría tenido el deber de aprobar el decreto presidencial inicial de suspensión. Además, le habría obligado a analizar si debían concederse, o no, distintas autorizaciones al presidente de la República para hacer frente a las gravidades sobrevenidas de la crisis. El Congreso habría tenido facultades para revocar las medidas de carácter normativo que, motivadas por la pandemia, hubiera emitido el Ejecutivo federal.³ Habría tenido atribuciones para revocar incluso las medidas administrativas que adoptara el presidente, sin que al mismo pudiera asistirle una facultad de veto a este respecto. Todo ello está así dispuesto en el ya citado artículo 29.

Sin la declaratoria de excepción también se privó a la Suprema Corte de analizar de manera oficiosa el mismo decreto presidencial de suspensión y sus medidas sucesivas. Sin la declaratoria correspondiente, prácticamente se anularon los mecanismos públicos y dialógicos de la Constitución para enfrentar la pandemia. Exigibles todos ellos pese a la inexistencia de la ley reglamentaria del artículo 29. Por cierto, una ley que debió emitirse por el Congreso de la Unión

2 Una posición distinta a la aquí sostenida puede verse en M. A. Zeind Chávez, “Suspensión de derechos o declaratoria de emergencia sanitaria, ¿cuál es la vía idónea para enfrentar el Covid-19?”, *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, México, 18 de marzo de 2020. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=11192>.

3 En los meses pandémicos proliferaron acuerdos presidenciales de dudoso apego a la legalidad o a la constitucionalidad, incluso algunos con nula conexión con la crisis sanitaria, pero emitidos en el marco de esa dinámica regulatoria. Un ejemplo de ello es el denominado “Acuerdo por el que se dispone de la fuerza armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 2020. En torno a ese acuerdo se han reunido interesantes análisis en N. González Martín (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Un acuerdo desconcertante, ¿emergencia por motivos de salud o de seguridad?*, México D. F., IJ-UNAM, 2020.

desde el 11 de junio de 2012, por mandato de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, sin que al momento, más de diez años después, se haya expedido.⁴

LA JURISDICCIÓN EVADIDA: SUPREMA CORTE Y PODER JUDICIAL COMO GUARDIANES DE LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS EN UNA EMERGENCIA SANITARIA

La reforma del 10 de junio de 2011 introdujo la competencia de la Suprema Corte para que, de oficio, revisara “inmediatamente” los decretos expedidos por el Ejecutivo durante una suspensión de derechos. Este elemento procedimental es inédito para el constitucionalismo mexicano y resulta claramente revelador de la transformación democrática del mecanismo de la suspensión.

Dice el párrafo relativo del artículo 29 de la Constitución: “Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez”.

Esta competencia es la única que la Constitución reconoce a la Suprema Corte como una atribución que puede ejercer de oficio, desde el impulso mismo del control jurisdiccional, esto es, sin que medie petición de parte alguna. La configuración competencial cobra todo su sentido por el extraordinario interés social que recae sobre un acto del poder público de tanta gravedad para el Estado y para la sociedad. En este tenor, el control de regularidad de la medida puede activarse por la propia Corte desde el momento inmediatamente posterior a aquel en que esos actos hayan tenido lugar.

Por otro lado, aun cuando no se prevé de manera expresa una vía diferente al control oficioso, no hay razones jurídicas valederas para negar la procedencia del juicio de amparo en contra de actos concretos de aplicación del decreto suspensivo, aun por vicios de la propia legislación de emergencia.⁵ Así incluso sucedió

4 Véase el artículo cuarto transitorio del Decreto de reforma respectivo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del 2011. Junto a E. Ferrer Mac-Gregor escribimos un comentario a este precepto constitucional: “Artículo 29”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9.^a ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, t. VII (Sección tercera), Cámara de Diputados - SCJN - TEPJF - CNDH - INE - Senado de la República - IJJ-UNAM - Editorial Porrúa, 2016, pp. 669-694.

5 En ese sentido, véase H. Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 111, 2004, p. 851; I. Burgoa, *Las garantías individuales*, 41.^a ed., México D. F., Porrúa, 2011, pp. 230-242; J. Carpizo, “México, la Constitución y las situaciones de emergencia”, en J. Carpizo, *Temas constitucionales*, 2.^a ed., México D. F., Porrúa - UNAM, 2003, p. 45.

en determinados supuestos durante la única experiencia histórica de excepción bajo la Constitución de 1917, hoy aún vigente.

Cuando se emitió el decreto de suspensión publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 1942 (con motivo de la participación de México en la Segunda Guerra Mundial), la correlativa Ley de Previsiones Generales, reglamentaria de ese decreto, estableció en su artículo 18 la improcedencia del juicio de amparo cuando se reclamara la inconstitucionalidad de alguna disposición de las leyes de emergencia o de algún acto derivado de ellas. La Suprema Corte, al conocer de casos de aplicación de esa Ley, estableció que la improcedencia del amparo no podía ser lisa y llana, sino que debía analizarse la debida aplicación de las leyes de emergencia en cada caso, y resolver en consecuencia. Además, determinó que el amparo en tiempos de excepción no era improcedente si las leyes reclamadas no estaban relacionadas con la suspensión de garantías.⁶

En el marco actual puede igualmente sostenerse que dependería de los méritos de cada caso concreto dilucidar la admisibilidad del juicio de amparo en un contexto de emergencia. Podría pensarse que, si se cumplen a cabalidad las exigencias de la suspensión, por ejemplo, que se suspenda un derecho no indicado como “insuspendible”, y que efectivamente haya debido decretarse para hacer frente rápida y eficazmente a una situación emergente, se actualizaría la improcedencia de un amparo. Sin embargo, por regla general, en estos casos no podría desecharse un juicio sin un análisis de fondo de los planteamientos de una demanda.

Por tanto, en términos generales, el juicio de amparo también resultaría una vía idónea para que los tribunales de la Federación analizaran la supuesta vulneración a cualquiera de los elementos que la Constitución y el orden internacional imponen a las autoridades en circunstancias extraordinarias. De hecho (si bien fuera de un contexto formal de suspensión), ese ha sido el rol del amparo durante la pandemia del covid-19, a través del cual jueces federales se han pronunciado sobre posibles vulneraciones a derechos y libertades, a veces incluso con medidas de suspensión de actos reclamados.

Ahora bien, al respecto debe asimismo tomarse en cuenta lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver la improcedencia de la suspensión de las “garantías judiciales indispensables” para la protección de derechos insuspendibles, así como respecto de la institución del *habeas corpus*. En la Opinión Consultiva OC-8/87, dicha Corte estimó que tanto el *habeas corpus*, establecido en el artículo 7.6, como el recurso de amparo, consagrado en

6 Para un análisis pormenorizado del artículo 18 de esa Ley, véase Burgoa, *op. cit.*, pp. 231-242.

el artículo 25.1, ambos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), son “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos cuya suspensión está prohibida, y, en esa medida, ellas mismas constituyen también derechos insuspendibles.⁷

En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia interamericana, los artículos 7.6 y 25.1 son *implícitos* derechos insuspendibles a los efectos del artículo 27.2 de la CADH.⁸ Ello dista de ser irrelevante para la comprensión de este tema en el sistema constitucional, considerando que una conclusión contraria compromete las obligaciones del Estado mexicano con el sistema interamericano de derechos humanos y con la comunidad internacional.⁹

Finalmente, cabe cuestionarse acerca de la posibilidad de controvertir actos y normas relativos al procedimiento de suspensión de derechos y garantías mediante otras vías de control de constitucionalidad, como las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad.

En lo tocante a las controversias constitucionales (conflictos de competencia), no debieran suscitarse demasiadas dudas en que también constituye una potencial vía para impugnar tanto decretos de suspensión como otros actos en diversas etapas de los procedimientos. En esta vía es posible considerar como eventual objeto de impugnación las leyes emanadas de las facultades presidenciales extraordinarias para legislar, así como las etapas del procedimiento mediante el cual el Congreso otorgue las mismas.¹⁰ Para ello, desde luego, sería necesario que las controversias fueran promovidas por un sujeto legitimado, a

7 Ambas instituciones se hallan indisolublemente unidas en razón de que el amparo es el género, en tanto que el *habeas corpus* es uno de sus aspectos específicos. Véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, n.º 8, párr. 34.

8 *Ibid.*, párrs. 42-43 y su punto resolutivo. *Mutatis mutandis*, véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, n.º 9, párrs. 26, 31-33.

9 Al respecto, permítasenos otra remisión a E. Ferrer Mac-Gregor y A. Herrera García, “La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9.ª ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, t. V (Sección segunda: Transversalidad constitucional con perspectiva convencional), México D. F., Cámara de Diputados - SCJN - TEPJF - CNDH - INE - Senado de la República - IJ-UNAM - Editorial Porrúa, 2016, pp. 925-947.

10 Coincido en este punto con lo planteado por J. R. Cossío Díaz, *La controversia constitucional*, México D. F., Porrúa, 2008, pp. 144-145.

la luz del artículo 105, fracción I, de la Constitución, en contra de actos de los poderes públicos que participan en estos casos.¹¹

Por cuanto hace a las acciones abstractas de inconstitucionalidad, considerando que no existe una causal expresa de improcedencia, en el sistema en vigor no habría obstáculo legítimo alguno para negar su análisis por la Suprema Corte.¹² En mi opinión, no alteraría esa conclusión el hecho de que las leyes sean “de excepción”, a diferencia de aquellas que se generan en la normalidad constitucional, por más que aquellas leyes no son producidas por el Poder Legislativo, sino por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades delegadas.

Las condiciones de anormalidad incentivan aún más un escenario de control jurisdiccional sobre esas leyes. Además, toda vez que en la actualidad la Corte está facultada de manera expresa para conocer de la validez de los decretos de suspensión, no se advierten razones suficientes para negar que pueda juzgar la constitucionalidad y validez de las leyes de emergencia cuando el control sea instado por un sujeto legitimado en acciones de inconstitucionalidad.

Como se observa, los límites a los poderes políticos en un estado de excepción constitucional son en la actualidad sumamente amplios y complejos. También lo son, por tanto, los controles que desde la máxima Corte del país pueden y deben desplegarse en esas extraordinarias circunstancias. Se trata de un precio apenas justo que hay que pagar a cambio de un intervencionismo estatal legítimo que, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, permitiría hacer frente a crisis que pongan en entredicho la existencia misma del Estado o que pongan en grave riesgo a la sociedad mexicana.

El impacto extraordinario que ha demostrado el coronavirus en México se traduce en la constatación de más de 330.000 fallecimientos oficialmente considerados, con motivo de la enfermedad que provoca. Esta sombría situación ubica al país como destacado ejemplo negativo en el concierto mundial. Si ese impacto extraordinariamente dramático para la sociedad no ameritaba formalizar una excepcionalidad constitucional (porque la hubo *de facto* en ciertos aspectos, y de manera incontrolada, como lo referiré a continuación), entonces

11 Cfr. A. Herrera García y E. Caballero González (eds.), *Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional con jurisprudencia*, México D. F., Tirant lo Blanch, 2017, pp. 9-11.

12 Por la importancia de su pensamiento en estos temas, tómesese en cuenta que, al analizar el esquema anterior a la reforma de 2011, Fix-Fierro fue de la opinión de que las acciones de inconstitucionalidad resultarían “notoriamente improcedentes para combatir las leyes de emergencia que dictara el presidente de la República en uso de facultades extraordinarias” (H. Fix-Fierro, “Artículo 29”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 18.ª ed., t. I, México D. F., Porrúa - IJ-UNAM, 2004, p. 508).

ninguna otra circunstancia podría considerarse capaz de reunir los presupuestos normativos de inusitado riesgo para la sociedad, bajo la perspectiva del artículo 29 constitucional.

LA EVASIÓN DE CONTROLES DEMOCRÁTICOS COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL

La situación ocurrida bajo la pandemia del coronavirus ha reflejado el extremo indeseable contrario al sentido democratizador de las emergencias: un Congreso federal ausente en la peor crisis de salud pública y potencialmente económica que haya experimentado el país en todo un siglo. Una Suprema Corte que no tuvo ocasión de emitir un pronunciamiento inmediato relevante respecto de ninguna acción u omisión relacionada con la pandemia. El Poder Judicial apenas pudo emitir resoluciones adyacentes, mediante resoluciones cautelares de jueces federales en juicios de amparo, en una lógica difusa y, por tanto, inconexa de los casos.¹³

Como lo he afirmado, la aplicación del artículo 29 constitucional habría fijado un caparazón jurídico infranqueable a ciertos derechos fundamentales. Habría llevado, por ejemplo, a decretar la prohibición de suspender derechos tales como la integridad personal, la protección de la familia, los derechos de la niñez o los derechos políticos, así como las garantías judiciales indispensables para la protección de estos propios derechos, entre otros básicos, en consonancia con el artículo 27 de la CADH.

Así, tampoco se activó la obligación de notificar las medidas gubernamentales a la Organización de Estados Americanos, en términos del respectivo tratado. La Convención Americana es, para México, como se dijo, un ordenamiento que agrega límites irreductibles a la actuación estatal en el procedimiento de suspensión de derechos.¹⁴

Adicionalmente, cabe considerar un escenario que en todo caso debió materializarse, pese a la evasión del artículo 29 y las consecuentes omisiones que ello conllevó. En mi opinión, si la Constitución preveía limitaciones estrictas para afrontar un estado de emergencia, el sentido finalístico de ellas no podía

13 Para un ejemplo de estos juicios, véase Y. García Montero y S. Hernández León, “Ciencia, derecho y covid-19: el amparo sobre los equipos de protección del personal de salud”, *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, México D. F., 1 de junio de 2020. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=11592>.

14 Así, también, P. Salazar Ugarte, “Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción”, en E. Ferrer Mac-Gregor, J. L. Caballero Ochoa y Ch. Steiner (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. I, México D. F., SCJN - UNAM - Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 237.

ignorarse cuando se optó por el procedimiento habilitante de facultades formalmente administrativas de cara a la pandemia. El hecho de no transitar los dificultados controles del estado de emergencia y las reglas correlativas de la suspensión de derechos no podía interpretarse en el sentido de que la vía de la gestión administrativa se sustraería de dichos controles. La sistemática constitucional no podía pretender el absurdo de que, si no pueden ser suspendidos ciertos derechos en la excepción, en cualquier otro caso sí pueden implícitamente serlo. Como, por ejemplo, en el caso de un estado de “normalidad” con especiales atribuciones epidemiológicas para autoridades administrativas.

Sin embargo, *de facto*, esa anomalía sí se verificó en una cierta medida en la realidad: se decretó en sede administrativa la suspensión de actividades denominadas “no esenciales”, con restricciones a la libertad de comercio, la libertad de movilidad o la libertad de trabajo, mediante acuerdos de autoridades sanitarias.¹⁵

El discurso oficial siempre intentó comunicar que la “suspensión” de derechos implicaba la mera “suspensión”, sin tutela reforzada de derechos básicos, y el uso de la fuerza para hacer valer coercitiva e indiscriminadamente esas limitaciones. Sin mencionarlo, o más bien, en la búsqueda deliberada de ignorarlo, buscó legitimar la inhabilitación del artículo 29.

El estado constitucional de emergencia, bien comprendido, fija límites democráticos a la autoridad presidencial. En cambio, sin decretarlo formalmente, en tiempos de coronavirus se abrió paso a limitaciones ilegítimas. Se dejó a la merced y a la voluntad de los acuerdos del Poder Ejecutivo el goce y ejercicio de libertades. Las restricciones a las actividades económicas y laborales se sujetaron a fuentes ajenas a la ley y se prescindió de la intervención de los máximos órganos del Estado mexicano para analizar las preocupaciones de la pandemia.

ALGUNOS CASOS (TARDÍOS) ANTE LA SUPREMA CORTE

Como se mencionó al principio, el primer caso confirmado de contagio por covid-19 en México fue detectado el 27 de febrero de 2020, en la Ciudad de México. Ha sido casi un año después cuando una sala del máximo Tribunal del país se pronunció por primera vez para resolver un caso jurisdiccional relacionado con la pandemia. Por su parte, el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte lo hizo casi dos años después.

15 Véase J. J. Garza Onofre, S. López Ayllón, I. Luna Plá, J. Martín Reyes y P. Salazar Ugarite, “México: democracia en vilo –y Constitución también–”, en N. González Martín y D. Valadés (coords.), *Emergencia sanitaria por covid-19. Derecho constitucional comparado*, México D. F., IJ-UNAM, 2020, pp. 109-112.

En su sesión de 20 de enero de 2021, al resolver vía remota las controversias constitucionales 72/2020 y 96/2020, la Segunda Sala reconoció la validez de dos decretos que había emitido el Poder Ejecutivo del Estado de Sonora vinculados con la declaratoria estatal de emergencia por covid-19 y la reapertura de actividades económicas en esa entidad federativa del norte del país. En esencia, la Sala reconoció que una entidad federativa cuenta con facultades para regular estas materias, entre otras razones, porque el régimen federal no impide su competencia para decretar medidas de vigilancia epidemiológica, prevención y control de enfermedades transmisibles de naturaleza aguda e infecciosa, como la derivada del virus SARS-CoV2.

Durante el año 2021, las salas analizaron otro par de casos en los cuales el covid-19 constituyó un elemento fáctico relevante. La Primera Sala determinó que en el contexto de la pandemia podía suspenderse la convivencia presencial entre padres e hijos a efecto de que se realizara a distancia, a través de medios electrónicos (contradicción de tesis 267/2020).¹⁶ Mientras que la Segunda Sala negó la suspensión de un acuerdo federal que preveía la política nacional de vacunación contra el virus SARS-CoV-2, en el territorio de un municipio (recurso de reclamación 30/2021-CA).¹⁷

En cambio, el Tribunal Pleno pudo analizar un asunto vinculado con la pandemia hasta su sesión del 8 de febrero de 2022. Se trata de la acción de inconstitucionalidad 48/2021 (control abstracto), en la cual estudió la constitucionalidad de una reforma a la Ley Estatal de Salud del Estado de Nuevo León. Esta reforma de orden estatal había establecido el uso obligatorio de cubrebocas como medida de seguridad durante el tiempo que permaneciera vigente una emergencia sanitaria declarada por la autoridad competente. El análisis se concentró en un aspecto competencial: se concluyó que esa regulación no transgredió las competencias de la federación en materia sanitaria porque tenía cobertura en una habilitación normativa reconocida a las entidades federativas en la Ley General de Salud. Esta Ley es una fuente legítima, de acuerdo con una línea de jurisprudencia constitucional, en cuanto la materia de salubridad general es concurrente para la federación y los estados de la República.

Sin embargo, son dos los casos más destacados que sobre la pandemia del covid-19 ha resuelto la Suprema Corte, ambos en el año 2022. Por tanto, ambos prácticamente irrelevantes para coadyuvar con el difícil combate del Estado mexicano al nuevo coronavirus, considerando el inoportuno –por desfasado– momento de su debate y resolución.

16 Resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte el 17 de marzo de 2021.

17 Resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte el 2 de junio de 2021.

En la contradicción de tesis 152/2021, resuelta en la sesión de 25 de mayo de 2022, la Segunda Sala resolvió que el personal médico del sector privado debía ser vacunado contra el virus SARS-CoV₂ en iguales condiciones que el del sector público. En el caso, dos tribunales federales habían sostenido criterios contradictorios en dos fundamentales temas: el primero, si la suspensión en el amparo debía analizarse de oficio o a petición de parte; el segundo, si debía concederse la medida cautelar en casos en los que se reclamara la omisión de las autoridades sanitarias de vacunar contra el coronavirus a médicos del sector privado que prestaban servicios médicos cotidianos. La resolución que negaba otorgar la medida cautelar, asumida por uno de los tribunales federales discrepantes, tenía su base en la aplicación irrestricta de la política nacional de salud, que excluyó a los médicos privados de los grupos prioritarios de la población candidata a la vacunación.¹⁸

La Segunda Sala determinó que, en términos de la Ley General de Salud, en la medida en que tanto el personal del sector público como el del sector privado forman parte del mismo sistema nacional de salud, las autoridades encargadas de aplicar la vacuna contra el covid-19 debían suministrar a todos, en las mismas condiciones y tiempos, las dosis y refuerzos posteriores de la vacuna. Ante el hecho de no contar con la vacuna (que en México fue administrada exclusivamente por la autoridad federal), los médicos privados prestaron atención médica sin la protección inmunológica necesaria para disminuir altas probabilidades de contagio, o para evitar el desarrollo de formas graves de la enfermedad. Así, la omisión de vacunar a los médicos del sector privado constituyó un acto discriminatorio y violatorio de su dignidad humana.

Además, se determinó que la medida cautelar que al respecto se solicitara en la demanda de amparo debía concederse, de oficio y de plano, a todas las personas médicas que reclamaran la omisión de la vacunación por parte de las autoridades sanitarias responsables de ejecutar esa política. Así debía interpretarse el artículo 126 de la Ley de Amparo, con base en el cual la suspensión ha de otorgarse en casos de peligro de contagio y, en consecuencia, cuando haya riesgo de pérdida de la vida por la prolongada exposición directa a altas cargas virales.

Por otra parte, son también trascendentes (igualmente, por su temática, que no por su oportunidad) las contradicciones de tesis 255/2021 y 8/2022, ambas decididas por el Tribunal Pleno el 27 de junio de 2022. En estos casos, la discrepancia entre los tribunales colegiados de circuito involucrados consistía en si

¹⁸ Véase la estrategia de vacunación, etapas y logística establecida en Gobierno de México, “Política nacional de vacunación contra el virus SARS-CoV₂ para la prevención de la COVID-19 en México. Documento rector”, versión 5.1, 28 de abril de 2021, en especial, pp. 31-44. https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/04/28Abr2021_13h00_PNVx_COVID_19.pdf.

debía concederse, o no, la suspensión del acto reclamado en juicios de amparo en los que se hubiere promovido la omisión de aplicar la vacuna contra el virus SARS-CoV2 a niñas y niños (entre 5 y 11 años) y a adolescentes (entre 12 y 17 años) sin comorbilidades.

La Suprema Corte determinó que la omisión de aplicar las vacunas autorizadas por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) colocaba a las niñas, niños y adolescentes que no contaran con dichas vacunas en una situación de riesgo de contagio. Por lo que, en caso de contraer la enfermedad, resultaría físicamente imposible restituir su derecho a la salud.

El artículo 127 de la Ley de Amparo, fracción II, establece que el incidente de suspensión debe abrirse de oficio “siempre que se trate de algún acto que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce del derecho reclamado”. Por tanto, la Corte concluyó que en estos casos la suspensión debía concederse a niñas, niños y adolescentes que no padecieran alguna comorbilidad. Se determinó que en estos casos las autoridades responsables debían aplicar a personas demandantes que pertenecieran a este grupo etario, a la brevedad posible, el esquema completo de vacunación.

UNA CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA: ¿ES POSIBLE UNA APLICACIÓN CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA DE UN ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA?

Como he tratado de argumentar en estas líneas, frente a la impactante pandemia del covid-19, la Constitución mexicana proporcionaba al menos dos esquemas hipotéticos que no debieron considerarse indisolubles. Bien pudo haberse declarado formalmente la excepción con una función esencialmente persuasiva, no policial –y menos aún militarizante–, en el marco del combate a la pandemia. Al mismo tiempo, bien pudieron habilitarse facultades emergentes al Consejo de Salubridad General y a la Secretaría de Salud para afrontarla.

Una declaratoria de emergencia constitucionalmente adecuada pudo tener finalidades no necesariamente coercitivas en sentido fuerte. La Constitución puede aplicarse para conseguir otros efectos en el discurso gubernamental y, sobre todo, en la convivencia en espacios públicos durante una pandemia. Pudo buscar efectos didácticos en la conciencia social respecto a la magnitud del grave problema sanitario que se atravesaba. Pudo poner en el centro de la discusión pública las necesidades de cuidados extremos con talante pedagógico y también dialéctico.

Una declaratoria de emergencia constitucionalmente adecuada pudo ser posible para paliar, reducir o aminorar la discrecionalidad política. Al mismo tiempo, la jurisdicción constitucional pudo haber jugado el rol que la Constitución

le confería. Acaso su intervención en un proceso de control pudo haber paliado la unilateralidad y, aún más, la irracionalidad de ciertas decisiones. En lugar de ello, la discrecionalidad política ante un fenómeno epidémico con tan pocas certezas, además de indeseable, se reveló imprecisa, errática, confusa y contradictoria para la ciudadanía.

No puede pretenderse que las constituciones provean de soluciones inequívocas para casos extraordinariamente fortuitos. No se trata de apelar a la ilusión de que las normas jurídicas sean capaces de conseguir la suspensión automática de una pandemia. Tampoco se trata de trazar una solución institucional ajena a la debilidad que en México experimenta el Estado de derecho, la cultura de legalidad y de cumplimiento de la ley. O ajena a la fragilidad de la infraestructura de una seguridad pública no experimentada, ni menos profesionalizada, para esta clase de contingencias. No se trata de ignorar la desigualdad social y económica de carácter estructural que, como en otras latitudes, se padece en el país.

De lo que se trata es de que se tomen en serio los instrumentos que en algún momento histórico se establecieron precisamente para posibles escenarios de riesgo, que pusieran en entredicho la supervivencia de la población. Esos instrumentos no fueron incluidos de manera gratuita en la Constitución. No se previeron para protagonizar su inutilidad. Se establecieron y adaptaron para cumplir una función rectora, para disciplinar la actuación política frente a fenómenos incontrolables o difícilmente controlables por la voluntad humana. Se pusieron ahí para algo: para sentar pilares democráticos frente a potenciales crisis.

Los estados de urgencia o emergencia no son licencias para la arbitrariedad o la discrecionalidad incontrolada. El Estado de derecho no habilita su exención en estados de emergencia. Por el contrario, en circunstancias pandémicas, debe comprenderse como habilitante de mecanismos para conseguir la legítima protección de los bienes en juego. Permite que las políticas se sometan a las respuestas de la ciencia, así como, primordialmente, a las técnicas jurídicas propias del Estado democrático de derecho.

En definitiva, toda Constitución democrática tiene un indudable papel que cumplir incluso en los desoladores e inciertos tiempos de una pandemia.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

BURGOA, I., *Las garantías individuales*, 41.ª ed., México D. F., Porrúa, 2011.

CARPISO, J., "México, la Constitución y las situaciones de emergencia", en Jorge CARPISO, *Temas constitucionales*, 2.ª ed., México D. F., Porrúa - UNAM, 2003.

- FERRER MAC-GREGOR, E. y A. HERRERA GARCÍA, “Artículo 29”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9.ª ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, t. VII (Sección tercera), México D. F., Cámara de Diputados - SCJN - TEPJF - CNDH - INE - Senado de la República - IJJ-UNAM - Editorial Porrúa, 2016.
- FERRER MAC-GREGOR, E. y A. HERRERA GARCÍA, “La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9.ª ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, t. V (Sección segunda: Transversalidad constitucional con perspectiva convencional), México D. F., Cámara de Diputados - SCJN - TEPJF - CNDH - INE - Senado de la República - IJJ-UNAM - Editorial Porrúa, 2016.
- FIX-FIERRO, H., “Artículo 29”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 18.ª ed., t. I, México D. F., Porrúa - IJJ-UNAM, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, H., “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º III, 2004.
- GARZA ONOFRE, J. J.; S. LÓPEZ AYLLÓN, I. LUNA PLÁ, J. MARTÍN REYES y P. SALAZAR UGARTE, “México: democracia en vilo –y Constitución también–”, en N. GONZÁLEZ MARTÍN y D. VALADÉS (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Derecho constitucional comparado*, México D. F., IJJ-UNAM, 2020.
- GOBIERNO DE MÉXICO, “Política nacional de vacunación contra el virus SARS-CoV2 para la prevención de la COVID-19 en México. Documento rector”, versión 5.1, 28 de abril de 2021. https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/04/28Abr2021_13h00_PNVx_COVID_19.pdf.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Un acuerdo desconcertante, ¿emergencia por motivos de salud o de seguridad?*, México D. F., IJJ-UNAM, 2020.
- HERRERA GARCÍA, A. y E. CABALLERO GONZÁLEZ (eds.), *Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional con jurisprudencia*, México D. F., Tirant lo Blanch, 2017.
- SALAZAR UGARTE, P., “Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción”, en E. FERRER MAC-GREGOR, J. L. CABALLERO OCHOA y C. STEINER (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. I, México D. F., SCJN - UNAM - Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- ZEIND CHÁVEZ, M. A., “Suspensión de derechos o declaratoria de emergencia sanitaria, ¿cuál es la vía idónea para enfrentar el Covid-19?”, *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, México, 18 de marzo de 2020. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=11192>.

DECISIONES JUDICIALES

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, n.º 8.

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, n.º 9.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Controversias constitucionales 72/2020 y 96/2020, resueltas por la Segunda Sala el 20 de enero de 2021.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO., Contradicción de tesis 267/2020 resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte el 17 de marzo de 2021.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, Recurso de reclamación 30/2021-CA resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte el 2 de junio de 2021.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Acción de inconstitucionalidad 48/2021, resuelta por el Pleno el 8 de febrero de 2022.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Contradicción de tesis 152/2021, resuelta por la Segunda Sala el 25 de mayo de 2022.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Contradicciones de tesis 255/2021 y 8/2022, resueltas por el Pleno el 27 de junio de 2022.

LA POLÍTICA GUBERNAMENTAL PARA COMBATIR EL COVID-19 Y EL CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

César Landa*

MARCO DE EMERGENCIA EN EL PERÚ

Aspectos teóricos sobre la declaración de emergencia

Desde el 6 de marzo de 2020, fecha en que se tuvo conocimiento público, en el Perú, del “paciente cero” infectado con el coronavirus, proveniente de Europa, el Gobierno tomó las siguientes acciones: (i) El 11 de marzo declaró el estado de emergencia sanitaria por noventa días a través del Decreto Supremo n.º 008-2020-SA, el cual fue prorrogado, mediante los decretos supremos n.º 020-2020-SA, n.º 027-2020-SA, n.º 031-2020-SA, n.º 009-2021-SA y n.º 025-2021-SA, hasta el 3 de marzo de 2022; (ii) El 15 de marzo declaró el estado de emergencia constitucional, por quince días, por medio del Decreto Supremo n.º 044-2020-PCM, por catástrofe sanitaria. Este Decreto fue prorrogado diez veces, hasta que se emitió el Decreto Supremo n.º 184-2020-PCM, el cual declaró nuevamente el estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que estaban afectando la vida de la Nación como consecuencia del covid-19. Este último fue prorrogado trece veces, hasta enero de 2022, la última vez mediante el Decreto Supremo n.º 186-2021-PCM.

Como se observa, en el Estado peruano, para afrontar los efectos del covid-19, se ha empleado la figura del estado de emergencia. Este se inscribe en lo dispuesto en la Constitución de 1999, la cual dispone que todas las personas tienen derecho a la protección de la salud propia, del medio familiar y de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (art. 7); en consecuencia, el Estado determina la política nacional de salud, y el Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Asimismo, es responsable de diseñarla y conducirla

* Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. clanda@pucp.edu.pe.

en forma plural y descentralizada para facilitar el acceso equitativo de todas las personas a los servicios de salud (art. 9).

En esa misma línea, la Constitución dispone que son deberes especiales del Estado los de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, garantizar los derechos humanos y promover el bienestar general, entre otros (art. 44); asimismo, que cuando lo requiera el interés nacional, el presidente de la República puede dictar decretos de urgencia, en materia económica y financiera (art. 118-9), y declarar el estado de emergencia. Este se encuentra previsto en el artículo 137.1 constitucional y es utilizado cuando se está ante situaciones de perturbación de la paz o el orden interno, o en caso de catástrofes o graves circunstancias que afecten la vida de los civiles. Este estado de excepción posibilita que se restrinja o suspenda el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y la de tránsito en el territorio. Acorde al artículo 200 de la Constitución, esta limitación de derechos debe basarse en un examen de razonabilidad y proporcionalidad, y en ningún supuesto puede permitir que se destierre a alguien.

No existe una regulación constitucional sobre la emergencia de salud pública

Si bien dicho desarrollo teórico parece lo suficientemente amplio, las señaladas provisiones constitucionales, y, en específico, el estado de emergencia, han resultado, en realidad, insuficientes e incompletas para atender las epidemias regulares y las pandemias del cólera, antes, y del covid-19, en la actualidad, debido a la ausencia de medidas de emergencia sanitarias *ad hoc* dada la magnitud mundial de la pandemia; la misma que nos ha azotado, con una segunda y, luego, una tercera ola, producida por la mutación del coronavirus. Lo cual nos lleva a pensar que, si existiera, entre los estados de excepción constitucionales, uno específico para declarar la emergencia sanitaria, lo que en la actualidad no ocurre, la respuesta de las instituciones públicas y privadas podría tener mayor rapidez, fuerza normativa y cobertura presupuestal y administrativa para atender oportunamente los derechos fundamentales de las poblaciones afectadas, y en particular, de las más vulnerables.¹

En efecto, el actual sistema constitucional de los estados de excepción incluye la causal de catástrofe, pero esta no ha tenido un desarrollo legal ni práctico, reduciéndose a buscar asegurar el orden público mediante la limitación de algunas libertades civiles ciudadanas –libertad personal, libertad de tránsito, derecho

¹ H. González, *Estado de no derecho. Emergencia y derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2015, p. 35.

de reunión e inviolabilidad del domicilio–, y que por conexidad afecta otros derechos no restringidos –al trabajo, a la educación– y libertades económicas –de empresa, de contratar–.

Sin embargo, el estado de emergencia en caso de pandemia o endemia epidemiológica no habilita a dictar específicamente normas de emergencia –como decretos de urgencia, que son normas con fuerza de ley– para atender a las poblaciones afectadas en sus derechos de bienestar, esto es, para asegurar el fortalecimiento de los servicios públicos de salud, la movilización del personal sanitario con los adecuados equipos de bioprotección, la adquisición y distribución de bienes para la subsistencia de las poblaciones vulnerables en aislamiento social, la cooperación necesaria de las clínicas privadas, la amplia solidaridad de los medios de comunicación para una adecuada y objetiva información respecto de las acciones gubernamentales sobre la pandemia, y ello en el respeto de la intimidad de las personas y de la población contagiada y/o víctima de la misma, entre otras medidas urgentes y transitorias.

La implementación de un nuevo sistema constitucional de las emergencias por catástrofe, sanitaria, en general, y epidemiológica, en particular, debería contar con la declaración de dicho estado de excepción desde el más alto nivel del Poder Ejecutivo, con la decisión del presidente y su Consejo de Ministros; lo cual le habilitaría, además de para expedir decretos de urgencia en materia económica y financiera, cuando lo requiere el interés nacional, también para dictar decretos de urgencia en materia sanitaria y socioeconómica, así como de carácter presupuestal y tributario, atendiendo de forma focalizada a la población de acuerdo a las necesidades de cada región, no solo de Lima.

Ello debería ser así, sobre todo, por cuanto el grado de afectación de las regiones depende de la naturaleza de la epidemia o pandemia; así por ejemplo, el dengue, la malaria, el zika o el chikungunya infectan más a las poblaciones de las zonas con climas tropicales de la selva amazónica y la costa norte, mientras que no llegan a las zonas altoandinas del país;² en tanto que el coronavirus del covid-19 tuvo un tardío y, en principio, menor impacto en las zonas altoandinas, menos vulnerables a dichas endemias.

Ello, ciertamente, no las hace inmunes a otras enfermedades, como las pulmonares respiratorias, debidas a las heladas en las zonas altoandinas (hasta menos de 20 °C) y también al “frijaje” en la selva tropical (hasta 0 °C), que producen

2 Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres (CDC) – Minsa, “Norma Técnica de Salud para la vigilancia epidemiológica y diagnóstico de laboratorio de dengue, chikungunya, zika y otras arbovirosis en el Perú”, Norma Sanitaria n.º 125 - MINSa/2016/CDC-INS, Lima, 2017. <https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/arbovirosis18.pdf>.

neumonías, sobre todo entre la población más vulnerable (niños, ancianos, mujeres embarazadas y personas con enfermedades crónicas).³

Con la declaración del estado de emergencia sanitaria se activaría un sistema de planificación del manejo de las crisis por pandemias, facultando la movilización de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, de ser el caso, para la protección de la salud pública, controlando el cumplimiento de las medidas de cuidado público ciudadano en las vías y espacios públicos; lo que requeriría legislar sobre el rol de estos cuerpos armados en materia de prevención y preparación frente a las crisis sanitarias; así como para brindar respuestas de emergencia acordes a las políticas públicas del Poder Ejecutivo, dirigidas a la recuperación de la salud pública, lo cual demandaría medidas presupuestales y financieras. Más aún si las Fuerzas Militares y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo con la ley, según dispone el artículo 171 de la Constitución; poniendo a disposición de la población civil afectada los servicios hospitalarios y médicos de aquellas instituciones, así como las unidades de transporte para la evacuación de urgencia de las personas que lo necesiten.

Todo ello será posible si se repiensa el rol del Estado democrático constitucional frente a las pandemias, ya que estas no son hechos de fuerza mayor repentinos e imprevistos que sobrepasan a la voluntad humana, sino que en la actualidad el Estado puede y debe prevenir, controlar y mitigar los daños a la salud y a la vida de las personas, con una adecuada institucionalidad constitucional para las emergencias sanitarias.

MEDIDAS ADOPTADAS PARA COMBATIR EL COVID-19: USO DE FUENTES LEGALES

Las medidas antipandémicas no han cumplido con los requerimientos constitucionales respecto a la limitación de derechos

Con posterioridad a la declaración de emergencia fueron adoptadas distintas medidas para combatir la pandemia a través de diferentes medios, tales como decretos de urgencia, decretos legislativos, leyes y ordenanzas. Como se consagra en la Carta Política del Perú, en el Estado existe un orden constitucional de valores, según el cual es de competencia nacional la limitación de las libertades

3 Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres (CDC) – Minsa, “Escenarios de riesgo por heladas y friajes en el marco del Plan Multisectorial 2018”, 2018. https://www.cenepred.gob.pe/web/wpcontent/uploads/Escenarios/2018/Anual/Heladas_Friaje/Noviembre_2017/ESCENARIO_RIESGOS_PMAHYF_2018.pdf.

y derechos de los civiles. En ese mismo sentido, el artículo 137.1 *ibidem* establece que corresponde, exclusivamente, al presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, declarar el estado de emergencia. Ya que estamos hablando de dar paso a la posibilidad de suspender o restringir derechos. Estas disposiciones deben ser respetadas por todos los niveles de gobierno, en tanto se trata de una de las normas más importantes del sistema jurídico nacional. Sin embargo, esto no ha sucedido en todos los casos. Durante 2020, a propósito del incremento en la propagación del covid-19, distintas entidades emitieron medidas que limitaban derechos de forma ilegítima, siendo uno de estos casos el de las provincias y municipalidades y sus “cierres de frontera”, y de lo cual es ejemplo lo ocurrido con la municipalidad de La Molina, como se pasa a ilustrar.

El 16 de marzo de 2020, en el portal oficial de dicha municipalidad, se publicó un comunicado titulado “La Molina se declara en estado de emergencia distrital e informa las medidas complementarias”. A través de este se adoptaron, entre otras, las siguientes disposiciones: “i) El cierre de fronteras distritales, garantizado por las Fuerzas Armadas, [la] Policía Nacional del Perú y la Gerencia de Seguridad Ciudadana. [...] vii) Autorizar ÚNICAMENTE la circulación del servicio delivery para la entrega de productos de primera necesidad y productos farmacéuticos”.⁴

Estos mandatos son, evidentemente, inconstitucionales, ya que a través de la citada declaratoria la municipalidad dispuso limitaciones a las libertades de los civiles (libertad de tránsito), materia que, como ya se ha explicado, es de competencia exclusiva del Gobierno Nacional, teniendo las municipalidades competencia tan solo sobre aspectos sociales y de gestión pública. Asimismo, aunque es cierto que una ordenanza municipal puede regular el tránsito urbano en su localidad, y esta, como otras regulaciones, puede tener efectos subsidiarios o colaterales en las libertades, las facultades para adoptar medidas por esa vía no son absolutas, ya que tales regulaciones deben estar enmarcadas en una ley y deben ser objetivas y razonables, criterios que no se respetaron en el caso en comento. Asimismo, respecto a la declaración de estado de emergencia, es menester resaltar que no tiene ningún tipo de validez, ya que esta no puede ser decretada por un alcalde, como sucedió en nuestro caso. Finalmente, el enunciado (vii) del comunicado va en contra del artículo 4 del Decreto Supremo 044-2020-PCM, donde es claro el imperativo que suspendía la actividad de los restaurantes.

Haciendo un balance general, es de resaltar que la tendencia en el Perú ha sido la de promover una cultura donde la mayor parte de las fuentes legales han

4 Municipalidad de La Molina, “La Molina se declara en estado de emergencia distrital e informa las medidas complementarias”, Lima, 2020. <https://twitter.com/Munimolina/status/1239548552562520070/photo/1>.

cumplido y se han ceñido a los requerimientos constitucionales respecto a la restricción de derechos; el caso de la municipalidad de La Molina es importante resaltarlo porque permite evidenciar las contingencias que enfrenta el Perú en el estado de emergencia. Sin embargo, no debe ser tomado como representativo.

MEDIDAS ADOPTADAS PARA COMBATIR EL COVID-19: PODERES DEL ESTADO/ÓRGANOS POLÍTICOS

Si hacemos una revisión de todos los decretos, leyes, ordenanzas y otras normas emitidas, es indudable el papel primordial del Poder Ejecutivo en la lucha contra la pandemia del covid-19. A diferencia del Gobierno, el Congreso ha enfrentado problemas, respecto de la capacidad de respuesta, con ocasión de la emergencia sanitaria, debido, sobre todo, al elevado número de congresistas y a los nuevos medios logísticos para llevar a cabo los plenos de forma virtual.

Según Campos,⁵ el Parlamento peruano tuvo que atravesar por tres retos para adaptarse a la virtualización: los problemas tecnológicos, los jurídicos y los derivados de la necesidad de garantizar la calidad de sus procesos democráticos. En ese esfuerzo, el Legislativo mutó a una modalidad mixta –gracias a la cual tanto los plenos como la reunión de las comisiones pasaron a basarse en un debate por medios electrónicos–, la cual, por un lado, representa un avance en términos de publicidad, si bien, por otro lado, implica una mayor responsabilidad respecto a la transparencia al momento de realizar el control preventivo, funcional y represivo del Parlamento.

De manera complementaria, durante este periodo se terminó de implementar la mesa de partes virtual del Congreso, se prohibió el ingreso de visitantes a sus instalaciones, se instauró la modalidad remota de labores para las distintas unidades orgánicas del Parlamento y, finalmente, se dispuso que solo podían asistir presencialmente los trabajadores que poseyeran un pase laboral, otorgado por el Ministerio de Interior en supuestos excepcionales.

Con independencia de la adaptación a la virtualidad, a modo de balance general, cabe decir que, desde la quincena de abril de 2020, el Congreso retomó con normalidad sus labores y hasta la fecha ha llevado con regularidad su agenda política.

5 M. M. S. Campos, “Democracia, parlamentos y deliberación en tiempos de pandemia”, en E. Blume y L. Sáenz, *Emergencia sanitaria por covid-19. Retos al constitucionalismo peruano*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2020, pp. 287-298.

MEDIDAS ADOPTADAS PARA COMBATIR EL COVID-19: REACCIONES MULTINIVEL

Interacción del nivel nacional con el internacional respecto a las decisiones tomadas

En los dos últimos años y debido a las características de la pandemia que hemos enfrentado, la interacción del nivel nacional con otros niveles ha sido constante. Hoy, más que en otros tiempos, los organismos internacionales hacen un intenso monitoreo de las políticas y la situación en general de los distintos países.

Si bien es menester saludar al Estado peruano, en virtud de las políticas emprendidas respecto a la prevención y eliminación del covid-19, las cuales serán detalladas en los siguientes apartados, también se debe reconocer que se han tomado decisiones que van directamente en contravía de los estándares internacionales. A continuación detallaremos algunos ejemplos.

El 27 de mayo de 2020, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) publicó el Comunicado n.º 120, titulado “La CIDH alerta sobre la crisis sanitaria en la Comunidad Indígena Urbana de Cantagallo, Perú”, a través del cual el órgano principal y autónomo de la Organización de Estados Americanos (OEA) llamó la atención al Estado sobre los impactos diferenciados e interseccionales de la pandemia respecto a la Comunidad Indígena Urbana de Cantagallo, integrada por familias provenientes del pueblo indígena shipibo-konibo y asentadas en Lima.

Según se reporta en el Comunicado, solamente el 30% de las familias de la comunidad accedieron a los bonos distribuidos por el Estado. Asimismo, esta habría recibido muy pocos servicios sociales básicos de las autoridades estatales y enfrentaba la insuficiencia de los servicios de agua y saneamiento, alimentación y otros. La comunidad tampoco habría recibido apoyo del Estado en relación con los fallecimientos producidos por el covid-19. Estos hechos van directamente en contra de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH (arts. 26, 4, 5 y otros) y la Resolución n.º 01/20 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual establece la obligación de los Estados, bajo una perspectiva interseccional, de garantizar los derechos de los pueblos indígenas al momento de adoptar medidas de contención de la pandemia.⁶

En esa misma línea, el 13 de noviembre de 2020, a través del comunicado de prensa R274/20, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH denunció que, a propósito de desestimular las protestas del 9 de noviembre de 2020, diversos agentes estatales habrían impuesto sanciones de 387 nuevos soles

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 01/20, Pandemia y derechos humanos en las Américas.

a los protestantes, equiparando la participación en una protesta con la celebración de reuniones sociales y recreativas, actividad prohibida en virtud de los protocolos de prevención del covid-19 en Perú. Esto, de acuerdo con la CIDH, con el objetivo de disuadir a las personas de salir a manifestarse, lo cual va en contra del derecho a la protesta y de las bases de una sociedad democrática, en la cual las personas tienen la libertad de reunirse pacíficamente, y el Estado, el deber de brindar todas las condiciones para que estos encuentros se lleven a cabo, premisa que no se cumplió en el presente caso.

MEDIDAS ADOPTADAS PARA COMBATIR EL COVID-19: CUESTIONES SUSTANTIVAS EN MATERIA DE DERECHOS Y LIBERTADES

A propósito de la aparición del covid-19, la vida cotidiana del Perú se ha transformado radicalmente, en la medida en que el ejercicio de los derechos, no solo de libertad personal, se ha visto limitado y restringido colateralmente por las decisiones de las autoridades para enfrentar la emergencia sanitaria, así como por la acción de las fuerzas policiales y militares, como se analiza a continuación.

Libertades personales: derechos de libertad

La medida del aislamiento domiciliario y la prohibición de la libertad de tránsito durante el toque de queda han llevado a las fuerzas del orden a realizar advertencias y conminar al retorno a su domicilio a los paseantes, al igual que a disponer el trabajo comunitario de los infractores, a lo que se suma el castigo corporal dispuesto por algunas rondas campesinas del norte del país (en Cajamarca). Se registra, de otra parte, la detención policial de más de 51.000 infractores solo durante el primer mes de cuarentena, lo cual pone en evidencia dos cosas: por un lado, el desacato de muchos ciudadanos que infringen las normas del aislamiento social necesario para romper la cadena de contagios, autojustificados la mayoría de las veces en la necesidad de trabajar en las calles, dada su actividad informal de sobrevivencia; y, por otro lado, la facilidad con que las fuerzas de seguridad llevan a cabo las intervenciones, detenciones y allanamientos domiciliarios, que en algunos casos se han realizado con el uso arbitrario y/o no proporcionado de la fuerza.

No obstante, el Congreso promulgó, el 28 de marzo de 2020, la Ley n.º 31012, Ley de Protección Policial, en virtud de la cual declaró la irresponsabilidad penal de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que en el uso reglamentario de las armas causaren lesiones o muerte, en cuyo caso no podrán ser detenidos, y el juez de la causa estará impedido de exigir un test de razonabilidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza pública letal.

Si bien cualquier infractor de las limitaciones de la libertad personal y de tránsito puede ser retenido por la policía para su identificación y/o detenido por 24 horas, ahora se han añadido multas que van desde 86 hasta 430 soles por las infracciones al aislamiento social. No obstante, resultó dramática la reacción de la población que, frente al recorte de la libertad de tránsito, durante el año 2020 convirtió la compra de alimentos en una forma de escapar al cumplimiento del aislamiento social, generando potentes focos de transmisión del coronavirus, en muchos mercados populares del país apenas controlables. Asimismo, no siempre se han visto bien utilizados los permisos para ir a trabajar y circular en vehículos privados, y se ha producido gran concentración de personas en los paraderos de buses, lo cual en un inicio alimentó el desconcierto y el desorden social, además de convertirse en un foco de expansión de la pandemia.

A esta situación se sumó el caso de 28.000 peruanos que se encontraron varados en distintos países al inicio de la pandemia, debido a la cancelación de sus vuelos con la declaratoria de la emergencia nacional y el cierre de las fronteras. Esto llevó al Gobierno a coordinar con las respectivas cancillerías “vuelos de Estado” o “vuelos humanitarios” para el intercambio de repatriados, lo que permitió el retorno de más de 12.000 nacionales del exterior, en ejercicio de su libertad de tránsito y residencia en su país, si bien sometidos a cuarentena en hoteles al llegar a la capital, a costa del Estado.

En el mismo sentido, después de tres meses del inicio de la pandemia, miles de personas y familias que se encontraban en Lima, procedentes de las ciudades del interior del país, ante las prórrogas sucesivas del estado de emergencia, y al no contar con recursos económicos ni poder trabajar para solventar su estadía en la capital –en especial, el hospedaje y la alimentación–, iniciaron marchas de retorno a sus lugares de origen, generando también focos de transmisión de la pandemia, en diversos puntos de salida de la ciudad –que concentra a casi un tercio de la población del país–. Ante ello, el Poder Ejecutivo organizó con los gobiernos regionales correspondientes el registro de más de 20.000 personas y procedió a su traslado humanitario, no sin antes realizar controles del coronavirus a la salida de Lima y a la entrada de las ciudades del interior del país. Estas personas no siempre fueron bien recibidas en sus propias localidades, por el temor a que fueran portadoras del covid-19.

Derechos políticos

Luego de la declaración del estado de emergencia sanitaria nacional en el Perú, en primer lugar, se realizó la Consulta Popular de Revocatoria del Mandato de Autoridades 2021, con la finalidad de consultar la permanencia o no en sus cargos

de 55 autoridades municipales distritales (13 alcaldes y 42 regidores), pertenecientes a un total de trece distritos de once departamentos del país. A través de la Resolución n.º 0166-2020-JNE y debido al brote del covid-19, esta fue postergada del 13 de junio al segundo domingo de octubre. De otro lado, se desarrollaron las elecciones generales de presidente y vicepresidentes de la República, congresistas y representantes peruanos ante el Parlamento Andino. Estas se llevaron a cabo el 11 de abril (primera vuelta) y, en el caso de las elecciones presidenciales, también el 6 de junio (segunda vuelta) de 2021, no siendo objeto de ninguna postergación.

Si bien, en elecciones anteriores, nuestro sistema electoral ya estaba transitando a una modalidad virtual, para las elecciones del 11 de abril la Oficina Nacional de Procesos Electorales - ONPE (autoridad máxima en la organización y ejecución de los procesos electorales) determinó que la modalidad de votación sería convencional en todo el país, es decir, presencial y escrita.

Con ese objeto, el Estado peruano gestionó un proceso electoral basado en la aplicación de los protocolos de sanidad establecidos por el Ministerio de Salud. Es así como se aplicaron, principalmente, las siguientes medidas. La extensión del horario (de 7 a.m. a 7 p.m.) y el establecimiento de un sistema de voto escalonado. De ese modo, se determinaron turnos con base en el último dígito del DNI para evitar las aglomeraciones. Finalmente, se estableció el uso obligatorio de mascarilla, careta y lapicero propio de tinta azul, así como el mantenimiento del distanciamiento físico.

En ese contexto se dieron distintos problemas relacionados con los derechos políticos de grupos de especial protección. En el caso de los pueblos indígenas, como informa la Defensoría del Pueblo, se observó poca difusión y capacitación entre la población indígena, en sus lenguas maternas, sobre el proceso electoral y el protocolo sanitario frente al covid-19, así como ausencia de instalación de mesas de sufragio descentralizadas.

En el caso de personas mayores, se observó la falta de adecuación de condiciones para atender a este grupo en específico. El día de la votación, estas hicieron largas colas, con la consiguiente aglomeración, sin la posibilidad de acceder a filas diferenciadas, lo cual representaba un mayor riesgo de contagio. Asimismo, se reportaron “11 casos de miembros de mesa que eran adultos mayores. De estos destaca el caso de Ica, donde dos personas adultas mayores con enfermedad crónica fueron obligados a conformar las mesas[:] una de ellas padecía cáncer y la otra hipertensión, [...] hecho [que] ocurrió en la Facultad de Educación de la Universidad San Luis Gonzaga”.⁷

7 Defensoría del Pueblo, “Elecciones generales 2021, Supervisión electoral de la Defensoría del Pueblo, Primera vuelta”, Serie Informes Especiales n.º 006-2021-DP, Lima, 2021.

Finalmente, es importante señalar que, según los registros de la ONPE, el ausentismo registrado en las elecciones generales de 2021 fue el mayor de los últimos veinte años.

Derechos sociales

Un derecho afectado directamente por la pandemia ha sido el derecho fundamental a la salud, debido a que las dimensiones exponenciales del contagio del covid-19 han demandado un sistema de salud público con el que el Perú no ha contado históricamente. Los esfuerzos gubernamentales por inyectar en el presupuesto público fondos extraordinarios para la mejora, ampliación y reforzamiento de los hospitales, o para la compra de millones de pruebas de covid-19, o para la contratación de personal sanitario, con el fin de evitar que los efectos del coronavirus sean más letales, ha sido encomiable; pero, sin duda, no ha sido suficiente, y ello debido tanto a la falta de solidaridad de unos como a la imposibilidad de otros para evitar ser infectados y servir de vectores para la transmisión del coronavirus.

Si bien los derechos fundamentales restringidos en la declaratoria del estado de emergencia son los derechos a la libertad y seguridad personal, la libertad de tránsito, la inviolabilidad de domicilio y el derecho de reunión, a fin de detener la propagación del coronavirus, en la práctica dichas limitaciones, por conexidad, han incidido negativamente en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho al trabajo: es así como en el segundo trimestre de la pandemia más de seis millones de trabajadores perdieron el empleo; pese a tratarse de derechos que en épocas de crisis deben ser tutelados para los grupos más vulnerables.⁸

Así, el Estado ha reconocido el derecho al trabajo para las actividades productivas y de servicios en la cadena de abastecimiento necesaria para que el país no se paralice, ni la población se vea desabastecida y/o desprotegida; llegando a establecer la figura legal de la suspensión perfecta del vínculo laboral para las empresas que lo soliciten, con el objeto de no despedir a miles de trabajadores sin ninguna protección: se trata de la adopción de una licencia sin goce de remuneración a la cual se han acogido más de veintidós mil trabajadores que, entretanto, reciben un bono mensual de 760 soles. Esto ha generado abusos de empleadores, que los inspectores del Ministerio de Trabajo se encuentran controlando, con el resultado, en algunos casos, de ordenar la clausura de actividades no

8 D. Bilchitz, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 15.

permitidas; pero la mayoría de las empresas han reconvertido el trabajo de oficina en trabajo domiciliario y en teletrabajo, de ser posible, o en una forma mixta.

En el caso de los trabajadores informales y los pequeños emprendedores, para que no constituyan un foco de infección, dada su movilidad y concentración ambulatoria en la vía pública, el Gobierno ha ido aprobando y otorgando diversos bonos, de 110 dólares aproximadamente, para subsistir en el estado de emergencia: “Bono yo me quedo en casa” para personas en pobreza, “Bono independiente” para los informales, “Bono rural” para los campesinos, y “Bono familiar universal 1 y 2” para quienes no hayan recibido los bonos anteriores; así como “Bono electricidad” para que las familias más pobres puedan pagar dicho servicio, y “Bono 600” para los hogares más afectados de regiones y provincias en el nivel extremo de la segunda ola de la pandemia. No obstante, el sistema público no cuenta con un sistema de registro universal de estas poblaciones vulnerables ni de gestión eficiente del reparto de los bonos, al punto que, en un inicio, solo se pudo ejecutar alrededor de un 75% de lo presupuestado.

El derecho a la educación también ha sido afectado por la pandemia, habiéndose suspendido de forma presencial en todos los niveles y movilidades, lo cual obligó, en marzo de 2020, a diferir el inicio de clases, y luego de dos o tres meses, a implementarlo mediante un sistema de educación a distancia a nivel escolar, con el apoyo de los medios de comunicación del Estado. En las escuelas privadas de pago, el Gobierno dispuso la posibilidad de modificar las pensiones escolares, dada la reducción de gastos en infraestructura y servicios en virtud de la implementación de la educación virtual. No obstante, según el Ministerio de Educación, se estima que unos 300.000 alumnos, equivalentes al 15% de la matrícula nacional –pública y privada–, dejaron la escuela en el año 2020.

A nivel de las universidades públicas, desde entonces se viene ofreciendo a sus alumnos educación virtual a distancia, mientras que las universidades privadas, usando el mismo método, vienen brindando facilidades de pago, mientras dure el estado de emergencia.

Por este motivo, es oportuno señalar que, si bien en estado de emergencia por catástrofe sanitaria pueden limitarse las libertades y los derechos conexos, estos no pueden ser anulados y mucho menos abusados. Dado que toda aplicación de medidas restrictivas de libertades y derechos, para ser constitucional, debe tener un fundamento normativo, con una finalidad legítima, asimismo: i) debe tratarse de medidas necesarias; ii) ha de establecerse que no existan otras que comporten una menor afectación para lograr el objetivo que se persigue, y iii) deben ser estrictamente proporcionales en su intensidad, en el grupo humano a impactar y en el tiempo de su duración.

De lo contrario, esto es, ante la violación y/o afectación desproporcionada de dichos derechos y libertades, en caso de estados de emergencia, el *habeas corpus* y la acción de amparo son los medios procesales con que cuenta la ciudadanía para que un juez constitucional se pronuncie sobre cualquier acto lesivo de tales derechos y libertades, si bien no sobre los motivos de la declaratoria del recorte de estos, como señala el artículo 200 *in fine* de la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 01019-2010-PHC/TC, dispuso que los presos de los centros penitenciarios merecen una especial consideración en la medida en que se encuentran bajo una especial relación de sujeción frente a la Administración penitenciaria, de lo que resulta que esta asume la responsabilidad de la salud de los internos.

Ciertamente, el nuevo Congreso unicameral, elegido el 26 de enero de 2020, tiene la potestad democrática de legislar y realizar el control político que considere oportuno y necesario. Pero el hecho es que, luego de unos primeros meses de desorientación política, la mayoría parlamentaria ha pretendido intervenir directamente en el manejo gubernamental de la crisis sanitaria, mediante pedidos de informes e interpelaciones ministeriales, así como con la aprobación de leyes –como la que anula el cobro del peaje de las vías concesionadas o las que autorizan el retiro parcial de aportes de los fondos de pensiones públicos y privados–, la regulación de algunos precios y tarifas de servicios públicos, el nombramiento automático del personal contratado del sistema de salud público, los topes a las tasas de interés bancario por préstamos, entre otras; algunas de las cuales han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.⁹

Sin embargo, desde que el entonces presidente de la República, Martín Vizcarra, dispuso la convocatoria a las elecciones generales –parlamentarias y presidencial– de 11 de abril de 2021, la mayoría parlamentaria inició el pedido de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, debido a que con la difusión de unos audios el presidente habría obstruido las tareas de investigación fiscal y parlamentaria, en relación con un supuesto contrato en el Estado de un político que habría recibido favores durante su período como gobernador regional de Moquegua entre 2012 y 2015. Esta moción de la oposición parlamentaria, en una primera votación sobre el contrato laboral, no alcanzó los 87 votos necesarios para declarar la vacancia presidencial, pero sí lo logró en una segunda votación sobre el caso de presunta corrupción. Debido a ello, el congresista Francisco Sagasti, presidente del Congreso, asumió la Presidencia de la República hasta el 28 de julio de 2021.

9 Véase Tribunal Constitucional, Exp. n.º 0006-2020-PI/TC, Exp. n.º 00011-2020-AI/TC y Exp. n.º 00016-2020-PI/TC.

Sin perjuicio de ello, queda claramente establecido que si bien se va remontando la expansión del covid-19, el retorno al goce pleno de los derechos y libertades no puede ser inmediato, sino al ritmo y de acuerdo con las cuatro fases de apertura establecidas, y siempre dentro de la prórroga de la declaración de la emergencia sanitaria y en el marco de un relativizado estado de emergencia –que igual limita derechos y libertades–. Ahora bien, dadas las fallas estructurales, no solo del sistema de salud, sino del sistema económico y social, se ha hecho muy difícil revertir rápidamente y con éxito la expansión de la pandemia y las consecuencias letales, al punto de que el Perú fue, a finales de 2020, uno de los países del mundo con mayor mortalidad por covid-19 en proporción a su población. A la fecha se han registrado más de un 1.800.000 contagiados y más de 65.000 muertos.

De allí que, en pleno proceso de desconfinamiento de la vida social y económica, no parezca una utopía volver a pensar de forma urgente en el uso de las nuevas políticas, con el empleo de la tecnología, para poder afrontar con éxito la segunda y eventual tercera ola de la pandemia del covid-19; se trata, cuando menos, de hacer un ejercicio de gobierno digital para la prevención y el seguimiento del coronavirus, siendo ello necesario y, además, posible.

Derechos económicos

Las medidas que se han adoptado para sostener la economía y hacer frente a los problemas financieros han sido las siguientes.

Cuestiones de finanzas públicas

Entre las principales medidas dispuestas e implementadas se encuentra Reactiva Perú. Este programa buscaba asegurar la continuidad en la cadena de pagos, otorgando garantías a las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas a fin de que pudieran acceder a créditos de capital de trabajo para cumplir con sus obligaciones de corto plazo con sus trabajadores y proveedores de bienes y servicios. Sin embargo, en el desarrollo de este programa se produjeron irregularidades. La Contraloría General de la República estableció que hubo casos de duplicidad y números de documento de identidad de deudor (RUC) inválidos, con ocasión del otorgamiento de créditos a beneficiarios de Reactiva Perú, identificándose asimismo empresas beneficiarias con RUC inexistente.¹⁰ Por otro lado, bajo la

¹⁰ Grupo Verona, “Contraloría encontró irregularidades en créditos de Reactiva Perú”, 23 de junio de 2020. <https://grupoverona.pe/contraloria-encontro-irregularidades-en-credit-os-de-reactiva-peru/>.

misma lógica de otorgamiento de subsidios se implementaron los programas Apoyo Empresarial a la MYPE (FAE-MYPE), Fondo Agroperú, Agrobanco, Fondemi, Crecer y otros.

De igual modo, se destinaron recursos a la inversión pública y al gasto corriente, siendo una de las inyecciones de dinero más representativas la efectuada a través del Decreto de Urgencia n.º 070-2020. Esta norma determinó transferencias presupuestales por más de 5.641 millones de soles y 1.173 millones de soles para modificaciones presupuestarias. Los recursos se destinaron para infraestructura educativa, vías urbanas y rurales, sector agropecuario, promoción cultural, contratación de personal, infraestructura productiva, bono familiar para construcción de vivienda propia, gobiernos locales y otros.

Finalmente, el Estado también ha realizado diversas emisiones de títulos en el mercado internacional para proveer de liquidez a su plan económico, siendo una de las más significativas el bono autorizado por el Ministerio de Economía y Finanzas por 3.000 millones de dólares.

Medidas para hacer frente al desempleo derivado de la pandemia

El desempleo ha sido uno de los factores de mayor preocupación por parte del Estado, por lo cual se han implementado distintos proyectos destinados a ponerle remedio. Además de la política de suspensión perfecta de labores, expuesta en el acápite anterior, el Estado ha brindado una serie de subsidios para empresas que generen empleo. Así por ejemplo, a los empleadores del sector privado se les hizo entrega de un bono salarial correspondiente al 35% por cada trabajador que devengara hasta 1.500 soles. Asimismo, se aprobaron programas para generar empleo, como el Plan Arranca Perú, mediante el cual se efectuó una inversión de 6.436 millones de soles, generando más de un millón de empleos en todo el país. Este plan comprendió cuatro sectores: Transportes y Comunicaciones (3.897 millones de soles en inversión y 570.000 empleos), Vivienda (1.472 millones de soles y 137.079 empleos), Agricultura (373 millones de soles y 76.555 empleos) y Trabaja Perú (694 millones de soles y 226.070 empleos). De la misma manera, se propuso la plataforma Empleos Perú, para que los ciudadanos pudieran acceder a ofertas laborales en el marco de la pandemia. Finalmente, se promovió la política a través de la cual los trabajadores quedaron posibilitados para retirar el 100% de sus indemnizaciones por desempleo.

Tecnología, derechos y pandemia

Desde hace unas décadas vivimos en una sociedad de la información, que progresivamente se ha ido transformando en los últimos años hacia una sociedad

digital, caracterizada esta, en el Perú, por el hecho de que en la actualidad hay más de 40 millones de líneas de móviles activas y el 89,9% de los hogares tiene al menos una tecnología de la información y comunicación (telefonía móvil, televisión por cable, computadora, internet o teléfono fijo).

De allí que el Gobierno haya aprobado, ya en 2018, el Decreto Legislativo 1412, Ley del Gobierno Digital, que sienta las bases de un gobierno electrónico, a través del desarrollo de plataformas digitales, no solo para la gestión pública sino también para los servicios digitales al público. Todo ello requiere de una arquitectura digital y de interoperabilidad, identidad digital y protección de datos. Por ello, en enero del año 2020, en etapa de prepandemia, se promulgaron el Decreto de Urgencia n.º 006-2020, que creó el Sistema Nacional de Transformación Digital, y el Decreto de Urgencia n.º 007-2020, que aprobó el Marco de Confianza Digital para prevenir los riesgos digitales. Ambas normas buscaron impulsar lo digital en medio de esta emergencia y poner la tecnología al servicio de la población.

Así, frente a la pandemia del covid-19, el 3 de abril de 2020, la Presidencia del Consejo de Ministros lanzó la plataforma digital “Perú en tus manos” –diseñada con el concurso de la academia, el sector privado y la cooperación internacional–, que servía para advertir a los ciudadanos sobre las zonas de las ciudades con mayor probabilidad de contagio del nuevo coronavirus, alertándolos al respecto antes de salir a realizar actividades permitidas durante y después de la cuarentena.

Adicionalmente, la aplicación les permitía a los ciudadanos realizar un “triaje digital”, orientado a la alerta epidemiológica, para conocer si estaban en riesgo de haber contraído el covid-19; en caso de estar contagiados, debían guardar aislamiento social obligatorio, reportar su estado de salud y actualizar sus síntomas para que el Ministerio de Salud (Minsa) pudiera atenderlos de manera oportuna.

Esta plataforma tenía previsto incluir el algoritmo “Trazado de contactos” para alertar a los ciudadanos sobre la posibilidad de haber tenido contacto directo con alguna persona afectada con el coronavirus, evaluando variables de cercanía y de tiempo con datos compartidos por los mismos ciudadanos. Asimismo, se proyectó registrar información de contacto sobre la emergencia, el mapa de la ubicación de hospitales, centros de atención y otros servicios relacionados con el covid-19.

Sin embargo, el Estado no tuvo la capacidad de implementar de manera completa y sostenida el gobierno digital contra la pandemia, mediante la aplicación del programa informático “Perú en tus Manos”, de modo que, si bien inició su uso público de forma progresiva, apenas pudo actualizar la información básica de las zonas de posibles contagios, pese a los intentos de relanzarla; al punto que en la actualidad dicha aplicación se encuentra inactiva. Lo anterior, debido a que el uso de los recursos tecnológicos no se basa únicamente en la adopción de normas legales y en la aprobación de una política para el gobierno digital, sino

que se requiere previa y/o simultáneamente de un período de maduración para la transformación digital.

Dicha transformación comporta fortalecer y orientar la cultura digital de los usuarios, la adaptación organizacional y administrativa de las instituciones y funcionarios, el compromiso de las empresas de telecomunicación y proveedores de los equipos y programas informáticos, las inversiones público-privadas y la formación y capacitación permanente. Tareas que, pese a las urgencias de atender la emergencia sanitaria, suponen la conversión del Estado, la sociedad y las empresas hacia una sociedad digital de acuerdo con objetivos, metas, plazos y resultados esperados, y no solo en el corto plazo, sino también en el mediano y el largo plazo; donde ocupa un rol central la persona, en tanto su defensa y el respeto de sus derechos es el fin supremo del Estado, la empresa y la sociedad. Por ello, cuando menos, se debería avanzar en el proceso de identidad digital.

Identidad digital en la lucha contra el covid-19

La identidad personal permite identificar formalmente a una persona, empezando objetivamente por el nombre propio, la imagen y el sexo; sin embargo, también se pueden concebir elementos subjetivos, como las costumbres, las creencias, datos de salud, que incluso pueden tener mayor relevancia en la vida social, como en época de pandemia.

Ello es así también en la actual sociedad de la información digital, debido a que se viene forjando la llamada identidad digital, a través de la cual las personas se vinculan a las redes, que albergan cada vez más información de los usuarios, quienes no solo se interconectan por asuntos personales sino también para, por ejemplo, el pago de impuestos, el cobro de salarios y bonos, la obtención de autorizaciones administrativas, licencias y permisos, o la tele-salud, el tele-trabajo, o la tele-educación, que el Estado ofrece a través del sistema digital.

Así, el Estado viene implementando el Documento Nacional de Identidad electrónico (DNLe), en sustitución del tradicional DNI. Este nuevo DNLe es el documento para la identificación digital estática, y lleva un chip electrónico que no solo porta información personal y biométrica del titular, sino que también le permite firmar digitalmente en cualquier trámite administrativo y transacción comercial, así como ejercer el voto electrónico, de acuerdo con la ley.

Pero, de hecho, la identidad digital dinámica se viene desarrollando a través del uso de internet, en la medida en que los usuarios de las redes y plataformas digitales, tienen que registrarse cotidianamente para acceder a información y servicios o productos en la red, brindados por el Estado y/o el mercado. De modo que el acceso a los distintos sistemas de registro de datos personales, para

acceder a los servicios públicos y privados, viene generando una identidad digital a partir del registro de la frecuencia y preferencia de visitas a determinados portales web y plataformas, pero también en virtud de la georreferenciación de la ubicación del dispositivo móvil de las personas.

Es así como la aplicación “Perú en tus Manos” pedía llenar datos personales obrantes en el DNI o el DNIe, para identificar y localizar el domicilio de las personas, permitiendo su geolocalización mediante el GPS de los teléfonos móviles inteligentes, a fin de mostrarles las zonas –manzanas– donde había registro de portadores del virus (color rojo) y de personas con síntomas del mismo (color naranja). En ningún caso, en principio, realizando una georreferenciación domiciliar individualizada, y menos aún ofreciendo datos personales del involucrado, por cuanto la protección de los datos personales garantiza la reserva de la información sensible, como son los datos de salud personal, conforme reconoce el artículo 2.5 de la Ley n.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

Si bien los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con el consentimiento de su titular, el artículo 14 de la Ley n.º 29733 establece limitaciones al consentimiento para el tratamiento de datos personales, entre otros casos, cuando tales datos se recopilen o transfieran para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias, cuando su recopilación o transferencia sea de interés del titular del dato o cuando medien razones de salud pública, ambas calificadas como tales por el Ministerio de Salud; y dispone que la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por competencia, deberá realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de la ley.

En ese entendido, el Gobierno aprobó el Decreto Supremo n.º 070-2020-PCM (17/4/20) que en el artículo 3.2 reza:

De modo excepcional y para fines estrictamente limitados a la identificación y seguimiento de casos sospechosos o confirmados de covid-19, se dispone:

- a) Únicamente en casos sospechosos o confirmados de Covid-19, las entidades administradoras de las centrales telefónicas de emergencia pueden acceder, además, al registro histórico de la localización o geolocalización del dispositivo desde el cual se realiza la llamada, inclusive, tres (3) días antes de su realización.
- b) Los concesionarios de servicios públicos de telefonía fija y móvil están obligados a brindar el acceso a la localización o geolocalización del dispositivo señalado en literal a) del presente numeral, de acuerdo con la capacidad y facilidades técnicas de cada operador, debidamente sustentadas.

Ahora bien, no obstante las provisiones normativas de la Constitución y las leyes, en la lucha contra el covid-19 ha sido una quimera alcanzar la capacidad, por

parte de la Administración Pública, para liderar y gestionar el rastreo mediante la geolocalización (GPS), logrando la ubicación de las personas contactadas por otra diagnosticada de covid-19, para examinarlas y, de ser su caso positivo, aislarlas en cuarentena y hacer un trazado digital de las otras personas con quienes estas estuvieron en contacto al menos en la semana anterior.

Lo anterior se ha debido a la histórica debilidad institucional del Estado en materia de salud, y sobre todo de atención preventiva en salud, más aún incorporando un nuevo componente digital. Por este motivo, la aplicación “Perú en tus Manos” no ha pasado de ser una suerte de “ensayo y error”; pero tal vez sea así como avanza no solo la ciencia, sino también los gobiernos, con las responsabilidades a que haya lugar.

Seguimiento digital al covid-19

Si bien los países asiáticos con los más altos niveles tecnológicos pudieron al inicio evitar que la pandemia del covid-19 se descontrolara en su expansión, no fue solo debido al hecho de contar con un gobierno digital y con el desarrollo de la identidad digital para contener la expansión del virus; sino, sobre todo, a su tradición cultural de obediencia a la autoridad que mantiene un poderoso aparato estatal, ya se trate de Corea del Sur, Japón, China, Singapur o Vietnam, y más aún en una situación de peligro de la salud pública.

De esa manera, pudieron obtener mejores resultados, incluso, que los países occidentales más ricos del mundo, pero fundados en las libertades individuales. Ahora bien, dado el des-confinamiento progresivo en ambas regiones, se han producido una segunda y una tercera ola de la pandemia, aunque de forma más focalizada en los Estados asiáticos, gracias al aprendizaje en la lucha contra el covid-19; en tales países el seguimiento digital es un instrumento de gobierno valioso y necesario, mientras que es tan solo de uso facultativo para los ciudadanos de las naciones occidentales.

En el Perú, ante el penoso fracaso de la lucha contra la pandemia en el marco del Estado de derecho, debido a razones históricas y sociales que se manifiestan en el modelo económico neoliberal de la Constitución de 1993, la cual infravaloró los asuntos públicos, como la salud pública, se requiere diagnosticar claramente las causas y nodos de la ineficacia parcial de las medidas gubernamentales. Lo anterior con el objeto de replantear objetivos, metas, indicadores de avances y medios adecuados para fortalecer la lucha contra el covid-19, en la etapas de des-confinamiento, y para coadyuvar a prevenir, controlar y revertir una segunda ola de la pandemia y prevenir una tercera. Esto en la medida en que ni el Estado ni la sociedad podían limitarse a esperar a que la vacunación

iniciada el 9 de febrero de 2021 lograra el “efecto rebaño” en el Perú en el curso de ese mismo año.

Si bien, ya en los orígenes de Occidente, Cicerón dictaminó: *Salus populi suprema lex* –la salud del pueblo es la ley suprema–, nuestra civilización ha llegado hasta nuestros días gracias al ensayo y error –Popper *dixit*–. Por eso es indudable que, si bien el ensayo gubernamental realizado para enfrentar la pandemia no ha obtenido plenamente los resultados esperados, de no ser por las medidas que se dictaron e implementaron las consecuencias para los derechos fundamentales de todos hubieran sido peores, sobre todo en el caso de los más vulnerables, y no solo en relación con la salud y vida de las personas, si comparamos no solo con países con presidentes negacionistas como los Estados Unidos de Trump, el Brasil de Bolsonaro o el México de Obrador, sino también con líderes de países no negacionistas como en Argentina o Colombia, lo cual hubiera traído resultados tremendamente dramáticos.

Por eso, ante la continuidad de la emergencia sanitaria y la extensión de la declaratoria del estado de emergencia, se debería relanzar el gobierno digital en materia de salud preventiva, mediante la transformación de la aplicación “Perú en tus Manos”. Con ese fin, habría que promover la obligatoriedad de la identidad digital, por razones de salud pública, implementando el registro y el trazado de la pandemia, a efectos de que las personas con registros de contagio permanezcan bajo observación y/o tengan restricciones horarias para salir, cuando deban estar en cuarentena; y de que a las personas con síntomas se les limite razonablemente la movilidad, si aún no han sido vacunadas.

El uso de las nuevas tecnologías no es neutral, ni está exento de instrumentalización económica y/o política, en su diseño empresarial/institucional, en su implementación gubernamental y en su aplicación ciudadana. Por eso, el relanzamiento del gobierno digital contra la pandemia debería basarse no solo en la protección del derecho a la salud personal, familiar y comunal, sino también en la incorporación de la participación de la ciudadanía, en especial de los jóvenes, para contribuir a la protección de la población más vulnerable; porque allí está en buena parte la razón del éxito o de un nuevo fracaso que ya no sería sostenible, humana ni políticamente. Lo cual también requiere repensar el rol del Estado, la sociedad y las empresas, en términos de una reforma constitucional.

EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES DURANTE LA PANDEMIA

En este contexto de emergencia, los tribunales peruanos han resuelto diversas controversias que han implicado la ponderación de la salud con otros derechos. A continuación describiremos tres de las sentencias del Tribunal Constitucional,

órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad del Perú, y a través de este ejercicio mostraremos la tendencia de los tribunales en sus decisiones respecto a este tipo de conflictos.

Caso Volcán Compañía Minera SAA

En el Expediente n.º 1749-2020-HC, Volcán Compañía Minera SAA, representada por Cesar Percy Cuba Vargas, interpuso demanda de *habeas corpus* solicitando que se dispusiera el cese del impedimento de tránsito y se dictaran medidas para salvaguardar la integridad de sus trabajadores frente a los actos del alcalde del Centro Poblado de San José de Andaychagua y otros. El demandante argumentó que se violó el derecho a la libertad de tránsito, ya que los demandados bloquearon la carretera e impidieron el acceso de sus trabajadores a la Unidad Minera Andaychagua. Los demandados, por su parte, sostuvieron que sus actos se justificaban en que la empresa no había cumplido con los protocolos sanitarios, lo cual ponía en riesgo su derecho a la vida y a la integridad personal.

Lo relevante de esta sentencia es que, a través del voto de la magistrada Ledesma Narváez, se afirmó la prevalencia del derecho a la salud y a la integridad, en el marco de la emergencia sanitaria nacional, frente al derecho a la libertad de tránsito.

4. Es en atención a lo anterior que, en mi opinión, la presente demanda debe desestimarse, pues considero que, en el caso en concreto, las medidas denunciadas responden al legítimo ejercicio del derecho a la protesta de las autoridades locales y pobladores *en la procura de la indemnidad de su salud e integridad*; en tanto la empresa no ha cumplido con las normas contenidas en el Decreto Supremo 080-2020-PCM, sobre la supervisión y fiscalización de los protocolos sanitarios por parte de los gobiernos locales; por lo cual, dichas medidas no constituyen una vulneración constitucional *per se* (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 00349-2004-AA/TC). [...]. 8. Por consiguiente, se advierte que, en el caso de autos, es ante la negativa de la empresa a coordinar con las autoridades del Centro Poblado San José de Andaychagua las actividades de fiscalización y supervisión, conforme al Decreto Supremo 080-2020-PCM, *que los demandados, amparándose en su derecho legítimo a la protesta, adoptaron las medidas denunciadas por motivos de seguridad ciudadana, con el objetivo de proteger su derecho a la salud e integridad dentro del marco de la emergencia sanitaria nacional.* (Énfasis agregado)

Así, el tribunal declaró infundada la demanda, estableciéndose un precedente para que las empresas respeten y cumplan los protocolos de sanidad por el bienestar de la población.

Caso Formalización del transporte terrestre de pasajeros en automóviles colectivos

En el Expediente n.º 00004-2021-AI, el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, representando al Poder Ejecutivo, interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 31096, “Ley que precisa los alcances de la Ley 28972, Ley que establece la formalización del transporte terrestre de pasajeros en automóviles colectivos”, solicitando que el Tribunal declarara su inconstitucionalidad por razones de forma y de fondo. El demandante sostuvo, respecto a los aspectos de forma, que la norma impugnada había sido expedida sin la deliberación suficiente que el procedimiento de aprobación de una ley requiere y que, lejos de precisar los alcances de la Ley 28972, difería de lo regulado por las leyes y reglamentos específicos. Y, en cuanto a los aspectos de fondo, señaló que dicha regulación permitía que vehículos con categoría M1 y M2 sin los requisitos técnicos necesarios y estándares mínimos de seguridad, realizaran el servicio de transporte terrestre de personas a nivel nacional, regional y local, con lo cual se afectaba la dignidad humana, la vida e integridad personal, el derecho a la salud, a la protección de los usuarios y el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado.

Lo relevante de esta Sentencia es que se dio a conocer la prevalencia del derecho a la salud, en el marco de la emergencia sanitaria nacional, frente al derecho a la libertad de empresa. Según los mencionados, con la Ley 31096 se estaría poniendo en riesgo la salud de los particulares, no solo por el alto índice de accidentes vehiculares que el diseño de su política implicaría, sino por el foco de propagación del covid-19 que representaría. Para fundar esta posición, el Tribunal se apoyó en los informes de la Defensoría del Pueblo acerca de la Ley objeto de estudio, los cuales sostenían que esta entidad se encontraba profundamente preocupada, ya que la formalización de autos colectivos para el transporte de pasajeros que implicaría no respetaría la distancia social para frenar el covid-19:¹¹

74. De igual forma, los argumentos que pretenden legitimar la circulación de los autos colectivos al amparo del derecho al trabajo o a la libertad de empresa también desconocen que dichos atributos no son absolutos y que, por el contrario, *deben ser limitados en contextos en los cuales el derecho a la vida se pone en evidente riesgo*. En esa medida, es aplicable al presente caso, *mutatis mutandis*, el criterio establecido en la sentencia recaída en el Expediente 07320-2005-PA/TC, fundamento 73 (caso “Buses-camión”) en los siguientes términos: “[...] En tal

11 Defensoría del Pueblo, “Transporte público no debe ser el nuevo foco de contagio del Covid-19”. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-transporte-publico-no-debe-ser-el-nuevo-foco-de-contagio-del-covid-19/>.

sentido, este Tribunal estima que –ante los hechos que son de conocimiento de la opinión pública, respecto de los peligros que representa el servicio de transporte de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, y los innumerables accidentes ocurridos– en materia de transporte el *Estado cuenta con un mayor campo de actuación, en la medida que de por medio se encuentran otros valores constitucionales superiores como la seguridad, la integridad y, por último, el derecho a la vida misma, el cual resulta ser de primerísimo orden e importancia, pues es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental*?. (Énfasis agregado)

Así, la mayoría del Tribunal, en virtud de la argumentación descrita, decidió declarar fundado este extremo de la demanda. Si bien, al final, la sentencia declaró infundado el pedido en su totalidad, ya que no se obtuvieron los cinco votos necesarios para declarar la inconstitucionalidad de la medida, es importante resaltar estos criterios que van ganando predominancia en el criterio de la mayoría de los jueces (3 de 5) del Tribunal Constitucional.

Caso Antauro Igor Humala Tasso

En el Expediente n.º 01134-2020-PHC/TC, Américo Prieto Barrera interpuso, a favor de Antauro Igor Humala Tasso, recurso de agravio constitucional contra la Resolución de fojas 309, de 2 de mayo de 2020, expedida por la Sala Mixta de Emergencia de los Distritos de Ancón, Santa Rosa y Puente Piedra de la Corte Superior de Justicia de Puente Piedra - Ventanilla, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus*. En este marco, el demandante, como pretensiones principales, solicitó el traslado del favorecido a un centro hospitalario por haber contraído la enfermedad del covid-19, así como la variación de la medida de prisión efectiva por la detención domiciliaria. Como primera pretensión accesorio, solicitó que, en resguardo de la vida del favorecido y para evitar el contagio del covid-19, se dispusiera el traslado a su domicilio al favorecido, a efectos de que cumpliera con el aislamiento social obligatorio; y, como segunda pretensión accesorio, que la permanencia en su domicilio se mantuviera.

Se alegó la vulneración del derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto a la forma y condiciones en que se cumplía la pena privativa de libertad. Asimismo, se alegó grave riesgo para la salud y vida de Antauro Humala, en conexión con su derecho a la libertad personal, por estar contagiado de covid-19.

Lo relevante de esta Sentencia es que pone de relieve la prevalencia del derecho a la salud, en el marco de la emergencia sanitaria nacional, frente al derecho

a la tutela jurisdiccional efectiva. Si bien las pretensiones fueron declaradas infundadas, el criterio del Tribunal es claro al sostener:

17. Lo relevante para el juez constitucional está en analizar el tratamiento brindado a la persona privada de su libertad por la dolencia que la aqueja y *determinar si ha sido razonable y proporcional, y encaminado a proteger su salud y su vida*, sin que ocurran agravamientos arbitrarios o ilegales respecto a las formas o condiciones en que cumple su detención. En suma, si se ha brindado al interno un tratamiento respetuoso de su dignidad. 18. En tal sentido, en el presente caso, es necesario determinar la situación médica del favorecido y analizar el tratamiento que le ha sido brindado por el INPE, así como las medidas adoptadas para proteger su salud y su vida por estar contagiado del COVID-19 [...] 21. Como puede apreciarse, la situación clínica del favorecido, a pesar de tener el COVID-19, es estable, y se le está brindando tratamiento local en aislamiento. (Énfasis agregado)

Como se evidencia, detrás de esta argumentación está la lógica del Tribunal según la cual, si, producto de la evaluación del tratamiento en la penitenciaría y de la situación de la persona privada de la libertad, se evidencia una afectación a la salud, en el contexto del covid-19, este derecho deberá prevalecer y, por lo tanto, se deberá ordenar la liberación de la persona.

En conclusión, la tendencia de los criterios empleados por el Tribunal Constitucional es garantista respecto a la salud de sus civiles. Así, frente a distintos conflictos, este ha priorizado el mencionado derecho con la finalidad de preservar el bienestar general y respetar tanto la Carta Fundamental como los estándares internacionales.

CUESTIONES VARIAS

Igualdad de género

La pandemia, en sí misma, así como las medidas que el Estado ha implementado frente a ella, han tenido un impacto en las mujeres peruanas. Se incrementó exponencialmente la violencia hacia este grupo en específico, aumentaron su carga doméstica y sus deberes de cuidado y, en consecuencia de lo anterior, se redujo su participación en el mercado laboral.

Frente a ello, el Estado, a través del Decreto Legislativo n.º 1470, estableció en cabeza de las juezas y los jueces el imperativo de atender todas las denuncias por cualquier forma de violencia, independientemente del nivel de riesgo que presenten las víctimas, debiendo ser comunicadas oportunamente al juzgado

competente. Asimismo, facultó a las juezas y los jueces para emitir las medidas de protección o cautelares de forma inmediata, sin necesidad de convocar a una audiencia, contar con la ficha de valoración de riesgo, el informe psicológico u otros; y también para priorizar la medida que establece el retiro del agresor. Entre otras iniciativas, el Estado implementó, amplió y reforzó la atención de la Línea 100 y el Chat 100 (servicios telefónico y de mensajería gratuitos, de información, orientación, consejería y soporte emocional en presencia de hechos de violencia familiar o sexual, o de maltrato), los Servicios de Atención Urgente (SAT) y el programa Hogares de Refugio Temporal (HRT).

Respecto a la continuidad laboral de las mujeres y su empoderamiento económico, si bien han existido coordinaciones para promover que sectores como Trabajo, Producción y otros tomen acciones para beneficiar a las mujeres, hasta el momento, además de la ley que amplía las medidas de protección laboral para mujeres gestantes y madres lactantes en casos de Emergencia Nacional Sanitaria, no se ha emitido ninguna norma específica que atienda la mencionada problemática. Por el contrario, como sostiene la Defensoría del Pueblo en su Informe “Importancia de la aplicación del enfoque de género en las medidas tomadas por el Gobierno durante el contexto del covid-19”, se han adoptado normas “neutrales” que están reforzando el impacto diferenciado de la pandemia en las peruanas.¹²

Políticas migratorias

Para evitar la propagación del covid-19, el Estado peruano dispuso, como una de sus primeras medidas, el cierre temporal de fronteras. Esto, aunado a la situación de pobreza e informalidad de una gran parte de personas migrantes en el país, supuso una mayor situación de vulnerabilidad por parte de este grupo en específico.

Frente a ello, el Ejecutivo emitió una serie de disposiciones, como el Decreto Legislativo n.º 1466, a través del cual habilitó la posibilidad de que las personas refugiadas y migrantes puedan acceder a prestaciones de servicios de salud presentando diversos documentos, como: carné de extranjería, pasaporte, permiso temporal de permanencia, carné de solicitante de refugio. Asimismo, estableció que la persona extranjera que cuente con un diagnóstico presuntivo o confirmatorio de covid-19 deberá ser afiliada al SIS subsidiado de manera directa y temporal. Si bien ello representa un avance, como mencionó la Defensoría del Pueblo en su Informe “Personas venezolanas en el Perú”, se han recibido diversas

12 Defensoría del Pueblo, “Importancia de la aplicación del enfoque de género en las medidas tomadas por el Gobierno durante el contexto de la Covid-19”, Adjuntía de los Derechos de la Mujer, Serie Informes Especiales n.º 016-2020-DP, Lima, 2020.

denuncias en el sentido de que se les ha negado la atención médica a personas venezolanas que presentaban un cuadro de coronavirus.

Asimismo, respecto a los procesos de regulación migratoria en Perú, se autorizó la reprogramación de citas relacionadas con trámites de procedimientos administrativos, la suspensión de los plazos administrativos y la multa por exceso de permanencia, y extender los plazos de los permisos especiales otorgados a las personas extranjeras para que puedan ausentarse del territorio nacional, así como a aquellas que son residentes y se encuentran fuera del país, desde la entrada en vigor hasta la culminación del Estado de Emergencia, suspendiendo los plazos previstos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de Migraciones. Si bien estas son medidas que ameritan un reconocimiento, respecto a la atención de solicitudes de refugio, y sobre todo cuando comenzó la emergencia sanitaria nacional, se reportó la falta de atención a solicitantes de la condición de refugiado, se cerró la Comisión Especial para los Refugiados, ubicada en distintos lugares del país, dejaron de recibirse nuevas solicitudes y tampoco se expedían nuevos carnés de solicitante de refugio.¹³

Finalmente, el Decreto Supremo n.º 068-2020-PCM autorizó, de manera excepcional, por razones humanitarias y previa coordinación con el Gobierno regional, realizar el traslado de las personas que se encontraban varadas en las regiones a nivel nacional. Lo que llama la atención es que tal medida era discriminatoria, ya que solo estaba habilitada para personas nacionales, excluyendo así a los extranjeros.

Estas son solo algunas de las medidas que, secundando la opinión de la Defensoría del Pueblo, evidencian que “el Estado no ha agotado los mecanismos y acciones necesarias que permitan una adecuada inserción social, laboral y económica de los refugiados y migrantes en el país”.¹⁴

Personas privadas de libertad

Coincidiendo con el Representante en América del Sur de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Jan Jarab, una de las problemáticas más urgentes en el contexto del covid-19 en los centros penitenciarios del Perú es el hacinamiento. Esto por cuanto en tales instalaciones se incrementan las posibilidades de contagio y se torna máxima la tensión e incertidumbre en su interior, poniendo en riesgo la salud de la población penitenciaria.

13 Defensoría del Pueblo, “Personas venezolanas en el Perú. Análisis de su situación antes y durante la crisis sanitaria generada por el Covid-19”, Serie Informes de Adjuntía n.º 002-2020-DP/ADHPD, 2020.

14 Defensoría del Pueblo, “Personas venezolanas en el Perú”, *op. cit.*

Con la finalidad de disminuir los niveles de hacinamiento, una de las primeras acciones estatales fue la emisión del Decreto Supremo n.º 1470, el mismo que establecía supuestos especiales, la mayoría vinculados con el riesgo de infección del covid-19, para la evaluación de Gracias Presidenciales (indultos humanitarios, comunes y conmutación de penas). Asimismo, a través del Decreto Legislativo n.º 1459, se optimizó la aplicación de la conversión automática de la pena para personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar, esto con la finalidad de otorgar penas alternativas, fuera de los centros penitenciarios, a personas privadas de la libertad. Finalmente, se propuso la revisión de medidas de coerción procesal y la vigilancia electrónica personal.

Esta última, en Perú, busca ser una alternativa a la prisión preventiva en el caso de las personas procesadas, y una pena sustitutoria para las personas sentenciadas. A propósito de ella, hasta el momento se han emitido dos decretos legislativos (n.º 1514 y n.º 1322) y la Guía de actuación del despacho judicial para la aplicación de medidas de vigilancia electrónica personal.

CONCLUSIÓN GENERAL

La pandemia del covid-19 ha significado para el Perú una dramática pérdida de más de doscientas mil vidas humanas, poniendo en evidencia la insuficiencia del modelo del Estado constitucional como garante de los derechos fundamentales, debido a la falta de políticas y legislación para la protección urgente del derecho a la salud, así como de otros derechos sociales. Y debido, también, a la falta de previsión de recursos e infraestructura sanitaria estatal, puesto que en el modelo de la Constitución de 1993 la salud fue establecida como un servicio sujeto exclusivamente a las reglas del mercado. Por ello, lo que se observó fue la falta de solidaridad de las entidades privadas de los servicios de salud frente a la población más vulnerables y necesitada.

Esta experiencia revela que es urgente que la Constitución sea reformada para incorporar la emergencia sanitaria y las correlativas respuestas sociales por parte de los poderes públicos y privados, para la atención prioritaria de salud de todas las personas, preventiva y no solo reparadora, en situaciones delicadas o graves de salud. Dejando de lado las medidas meramente represivas y restrictivas de los derechos y libertades, propias de los estados de emergencia ordinarios. Lo cual sería concordante con los estándares internacionales que promueven las garantías sociales de protección y reparación de la salud, sobre todo de los más vulnerables.

Asimismo, se revela como necesaria la plena incorporación del gobierno digital para contribuir, con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, a las tareas de prevención de las futuras pandemias, así como al

establecimiento de políticas y protocolos especiales para las poblaciones más vulnerables, a fin de evitar tratos discriminatorios en la protección de la salud, en razón de una situación económica o social, si es que no, también, por motivos de género, origen indígena o afroperuano, estatus migratorio, condición de privado de la libertad, de discapacidad, de adulto mayor, niño, niña o adolescente, pertenencia a la población LGTBI+, entre otros.

Finalmente, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, como instancias tutelares de los derechos y libertades, así como de control de los excesos –por acción u omisión– de los poderes públicos y privados, deben asumir, en el marco del bloque de constitucionalidad, la protección y reparación de los derechos violados, a raíz de las violaciones, también, a los derechos a la salud. Para lo cual debería crearse una Comisión de la Verdad de la Pandemia del Covid-19, que investigue y establezca las causas del desastre sanitario acontecido, y que sirvan al Estado peruano para que en adelante no se repitan las consecuencias fatales de una futura pandemia sobre la población, en especial la más vulnerable.

BIBLIOGRAFÍA

- BILCHITZ, D., *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómico*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- CAMPOS, M. M. S., “Democracia, parlamentos y deliberación en tiempos de pandemia”, en E. Blume y L. Sáenz, *Emergencia sanitaria por covid-19. Retos al constitucionalismo peruano*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2020, pp. 287-298.
- CENTRO NACIONAL DE ESTIMACIÓN, PREVENCIÓN Y REDUCCIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES (CDC) – MINSA, “Escenarios de riesgo por heladas y friajes en el marco del Plan Multisectorial 2018”, 2018. https://www.cenepred.gob.pe/web/wpcontent/uploads/Escenarios/2018/Anual/Heladas_Friaje/Noviembre_2017/ESCENARIO_RIESGOS_PMAHYF_2018.pdf.
- CENTRO NACIONAL DE ESTIMACIÓN, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres (CDC) – Minsa, “Norma Técnica de Salud para la vigilancia epidemiológica y diagnóstico de laboratorio de dengue, chikungunya, zika y otras arbovirosis en el Perú”, Norma Sanitaria n.º 125, MINSA/2016/CDC-INS, Lima, 2017. <https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/arbovirosis18.pdf>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 01/20, Pandemia y derechos humanos en las Américas.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Elecciones generales 2021, Supervisión electoral de la Defensoría del Pueblo, Primera vuelta”, Serie Informes Especiales n.º 006-2021-DP, Lima, 2021.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Importancia de la aplicación del enfoque de género en las medidas tomadas por el Gobierno durante el contexto de la Covid-19”, Adjuntía de los Derechos de la Mujer, Serie Informes Especiales n.º 016-2020-DP, Lima, 2020.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Personas venezolanas en el Perú. Análisis de su situación antes y durante la crisis sanitaria generada por el Covid-19”, Serie Informes de Adjuntía n.º 002-2020-DP/ADHPD, 2020.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Transporte público no debe ser el nuevo foco de contagio del Covid-19”. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-transporte-publico-no-debe-ser-el-nuevo-foco-de-contagio-del-covid-19/>.
- GONZÁLEZ, H., *Estado de no derecho. Emergencia y derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2015.
- GRUPO VERONA, “Contraloría encontró irregularidades en créditos de Reactiva Perú”, 23 de junio de 2020. <https://grupoverona.pe/contraloria-encontro-irregularidades-en-creditos-de-reactiva-peru/>.
- MUNICIPALIDAD DE LA MOLINA, “La Molina se declara en estado de emergencia distrital e informa las medidas complementarias”, Lima, 2020. <https://twitter.com/Muni-molina/status/1239548552562520070/photo/1>.

CONTROL CONSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS EN TIEMPOS DE LA PANDEMIA EN EL PERÚ

Jorge León Vásquez*

INTRODUCCIÓN

Las principales medidas para contener la pandemia del covid-19 en el Perú –como también en otros países– han implicado restricciones graves a los derechos fundamentales.¹ Se trata de un hecho sin precedentes en la historia del Perú y en la de muchos otros países.² Ha sido un desafío histórico para todos los responsables políticos de los Estados concretizar el difícil equilibrio entre la salud y la vida de la población, por un lado, y los derechos fundamentales individuales, por otro. En el proceso de gestión de la pandemia, además, tuvieron que sopesarse otros bienes esenciales: libertad y salud, protección del individuo y bien común, sociedad abierta y derechos humanos, etc. El debate sobre este equilibrio plantea cuestiones difíciles; más aún en un país con problemas estructurales de desigualdad y discriminación.³ Al mismo tiempo, nos hace ver la importancia de los derechos fundamentales, que en tiempos anteriores a la pandemia se consideraban evidentes.

* Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Posdoctorado en la Heirich-Heine-Universität Düsseldorf. *Doctor iuris* por la Universität Hamburg. Exbecario posdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt, en la categoría de Investigador Experimentado. Miembro del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales de la Fundación Konrad Adenauer, Estado de Derecho para Latinoamérica. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (Gidcydef) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. jorge.leon@pucp.edu.pe.

1 Al respecto puede verse C. Landa (coord.), *Constitución y emergencia sanitaria*, Lima, Palestra Editores, 2021.

2 Para el contexto latinoamericano, véase M. Morales, “El mandato transformador del Sistema Interamericano como respuesta a la pandemia a la luz del test democrático”, *I-CON*, vol. 19, n.º 4, 2021, pp. 1029 ss.

3 J. León, *Derechos a la igualdad y no discriminación*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP - Palestra Editores, 2021, pp. 15 ss.

La situación de la pandemia del covid-19 en el Perú, a 22 de febrero de 2023, reportaba: 4.485.147 casos positivos –tasa de positividad acumulada: 11.8%–; 219.389 defunciones confirmadas por covid-19; 4.211.986 pacientes dados de alta.⁴ Conforme ha ido evolucionando la situación de la pandemia en el Perú, los tribunales nacionales han venido resolviendo, cada vez más, casos relacionados con el covid-19, los cuales, con el paso del tiempo, se han diversificado también en su grado de complejidad y en la alegación de protección constitucional de los derechos fundamentales involucrados.

Tan es así que la jurisprudencia nacional ha reconocido que, en el contexto de acontecimientos imprevistos, puede ser necesario, por razones imperiosas de bienestar público, colmar lagunas normativas graves, inaceptables durante un período transitorio, en particular sobre la base de cláusulas generales, y de este modo permitir temporalmente incluso medidas muy intrusivas, que en sí mismas requieren una regulación especial. Por ejemplo, la Constitución peruana (art. 40) prohibía que un funcionario público percibiera dos remuneraciones del Estado, salvo por el desempeño simultáneo de la función docente. No obstante, durante la pandemia del covid 19, el personal de salud pudo recibir dos remuneraciones estatales, ya que no había suficiente personal sanitario para mantener en funcionamiento tanto los hospitales dependientes del Ministerio de Salud como los dependientes del Ministerio de Trabajo. Pero para poder hacerlo se tuvo que modificar dicha disposición constitucional, lo cual ocurrió en febrero de 2021.

Si la crisis sanitaria hubiera sido enfrentada con normas básicas “normales”, la situación de la pandemia del covid-19 hubiera sido peor de lo que fue. Sin embargo, subsistirá todavía la duda así como la discusión respecto de si el principio de legalidad fue respetado por el Estado, como se ha de garantizar en tiempos de normalidad, o si, por el contrario, fue flexibilizado hasta el punto de ceder sus exigencias ante las circunstancias de la grave crisis sanitaria. Precisamente, en la presente contribución se ofrece una presentación de algunos de los fallos judiciales más importantes que hasta ahora se han dictado en relación con el covid-19, no sin antes realizar algunas consideraciones generales sobre los derechos fundamentales en el contexto de la pandemia.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y COVID-19 EN EL PERÚ

Los tiempos de la pandemia del covid-19 estuvieron caracterizados por restricciones masivas de los derechos fundamentales. En la doctrina comparada, la

4 Véase Ministerio de Salud – CDC. Situación actual Covid-19, Perú 2021-2022, 2023. <https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/coronavirus/coronavirus220223.pdf>.

constitucionalidad de las medidas adoptadas por los Estados para enfrentarla fue, y lo sigue siendo, objeto de gran controversia. Una pandemia, por lo que se ha visto, no solo implica tiempos de profunda incertidumbre y de poca claridad sobre la enfermedad misma, sino que todo ello también se proyecta en el ámbito de la seguridad jurídica. Esto convierte a las restricciones de gran alcance de los derechos fundamentales durante la crisis del covid-19 en objeto de debate, pero al mismo tiempo en materia de análisis constitucional de mucha relevancia para la teoría de los derechos fundamentales.

Conectado con estas cuestiones aparece, pues, el tema de la extensión e intensidad de las restricciones masivas de los derechos fundamentales durante la pandemia del covid-19. Algunos consideran que las limitaciones estatales a los derechos han ido demasiado lejos. No solo se trata de sopesar la proporcionalidad de las restricciones en función de su duración, sino también de ponderar, por un lado, los intereses del individuo basados en sus derechos fundamentales y, por otro, el bienestar general, expresado en términos de la salud de la población.

Sobre lo primero, es necesario advertir que, con las medidas sanitarias adoptadas, el principio del Estado de derecho podía resultar afectado si las restricciones de los derechos fundamentales se mantenían más tiempo del necesario. En general, cuanto más duran las medidas restrictivas, más difícil resulta también justificarlas desde el enfoque de los derechos fundamentales. Seguramente, se puede proteger una sociedad, se puede proteger una economía, pero puede ser más discutible si el Estado debe proteger al individuo incluso a costa de la pérdida total de su libertad.

Medidas como el cierre de escuelas y universidades, el toque de queda o el aislamiento obligatorio interfieren significativamente en los derechos fundamentales, por lo que su duración se convierte en el tema central del análisis de constitucionalidad. Las medidas de restricción de derechos fundamentales se pueden sostener en el tiempo a condición de que la situación concreta de la pandemia lo justifique. Especialmente, se podían sustentar, para el caso que nos ocupa, sobre la base de los riesgos elevados que el covid-19 comportaba para la vida y la salud de las personas. Pero en el contexto inicial de la pandemia esto no fue fácil de analizar. En sus fases más críticas resultó muy difícil determinar si, por ejemplo, la restricción de la libertad de movimiento de una persona infectada y, por tanto, contagiosa, compensada por el hecho de que con ello se evitaba la infección de otras personas, debía mantenerse mientras no hubiera indicadores objetivos que sugirieran lo contrario.

En cuanto a lo segundo, si bien la discusión se centró en los componentes de la idoneidad y necesidad, no menos importante fue la evaluación de la proporcionalidad en sentido estricto. Quienes han visto con escepticismo la aplicación

de la proporcionalidad han considerado que, con las medidas para la gestión de la crisis sanitaria, el Gobierno llevó hasta el límite el Estado de derecho. El Estado de derecho, como se sabe, parte de la responsabilidad de cada uno con respecto a su libertad. Sin embargo, lo peculiar de una pandemia, como la del covid-19, es que el individuo que apela a su libertad es, al mismo tiempo, un riesgo para los demás. La apelación a la pura responsabilidad y libertad de cada quien se debilita por el hecho de que, al inicio de una pandemia, los conocimientos del Gobierno y de la población sobre las vías de propagación del virus son insuficientes para que los individuos puedan evaluar los peligros con certeza.⁵

A causa de este déficit de información, conocimiento y certeza, la pandemia del covid-19 no podía ser considerada un “asunto privado”, sino un problema público que exigía mucho más que la sola responsabilidad y libertad de cada individuo. Como se pudo observar incluso en aquellos países con proporciones menores de casos graves, el virus hizo que el número total de infectados llevara al sistema sanitario público, peligrosamente, hasta el borde del colapso. Esta fue una de las razones que justificaron la adopción de normas legales que prohibían, en el fondo, que los individuos asumieran riesgos bajo su propia responsabilidad, porque la posibilidad de que existieran consecuencias para todos era elevada.

Por supuesto, esta constatación no elimina la discusión sobre si el Estado peruano podía adoptar medidas diferenciadas, dada la diversidad de realidades en las distintas regiones del país.⁶ Incluso dentro de los grupos sociales con realidades “iguales”, no se tomaron suficientemente en cuenta las diferentes situaciones de vida de las personas. En este contexto, el papel del legislador fue prácticamente nulo, pues dejó por completo en manos del Ejecutivo el ajuste de las medidas individuales, no obstante que el Parlamento está llamado a decidir, en abstracto, sobre los conflictos de derechos fundamentales. El protagonismo del Gobierno en este tipo de situaciones de crisis, sin embargo, no es una anormalidad en el Perú, sino que constituye la expresión del diseño constitucional que otorga al Poder Ejecutivo la gestión de las situaciones de excepción.

Con la evolución de la pandemia también cambiaron los protagonistas. En el estado de cosas actual del covid-19 en el Perú, empieza a emerger el protagonismo tanto del Tribunal Constitucional como de los tribunales ordinarios. Se ha

5 E. Salmón, “Ante la pandemia: derechos, pero también deberes”, en AA. VV., *Democracia, derechos humanos y emergencia. Miradas a la respuesta del Estado y la sociedad a la pandemia*, Lima, Idehpuc, 2022, pp. 27 ss.

6 Al respecto, véase C. Lovón, “Derechos humanos en tiempos de pandemia: recomendaciones del Sistema Universal y del Sistema Interamericano frente al COVID-19”, en AA. VV., *Democracia, derechos humanos y emergencia. Miradas a la respuesta del Estado y la sociedad a la pandemia*, Lima, Idehpuc, 2022, pp. 33 ss.

transitado, por así decirlo, de la “hora del Ejecutivo” a la “hora de los tribunales”. Obviamente, el primer derecho que motiva el dictado de las decisiones judiciales es el *derecho a la salud*. Sin embargo, acá hay que resaltar que los tribunales no deberían limitarse a sopesar la salud y las libertades únicamente en un nivel abstracto, porque el resultado de ello es que la protección de la salud tiene prioridad siempre. Por el contrario, los tribunales están llamados a plantearse preguntas como, por ejemplo, la de qué contribución concreta hace realmente una medida particular para lograr la contención de una pandemia.

Antes de la pandemia hubiera sido difícil imaginar la intensidad con la que habría sido preciso restringir los derechos fundamentales. Pero, una vez entrados en la pandemia, la protección de la salud, que, por supuesto, era necesaria, lo abarcaba y solapaba todo. Además, algunas voces radicales sostenían que también en otros ámbitos de la realidad se pierden vidas y no por ello se detiene el desarrollo de las actividades humanas. Como ejemplos, dichas voces invocaban el tráfico vehicular o las emisiones contaminantes, con lo que pretendían dar a entender que si el Estado restringe los derechos de manera masiva como en la pandemia del covid-19, entonces no se debería permitir el tráfico rodado ni tampoco las emisiones contaminantes, porque mucha gente muere también a causa de estos factores.

Otro derecho fundamental involucrado es el *derecho general de libertad*. La premisa es que los individuos deben poder decidir por sí mismos si quieren exponerse a determinados riesgos. Por lo tanto, la responsabilidad individual genera como consecuencia que el Estado tenga que retractarse de las restricciones a los derechos fundamentales, porque el individuo tiene la posibilidad de protegerse a sí mismo. Desde esta perspectiva, el deber de protección del Estado solo se aplica cuando el individuo tiene que desplazarse en la esfera pública y entra en contacto con otras personas. En tales casos, ante una pandemia, deben considerarse normas de distancia, máscaras obligatorias y requisitos de higiene. Todas las demás medidas, respecto de las cuales el individuo puede decidir por sí mismo si hace uso de ellas o no, son responsabilidad exclusiva suya: el Estado no puede prohibirlas. Ya hemos visto, sin embargo, que una reivindicación de la libertad en estos términos no era admisible durante la pandemia, dado que cada decisión individual podía tener un alto impacto en la población en general.

Es lo cierto que con el debilitamiento de la capacidad de infección y de letalidad del covid-19 se observa ahora una recuperación de mayores ámbitos de libertad para los individuos, lo que debe ser compensado, no obstante, con la responsabilidad personal de los ciudadanos.⁷ Esto es particularmente relevan-

7 Sobre esto, véase L. A. Huamán, “Vacunación obligatoria frente a la COVID-19 en el Perú, legitimación democrática y limitaciones de derechos fundamentales”, *Derecho Público*

te con relación a la vacunación. En efecto, con la vacunación, la responsabilidad personal del individuo vuelve a desempeñar un papel relevante. Acá surge ya la cuestión de hasta dónde puede llegar la coacción estatal a la vista del artículo 1 de la Constitución, según el cual la *dignidad humana* es el fin supremo de la sociedad y del Estado. La respuesta es compleja, precisamente porque se trata de un derecho fundamental muy especial que no admite excepciones. Así, la obligación general de vacunar también sigue siendo controvertida. Su conformidad con los derechos fundamentales depende, sobre todo, de la forma concreta que adopte tal medida.

La intervención causada por la vacunación obligatoria no debe ser irrazonable y debe considerar la incidencia actual de la infección. Ciertamente, una obligación general de vacunación contra el covid-19 afectaría otros derechos fundamentales, como el de la integridad física. Pero, por otro lado, está el bien común, el intento de evitar una sobrecarga del sistema sanitario y la protección de grupos especialmente vulnerables, a los que el Estado tiene el deber de proteger de manera particular. En ese sentido, la vacunación obligatoria contra el covid-19 no significó en el Perú que las personas fueran conducidas por la fuerza a los centros de vacunación e inoculadas en contra de su voluntad. Contrariamente a lo que puede pensarse, durante la pandemia, las medidas de vacunación tuvieron menos de coacción y más de responsabilidad personal de los individuos. Esto no quita, por supuesto, que las restricciones indirectas de ingreso a locales públicos y privados en caso de no contar con el esquema de vacunación exigido hayan funcionado como elementos condicionantes para que las personas decidieran finalmente vacunarse.⁸

El *libre desarrollo de la personalidad* fue intervenido cuando las disposiciones de cuarentena estipularon restricciones de contacto y otras medidas, por ejemplo, cuando ya no se pudo visitar a los familiares y amigos, o realizar actividades que cada uno estimaba relevantes en su vida diaria. De otro lado, al principio de la pandemia, las prohibiciones *de reunión* en todo el país interfirieron de forma masiva y sin precedentes en la libertad religiosa. Todo servicio religioso se consideró una reunión pública, que ya no podía celebrarse. La *libertad de culto* quedaba así restringida. Sin embargo, las propias comunidades religiosas aceptaron estas limitaciones. Con el correr del tiempo, la normativa se fue flexibilizando ostensiblemente. Ahora bien, algunos de los derechos fundamentales

Iberoamericano, n.º 21, octubre, 2022, pp. 63 ss.

8 Con respecto a esto, véase R. Díaz, “Derecho a la salud y pandemia: análisis a la constitucionalidad del pasaporte sanitario”, *Themis - Revista de Derecho*, n.º 80, julio-diciembre, 2021, pp. 137 ss.

mencionados solo admitían prohibiciones específicas, por lo que la constitucionalidad de las medidas restrictivas generales era cuestionable.

La *libertad de trabajo*, en particular, se vio masivamente restringida por el cierre de los comercios. También aquí se han producido, entretanto, flexibilizaciones de gran alcance, pero hasta hace poco continuaban las restricciones en numerosos ámbitos, como la gastronomía, la hostelería o la actividad cultural (teatro, ópera, conciertos, cines, etc.). Por otra parte, el derecho a la *inviolabilidad del domicilio* se vio igualmente restringido, hasta el punto de que, incluso sin autorización, un funcionario de salud pública o las fuerzas del orden podían entrar en la residencia de una persona infectada. Y la *autodeterminación informativa* –protección de datos– estuvo también en tela de juicio, por ejemplo, en lo que respecta a la recolección, registro, análisis y transmisión de datos que forman parte de la esfera privada de las personas.

En este contexto, no cabe duda de que la pandemia del covid-19 ha sido una *prueba de resistencia* para el Estado de derecho y la democracia. En general, puede decirse que el Estado de derecho en el Perú, a causa de sus deficiencias y debilidades, funcionó de manera muy limitada, lo que se reflejó en el colapso del sistema de salud nacional. En todo caso, la crisis sanitaria solo evidenció las graves falencias estatales en la protección del derecho a la salud. Sin embargo, y a diferencia de otros países, como Alemania,⁹ los tribunales no han sido masivamente ocupados como consecuencia de una multitud de solicitudes y demandas urgentes relacionadas con las restricciones soportadas durante la pandemia del covid-19. Sino que, más bien, recién los tribunales están pronunciándose en torno a la cuestión de si las restricciones a la libertad y las medidas reguladoras dictadas por el Estado han sido constitucionales.

CONSTELACIÓN DE CASOS

Sin duda alguna, el debate público sobre las restricciones de la pandemia incluye también cuestiones difíciles, como la definición absoluta de la protección de la vida. Pero también comprende la cuestión de lo que significó la crisis sanitaria para nuestra democracia y, a largo plazo, para el equilibrio entre la libertad y la seguridad. Como sabemos, el Estado de derecho tiene una doble función: la garantía de la libertad de los ciudadanos, por un lado, y la garantía de su seguridad mediante el monopolio estatal del uso de la fuerza, por otro. Una concepción del Estado de derecho dominada unilateralmente por la garantía de la seguridad y

9 O. Lepsius, “Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 47, 2021, pp. 75 ss.

no, al mismo tiempo, por la idea de libertad abandonaría la premisa misma del Estado de derecho.

De ahí que no son pocas las situaciones en las que se exige al Estado y a su legislación encontrar un equilibrio adecuado entre la libertad y la seguridad. Ha dicho el expresidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, Hans-Jürgen Papier,¹⁰ que ni la exigencia de una mejor política de protección del clima ni las actuales medidas de emergencia para proteger la vida y la salud de la población justifican el abandono de las libertades en favor de un Estado de autoridad y vigilancia. El Estado solo debe y puede salvaguardar estos importantes bienes protegidos que son el clima y la salud y la vida de la población con los medios del Estado de derecho.

En este sentido, la pandemia representa, sin duda, un desafío y una prueba para la democracia en el Estado de derecho. Si este desafío se ha superado satisfactoriamente o no es algo que no se puede decidir en abstracto, sino a partir de los casos concretos, como se verá a continuación.

- a. La Sentencia 300/2022 del Tribunal Constitucional peruano, de 15 de septiembre de 2022, resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lima contra el Congreso de la República. El objeto del proceso fue la Ley 31192, expedida en el año 2021, que permitía a los afiliados del sistema privado de pensiones el retiro parcial de sus aportes. En el Perú existen dos sistemas de previsión social: el público y el privado. En el sistema privado, cada persona aporta a un fondo individual, cuya administración está a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones o AFP. En el sistema público, en cambio, las personas aportan a un fondo común y su administración corresponde a una entidad estatal: la Oficina Nacional Previsional. La Constitución peruana, en el artículo 12, asegura ambos fondos mediante una cláusula que señala que estos fondos “son intangibles”.

Sin embargo, la Ley 31192 del Congreso de la República autorizaba a las personas afiliadas al sistema privado de pensiones para que, de manera extraordinaria, pudieran retirar, si lo querían, hasta el valor de cuatro unidades impositivas tributarias, “a fin de aliviar la economía familiar afectada, por las consecuencias de la pandemia del COVID-19” (art. 1).

El demandante, en esencia, sostuvo que esta disposición normativa

¹⁰ Véase la entrevista a este, en S. Lilienström, “Die Corona-Pandemie ist ein Test für die rechtsstaatliche Demokratie!”, *Diplomatisches Magazin*, 29 de abril de 2020. <https://www.diplomatisches-magazin.de/artikel/prof-dr-hans-juergen-papier-die-corona-pandemie-ist-ein-test-fuer-die-rechtsstaatliche-demokratie/>.

resultaba violatoria del artículo 11 de la Constitución, el cual garantiza el derecho a la pensión social y la intangibilidad de los fondos consagrados por el artículo 12 superior.

Para convalidar la conformidad con la Carta Política de la Ley 31192, el Tribunal Constitucional introdujo en el análisis dos argumentos: por un lado, el carácter temporal de la medida, y, por otro, su alcance limitado. La temporalidad se refiere a que dicha norma tenía una vigencia de noventa días; la limitación, al monto máximo que se podía retirar. Sin embargo, era inevitable que el Tribunal recurriera al principio de proporcionalidad para examinar la constitucionalidad de la medida del legislador.

El Tribunal consideró que la ley impugnada en el proceso de inconstitucionalidad satisfacía, en primer lugar, el criterio de *idoneidad*, ya que el fin constitucional de la norma cuestionada era la promoción del bienestar general, así como el derecho de toda persona al libre desarrollo y bienestar (art. 2, num. 1, y art. 44 de la Constitución, respectivamente). Asimismo, según el criterio de *necesidad*, no existía otra medida más razonable que el acceso a los aportes al sistema privado de pensiones, ya que la crisis generada por la pandemia del covid-19 había evidenciado la insuficiencia estatal para garantizar los derechos fundamentales.

Con respecto a la *proporcionalidad en sentido estricto*, el Tribunal sostuvo que la intensidad de la afectación de los mandatos constitucionales que se consideraron vulnerados era leve, por las siguientes razones: en primer lugar, porque las posibles consecuencias que se pudieran desencadenar en el futuro, y que podrían, o no, llegar a materializarse en los hechos, no eran relevantes para determinar la constitucionalidad de dicha norma. Por ejemplo, en lo que concierne a la afectación al derecho a la pensión a futuro, y a la afectación al objetivo a largo plazo de los fondos privados de pensiones, generadas por el retiro facultativo, estas dependerán, más bien, del desenvolvimiento laboral de cada afiliado. Sobre esa base, concluye el Tribunal en la falta de certeza sobre los efectos negativos de la ley en cuestión, y refuerza aún más su argumento con el hecho de que el retiro de fondos era facultativo, y que dicha medida legislativa era extraordinaria y limitada también en el monto de retiro.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional determinó que el nivel de intensidad de la satisfacción de los fines constitucionales previamente identificados (el bienestar general y el libre desarrollo y bienestar de la persona) resultaba elevado, por cuanto la habilitación de recursos provisionales se dio en un contexto en el cual resultaba imperioso garantizar los medios de subsistencia básicos del ser humano. En ese sentido, más allá de una

restricción en los ingresos, el contexto sanitario obligaba a las familias a gastar con el fin de, por ejemplo, conseguir medicinas, oxígeno y afrontar el internamiento de afectados por el covid-19.

Así, el Tribunal concluyó que la Ley 31192 era proporcional, en la medida en que dicha medida tenía como finalidad constitucional que los aportantes al régimen privado de pensiones accedieran inmediatamente a recursos económicos, y ello en atención a circunstancias extraordinarias, como lo eran las desencadenadas por la pandemia del covid-19. No existía otra medida idónea para promover el bienestar general y favorecer el derecho al libre desarrollo y bienestar de las familias. Además, con su adopción no se afectaba esencialmente la intangibilidad de los fondos de pensiones.

- b. En la Sentencia 337-2022 del Tribunal Constitucional, de 27 de septiembre de 2022, este se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República, en relación con la Ley 31125, la misma que declaró en emergencia el sistema nacional de salud y reguló su reforma. El objeto de controversia más importante en el contexto de la pandemia era el artículo 4, numeral 7, de dicha ley, según el cual:

En un estado de excepción producto de pandemias, el Ministerio de Salud asume la conducción administrativa de las direcciones regionales de salud, gerencias regionales de salud o las que hagan sus veces y de las sanidades de las fuerzas armadas y policiales, respecto del cumplimiento de la política de salud, normas y actos administrativos y la gestión de los servicios de salud de su competencia. La responsabilidad administrativa y la vigencia de la designación son durante la situación de la pandemia, atribución de la autoridad nacional de salud.

En su análisis, el Tribunal Constitucional advierte que esta disposición presenta un elemento fáctico, determinado por la existencia de una pandemia; y un elemento jurídico, relacionado con la rectoría del Ministerio de Salud para gestionar la crisis sanitaria a nivel nacional. Con respecto al primero, el Tribunal ratificó algo que era evidente: el legislador puede dictar leyes en materia de salud, si bien la rectoría sobre esta materia la Constitución la asigna al Poder Ejecutivo. En ese sentido, la Ley 31125 no era en sí misma inconstitucional, de manera que hasta acá parecería no existir un problema de relevancia constitucional. Sin embargo, el Gobierno consideraba que el Congreso de la República había transgredido, entre otros, el artículo 118, numeral 3, de la Constitución que le concede al Ejecutivo la dirección de la política general de gobierno.

El Tribunal Constitucional rechazó este argumento, por cuanto, como afirmó en el párrafo 78 de la decisión, “establecer un conjunto de medidas bajo una determinada figura jurídica declarada por el legislador, no puede confundirse con el diseño especializado, bajo criterios políticos y técnicos, de una política nacional”. A su juicio, “las disposiciones impugnadas [...] no inciden negativamente en las competencias del Poder Ejecutivo respecto al diseño de las políticas nacionales de salud” (párr. 79) “Asimismo, [...] el legislador, al expedir las normas sometidas a control, no está subrogando inconstitucionalmente la competencia de conducir la política nacional de salud, como tampoco sustituye al Ejecutivo en la facultad de expedir normas en materia de salud o de supervisar dicha política nacional. Tampoco el legislador está asumiendo la dirección o gestión de los servicios públicos en materia de salud” (párr. 80). La Sentencia refuerza la idea de que en situaciones como las de una pandemia, los poderes del Estado deben actuar coordinadamente y en franca cooperación, “a fin de promover el efectivo ejercicio del derecho a la salud, bajo estándares de calidad y en condiciones de igualdad, en beneficio de todos los peruanos y habitantes del país” (párr. 88).

- c. En la Sentencia 386-2022, un tribunal superior resolvió una demanda de amparo presentada por tres ciudadanos contra una empresa privada, por haber afectado su derecho al trabajo.¹¹ Los demandantes sostuvieron que los decretos supremos concernidos, n.º 168-2021-PCM y n.º 179-2021-PCM (de rango inferior a una ley) vulneraban el principio de supremacía constitucional (art. 51 de la Constitución) y el derecho constitucional al trabajo (art. 2, num. 15, de la Constitución), así como la Ley 31091. Para los demandantes, si bien la finalidad de los citados decretos supremos era el resguardo del derecho a la salud pública en un contexto de emergencia sanitaria, también era cierto que, hasta ese momento, existían contradicciones entre el informe de farmacovigilancia de diciembre de 2021 y el informe técnico que daba a conocer los efectos negativos de la vacuna contra el covid-19. Por ende, los demandantes sostenían que la vacunación no debía ser obligatoria, ni se debía condicionar el derecho al trabajo con la inoculación. En concreto, solicitaban su inmediata reposición en el puesto de trabajo y que se declarara inválido el condicionamiento de vacunación. Una primera cuestión que advirtió el tribunal superior está relacionada con el aspecto formal de los decretos supremos cuestionados en su

11 Corte Superior de Justicia de Arequipa, Segunda Sala Civil, Sentencia de 11 de octubre de 2022. Caso: 00699-2021-0-0401-JR-DC-01.

constitucionalidad. El juez afirmó que, en efecto, un decreto supremo es una norma infralegal; no obstante, a partir de una interpretación sistemática, afirmó que el Estado había emitido dichos decretos amparado en lo dispuesto en los artículos 9, 44 y 137 de la Constitución. Es decir, que había actuado bajo su potestad de producir la normatividad necesaria para garantizar la protección de la salud y la vida de la población. Por tanto, no se había producido una vulneración al principio de supremacía constitucional, pues el Ejecutivo se encuentra habilitado por la Carta Política para emitir esta clase de normas y supervisar su aplicación en materia de salud pública.

En lo que atañe al aspecto de la constitucionalidad material de los decretos supremos, el juez consideró que del contenido de los informes mencionados se concluía que los efectos secundarios graves de la vacuna contra el covid-19 correspondían a un porcentaje mínimo de la población estudiada (0.3%), y que solo el 0.1% había tenido un desenlace fatal. Además, los informes no recomendaban dejar de promover la vacunación, lo que era coherente con los reportes emitidos por el Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades de Estados Unidos y por la Organización Mundial de la Salud. Por ende, el tribunal superior desestimó este extremo de la demanda.

Además, el tribunal consideró que era necesario recurrir al principio de proporcionalidad para evaluar si la medida restrictiva afectaba o no desproporcionadamente el derecho al trabajo de los demandantes. En cuanto al elemento de la *idoneidad*, el tribunal lo fundamenta sobre la base de que está justificado garantizar la salud de la población desde una perspectiva solidaria y no individual, y que las restricciones a otros derechos permiten garantizar la consecución del derecho a la salud. Con respecto a la *adecuación*, para el juez la medida resultaba, por un lado, adecuada para proteger y garantizar el derecho a la salud pública, permitiendo proteger específicamente a los trabajadores contra los efectos producidos por el covid-19. Por otro lado, consideró que con la vacunación, a largo plazo, los casos de infección por el covid-19 se reducirían y evitarían la saturación del sistema de salud.

Así pues, era una medida *necesaria*, pues era la más adecuada y la menos restrictiva para el derecho al trabajo, ya que incluía medidas alternativas escalonadas: trabajo remoto, suspensión perfecta y la posibilidad de que las partes acordaran la suspensión imperfecta. Además, entre tales medidas alternativas, la suspensión perfecta era la opción menos lesiva en comparación con la extinción de la relación laboral, también porque,

a diferencia de la suspensión imperfecta, no suponía que el empleador asumiera un mayor gasto, lo que se traduciría en mayores costos de transacción en el mercado o incluso en la salida de las empresas de este. Por el contrario, la norma mitigaba los efectos económicos para los empleadores y preservaba los empleos de los trabajadores.

En el análisis de ponderación, el tribunal superior llegó a la conclusión de que la medida no afectaba desproporcionadamente el derecho al trabajo de los demandantes, dado que este derecho encuentra un límite en la salud pública. Límite regulado por la normativa que prevé como medida restrictiva opcional la figura de la suspensión perfecta de labores. Además, el Estado, a criterio del tribunal, no debía garantizar solo la salud de los trabajadores que hubieran accedido a la vacunación, sino también de los que no, ya que estos podían desarrollar efectos adversos complejos. A largo plazo, ello suponía evitar la congestión de los centros de salud para garantizar el acceso oportuno y de calidad a los servicios sanitarios. Por ende, el grado de afectación resultaba proporcional, pues el grado de satisfacción de los derechos a la vida, así como de la salud pública, era mayor.

- d. Una trabajadora solicitó, dentro de un proceso de amparo, la inaplicación del Decreto Supremo 179-2021-PCM a fin de que se ordenara la cesación de actos de discriminación y violación de sus derechos fundamentales, consistentes en la exigencia de la vacunación obligatoria contra el covid-19, así como la eliminación del requisito de portar el carné de vacunación para poder continuar con su actividad laboral.¹² La demandante sostuvo que se le había comunicado que se le aplicaría la suspensión de la relación laboral sin goce de haber, ya que no había cumplido con el deber de presentar su certificado de vacunación con dosis completas (esquema completo), lo que se encontraba dispuesto en el decreto supremo mencionado, y porque, además, la actora se desempeñaba como jefa de control de calidad, cargo que no era compatible con el trabajo remoto.

Al margen de las cuestiones procesales, de las que acá prescindimos intencionalmente, cabe señalar que, como en los casos anteriores, el órgano colegiado en este caso también recurrió al principio de proporcionalidad para decidir el caso. El tribunal superior encontró que la norma cuestionada y las medidas ahí contenidas, resultaban ser un *medio idóneo* para evitar que los trabajadores no vacunados se infectaran con el covid-19, para prevenir la aglomeración en los nosocomios y para poner a salvo al

12 Corte Superior de Justicia de La Libertad, Primera Sala Civil, Sentencia de 11 de mayo de 2022. Caso: 00725-2022-0-1601-JR-CI-05.

empleador de verse afectado por posibles contagios de los demás trabajadores.

El órgano colegiado verificó, asimismo, que las normas que regulaban la suspensión perfecta para aquellos trabajadores que realizaran labor presencial (cuando no fuera posible el trabajo remoto) y no contaran con el esquema de vacunación completo de covid-19, eran un medio necesario, pues no existía otra salida para conseguir los fines constitucionales que se había propuesto el Decreto Supremo impugnado. Además, la Presidencia del Consejo de Ministros, órgano que aprueba los decretos supremos, al emitir las normas materia de análisis constitucional había optado por la consecuencia jurídica de la suspensión perfecta de labores y no por la extinción de la relación laboral, lo que habría resultado más gravoso para el trabajador.

Con respecto a la proporcionalidad, el órgano jurisdiccional descartó que se estuviera afectando el derecho al trabajo de la demandante, pues la libertad de trabajo encuentra un límite: la ley, que es aquella que regula las causales de suspensión del contrato de trabajo. El tribunal también descartó la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la demandante, porque si bien había un trato diferenciado objetivo entre trabajadores con o sin esquema de vacunación, la distinción se podía considerar justificada, objetiva y razonable. Descartó por tanto la afectación del derecho de la demandante a percibir remuneraciones, por cuanto no existe derecho a la remuneración cuando se ha aplicado la suspensión perfecta de labores y porque, si bien la remuneración es un medio de subsistencia para los trabajadores, el grado de intervención en tal derecho era admisible.

El tribunal sopesó entonces los derechos fundamentales de la demandante con los del empleador y con los de la población en general, y concluyó que la intervención en los derechos fundamentales invocados por la actora era constitucional, debido a que el grado de satisfacción y optimización de los demás derechos de esta (tales como la vida, la salud y la integridad personal), así como de la población (salud pública) y del empleador (evitar conflictos y contar con trabajadores para la producción), resultaba ser mayor.

- e. Un caso judicial también de interés en el Perú, en cuanto a la obligatoriedad de la vacunación contra el covid-19, se suscitó con ocasión de una demanda de *habeas corpus* presentada por cinco ciudadanos contra la norma que prevenía la vacunación obligatoria.¹³ Los demandantes exigían

13 Véase, al respecto, “Por qué razones jueza declaró improcedente e infundado hábeas corpus contra anti vacunas en Arequipa”. Arequipa Misti Press, 15 de abril de 2022. <https://>

que se inaplicara el Decreto Supremo 174-2021-PCM y toda norma posterior que dictara el Poder Ejecutivo en virtud de la cual se les obligara a vacunarse contra el covid-19. En su opinión, el decreto cuestionado no les permitía desarrollar actividades esenciales, como trabajar, comerciar, viajar o entrar en espacios cerrados de entidades públicas o privadas, lo que vulneraba los principios de razonabilidad y proporcionalidad; además, exigían que cesaran los actos de discriminación y violación de sus derechos humanos conexos e inherentes a su libertad individual, tales como el derecho a la salud y a la vida, a la libertad y seguridad personal, a no ser víctima de violencia moral, física ni psíquica, a trabajar libremente, a no ser discriminado en el trabajo, a elegir residencia y transitar por el territorio nacional, a la libre empresa, a contratar y al trabajo lícito.

La jueza constitucional que conoció la demanda de *habeas corpus* la desestimó, tomando una posición clara en el sentido de que la vacunación reducía los síntomas graves y las defunciones causadas por el covid-19, además de contribuir a la disminución de la transmisión del virus. En ese sentido, justificó que se llevara al máximo posible el número de personas vacunadas para reducir la propagación de la enfermedad. En su criterio, al vacunar a una parte significativa de la población se protegía también a las personas vulnerables, como aquellas a quienes no se podía vacunar y a la pequeña proporción de personas que continuaban corriendo riesgo de infectarse tras la vacunación. Ante la falta de pruebas que sustentaran lo afirmado por los demandantes, la jueza constitucional concluyó que ninguno de los medios probatorios que fueron incorporados en el proceso demostró que la vacuna fuera peligrosa para la salud, la integridad física o la vida de los demandantes.¹⁴

Es interesante la valoración constitucional realizada por la jueza en cuanto a las restricciones impuestas a las personas que no tenían el esquema de vacunación completo. Al respecto, dijo:

... la evaluación de la imposición de restricciones dirigidas a quienes deciden no vacunarse no puede realizarse desde una perspectiva individualista, sino más bien, entendiendo que dicha decisión repercutirá en la atención de la salud de todos los demás peruanos. Es por ello que, desde una perspectiva social, que atienda al principio de solidaridad, y de respeto al otro, se puede concluir que,

arequipamistipress.com/2022/04/15/por-que-razones-jueza-declaro-improcedente-e-infundado-habeas-corpus-contra-anti-vacunas-en-arequipa/.

14 *Idem*.

en efecto, con las normas cuestionadas en este caso concreto se coadyuvará en la consecución del derecho constitucional a la salud pública.¹⁵

Sobre la base de este razonamiento, concluyó que no se habían vulnerado los derechos fundamentales de los demandantes, dado que la salud pública, como bien colectivo, tenía una mayor importancia en comparación con las posiciones individuales de los demandantes.

- f. Diversos *habeas corpus* han sido puestos en conocimiento del Tribunal Constitucional para que decida sobre la situación especial de las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios, situación agravada por la pandemia del covid-19. El Estado peruano había dictado, en el año 2020, el Decreto Legislativo 1513, que establecía disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de los establecimientos penitenciarios a causa del riesgo de contagio por el covid-19. Sobre la base de esta norma, muchos internos habían solicitado acceder a la semilibertad o liberación condicional. Esta posibilidad estaba limitada, no obstante, a delitos tratados como de mínima o mediana seguridad. La norma mencionada, en efecto, era una respuesta urgente del Estado para evitar que el virus se volviera incontrolable y tuviera consecuencias letales dentro de los establecimientos penitenciarios, los cuales suelen estar sobrepoblados y carecen de las instalaciones y el equipamiento adecuados para enfrentar una situación como la pandemia.

El propio Tribunal Constitucional, mediante un comunicado público, señaló que los procesos de *habeas corpus* vinculados con el covid-19, en la medida que tenían que ver con la salud o con las condiciones de los internos, iban a ser tramitados con prioridad respecto a otros *habeas corpus* que debía conocer él mismo. “El impacto de la pandemia de COVID 19 también nos obliga a tratar con prioridad cualquier recurso vinculado a este tema, pues la vida y la salud de las personas son urgentes”, sostuvo la presidenta del Tribunal de entonces.¹⁶ Sin embargo, en la mayoría de sus decisiones, este se ha limitado a señalar que no es competente para decidir sobre la excarcelación de un interno por causas del covid-19, remitiendo el problema al Consejo Nacional Penitenciario. Incluso ha llegado a decir, en un caso concreto, que “el invocado riesgo de contagio de Covid19 y el supuesto de hacinamiento carcelario en abstracto no constituyen

15 *Idem*.

16 Tribunal Constitucional, “*Habeas corpus* vinculados a casos covid-19 serán atendidos con prioridad”, 15 de mayo de 2020. <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/habeas-corpus-vinculados-a-casos-covid19-seran-atendidos-con-prioridad/>.

condiciones de hecho que automáticamente conduzcan a la declaración judicial o administrativa penitenciaria de excarcelación”.¹⁷

El problema con este argumento del Tribunal Constitucional es que es distante de la realidad. El hacinamiento carcelario en el Perú no es un problema “supuesto”, tampoco “abstracto”, sino más bien una realidad concreta que hasta ahora permanece sin solución. En un informe especial, la Defensoría del Pueblo ha establecido que el hacinamiento en las cárceles peruanas llega al 140%.¹⁸ En ese sentido, el formalismo empleado por el Tribunal Constitucional para no tener que resolver por sí mismo este problema difícil que tiene que ver, como es obvio, con los derechos fundamentales, no es adecuado con el estado de cosas inconstitucional de las cárceles peruanas. Evidentemente, no se trata de que el Tribunal disponga, sin más, la libertad de los internos infectados con el covid-19, pero sí, por lo menos, de verificar la condición *in situ* de las personas que, cumpliendo con los requisitos del Decreto Legislativo 1513, solicitaron en su momento la libertad.¹⁹

RETORNO A LA “NORMALIDAD”: APRECIACIONES FINALES

Como se ha podido ver en las decisiones judiciales ya mencionadas, el principio de proporcionalidad se ha convertido prácticamente en el principal parámetro de examen de constitucionalidad de las medidas restrictivas adoptadas por el Estado para contener y gestionar la crisis sanitaria causada por el covid-19. Sin embargo, no se evidencia que los diversos órganos jurisdiccionales hayan tomado en consideración el *componente temporal* del principio de proporcionalidad, según el cual, cuanto más duran las restricciones a los derechos fundamentales, mayores deben ser los requisitos para su justificación. Sabemos que una mayor protección de la salud conlleva pérdidas de libertad más prolongadas y, además, mayores perjuicios para la vida social, pero también para la economía, el empleo, las pensiones sociales, las arcas fiscales, etc., con los consiguientes efectos negativos, a la larga, para la propia salud.

En ese sentido, no es deseable para nadie despertar de la pesadilla del covid-19 y encontrarse en un campo de escombros donde se han destruido sectores enteros de la economía, donde han quebrado muchas empresas, donde se han dado

17 Tribunal Constitucional, STC 150/2022, 11.

18 Defensoría del Pueblo, Informe Especial n.º 008-2020-DP. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/Serie-de-Informes-Especiales-N%C2%BA-008-2020-DP.pdf>.

19 Véase, sobre esto, M. Dapello y J. Cabel, “El hábeas corpus en tiempos de Coronavirus – COVID 19”. <https://polemos.pe/habeas-corpus-tiempos-coronavirus-covid-19/>.

pérdidas masivas de empleos, etc. Los órganos jurisdiccionales deben coadyuvar al retorno más rápido posible a la “normalidad”, lo que implica volver a poner el poder del Estado dentro de los límites constitucionales existentes antes de la pandemia. El retorno a la “normalidad” implica, por ello, que el Poder Ejecutivo no tenga más poder que el que tenía antes de la pandemia. Esto implica que todas las medidas dictadas en los momentos más críticos del covid-19 y que restrinjan los derechos fundamentales de los individuos deben ser revisadas permanentemente, en abstracto, por el Parlamento; y, en los casos concretos, por los jueces.²⁰

En el Perú, el 24 de febrero de 2023 se volvió a ampliar por octava vez la emergencia sanitaria dictada a causa del covid-19.²¹ Esta prórroga nos hace ver se trata de una situación especial prolongada. Precisamente por esta razón es necesario adoptar una perspectiva cada vez más crítica, para evitar que las situaciones de emergencia y excepción se conviertan en situaciones normales y permanentes. Las regulaciones de crisis no deben ser tales que permitan la expansión y centralización del poder a largo plazo. Por eso, no solo es infeccioso el covid-19: también lo es la tentación autoritaria. Es indispensable hacer transparentes las decisiones políticas en una democracia abierta, y explicarlas, justificarlas y comunicarlas; no basta, en absoluto, simplemente con afirmar que las medidas restrictivas en vigor son necesarias. Y lo mismo cabe decir de la continuación y duración de este tipo de restricciones. Los jueces, en esto, todavía pueden, y deberían, desempeñar un rol fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

AREQUIPA MISTI PRESS, “Por qué razones jueza declaró improcedente e infundado hábeas corpus contra anti vacunas en Arequipa”, 15 de abril de 2022. <https://arequipamistipress.com/2022/04/15/por-que-razones-jueza-declaro-improcedente-e-infundado-habeas-corpus-contra-anti-vacunas-en-arequipa/>.

AREQUIPA MISTI PRESS, “Habeas corpus vinculados a casos covid-19 serán atendidos con prioridad”, 15 de abril de 2022. <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/habeas-corpus-vinculados-a-casos-covid19-seran-atendidos-con-prioridad/>.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, Segunda Sala Civil, Sentencia de 11 de octubre de 2022. Caso: 00699-2021-0-0401-JR-DC-01.

20 J. Kersten y S. Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2021, pp. 251 ss.

21 Ministerio de Salud, Decreto Supremo n.º 003-2023-SA, de 22 de febrero, Decreto Supremo que prorroga la emergencia sanitaria. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/4114753-003-2023-sa>.

- CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, Primera Sala Civil, Sentencia de 11 de mayo de 2022. Caso: 00725-2022-0-1601-JR-CI-05.
- DAPELLO, Miguel y José CABEL, “El hábeas corpus en tiempos de Coronavirus – COVID 19”. <https://polemos.pe/habeas-corpus-tiempos-coronavirus-covid-19/>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe Especial n.º 008-2020-DP. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/Serie-de-Informes-Especiales-N%C2%BA-008-2020-DP.pdf>.
- DÍAZ, Renzo, “Derecho a la salud y pandemia: análisis a la constitucionalidad del pasaporte sanitario”, *Themis - Revista de Derecho*, n.º 80, julio-diciembre, 2021, pp. 137 ss.
- HUAMÁN, L. Alberto, “Vacunación obligatoria frente a la COVID-19 en el Perú, legitimación democrática y limitaciones de derechos fundamentales”, *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 21, octubre, 2022, pp. 63 ss.
- KERSTEN, Jens y Stephan RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2.ª ed., München, C. H. Beck, 2021, pp. 251 ss.
- LANDA, César (coord.), *Constitución y emergencia sanitaria*, Lima, Palestra Editores, 2021.
- LEÓN, Jorge, *Derechos a la igualdad y no discriminación*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP - Palestra Editores, 2021, pp. 15 ss.
- LEPSIUS, Oliver, “Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 47, 2021, pp. 75 ss.
- LILIENSTRÖM, Sven. (2020, abril 29): “Die Corona-Pandemie ist ein Test für die rechtsstaatliche Demokratie!”, *Diplomatisches Magazin*. <https://www.diplomatisches-magazin.de/artikel/prof-dr-hans-juergen-papier-die-corona-pandemie-ist-ein-test-fuer-die-rechtsstaatliche-demokratie/>.
- LOVÓN, Claudia, “Derechos humanos en tiempos de pandemia: recomendaciones del Sistema Universal y del Sistema Interamericano frente al COVID-19”, en AA. VV., *Democracia, derechos humanos y emergencia. Miradas a la respuesta del Estado y la sociedad a la pandemia*, Lima, IDEHPUC, 2022, pp. 33 ss.
- MINISTERIO DE SALUD, Decreto Supremo n.º 003-2023-SA, de 22 de febrero, Decreto Supremo que prorroga la emergencia sanitaria. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4413305/Decreto%20Supremo%20N%003-2023-SA.pdf?v=1681151707>.
- MINISTERIO DE SALUD – CDC, Situación actual Covid-19, Perú 2021-2022 (2023). <https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/coronavirus/coronavirus220223.pdf>.
- MORALES, Mariela, “El mandato transformador del Sistema Interamericano como respuesta a la pandemia a la luz del test democrático”, *I-CON*, vol. 19, n.º 4, 2021, pp. 1029 ss.
- SALMÓN, Elizabeth, “Ante la pandemia: derechos, pero también deberes”, en AA. VV., *Democracia, derechos humanos y emergencia. Miradas a la respuesta del Estado y la sociedad a la pandemia*, Lima, Idehpuc, 2022, pp. 27 ss.

CONTROL JUDICIAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA EN URUGUAY

Martín Risso Ferrand*

INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es el de analizar cómo funcionó el orden jurídico en medio de la pandemia que comenzó en marzo de 2020 en Uruguay, cuáles fueron los instrumentos jurídicos empleados, cómo se afectaron los derechos de los ciudadanos y cómo fue el desempeño del Poder Judicial en la protección de estos derechos.

A los efectos del caso de Uruguay debe hacerse una precisión inicial en el sentido de que no se utilizaron poderes de excepción durante la pandemia, sino que toda la actuación del Gobierno en ese período se realizó de acuerdo con los mecanismos constitucionales dispuestos para tiempos de normalidad. Sin perjuicio de lo anterior, se comenzará con una referencia a los poderes de emergencia, profundizando solo en aquel que pudo haber sido utilizado en tiempos de pandemia, aunque no se empleó en la realidad.

A continuación, y como consecuencia del no empleo del derecho de excepción, se realizará una breve referencia a las pautas constitucionales para la limitación de los derechos humanos. Luego, se señalarán las principales decisiones gubernamentales y las escasas sentencias dictadas respecto a un bajísimo número de amparos interpuestos.

LOS PODERES DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA

Si bien la regulación constitucional de los poderes de emergencia en vigor es anterior a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el punto de partida para el estudio de este tema se encuentra en el artículo 27 de aquella, referente a la suspensión de garantías.

* Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Uruguay. martinrisso@estudiorisso.com.uy.

Para que podamos hablar de *emergencia* debemos estar frente a una situación de extraordinaria gravedad, que ponga en riesgo la estabilidad del sistema institucional,¹ la paz social o la subsistencia del Estado,² entre otras circunstancias. La doctrina, al analizar la intensidad de la situación, suele distinguir entre *necesidad simple* y *necesidad extrema* (o necesidad propiamente dicha). La primera se refiere a situaciones complejas y eventualmente graves, pero que por sus características e intensidad pueden y deben ser tratadas mediante los instrumentos corrientes que prevé el ordenamiento jurídico.³ Solo la necesidad extrema habilita el ejercicio de poderes y prerrogativas excepcionales.

¿Cuál es la frontera entre la emergencia corriente y la extrema? Pues el límite, muchas veces impreciso y opinable, no se encuentra exclusivamente en la situación en sí misma, sino en que los casos sean susceptibles o no de ser tratados y superados por parte de los órganos públicos mediante el ejercicio de sus poderes habituales o previstos por la Carta Fundamental para situaciones de normalidad. Cuando la intensidad y las características de la situación hagan que sea insuficiente el ejercicio regular de estos poderes podremos hablar de la *emergencia* que habilita el ejercicio de poderes de excepción.

Es importante insistir en este punto, por cuanto no se trata de que una situación determinada sea por sí misma de emergencia, sino que la existencia de una emergencia dependerá de que dicha situación pueda ser sorteada o no con el recurso a los medios habituales. Para hablar de emergencia debe existir una desproporción entre los medios normales de que dispone el Estado y el fin perseguido, que no es otro que el mantenimiento de la normalidad o su restablecimiento.⁴ Esto es importante en el caso uruguayo, pues durante la pandemia el Gobierno entendió que pese a la gravedad de la situación podía manejarla sin recurrir a estos institutos.

En cuanto a la naturaleza de la emergencia encontramos varios casos. Podemos ver situaciones de emergencia derivadas de una guerra internacional, de una guerra civil, de una crisis económico-financiera, de una crisis político-institucional, etc. No cabe duda de que una emergencia sanitaria puede justificar el uso de estas herramientas.

1 Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, vol. III, Montevideo, Cámara de Senadores, 1998, p. 107.

2 Néstor Sagüés, "Derecho constitucional y derecho de emergencia", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, vol. VIII, n.º 45-46, 1991, p. 195.

3 Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale*, 2.ª ed., Padua, Cedam, 2000, pp. 237-238.

4 Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, p. 111.

La situación de emergencia siempre debe ser *transitoria, provisoria y ocasional*. No sería válido considerar *emergencia* a algo que es permanente. Si así se hiciera, se estaría desnaturalizando la Constitución al utilizar medios de excepción para tratar situaciones permanentes. Pero si la emergencia debe ser transitoria, no por ello tiene que ser breve, ya que su duración dependerá del desarrollo de la propia emergencia y de las posibilidades de restablecer la normalidad. Una guerra internacional, en nuestros días, es normalmente una situación de emergencia,⁵ y será transitoria, aun cuando pueda extenderse por un lapso más o menos considerable. También, la emergencia debe ser *ocasional*, puesto que un hecho que se repite constantemente no puede catalogarse como emergencia, y por tanto las autoridades deberán adoptar las previsiones necesarias para que dichas situaciones se manejen por los medios ordinarios.⁶

La Constitución uruguaya regula tres situaciones que habilitan la utilización de poderes de emergencia:⁷

- a. El caso extraordinario de traición y conspiración contra la patria, que habilita al Poder Ejecutivo,⁸ con la anuencia de la Asamblea General o de la Comisión Permanente durante el receso o cuando la Asamblea esté disuelta, a suspender la seguridad individual, y solo para la aprehensión de los delincuentes (art. 31 de la Constitución).
- b. Los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior, que habilitan la adopción de medidas prontas de seguridad (art. 168, num. 17, de la Constitución).
- c. El caso de estado de guerra, que habilita la ampliación de la jurisdicción militar (art. 253 de la Constitución).

Ningún otro estado de excepción es posible conforme a la Carta Fundamental uruguaya.

5 Aunque no siempre: dependerá, como ya se dijo, de la posibilidad de enfrentarla o no con los medios normales.

6 Aníbal Cagnoni, “Los estados de emergencia y la protección de los derechos humanos”, *Revista de Derecho Público*, n.º 3-4, 1993, pp. 39 ss.

7 Gallicchio señala que la Constitución prevé dos poderes de emergencia (medidas prontas de seguridad y suspensión de la seguridad individual), aunque luego agrega que puede considerarse un tercer poder de emergencia, derivado del caso de estado de guerra y que habilita una de las hipótesis de apertura de la jurisdicción militar. Véase Eduardo Esteva Gallicchio, “Los estados de excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o jurisdiccionales”, *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, Universidad de Talca, vol. 8, n.º 1, 2002, pp. 147-169.

8 Aunque la Constitución no lo mencione expresamente. Véase *ibid.*, p. 147.

Ahora bien, de entre las tres situaciones, la posibilidad de utilización de las medidas prontas de seguridad sería la más adecuada para aplicar en el caso de pandemia, epidemia o similares, ya que la suspensión de la seguridad individual es únicamente para la aprehensión de los delincuentes y el estado de guerra solo autoriza la extensión de la justicia militar.

¿Cuándo pueden dictarse medidas prontas de seguridad?

El numeral 17 del artículo 168 constitucional es claro cuando señala que pueden dictarse medidas prontas de seguridad en los *casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior*. Jiménez de Aréchaga recuerda que todos los antecedentes de esta disposición ponen de manifiesto que el constituyente de 1830 solo pensó en las hipótesis de ataque exterior o levantamiento armado, pero, como señalaran Martín C. Martínez en 1914, defendiendo las medidas excepcionales del Gobierno como consecuencia de la guerra, y, con aún mayor precisión interpretativa, Juan Andrés Ramírez, dicha limitación no surge del texto constitucional, por lo que toda conmoción interior que reúna las condiciones de ser grave e imprevista, habilita la aplicación de esta norma.⁹

Tanto el ataque exterior como la conmoción interior deben presentar dos condiciones: ser *graves* y ser *imprevistos*. Ha de tratarse de situaciones anormales, del mayor dramatismo, que puedan ocasionar muy serios daños al Estado o a la sociedad,¹⁰ y además, y especialmente, debe existir una desproporción entre los medios normales de que dispone el Estado para mantener la normalidad y el objetivo de lograr dicho mantenimiento. Se deberá calificar de grave cuando los remedios normales sean insuficientes para mantener o recobrar el orden.

La expresión “imprevisto” presenta otros problemas. “Imprevisto”, en idioma español, significa no previsto, y es algo distinto a “imprevisible”, esto es, algo que no pudo ser *previsto*. Jiménez de Aréchaga¹¹ y buena parte de la doctrina¹² consideran que la expresión “imprevisto” debe entenderse como algo que no pudo preverse, o sea, algo imprevisible. Sin perjuicio de ello, no nos detendremos en esta cuestión, pues es muy claro que la pandemia vivida tuvo la nota de “imprevisibilidad” requerida.

9 Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, p. 113.

10 *Ibid.*, pp. 107 ss.

11 *Ibid.*, pp. 111 ss.

12 Véase José Korzeniak, *Primer Curso de derecho público. Derecho constitucional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, p. 529.

¿Quiénes tienen competencia en esta materia?

El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo actúan en forma conjunta en tan importante tema,¹³ pues la Constitución establece que es el Gobierno quien toma las medidas prontas de seguridad y que las debe comunicar a la Asamblea General, o a la Comisión Permanente, en su caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes (dando cuenta de lo ejecutado y de sus motivos), estándose a lo que estas últimas resuelvan.

Históricamente se han visto situaciones de clara omisión o pasividad de la Asamblea o de la Comisión Permanente, lo que implica un apartamiento constitucional. Resolver la cuestión no es un derecho potestativo ni de la Asamblea ni de la Comisión, sino un *poder-deber* de ejercicio ineludible. Asimismo, la omisión del Ejecutivo en realizar la comunicación al Legislativo dentro del plazo constitucional implicará un vicio de inconstitucionalidad de la medida, que podrá ser declarado por cualquier juez.

Naturaleza jurídica y contenido de las medidas prontas de seguridad

En lo que concierne a la naturaleza jurídica de las medidas prontas de seguridad, y más precisamente a si las mismas son actos jurídicos generales o unilaterales, la doctrina no es unánime.¹⁴ Así, Jiménez de Aréchaga entiende que las medidas prontas de seguridad son decisiones particulares, medidas concretas: “Arréstese a Fulano”, por ejemplo, y no implican un estado que afecte de manera general a todos los habitantes del Estado o de una parte de su territorio, como ocurre en cambio, por ejemplo, con el estado de sitio.¹⁵

Gros Espiell, por su parte, ha señalado que, a su juicio, “las medidas prontas de seguridad son concretas, en cuanto no se trata del establecimiento de una situación general, y que, por tanto, al adoptarse, debe especificarse qué derechos en particular se limitan, en qué grado y forma o qué otras medidas se considera preciso tomar”. Agrega este autor que las medidas prontas de seguridad pueden ser actos regla o bien decisiones particulares, pero siempre con precisión, ya que no es posible que a través de medidas prontas de seguridad se produzca un debilitamiento general de los derechos y las garantías.¹⁶

13 Miguel A. Semino, “El control de las medidas prontas de seguridad”, *Revista de Derecho Público*, 1, 1972, p. 39. Refiere este autor a la práctica de muchos legisladores de no asistir siquiera a las sesiones en que se reciben los mensajes del Ejecutivo.

14 Sobre el análisis de la doctrina uruguaya véase Esteva Gallicchio, *op. cit.*, pp. 154 ss.

15 Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pp. 109 ss.

16 Héctor Gros Espiell, “Medidas prontas de seguridad y delegación de competencias”, en Héctor Gros Espiell, *Estudios constitucionales*, Montevideo, Ingranusi, 1998, pp. 69 ss.

Cassinelli Muñoz, a su turno, considera que, distinguiendo entre reglamento y una disposición general que no contiene una regla de derecho, la medida pronta de seguridad podrá tener un carácter general, pero no podrá ser un reglamento.¹⁷

Semino,¹⁸ por su parte, refiere a medidas genéricas y a las resoluciones que particularizan aquellas, pero discrepa con Real,¹⁹ por considerar que deben comunicarse al Poder Legislativo ambos tipos de medidas.

En cuanto al contenido de las medidas prontas de seguridad, hay algunos aspectos, o más precisamente, algunos límites, que parecen incuestionables. Por ejemplo, respecto a la libertad física de las personas, solo se podrá proceder en la forma que el propio numeral 17 del artículo 168 de la Carta prevé (esto es, se deberá dar al arrestado la opción de salir del país, no se lo podrá alojar en lugares de reclusión de delinquentes comunes, el arresto deberá ser respetuoso de la dignidad de la persona humana, etc.). Además de la libertad personal, parece evidente que la medida pronta de seguridad no puede infringir el principio de separación de poderes,²⁰ ni la regla de descentralización autonómica que sirve de fundamento a nuestra organización constitucional,²¹ como tampoco restringir derechos cuya limitación no sea admitida por la Constitución o la Convención Americana.

En este sentido, Cassinelli distingue entre las medidas referidas a la libertad física de las personas y las medidas de otro tipo. En el primer caso, la Carta hace una enunciación taxativa de qué se puede hacer, y en los restantes no hay más limitación que la que surge del sentido natural y obvio de la expresión medidas prontas de seguridad.²² Y agrega luego el autor en cita que estas medidas no son reglas de derecho, sino que tienen la naturaleza de una medida de precaución, de una medida cautelar, aseguradora, tomada por lo pronto, a fin de restablecer la tranquilidad o repeler un ataque exterior.²³ Las medidas prontas de seguridad no derogan reglas de derecho, no pueden violarlas ni pueden crear excepciones

17 Horacio Cassinelli Muñoz, *Derecho público*, vol. II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, s. f., pp. 458 ss.

18 Semino, *op. cit.*, pp. 46 ss.

19 Alberto Ramón Real, "Las garantías de la libertad individual ante las medidas prontas de seguridad", *La Justicia Uruguaya*, vol. XXV, s. f.

20 Pese a la claridad al respecto, nuestra historia constitucional registra antecedentes que demuestran la invasión de áreas reservadas al Poder Judicial, el ejercicio material de funciones legislativas, etc.

21 Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pp. 119 ss., dice que, si las medidas se adoptan para la conservación del orden institucional, las mismas no pueden infringir ese orden.

22 Horacio Cassinelli Muñoz, *Derecho público*, vol. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1985, pp. 451 ss.

23 *Ibid.*, p. 452.

a ellas. Por el contrario, son medidas excepcionales con base en la propia Constitución. La vigencia de la Carta, por tanto, no se ve alterada con ellas, de la misma forma que no se puede alterar la legislación mediante las mismas.

Las medidas prontas de seguridad que se estime del caso adoptar deberán presentar características definidas y claras, a saber:

- Son normas de excepción, y por lo tanto, de interpretación estricta.
- Deberán tener una relación directa con la conmoción interior. No puede aprovecharse la conmoción para otros fines, ya que el único fin constitucionalmente válido es superar la situación de emergencia. A su vez, esta relación entre el fin perseguido y los medios empleados debe cumplir con el principio de proporcionalidad.
- Son provisionales (no pueden tener efectos, o pretensión de efectos, permanentes) y son transitorias (no deben durar más allá de lo que sea estrictamente necesario para superar la situación de excepción).
- Son actos unilaterales, o bien, para algunos autores, actos generales, pero siempre con un contenido concreto, y nunca implicarán un debilitamiento general de las garantías.
- Deberán ser comunicadas, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la Asamblea General o, en su caso, a la Comisión Permanente, estándose a lo que estas resuelvan: mediante dicha comunicación se deberá dar cuenta de lo ejecutado y de sus motivos, señalándose tanto las medidas genéricas como los actos complementarios que ejecutan el acto general.
- Frente a ellas, los órganos legislativos “comunicados” deberán asumir plenamente su rol constitucional en la materia, pronunciándose y participando en la cuestión: ya sea admitiendo la pertinencia de las medidas, ya sea dejándolas sin efecto y, especialmente, aprovechando el tiempo de la medida para legislar en la materia. La medida provisional deberá ser sustituida por la legislación ordinaria para poner término, si fuera posible, al ejercicio de los poderes de excepción.
- Deberá comunicarse su adopción a los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, conforme el apartado 3 del artículo 27 de la CADH.
- Las medidas: 1) No podrán invadir el ámbito de competencia del Poder Legislativo, del Poder Judicial o de la Administración descentralizada;²⁴ 2) No podrán afectar los derechos humanos cuya limitación no es autorizada

24 Para el caso de la descentralización por servicios, el Poder Ejecutivo cuenta con mecanismos rápidos y expeditivos como los artículos 197 y 198 de la Constitución.

- por la Carta en ningún caso, y 3) Deberán ser compatibles con el artículo 27 de la CADH.
- Siempre estarán presentes el contralor y la protección del Poder Judicial en beneficio de los habitantes de la República. Se busca, con ello, que haya un contralor que verifique que concurren los supuestos de hecho que la Carta requiere para el ejercicio de poderes de emergencia, esto es, que: (i) se cerciore de la presencia de todos los requisitos formales previstos por el ordenamiento jurídico, (ii) controle la razonabilidad de lo actuado y el cumplimiento del principio de proporcionalidad, y (iii) analice y tutele la plena vigencia de los derechos humanos.

LIMITACIÓN DE DERECHOS EN PERÍODOS DE NORMALIDAD

La Constitución de la República uruguaya sigue las pautas habituales en el continente en materia de derechos humanos. En esa virtud, toda limitación o restricción de tales derechos requiere de texto expreso que será de interpretación estricta. A veces la limitación surge directamente de la Constitución, como sucede en algunos pocos casos (p. ej., arts. 152 y 77, nums. 4 y 5), mientras que en otros casos las limitaciones derivan de la coexistencia de los derechos de cada sujeto con los derechos de los demás, lo que conduce a que se den frecuentes casos de conflicto que deben ser superados mediante las técnicas de la ponderación (basta pensar en el ejercicio de la libertad de prensa, que puede afectar, verbigracia, los derechos al honor y la reputación, a la intimidad y a la propia imagen). En estos casos no habrá un acto general que establezca la limitación, sino que esta surgirá de la interrelación de cada derecho con otros; y, por último, el caso más frecuente será aquel en que la limitación o restricción está establecida por una ley.²⁵

Tanto la Constitución como el derecho internacional de los derechos humanos establecen prohibiciones o límites a las restricciones de los derechos (“los límites de los límites”): a veces en forma expresa, prohibiendo la limitación de ciertos derechos o en ciertas circunstancias, y otras veces exigiendo determinados requisitos para que la restricción sea válida. Se pueden aducir al respecto, entre otras, razones de interés general, orden público o seguridad, indispensables para la existencia de una sociedad democrática; así como, especialmente, los principios constitucionales de proporcionalidad, libertad e igualdad.

²⁵ Martín Risso Ferrand, *Derechos humanos. Interpretación y aplicación*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2022, pp. 106 ss.

Ingresando directamente en la posibilidad de restricciones o limitaciones a derechos humanos en temas sanitarios, no cabe duda de que existen ciertos casos en que las restricciones legales son necesarias y ajustadas a derecho. La cuestión es cuándo esto es necesario y cuáles son las garantías que se otorgan al sujeto. Como siempre, la existencia de ley es necesaria, pero en Uruguay existe una normativa legal muy vieja, imprecisa y poco garantista, que debe ser urgentemente revisada.

Una legislación apropiada, en términos actuales, debería: a) definir cuáles son los casos en que se limitan derechos por temas vinculados a la salud, especificando explícitamente el alcance de cada limitación; b) cumplir con el principio de proporcionalidad, y c) regular la imprescindible garantía judicial. Pero la Ley 9202, de 12 de enero de 1934, contiene normas muy generales, a veces poco precisas y, en general, no prevé garantías jurisdiccionales. Pese a esto, considerando que las garantías jurisdiccionales están reguladas por normas constitucionales y convencionales posteriores, por lo que han modificado o incluso derogado parte de la vieja ley, se puede ensayar una interpretación que logre la compatibilidad de la legislación con las exigencias y garantías actuales. El ideal sería contar con una ley moderna e integral de estas cuestiones, pero ante nuestra realidad fue necesario proceder a desarrollar interpretaciones que permitan la aplicación de los criterios superiores.

MANEJO GUBERNATIVO DE LA PANDEMIA

El Gobierno uruguayo, desde el inicio, manejó la pandemia con cuatro estrategias: 1) Creó un Grupo Asesor Científico Honorario (GACH), integrado por los principales científicos uruguayos que asesoraron a las autoridades y mantuvieron contacto directo con la población a través de los medios, de forma tal que se recibiera información clara y con alto sustento científico; 2) Apeló a la exhortación y a la responsabilidad de la ciudadanía para el combate a la pandemia, sin perjuicio de medidas puntuales; 3) Adoptó diversas medidas sanitarias, como la ampliación del número de camas de cuidados intensivos y la política de vacunas, y 4) Dispuso medidas económicas y sociales de apoyo a la población, tales como el seguro de paro especial, que incluyó a trabajadores informales, apoyos de alimentación, etc.

El Poder Ejecutivo tomó decisiones para las que estaba habilitado legalmente: cierre de la mayoría de las oficinas públicas, apelando en lo posible al trabajo remoto o en línea; cierre de centros comerciales, cines y teatros; prohibición de actividades deportivas; cierre de las entidades educativas, pero manteniendo la

actividad en línea en todos los niveles educativos, y asegurando el sistema de alimentación para los niños que venían recibiendo comidas en las escuelas; exhortación a la población a no circular por la vía pública ni concentrarse en lugares públicos o privados; etc. El grado de cumplimiento fue extraordinariamente alto. Se permitieron las actividades vinculadas con la salud, la alimentación y para cubrir las necesidades básicas de la población.

Con el avance de la pandemia y un cierto cansancio de la población por la situación de aislamiento, fue necesario dictar una ley que limitara transitoriamente el derecho de reunión. Nuevamente, el Gobierno optó por el camino regular de la ley y no recurrió a poderes de emergencia. Así, la Ley 19.932, de 21 de diciembre de 2020,²⁶ limitó, transitoriamente y por razones de salud pública, el derecho de reunión consagrado por el artículo 38 de la Constitución, prohibiendo expresamente las aglomeraciones de personas que pudieran generar riesgo sanitario, por el plazo de sesenta días desde la publicación de la ley, entendiéndose como tales la concentración, permanencia o circulación de personas en espacios públicos o privados de uso público en las que no se respetaran las medidas de distanciamiento social sanitario ni se utilizaran los elementos de protección personal adecuados, tales como tapabocas, mascarillas, protectores faciales y otros elementos de similar naturaleza. De todas formas, no se previeron sanciones, y la policía se limitaba a exhortar a quienes provocaban aglomeraciones a que las disolvieran.

El cansancio por el distanciamiento y el clima político fueron disminuyendo el grado de cumplimiento y, al mismo tiempo, venció el plazo previsto por la ley anterior, lo que hizo necesaria la promulgación de la Ley 19.941, de 26 de marzo de 2021,²⁷ que extendió la limitación del derecho de reunión por el plazo de 120 días, refiriéndose a los casos de concentración, permanencia o circulación de personas en espacios públicos o privados de uso público en las que no se respetaran las medidas de distanciamiento social sanitario ni se utilizaran los elementos de protección personal adecuados. El artículo 2 facultó al Poder Ejecutivo y a los gobiernos departamentales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para prevenir y eventualmente dispersar, así como disponer el cese de aglomeraciones que generaran riesgo sanitario, al igual que de toda reunión que se realizara en contravención de las medidas sanitarias y protocolos dispuestos por la autoridad competente. Estas facultades debían ser respetuosas de los principios de igualdad, no discriminación y razonabilidad, conforme a criterios sanitarios. Se estableció que, si finalizaba la alerta sanitaria antes, la ley quedaría derogada,

²⁶ [Ley 19.932. impo.com.uy.](http://ley.19.932.impo.com.uy)

²⁷ [Ley 19.941. impo.com.uy.](http://ley.19.941.impo.com.uy)

y en ese caso se establecieron sanciones de advertencia para los infractores, así como multas subsiguientes.

Desde el punto de vista sanitario, se adoptaron varias medidas orientadas a reforzar la atención en salud, especialmente en lo referido a camas de cuidados intensivos y elementos médicos necesarios, y cuando aparecieron las vacunas, a lograr una rápida vacunación de la población.

La pandemia finalizó sin que colapsaran las camas de cuidados intensivos y sin que a nadie le faltara la asistencia médica, pero con alrededor de seis mil fallecidos y muchas consecuencias individuales y sociales negativas.

ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICAS

El manejo de la pandemia por parte del Gobierno uruguayo, que, como ya se dijo, no recurrió al ejercicio de poderes de excepción, requirió de regulaciones variadas que fueron generando sus propios problemas y discusiones. Por ejemplo:

- a. La supresión o cierre al público de varios tipos de empresas que implicaban concentración de personas en espacios cerrados (clubes deportivos, salones de fiesta, restaurantes, teatros, cines, locales variados, etc.) generó muchos problemas y perjudicó económicamente a los sectores involucrados; algunas de estas actividades cesaron totalmente.
- b. Luego, cuando la pandemia se hizo más manejable, algunas de estas actividades comenzaron a permitirse, pero condicionadas a números máximos de personas y al uso de mascarillas. Esto mejoraba la situación de las empresas, pero no resolvía el problema de fondo y, además, se registraron casos de personas que no querían cumplir con las medidas de seguridad (mascarillas, separación de personas, entre otras). Incluso, para el uso de transporte público se exigía el uso de mascarilla, pero aparecían problemas cuando una persona se negaba a usarla o la usaba en forma deficiente. El personal de las empresas de transporte debía cumplir un rol de control, pero no quería entrar en discusiones y problemas con los pasajeros.
- c. Cuando avanzó el proceso de vacunación, y ante la realidad de que la probabilidad de contagio y la gravedad de la enfermedad disminuían para las personas vacunadas, se comenzaron a establecer cupos o regímenes diversos para quienes ya estaban vacunados y quienes usaban mascarillas.

Lo anterior comenzó a plantear dificultades con la salvaguarda del principio de proporcionalidad de las restricciones, en tanto se cuestionaba la idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto de las medidas, así como con el

principio de igualdad, ya que se diferenciaba entre vacunados y no vacunados y entre quienes usaban mascarilla y quienes no lo hacían. Se invocaba que, si bien el Gobierno exhortaba a la vacunación y esta se hallaba disponible, la vacuna no había sido establecida como obligatoria, por lo que se cuestionaba que alguien se viera perjudicado por no hacer algo que no era obligatorio y, por otra parte, se alegaba una suerte de discriminación en contra de quienes no querían vacunarse.

Aparecieron, además, personas y pequeños grupos contrarios a las vacunas, pese al respaldo de la gran mayoría de la comunidad científica internacional y nacional.

Una de las discusiones más intensas se planteó respecto a si un empresario podía, por decisión propia, prohibir el ingreso a personas no vacunadas. Las razones esgrimidas para hacerlo podían ser sanitarias, de imagen del local, etc. Insólitamente, muchos respondieron esta interrogante en forma negativa, invocando que la no existencia de ley al respecto le impedía al empresario tomar esta decisión. Lo más curioso fue que dicha posición surgió desde el Gobierno mismo y fue sostenida por muchos abogados de áreas ajenas a los derechos humanos. Se confundió el ejercicio de un derecho, en este caso la libertad de empresa, con una limitación general y obligatoria que obviamente requiere de ley. Incluso se habló del derecho de admisión, poniéndolo en tela de juicio.

La cuestión es bastante clara, pese a todo. La libertad de empresa señalada en el artículo 36 de la Constitución, aunque no se use esta expresión, comprende que un sujeto inicie una actividad empresarial, la dirija según sus criterios y, al final, obtenga ganancias o se haga cargo de las pérdidas, todo dentro de la ley que puede limitar esta libertad. Es muy claro que, no con carácter general, pero sí dentro de su empresa, el titular puede adoptar distintas decisiones: establecer horarios, exigir a sus empleados uniformes, establecer pautas de atención a los clientes, contratar y despedir empleados, y muchas otras. Si el individuo entiende que su establecimiento tendrá más clientes si ofrece ciertas seguridades sanitarias, entre las que está el uso del barbijo, lo puede disponer; luego se verá si con la decisión ganó o perdió clientela, pero esto sería la consecuencia de la decisión de la cual el empresario deberá hacerse cargo. Se trata de decisiones que se ven a diario y en forma constante, por lo que no se entiende cómo pueden desconocerse. Por supuesto que hay límites: así, por ejemplo, el empresario no podrá prohibir el ingreso de empleados por su raza, sexo, orientación política o sexual, nacionalidad, religión, etc., pero fuera de los casos que conforman las categorías sospechosas de discriminación no hay mayores problemas.

DEMANDAS DE AMPARO

En sede judicial, el caso más importante fue aquel referido a las vacunas en menores. Debe tenerse presente que las vacunas contra el covid-19 en Uruguay fueron gratuitas y no obligatorias. Sin perjuicio de esto, el Gobierno exhortó fuertemente a la población a vacunarse, aunque respetando la decisión final de cada individuo. Claro está que la decisión de cada uno tendría consecuencias a la hora de ingresar en locales en que se le requiriera la constancia de vacunación, para vuelos internacionales, etc. Por otra parte, en 2021 se habilitó la vacunación para menores de trece años, en cuyo caso se dispuso que debían ser acompañados por sus padres o representante legal que autorizaría la vacunación.

En junio de 2022, el Sr. Maximiliano Dentone promovió una acción de amparo peticionando que se suspendieran las vacunaciones contra el covid-19 en menores de trece años, dictándose en consecuencia la Sentencia 41/2022, de 7 de julio,²⁸ que hizo lugar a lo peticionado, reconociendo al promotor el carácter de representante de intereses difusos y, por ende, con legitimación activa para el accionamiento. A continuación, el magistrado vinculó el derecho de los menores, mediando autorización de sus padres, a la vacunación con el derecho de acceso a la información pública. Asimismo, utilizó en su favor los artículos 195 y siguientes del Código de la Niñez y de la Adolescencia que disponen que la acción de amparo para la protección de derechos de niños y adolescentes podrá ser ejercida por cualquier persona interesada. Consideró que se cumplía con todos los elementos que habilitan el procedimiento de amparo y que el juez se encuentra habilitado para actuar y controlar la legalidad de la decisión de los poderes políticos.

Luego, la sentencia desarrolló la noción de consentimiento informado, recordando que la jurisprudencia ha reconocido que el proveedor debe brindar información clara y precisa respecto a los riesgos del producto médico que suministra. Señaló que en materia de covid-19 se dio información genérica que fue publicitada en diversos medios de comunicación masiva, pero que no hubo un diálogo personal y directo. Asimismo, indicó que, en materia médica, la información a suministrar debía contar con informes técnicos neutrales. Al omitirse este elemento, dijo, se entiende que no puede hablarse de un consentimiento informado en la materia. Agregó, por otra parte, que las vacunas no completaban todas las fases de control y estimó que no había riesgo alguno por el no

28 Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 4.º Turno, autos caratulados “Dentone Méndez, Maximiliano c/ Presidencia de la República y otro. Amparo”, IUE 2-34539/2022. <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam?cid=354>.

suministro de aquellas, debido a los bajos contagio y peligrosidad en menores de edad. La sentencia realizó una referencia difícil de comprender al artículo 13 de la CADH y luego agregó que no se había dictado ninguna ley basada en razones de interés general que habilitara a omitir información. Consideró luego que existen cláusulas contractuales confidenciales y que no se sabe lo que establecen (se trata de la confidencialidad exigida por el proveedor para la venta de las vacunas, exigencia realizada a todos los países). Finalmente, el fallo dispuso que solo podría continuarse con la vacunación cuando el Estado proveyera los contratos de compraventa sin tachaduras o cláusulas confidenciales.

En definitiva, se suspendió la vacunación a menores de trece años hasta que se cumpliera con una serie de requisitos: 1. Publicar, íntegros y sin testados, los contratos de compra de las vacunas; 2. Elaborar un texto para suministrar a los responsables de los menores informando de manera completa sobre: la composición de las sustancias inyectables; los beneficios de la vacuna; los riesgos y probabilidades de problemas de las vacunas; si la autorización de la FDA (el regulador de Estados Unidos) era solo de emergencia; los efectos adversos, explicados de manera detallada; la realización de controles.

El Estado interpuso recurso de apelación y, mediante la Sentencia 119/2022, de 26 de julio,²⁹ el Tribunal de Apelaciones de Sexto Turno revocó la sentencia antes referida. Se admitió prueba superviniente, claramente posterior a la sentencia de primera instancia, y se rechazaron otros documentos anteriores.

Es preciso mencionar que la Ley 16.011, reglamentaria de la acción de amparo, establece que la demanda debe presentarse antes de los treinta días posteriores a la configuración del hecho ilícito (la doctrina ha considerado inconstitucional y hasta absurdo este plazo), y que, a juicio del Tribunal, se habría operado la caducidad por vencimiento de dicho término. En efecto, la vacunación para menores de trece años se habilitó el 12 de enero de 2022.

También consideró el Tribunal que el promotor carecía de legitimación activa para invocar la defensa de intereses difusos de los menores de trece años, lo que parece bastante claro y, en especial, señaló que de admitirse la representación de intereses difusos se entraría en un conflicto de derechos con otros sujetos: menores de trece años y sus padres o representantes legales (agregando que a estas personas, no traídas a juicio, no puede alcanzarlas la sentencia).

Tampoco compartió el Tribunal que hubiera ilegitimidad manifiesta, pero se basó para ello en que es competencia de las autoridades sanitarias adoptar las medidas para preservar la salud. Entendió también el juzgador que no podía

29 <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam?cid=354>.

el juez inmiscuirse en esta cuestión, pues de ese modo violaría el principio de separación de poderes.

Por último, el Tribunal mantuvo su posición en el sentido de que la acción de amparo es residual, y recordó que existían otras vías que hubieran podido transitar (como las medidas cautelares), lo que excluía de suyo el amparo.

Por distintos motivos, a nuestro juicio, las dos sentencias resultan criticables.

La sentencia de primera instancia entra en consideraciones técnicas y maneja arbitrariamente informes de esa misma naturaleza. La realidad nos señala que la inmensa mayoría de la comunidad científica nacional e internacional aprueba y aprobaba el uso de las vacunas. Lo mismo hizo la agencia reguladora más prestigiosa del mundo, la FDA de Estados Unidos, y no se advierte qué sustento técnico podían tener las dudas manifestadas por el magistrado frente al tipo de aprobación recibida (lo evidente es que la FDA autorizó su uso). Para que el juez pueda intervenir en el ámbito competencial de otro poder debe haberse acreditado que el accionar de este fue contrario a derecho, lo que no surge en forma alguna del expediente. En la sentencia se eligen ciertas opiniones y se excluyen otras abrumadoramente mayoritarias, por lo que no puede concluirse en que la habilitación de las vacunas violaba derechos.

No se repara adecuadamente en que la vacuna no era ni es obligatoria. Es cada persona la que decide si se vacuna o no, y en el caso de los menores actúan sus padres o representantes legales. La información disponible es más que abundante, y quienes tengan dudas podrán hacerse asesorar por sus médicos de confianza. Cabe reiterar que la vacuna no era ni es obligatoria en Uruguay.

La habilitación del uso de vacunas depende de su efectividad y seguridad. La autoridad debe evaluar cuál es el riesgo mayor: vacunar o correr el riesgo de contraer la enfermedad. Pues bien, esto fue lo que hicieron las autoridades científicas extranjeras y nacionales, y no se advierten elementos de juicio en la sentencia que puedan desvirtuarlo.

El pronunciamiento del Tribunal, si bien se puede compartir en su consecuencia final de revocar la sentencia, presenta algunos aspectos cuestionables. En primer lugar, insiste con el plazo de caducidad, sin reparar en que existe, además, un amparo constitucional y otro internacional, y en ninguno de los dos casos hay plazo de caducidad. A su vez, la caducidad de la acción de amparo, como la caducidad del *habeas corpus*, es inadmisibles, pues ninguna violación de un derecho humano prescribe por el mero transcurso del tiempo (no se puede profundizar en este punto, por lo que es preciso hacer remisión a otros trabajos y a la jurisprudencia y doctrina citada en ellos³⁰). En segundo lugar, el concepto

30 Véase Martín Risso Ferrand, *Constitución y Estado de derecho*, Montevideo, FCU, 2021.

de ilegitimidad manifiesta que maneja parece anticuado y extraordinariamente restrictivo; en contra se ha señalado que, en lugar de cargar de adjetivos a la ilegitimidad, la cuestión es si el amparo puede sustanciarse por el abreviado proceso de amparo con garantías razonables (en este caso es claro que sí se puede sustanciar el proceso y reconocer lo evidente: la inmensa mayoría de la comunidad científica nacional e internacional se ha pronunciado en favor de las vacunas, y las opiniones en contra no alcanzan a justificar que se considere la habilitación de la vacunación como contraria a derecho). Por último, la reiterada invocación a que el amparo es una categoría residual y excepcional, que persiste en la jurisprudencia mayoritaria, debe ser abandonada, como ha postulado la doctrina mayoritaria en reiteradas ocasiones.³¹

En definitiva, la conclusión a la que arriba el Tribunal de Apelaciones, consistente en la necesidad de revocar la sentencia de primera instancia, es correcta, aunque no pueden compartirse algunos de sus argumentos que, a su vez, ponen de manifiesto una reiterada jurisprudencia que resulta francamente contraria a la Constitución y al derecho internacional de los derechos humanos.

La jurisprudencia nacional en materia de amparo ha experimentado un proceso de franco retroceso en los últimos quince años, del que cuesta mucho recuperarse.³²

COMENTARIO FINAL

El Gobierno uruguayo no recurrió a los poderes de excepción establecidos en la Constitución para combatir la pandemia, y hubo muy pocos casos judiciales de amparo, no obstante lo cual es preciso decir que la actuación del Poder Judicial vuelve a evidenciar problemas con esta garantía. En primera instancia, se incurrió en excesos y se dictó una sentencia sin el suficiente respaldo científico que permitiera considerar inconstitucional la habilitación de vacunas a menores de trece años. Asimismo, parece ser que el promotor carecía de legitimación activa y la decisión, en realidad, perjudicó los derechos de menores y sus padres o representantes legales que no pudieron vacunarse conforme el pronunciamiento.

En cuanto a la sentencia de segunda instancia, merece las mismas críticas que con carácter general viene recibiendo la mayoría de la jurisprudencia nacional en materia de amparo en los últimos años.

³¹ *Ibid.*, pp. 341 ss.

³² Martín Risso Ferrand, María Paula Garat, Stephania Rainaldi, Alicia Rodríguez Galusso y Lucía Techera, “Jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado”, *Revista de Derecho*, n.º 16, 2017. <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1479>.

BIBLIOGRAFÍA

- CAGNONI, Aníbal, “Los estados de emergencia y la protección de los derechos humanos”, *Revista de Derecho Público*, n.º 3-4, 1993.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho público*, vol. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1985.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho público*, vol. II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, s. f.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto costituzionale*, 2.ª ed., Padua, Cedam, 2000.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, “Los estados de excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o jurisdiccionales”, *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, Universidad de Talca, vol. 8, n.º 1, 2002, pp. 147-169.
- GROS ESPIELL, Héctor, “Medidas prontas de seguridad y delegación de competencias”, en Héctor GROS ESPIELL, *Estudios constitucionales*, Montevideo, Ingranusi, 1998.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución Nacional*, vol. III, Montevideo, Cámara de Senadores, 1998.
- KORZENIAK, José, *Primer Curso de derecho público. Derecho constitucional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- REAL, Alberto Ramón, “Las garantías de la libertad individual ante las medidas prontas de seguridad”, *La Justicia Uruguaya*, vol. XXV, s. f.
- RISSO FERRAND, Martín, *Constitución y Estado de derecho*, Montevideo, FCU, 2021.
- RISSO FERRAND, Martín, *Derechos humanos. Interpretación y aplicación*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2022.
- RISSO FERRAND, Martín; María Paula GARAT, Stephania RAINALDI, Alicia RODRÍGUEZ GALUSSO y Lucía TECHERA, “Jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado”, *Revista de Derecho*, n.º 16, 2017. <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1479>.
- SAGÜÉS, Néstor, “Derecho constitucional y derecho de emergencia”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, vol. VIII, n.º 45-46, 1991.
- SEMINO, Miguel A., “El control de las medidas prontas de seguridad”, *Revista de Derecho Público*, 1, 1972.

EL ESTADO DE ALARMA EN VENEZUELA: ABUSOS EJECUTIVOS Y COMPLICIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Jesús María Casal*

EL ESTADO DE ALARMA: CONTEXTO Y PRETEXTO

Venezuela se halla sumida en un proceso de devastación institucional, económica y social de magnitudes hasta ahora desconocidas en su historia como nación independiente. Ha sido sometida a un régimen autoritario de duración prolongada y aún con perspectivas de mantenerse fácticamente en el poder, y, mientras el aparato productivo nacional es destruido por el estatismo asfixiante, la sociedad sufre una emergencia humanitaria compleja y la emigración a gran escala no cesa. Desde 2016 y hasta 2021 estuvo en vigor un estado de emergencia económica, impuesto sin cumplir los requisitos constitucionales y utilizado para gobernar holgadamente por decreto, dejando de lado a la Asamblea Nacional electa en diciembre 2015, que, además, el Tribunal Supremo de Justicia se encargaría de liquidar funcionalmente, aunque no pudo menoscabar su legitimidad como instancia parlamentaria-representativa.¹ Con un Gobierno que se sostiene en la represión, la persecución política y la subordinación clientelar de un sector minoritario de las mayorías desasistidas, las violaciones a los derechos humanos se han generalizado y probablemente han sido perpetrados crímenes de lesa humanidad.²

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Se ha desempeñado como investigador invitado del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg, Alemania). jesus-mariacasal@gmail.com.

1 Véase Jesús M. Casal, *Asamblea Nacional: elementos de argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2016-2021)*, Caracas, UCAB, 2021.

2 Véase Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, designada por el Consejo de Derechos Humanos de la

En esas circunstancias se encontraba el país cuando fue alcanzado por la pandemia del covid-19. El coronavirus se insertó, pues, en una institucionalidad ya envilecida, y el régimen imperante supo aprovechar la pandemia para el logro de sus objetivos: contener la movilización ciudadana, acallar los eventuales focos de protesta, crítica o reclamo y conservar la dominación. Las graves deficiencias de los servicios públicos y, en especial, el colapso de los hospitales y en general del sistema sanitario nacional, así como las precarias condiciones de vida de la mayoría de la población, representaron, por otra parte, una enorme vulnerabilidad ante la pandemia, que se acentuó por las dificultades del Gobierno para gestionar de manera mancomunada, administrativamente ordenada y eficiente, y por encima de los partidos, los asuntos públicos. El menosprecio al saber experto, otro rasgo de regímenes autoritarios en el manejo de la pandemia,³ le restó capacidad de respuesta. La situación de aislamiento en que se hallaba Venezuela en marzo de 2020, con reducción drástica de los vuelos internacionales y con corrientes migratorias en una sola dirección, la de la salida, puede explicar que las cifras oficiales de contagios no hayan sido tan altas como en otros países latinoamericanos, a lo cual se añade la absoluta opacidad sobre la dinámica del covid-19, el escaso número de pruebas de detección practicadas, y la criminalización de la búsqueda independiente de información o de la formulación de críticas o propuestas, todo lo cual se tradujo en falta de transparencia y, por tanto, de confianza en tales cifras. En cualquier caso, algunos hechos no pudieron ser ocultados y se constató que al menos un 19% de los fallecimientos reconocidos causados por la pandemia correspondió al personal de salud, uno de los porcentajes más altos de la región.⁴

Lo expuesto permite entender que en Venezuela el estado de alarma declarado por Nicolás Maduro ante la pandemia no estuvo dirigido propiamente a restablecer una normalidad cónsona con el Estado democrático de derecho, sino que combinó los propósitos de protección de la salud con los propios del esquema autoritario de gobierno imperante.

ONU, Informes de la Misión. <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/FFMV/Pages/Index.aspx>.

3 Como sostiene Innerarity, los líderes populistas menosprecian el saber experto, las instituciones y la comunidad global, todo lo cual es clave para enfrentar la pandemia. Véase Daniel Innerarity, *Pandemocracia*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020, pp. 51 ss.

4 <https://www.analitica.com/actualidad/actualidad-nacional/cidh-insta-a-maduro-protger-a-medicos-el-19-de-los-fallecidos-son-del-sector-salud/>.

LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN Y SU CONTROL

La Constitución venezolana regula los estados de excepción en los artículos 337 a 339, con disposiciones complementarias como el artículo 27, que deja a salvo la vigencia del amparo y el *habeas corpus* durante los estados de excepción y la declaratoria de una restricción de garantías constitucionales. El artículo 337 contiene una definición general de los estados de excepción y excluye la restricción de las garantías de determinados derechos: las del derecho a la vida, de la prohibición de incomunicación o tortura, del debido proceso, del derecho a la información y de otros “derechos intangibles”.⁵ El artículo 338 prevé los tipos de estado de excepción y su duración, así como la posibilidad de prorrogarlos, y remite a una ley orgánica sobre los estados de excepción.⁶ El artículo 339, por su parte, contempla los controles judicial y parlamentario, al igual que las obligaciones internacionales que rigen en la materia.⁷

5 “Artículo 337. El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen [sic] para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, [la] prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles”.

6 “Artículo 338. Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más. / Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual. / Podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones. Se prolongará hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más. / La aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional. Una ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos”.

7 “Artículo 339. El Decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El Decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la

Se contemplan tres modalidades de estados de excepción: el estado de alarma, el estado de emergencia económica y el estado de conmoción interior o exterior. El estado de alarma es el que resulta relevante a los efectos de este trabajo, ya que puede decretarse “cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas” (art. 338). Tanto el concepto de catástrofe como el de calamidad pública pueden comprender circunstancias extraordinarias ligadas a epidemias o pandemias. En esta dirección apunta la referencia general del artículo 337 constitucional al tipo de situaciones que representan estados de excepción: “las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas”. La pandemia del covid-19 fue, indudablemente, una causa natural desencadenante de una emergencia, abarcable bajo las categorías de calamidad y de catástrofe. Igualmente, el artículo 338 de la Constitución, que prevé el estado de alarma, ofrece una enunciación abierta que corrobora la anterior conclusión, como también lo hacen la normativa vigente en otros ordenamientos jurídicos y los aportes doctrinales.⁸

Al regular y diferenciar los tipos de estados de excepción, la Constitución adopta un modelo de gradualidad o proporcionalidad y fija límites temporales a cada uno. El estado de alarma puede extenderse hasta por treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más. El estado de alarma, como los demás estados de excepción, puede ser decretado por el presidente de la República, en Consejo de Ministros, y su prórroga corresponde a la Asamblea Nacional, a solicitud del presidente de la República (arts. 338 y 339).

El control del decreto que declara un estado de excepción corresponde primeramente a la Asamblea Nacional, que está facultada para aprobarlo o desaprobarlo, caso en el cual perderá su vigencia. Además, se prevé un control automático u obligatorio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 339). La intervención de la Asamblea Nacional en la aprobación o desaprobación del decreto de estado de excepción es un mecanismo de control que pone de manifiesto la trascendencia institucional y constitucional de tal declaratoria y la necesidad de que el órgano parlamentario, en su carácter representativo, plural y deliberante, examine si se justifica acudir a poderes extraordinarios. Esta

República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron. / La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público”.

8 Véase, por ejemplo, Gabriel Sira Santana, “Venezuela y el estado de alarma por el covid-19 (actualización)”, Cidep. <http://cidep.online/files/reportes/reportecidep-covid-02.pdf>.

valoración incluye criterios de decisión tanto jurídicos como políticos. Mientras que el control automático de la jurisdicción constitucional, que fue incorporado bajo la influencia de la Constitución colombiana de 1991, es de naturaleza jurídico-constitucional. Adicionalmente, todo juez de la República puede ejercer funciones de control sobre medidas adoptadas con base en la declaración de un estado de excepción, a fin de evaluar su razonabilidad o proporcionalidad y juridicidad en general. En particular, la Constitución enfatiza la procedencia del amparo y del *habeas corpus*.

LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA Y SU CESACIÓN TAN SOLO FORMAL

Nicolás Maduro anunció la declaración del estado de alarma el 13 de marzo de 2020 y comenzó a adoptar una serie de medidas materiales relativas a la restricción del libre tránsito y a la suspensión de actividades laborales. Aludió seguidamente al inicio de una cuarentena colectiva.⁹ Solo días después de aquel anuncio se cumpliría el requisito de publicación del decreto respectivo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual generó inseguridad jurídica y quebrantó el ordenamiento constitucional.¹⁰ Pero esto no es lo más grave. El Decreto n.º 4.160, declaratorio del estado de alarma, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria n.º 6.519, correspondiente al 13 de marzo de 2020, que fue sucedido por otros decretos de similar contenido, vulneró abiertamente la Constitución, por las razones que a continuación se expondrán, y fue aprovechado, junto al mismo estado de excepción, para cercenar aún más los derechos humanos y clausurar las vías democráticas. El estado de alarma estuvo en vigor hasta el 28 de marzo de 2021, cuando concluyó la prórroga del estado de alarma declarado (renovado) mediante el Decreto n.º 4.448, de 28 de febrero de 2021. Pese a la falta de renovación del estado de alarma, el Ejecutivo Nacional siguió actuando con gran discrecionalidad en la materia y, ante un repunte de cifras de contagio, restableció *de facto* medidas seriamente restrictivas de la movilidad (cuarentena estricta).¹¹

9 <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/maduro-ordena-una-cuarentena-total-en-venezuela-para-frenar-el-coronavirus/20000013-4197504>.

10 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Pronunciamiento sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del Coronavirus (COVID-19)”. <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/PRONUNCIAMIENTO-SOBRE-EL-ESTADO-DE-ALARMA-epidemia-coronavirus.pdf>.

11 <https://www.sandiegouniontribune.com/en-espanol/noticias/story/2021-03-21/venezuela-maduro-endurece-medidas-por-repunte-del-covid-19>.

La falta de renovación del estado de alarma ha de examinarse en conjunto con la cesación del estado de emergencia económica declarado en enero de 2016 y formalmente vigente hasta el 23 de abril de 2021, cuando venció su última prórroga. Todo apunta a que la instalación, en enero de 2021, de la Asamblea Nacional progubernamental electa en diciembre de 2020 condujo a que el Ejecutivo desistiera de continuar con las respectivas renovaciones y prórrogas, al contar con un Parlamento sumiso, dispuesto a dictar cualquier normativa que le fuera propuesta en materia económica o sanitaria por quien detenta la Presidencia de la República, o, en todo caso, a tolerar la pervivencia de medidas ejecutivas restrictivas de derechos en uno y otro ámbito, ahora francamente como vías de hecho. Trasfondo de esto es, además, particularmente respecto del estado de emergencia económica impuesto desde 2016, la decisión gubernamental de prescindir de la Asamblea Nacional mayoritariamente opositora, electa en diciembre de 2015, para lo cual se valió de mecanismos como la declaración del estado de emergencia económica, destinada a apuntalar el Gobierno por decreto. Al instalarse una nueva Asamblea Nacional en enero 2021, merced a un proceso comicial cuestionable en muchos aspectos, desapareció la motivación política o autoritaria de prolongar ese estado de excepción.

En la actualidad han cesado las principales medidas restrictivas tomadas frente a la pandemia, dada la disminución de cifras de contagio y la vuelta progresiva a una relativa normalidad en ese campo, mas no así en el contexto general, institucional y de derechos humanos.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ESTADO DE ALARMA

Usurpación de autoridad y prescindencia de los controles constitucionales

Puede afirmarse que había razones para declarar el estado de alarma en marzo de 2020. La magnitud de las calamidades que para entonces ya había causado el coronavirus en China y en varios países europeos, y su calificación por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como pandemia, el 11 de marzo de 2020,¹² daban fundamento a esa declaración, una vez que se detectaron los primeros casos de contagio por covid-19 en Venezuela. El artículo 338 de la Constitución menciona a las “catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos” como circunstancias que justifican la declaración de un estado de

12 <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

excepción, bajo la modalidad de estado de alarma. Es indudable que la salud e incluso la vida de los habitantes de Venezuela estaban en riesgo a causa del peligro de propagación de la pandemia, más aún en medio de un sistema sanitario devastado, con mínima capacidad de respuesta para la atención adecuada de los pacientes, en el contexto de una crisis humanitaria compleja como la que sufre Venezuela.¹³ Sin embargo, el abordaje de esta emergencia por quienes detentan el poder fue abiertamente inconstitucional. El problema de fondo radica en que los estados de excepción solo tienen sentido constitucional cuando existe un Estado de derecho.

En primer término, es preciso señalar que el Decreto n.º 4.160, del 13 de marzo de 2020, como también los que lo sucedieron, carecían de validez por emanar de una autoridad usurpada, cuyos actos son nulos (art. 138), dada la ilegitimidad de los respectivos comicios presidenciales.¹⁴ Eran actos viciados de nulidad, a todo evento, porque ese y los decretos posteriores de estado de alarma y sus prórrogas no previeron la remisión de los mismos a la Asamblea Nacional, para su consideración y aprobación, como ordena la Constitución, sino que solo se dispuso su envío a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en lo que concierne a la revisión de su constitucionalidad. Ello se hizo así en virtud de la insostenible tesis judicial referida a la situación de desacato en que supuestamente se hallaba el órgano parlamentario nacional al no dar cumplimiento a determinadas sentencias de dicho Tribunal, que le imposibilitaba adoptar actos válidos.¹⁵ La Sala Constitucional convalidó ese proceder del Ejecutivo.

La remisión a la Asamblea Nacional, entonces presidida por el diputado Juan Guaidó, no solo no estaba contemplada en los decretos correspondientes, sino que de hecho nunca se produjo. La obligación de remisión del decreto correspondiente a la Asamblea Nacional está contenida en los artículos 339 de la Constitución y 26 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción. Ahora bien, tal como lo señala esta última: “Si el Presidente de la República no diere cumplimiento al mandato establecido en el presente artículo en el lapso previsto, la

13 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La CIDH y su REDESCA manifiestan profunda preocupación por los efectos de la pandemia COVID-19 en Venezuela y llaman a garantizar derechos de las personas venezolanas en la región”, 29 de marzo de 2020. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/064.asp>; https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-001/19.

14 Véase Organización de Estados Americanos, “Consejo Permanente de la OEA acuerda ‘no reconocer la legitimidad del período del régimen de Nicolás Maduro’”. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/064.asp>; https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-001/19.

15 Casal, *op. cit.*, pp. 101 ss.

Asamblea Nacional se pronunciará de oficio”. La Asamblea podía, pues, pronunciarse de oficio, pero ello no obsta a la inconstitucionalidad de la omisión de las autoridades ejecutivas. En tal sentido, la Sala Constitucional estableció, en Sentencia del 11 de febrero de 2021, que, al haberse instalado una nueva Asamblea Nacional en enero de 2021, no sujeta ya a la declaratoria de desacato impuesta –arbitrariamente– por dicho Tribunal, era obligatorio para el Ejecutivo, a partir de esa Sentencia, remitir al Parlamento cualquier decreto de estado de excepción.¹⁶

No obstante, el vaciamiento funcional de la Asamblea Nacional, llevado a cabo por la Sala Constitucional desde enero de 2016, ha sido tan profundo que una eventual decisión parlamentaria desaprobatoria del decreto de estado de excepción carecería de efectos jurídicos y tendría solo significación política. Ello a causa de pronunciamientos dictados por la Sala Constitucional desde febrero 2016 que, contrariando la Constitución, despojaron a la intervención contralora de la Asamblea Nacional en la materia de relevancia jurídica y la relegaron al plano de una mera declaración de la opinión política del Parlamento.

Así, en Sentencia 7/2016,¹⁷ la Sala Constitucional sostuvo:

... la aprobación o desaprobación del decreto de estado de excepción, por parte de la Asamblea Nacional, lo afecta desde la perspectiva del control político y, por ende, lo condiciona políticamente, pero no desde la perspectiva jurídico-constitucional, pues, de lo contrario, no tendría sentido que el constituyente, en correspondencia con los principios de supremacía constitucional y del Estado Constitucional (no del otrora Estado Legislativo de Derecho), hubiere [sic] exigido, además de aquel control, el examen constitucional del mismo, por parte de esta Sala, como máxima protectora de la constitucionalidad (*vid.* artículos 335 y 339 del Texto Fundamental); de allí que aquel control, sobre la base de los principios y normas mencionados, además de [sobre la base de] la autonomía del Poder Público, no invalida la tutela definitoria de la constitucionalidad.

Este criterio de la Sala Constitucional no resiste un mínimo análisis. Por supuesto que es compatible una intervención parlamentaria de desaprobación del decreto de estado de excepción con un control automático por parte de dicha Sala, ya que la primera representa un control político en su naturaleza, aunque efectivo jurídicamente en sus consecuencias: el Parlamento emplea puntos de vista no solo constitucionales sino también políticos al decidir si aprueba o no el

16 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia de 11 de febrero de 2021. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/311299-0006-11221-2021-21-0003.HTML>.

17 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia de 11 de febrero de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>.

decreto correspondiente. Pero si la desapruueba, el decreto decae en sus efectos, ya que en el fondo, según el constituyente, una determinación tan trascendental, de tales implicaciones para el sistema constitucional, no puede ser adoptada sin la aprobación de la Asamblea Nacional. A este control se suma el que ha de ejercer la Sala Constitucional, de estricto carácter jurídico-constitucional, en cuanto a los fundamentos para una decisión. Así se estableció en la Exposición de Motivos de la Constitución:

... dada la trascendencia de la decisión correspondiente, se prevé la intervención de los tres Poderes clásicos en la declaración de los estados de excepción: en virtud de la urgencia que los caracteriza, se faculta al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, para dictar el Decreto respectivo, pero se prescribe su remisión a la Asamblea Nacional, la cual, como instancia deliberante y representativa por excelencia de la soberanía popular, puede revocarlo si estima que las circunstancias invocadas no justifican la declaración de un estado de excepción o si considera que las medidas previstas para hacerle frente son excesivas. Si la Asamblea Nacional se encuentra en receso al dictarse el decreto correspondiente, éste debe ser remitido a la Comisión Delegada, la cual ejercerá las facultades respectivas [...] A lo anterior se suma un control judicial automático atribuido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual habrá de pronunciarse sobre la constitucionalidad o no del estado de excepción...

Las razones que llevaron a prever controles robustos de la declaración de un estado de excepción se relacionan con los antecedentes de abusos cometidos durante la vigencia de la Constitución de 1961 invocando poderes de emergencia, y la evolución del derecho comparado en la materia apuntalaba esta concurrencia de controles, siendo la Carta Política colombiana de 1991 una referencia que fue tomada en cuenta en nuestro proceso constituyente.

Por tanto, nos encontramos con la primera inconstitucionalidad del Decreto que declaró el estado de excepción, esto es, el estado de alarma, consistente en emanar de autoridad usurpada y, aun si se estima que esta era legítima, en haber impuesto el estado de excepción pese a que no contó con la aprobación de la Asamblea Nacional, como ordena la Constitución. Más aún, el Decreto respectivo ni siquiera fue remitido por el Ejecutivo a la Asamblea Nacional para que se pronunciara sobre el mismo, lo cual representa un vicio formal o competencial de inconstitucionalidad. Pero a este su suman otros de carácter formal y material, que seguidamente se explican.

EL CONTENIDO DE LOS DECRETOS Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

En todo caso, conviene examinar si el contenido del Decreto citado autorizaba la adopción de medidas como las que fueron implementadas en el marco del estado de alarma, las cuales comprendieron una restricción grave de la libertad de circulación, del derecho de reunión, de la libertad económica, de la libertad de trabajo y del derecho a la educación, entre otros. Incluso el derecho a la libertad personal fue afectado severamente, como se verá.

También bajo esta óptica, dicho Decreto era abiertamente insuficiente desde el punto de vista constitucional. Un estado de alarma solo puede fundamentar la emisión de actos ejecutivos que impliquen la limitación del ejercicio de derechos constitucionales cuando la garantía de alguno de estos derechos haya sido restringida en el decreto que declare ese estado de excepción. Así lo exige el artículo 339 de la Constitución. Quien detente la Presidencia de la República no puede declarar un estado de alarma que no restrinja formalmente garantías constitucionales y proceder, no obstante, a fijar en el decreto o en actos posteriores limitaciones al disfrute de derechos constitucionales que no estén previstas en la legislación. La reserva legal le impide hacerlo. Si no se restringen garantías constitucionales, los poderes públicos han de conducirse de acuerdo con la legislación ordinaria, la cual puede contemplar normas respecto de situaciones especiales que requieran de una actuación singular del Estado, siempre que esta no sobrepase el umbral de severidad en la limitación de derechos a partir del cual es indispensable declarar una restricción de garantías. Es lo que ocurre cuando el Decreto Ley de la Organización Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres dispone que, en caso de desastres, según se definen en este Decreto Ley, el presidente de la República, los gobernadores o los alcaldes, en sus respectivas jurisdicciones, pueden declarar estados de emergencia o de alarma (arts. 34 y ss.); o cuando la Ley Orgánica de Salud se refiere a la declaración de emergencia sanitaria “en virtud de catástrofes, desastres y riesgos de epidemias” (art. 11, num. 6).¹⁸ La Ley Orgánica de Estados de Excepción puede también establecer atribuciones que solo se activen al declararse algún estado de excepción (constitucional), aunque no sobrepasen dicho umbral.¹⁹

18 A estas disposiciones legales se refiere el Decreto declaratorio del estado de alarma antes citado.

19 Así, de acuerdo con el artículo 19 de esa Ley, “[d]ecretado el estado excepción, se podrá [...] tomar las medidas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción”; y según el artículo 20 *ibidem*, pueden efectuarse erogaciones con cargo al Tesoro Nacional no contempladas en la Ley de Presupuesto, si es necesario para recuperar la normalidad.

Si las leyes vigentes no son suficientes para hacer frente a la situación de emergencia, hay que acudir a la restricción de la garantía de que se trate, al dictar el decreto declaratorio de un estado de excepción, y establecer allí, en lo fundamental, las medidas respectivas, sin perjuicio de disposiciones complementarias estrictamente enmarcadas en tal decreto y sujetas a la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción. El Decreto mencionado, que declaró el estado de alarma, no aludió específica y expresamente a la restricción de alguna garantía constitucional, aunque anunció o esbozó medidas futuras limitativas del goce de derechos. Y tampoco lo hicieron los decretos posteriores de alcance similar. Ello infringe lo prescrito en el artículo 339 de la Constitución, una previsión dirigida a proteger los derechos fundamentales, al exigir que la repercusión de la declaratoria de un estado de excepción sobre estos derechos se haga de manera explícita, entre otras razones para facilitar a la Asamblea Nacional y a la Sala Constitucional el cumplimiento de sus funciones de control, como también la de los jueces ordinarios que conozcan de posibles amparos u otras demandas contra medidas concretas tomadas durante la emergencia, las cuales nunca podrían ir más allá de lo que haya sido acotado en el decreto presidencial respectivo. Ello se vincula, además, con las obligaciones dimanantes del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución no facultan genéricamente al presidente de la República para regular mediante decreto los derechos constitucionales, cuando se suscitan las situaciones a que aluden los primeros dos preceptos, sino para declarar los respectivos estados de excepción y, si es el caso, restringir la garantía de algún derecho constitucional y definir el alcance que tal restricción habría de tener. De esta forma, la Asamblea Nacional puede decidir si aprueba o no esa restricción, con las consecuencias antes comentadas.

En pocas palabras, sin restricción de garantías no hay facultades ejecutivas distintas a las contempladas en la legislación preexistente, ni puede haber medidas extraordinarias. El Decreto n.º 4.160, declaratorio del estado de alarma, no contempló en rigor una restricción de garantías, en el sentido del artículo 339 de la Constitución, y, por tanto, carecían de validez las medidas limitativas de derechos dictadas o impuestas invocando ese decreto o el estado de alarma.

Los contenidos necesarios, de acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, del decreto que declare un estado de excepción guardan relación directa con los controles a los que debe ser sometido, ya que se exige que tanto la Asamblea Nacional como la Sala Constitucional, al ejercer sus respectivos controles, se pronuncien, no sobre un decreto con simples remisiones genéricas a decretos posteriores, ya no sujetos a esa revisión automática, sino sobre previsiones que,

aunque no sean detalladas ni exhaustivas, sí deben ser claras en cuanto al señalamiento de la garantía eventualmente restringida y de las medidas correspondientes. Sin embargo, el Decreto n.º 4.160, declaratorio del estado de alarma, no colmó estos requerimientos.

LAS PRINCIPALES MEDIDAS ADOPTADAS INVOCANDO EL ESTADO DE ALARMA

El Decreto n.º 4.160 se refería fundamentalmente a las siguientes medidas: restricciones a la circulación en determinadas áreas o zonas geográficas, así como para la entrada o salida de estas; cuarentena o aislamiento de personas contagiadas o sospechosas de haber contraído covid-19, o que hubieran estado expuestas a personas que se hallaran en tal situación; uso obligatorio de mascarilla en las circunstancias indicadas en el Decreto; suspensión de actividades económicas y laborales, con las excepciones allí establecidas, así como de las educativas o académicas; suspensión de la realización de todo tipo de espectáculos públicos, exhibiciones, conciertos, conferencias, exposiciones, espectáculos deportivos y, en general, cualquier clase de evento de aforo público o que supusiera la aglomeración de personas; reducción del servicio que podían prestar los establecimientos dedicados al expendio de comidas y bebidas, que solo se admitía si se realizaba a domicilio o para llevar; cierre de parques y balnearios; suspensión de vuelos hacia territorio venezolano o desde dicho territorio; inspección de personas, vehículos o establecimientos cuando existiera fundada sospecha de violación de las prescripciones del decreto; y otras medidas “inmediatas que garanticen la mitigación o desaparición de cualquier riesgo de propagación o contagio del coronavirus [...] como consecuencia de la vulneración” de lo establecido en el Decreto o en actos ulteriores.²⁰

Entre los preceptos del Decreto que aludían a las medidas mencionadas, los artículos 26 y 28 ilustran bien los problemas observados. Este último se refiere a la realización de inspección de personas, vehículos o establecimientos, en las condiciones ya señaladas, y a medidas inmediatas que garantizaran la mitigación o desaparición del riesgo de propagación del virus. ¿Acaso se estaba autorizando a los órganos de seguridad ciudadana para afectar la inviolabilidad del domicilio, aunque este derecho no hubiera sido objeto de restricción de garantías? ¿O se pretendía que pudieran practicarse privaciones de la libertad con base en esta disposición, pese a que la garantía de la libertad personal ni siquiera hubiera sido susceptible de restricción de acuerdo con el artículo 7 de la Ley Orgánica

20 Artículos 7 a 15 y 23, 24 y 28 del Decreto n.º 4.160 de 13 de marzo de 2020.

antes citada? El artículo 26 del Decreto, por su parte, contemplaba la facultad de las autoridades, incluyendo a las de seguridad ciudadana, de “tomar todas las provisiones necesarias” para mantener a las personas sujetas a cuarentena en las instalaciones o lugares correspondientes, o para trasladarlas a los mismos.

Este artículo sugiere que se autorizaron privaciones de la libertad personal. El artículo 29 del Decreto lo confirma, ya que dispuso que “[l]as autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la nación dispondrán los espacios que servirán de aislamiento para los casos de cuarentena que se requieran”. Sin embargo, ello representó una limitación en el disfrute de derechos, para lo cual el Decreto no ofrecía fundamento. De acuerdo con las premisas antes formuladas, los dos preceptos considerados eran abiertamente inconstitucionales. Un razonamiento similar puede hacerse respecto del artículo que prohibía “cualquier tipo de evento de aforo público o que suponga la aglomeración de personas” (art. 12). ¿Se pretendía dejar temporalmente sin efecto el derecho de reunión?

Una situación especialmente grave se presentó con la aplicación de la llamada cuarentena comunitaria, y también con las medidas de aislamiento impuestas a los venezolanos que entonces regresaban al país. La cuarentena colectiva o comunitaria ni siquiera estaba prevista en el Decreto n.º 4.160, ya que este, por un lado, solo se refería a restricciones a la circulación “en determinadas áreas o zonas geográficas, así como [a] la entrada o salida de éstas”, lo cual se corresponde con los denominados cordones sanitarios, que suponen una suerte de acordonamiento que impide el ingreso a un área determinada o el abandono de la misma, ante el crecimiento de contagios infecciosos. Por otro lado, aludía a la cuarentena o aislamiento de personas contagiadas o sospechosas de haber contraído el covid-19, o que hubieran estado expuestas a individuos con tal condición. Ni lo uno ni lo otro comprendía medidas que se extendieran indiscriminadamente a toda la población nacional, como, en cambio, ocurrió. La cuarentena comunitaria que fue establecida a nivel nacional fue en realidad una actuación o vía de hecho, que estaba francamente al margen de la Constitución.²¹

Algo similar sucedió con el tratamiento que recibieron los venezolanos que regresaron al país, ya que, en ausencia de las condiciones señaladas en los artículos 23 y 24 del Decreto n.º 4.160, aun asumiendo que tuvieran validez, nadie

21 Respecto de algunos Estados fronterizos se dictaron decretos especiales de restricción de la libertad de tránsito; véase, por ejemplo, el Decreto n.º 4.181, publicado en la Gaceta Oficial n.º 6.525 Extraordinario, de 6 de abril de 2020, que estableció dicha restricción en algunos municipios del Estado Táchira. No obstante, estos decretos adolecían de los vicios de inconstitucionalidad arriba señalados, pues no existió una restricción formal de garantías que pudiera servirles de fundamento.

podía ser sometido a cuarentena o aislamiento. No bastaba, ni siquiera de acuerdo con ese Decreto, que la persona proviniera de un país en que hubiera alta tasa de infección por covid-19. Nuevamente, aquí el Decreto de estado de alarma adolecía de imprecisión, hasta el punto de remitir al Ministerio del Poder Popular para la Salud el *desarrollo* de las “condiciones de cuarentena o aislamiento de las personas indicadas en los artículos 23 y 24 de este Decreto”, que serían “divulgadas ampliamente a nivel nacional”.²² Ello supuso una absoluta informalidad y, como ya se dijo, el desconocimiento de la regulación constitucional de los estados de excepción y la vulneración de los derechos sujetos a injerencias.

En el caso de los venezolanos que regresaban del exterior, la medida de cuarentena domiciliaria debía tener preferencia siempre que fuera posible; no el internamiento o permanencia forzosa en determinadas instalaciones, que se utilizó ampliamente en estos supuestos. Ni siquiera se respetaba la manifestación de voluntad de quienes aceptaban someterse a la cuarentena domiciliaria. Al ingresar al territorio nacional, las personas eran trasladadas a un centro de alojamiento temporal, donde debían permanecer aun cuando las primeras pruebas practicadas arrojaran resultado negativo, sin ninguna claridad sobre el tiempo de su estancia obligatoria y en las condiciones de alojamiento más precarias.²³ Esto implicaba una vulneración de la Constitución y de derechos humanos. Todo internamiento forzoso representa una privación de la libertad personal que, de ser admisible, requiere de una base legal específica y ha de estar rodeada de un conjunto de garantías. Aun en los supuestos de internamientos que fueren previstos en la legislación frente a los riesgos de propagación de pandemias, cada medida ordenada debería ser razonable y proporcional en atención a circunstancias concretas, además de que tendrían que asegurarse condiciones dignas de estancia. Junto a los aspectos antes examinados, diversos artículos del Decreto merecen reservas relativas a la atribución inconstitucional de potestades a determinadas autoridades para dictar normas o medidas que solo el presidente de la República podría emitir.²⁴

22 Art. 25 del Decreto n.º 4.160 de 13 de marzo de 2020.

23 <https://www.derechos.org/ve/informes-especiales/informe-retorno-de-venezolanos-necesita-protocolos-claros-de-atencion-sanitaria-con-respeto-a-los-derechos-humanos>.

24 Véase Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *op. cit.*; Allan R. Brewer-Carías, “El decreto del estado de alarma con ocasión de la pandemia del coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado y bien inefectivo”, pp. 10 ss. <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/04/Brewer.-El-estado-de-alarma-con-ocasi%C3%B3n-de-la-pandemia-del-Coronavirus.-14-4-2020.pdf>; Carlos Ayala Corao, “Retos de la pandemia del Covid-19 para el Estado de Derecho, la Democracia y los

Invocando el Decreto n.º 4.160 se dictaron otros decretos que abarcaron medidas como la suspensión de la obligación de pago de cánones de arrendamiento de inmuebles de uso comercial o de los destinados a vivienda principal, la aprobación de medidas especiales en el ámbito crediticio y de índole tributaria o aduanera, y otras semejantes. Todas estuvieron viciadas de inconstitucionalidad, por las razones expuestas.²⁵

EL APROVECHAMIENTO AUTORITARIO DEL ESTADO DE ALARMA Y EL PAPEL DE LA SALA CONSTITUCIONAL

El estado de alarma fue usado por el Gobierno para sobrellevar o paliar situaciones potencialmente conflictivas que ya estaban en desarrollo cuando la pandemia alcanzó a Venezuela. El confinamiento general fue utilizado para hacer menos visible y más manejable el desabastecimiento de gasolina. Además, la cuarentena general ahogó el riesgo de protestas de estudiantes universitarios, actores sociales y fuerzas políticas que desde comienzos de 2020 se habían movilizado para exigir el respeto a las atribuciones de la Asamblea Nacional y la celebración de elecciones libres y equitativas a la Presidencia de la República. Esto se vio reforzado por las amenazas o violaciones a la libertad de expresión que padecieron comunicadores sociales, académicos y profesionales de la salud cuando intentaron difundir información referida al coronavirus y a su probable evolución en el país, o bien al desempeño en esta materia de los órganos competentes de la Administración.²⁶ El cierre temporal de los espacios cívicos de protesta y formación de opinión pública conviene sobremanera al Ejecutivo. Se llevaron a cabo, asimismo, detenciones arbitrarias en el marco del control sobre la observancia de las obligaciones impuestas, y se agudizó, por otro lado, la

Derechos Humanos”, p. 14. <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/04/RETOS-DE-LA-PANDEMIA-COVID-1.pdf>.

25 Sira Santana, *op. cit.*, pp. 14 ss.

26 Véase el informe de Espacio Público, “Situación general del derecho a la libertad de expresión. Informe enero-agosto 2021”, <https://espaciopublico.org/situacion-general-del-derecho-a-la-libertad-de-expresion/>, y la respuesta de la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales a las amenazas recibidas. <http://espaciopublico.org/situacion-general-del-derecho-a-la-libertad-de-expresion-enero-abril-de-2020>; <https://acfiman.org/2020/05/14/la-academia-de-ciencias-fisicas-matematicas-y-naturales-acfiman-expresa-su-firme-rechazo-a-las-amenazas-proferidas-en-su-contras-el-dia-de-ayer-miercoles-13-de-mayo-de-2020-en-un-medio-de-comunicaci/>. Véase, también, Ayala Corao, *op. cit.*, p. 14.

persecución política.²⁷ Los sectores populares, dependientes mayoritariamente de la economía informal, se vieron severamente perjudicados por la imposibilidad de conseguir recursos para subsistir, en medio del confinamiento y de una prolongada crisis económica y humanitaria. Los conatos de saqueos o revueltas fueron contrarrestados de manera férrea.

El Gobierno procedió con absoluta opacidad en relación con las cifras de propagación de la pandemia, y desde sus filas se cuestionaba cualquier intento de evaluación independiente sobre el tema. Aunque no había confianza en los datos oficiales, debido además al escaso número de pruebas fiables practicadas,²⁸ esa falta de transparencia la aprovechó el Ejecutivo para administrar a su capricho el estado de alarma y la cuarentena comunitaria, que le resultaba cómoda dentro del modelo autoritario existente.

Se ha estimado que, de marzo de 2020 a febrero de 2021, 318 personas, entre ellas dirigentes comunitarios, defensores de derechos humanos, periodistas y líderes políticos, fueron objeto de detenciones arbitrarias por parte de los cuerpos de seguridad, por participar en protestas o expresar descontento por las fallas de los servicios públicos, o por informar sobre dichas acciones o sobre la evolución de la pandemia.²⁹

La actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en este periodo fue francamente lamentable. No solo no contribuyó a la observancia de las condiciones y límites constitucionales de los estados de excepción, sino que, al avalar con sumisión política y sin ejercer un verdadero control los sucesivos decretos de estado de alarma, legitimó el accionar antijurídico del Gobierno frente a la pandemia. Más aún, las sentencias que dictó respecto de tal estado de excepción reafirmaron el criterio inconstitucional y antidemocrático que ella había fijado desde 2016, según el cual la Asamblea Nacional quedaba imposibilitada para ejercer sus funciones y podía ser ignorada por el Gobierno, que se zafaba de esta manera del control parlamentario en todas las materias, mientras

27 Véase Provea, “Se multiplican abusos y detenciones en tiempos de cuarentena COVID-19”, 4 de abril de 2020. <https://www.derechos.org/ve/actualidad/se-multiplican-abusos-y-detenciones-en-tiempos-de-cuarentena-covid-19/>.

28 Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, “Resumen acerca del documento sobre el estado actual de la epidemia de la COVID-19 en Venezuela y sus posibles trayectorias bajo varios escenarios”, 13 de mayo de 2020. <https://acfi.man.org/2020/05/13/resumen-acerca-del-documento-sobre-estado-actual-de-la-epidemia-de-la-covid-19-en-venezuela-y-sus-posibles-trayectorias-bajo-varios-escenarios-13-de-mayo-de-2020/>.

29 Acceso a la Justicia, “Gobierno de Maduro deja atrás los estados de excepción sin resolver los problemas que supuestamente combatiría”, 5 de agosto de 2021. <https://accesoalajusticia.org/gobierno-maduro-deja-atras-estados-excepcion-sin-resolver-problemas-supuestamente-combatiria/>.

aquella se mantuviera en la situación que esa misma Sala había calificado como desacato. Por lo demás, la intervención del Parlamento en la revisión de la declaración del estado de excepción efectuada por el Ejecutivo ya había sido degradada jurisprudencialmente al plano de una mera opinión política, como antes se apuntó. El respaldo automático de la Sala Constitucional a los sucesivos decretos de estado de alarma y a sus prórrogas creó un entramado jurisprudencial que bloqueó cualquier posibilidad de control por otros órganos judiciales sobre el estado de alarma y las medidas adoptadas con base en el mismo. Ningún acto emitido invocando el estado de alarma fue censurado judicialmente.

En varias naciones que fueron seriamente afectadas por el coronavirus se ha avanzado con firmeza, no exenta de dificultades, en la dirección de restablecer la normalidad democrática, mientras que la aspiración de los venezolanos no es volver a una “normalidad” inmediatamente anterior al llamado estado de alarma, sino la construcción de una democracia, de un Estado de derecho y de condiciones dignas de vida que tampoco teníamos cuando irrumpió la pandemia. La saturación de poder arbitrario que ha sufrido Venezuela es inconmensurable: una pretendida Asamblea Nacional Constituyente impuesta en 2017, que contaba con supuestos poderes absolutos; un estado de emergencia económica vigente inconstitucionalmente desde enero de 2016, por más de cuatro años, solapado con una regulación anterior que estranguló la iniciativa privada y la economía nacional; y luego un denominado estado de alarma, una cuarentena “comunitaria” sobre la cuarentena estructural subyacente. En este marco se realizaron unas elecciones parlamentarias carentes de legitimidad, desprovistas de garantías democráticas.

Si hay un Estado de derecho, los estados de excepción y los poderes de emergencia se mantienen dentro de límites jurídicos y están al servicio de la propia Constitución. Las facultades especiales o extraordinarias del Gobierno pueden ser necesarias para enfrentar ciertos acontecimientos que pongan en grave peligro la vida organizada de la comunidad, pero el Estado de derecho, si bien se adapta a la situación suscitada, no deja de someter el ejercicio del poder a los principios que lo definen. Más aún, un Estado constitucional y convencional tiene como norte primordial la garantía de las libertades fundamentales y los derechos humanos, incluso durante los estados de excepción. Ahora bien, en ausencia de un Estado constitucional y convencional de derecho, tales poderes suelen ser usados, por el contrario, para apuntalar una dominación autoritaria, lo cual lamentablemente ha quedado ilustrado con la experiencia venezolana.

El síntoma concluyente de la ausencia de un Estado de derecho se encuentra en los desafueros cometidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Al carecer de independencia, no ejerció control efectivo alguno sobre el Ejecutivo Nacional con motivo de la declaración del estado de alarma ni en

relación con medidas ulteriores adoptadas por el Gobierno invocando las respectivas circunstancias extraordinarias. Peor aún, avaló con franco automatismo tales actuaciones del Ejecutivo y sostuvo la tesis aberrante del desacato de la Asamblea Nacional como causa invalidante de toda su actividad, a lo cual se sumó el criterio, contrario al espíritu y a la letra de la Constitución, según el cual el pronunciamiento de la Asamblea Nacional sobre el decreto de estado de excepción (estado de alarma) no surtía efectos jurídicos, eventualmente revocatorios, sino tan solo políticos o retóricos. De esta forma quebró el diseño constitucional sobre la declaratoria y la prórroga de los estados de excepción, conforme al cual el Parlamento es la autoridad central que debe evaluar si procede o no acudir a poderes extraordinarios. El carácter heterónomo del modelo, en cuanto a la palabra última sobre tal declaratoria, fue así desconocido para sustituirlo por un esquema unilateral y ejecutivista abiertamente contrario a la voluntad y al texto de la Constitución.

REFERENCIAS

DOCTRINA

ABC INTERNACIONAL, “Maduro ordena una cuarentena total en Venezuela para frenar el coronavirus”, 17 de marzo de 2020. <https://www.abc.es/internacional/abci-maduro-ordena-cuarentena-total-venezuela-para-frenar-coronavirus-202003170246-noticia.html>.

ACADEMIA DE CIENCIAS FÍSICAS, MATEMÁTICAS Y NATURALES, “Resumen acerca del documento sobre el estado actual de la epidemia de la COVID-19 en Venezuela y sus posibles trayectorias bajo varios escenarios”, 13 de mayo de 2020. <https://acfiman.org/2020/05/13/resumen-acerca-del-documento-sobre-estado-actual-de-la-epidemia-de-la-covid-19-en-venezuela-y-sus-posibles-trayectorias-bajo-varios-escenarios-13-de-mayo-de-2020/>.

ACADEMIA DE CIENCIAS FÍSICAS, MATEMÁTICAS Y NATURALES, “Comunicado de la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales del 13 de mayo de 2020”. <https://acfiman.org/2020/05/14/la-academia-de-ciencias-fisicas-matematicas-y-naturales-acfiman-expresa-su-firme-rechazo-a-las-amenazas-proferidas-en-su-contrael-dia-de-ayer-miercoles-13-de-mayo-de-2020-en-un-medio-de-comunicaci/>.

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, “Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del Coronavirus (COVID-19)”. <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/PRONUNCIAMIENTO-SOBRE-EL-ESTADO-DE-ALARMA-epidemia-coronavirus.pdf>.

ACCESO A LA JUSTICIA, “Gobierno de Maduro deja atrás los estados de excepción sin re-

solver los problemas que supuestamente combatiría”, 5 de agosto de 2021. <https://accesoaljusticia.org/gobierno-maduro-deja-atras-estados-excepcion-sin-resolver-problemas-supuestamente-combatiria/>.

ANALÍTICA, “CIDH insta a Maduro a proteger a médicos: el 19% de los fallecidos son del sector salud”, 30 de julio de 2020. <https://www.analitica.com/actualidad/actualidad-nacional/cidh-insta-a-maduro-proteger-a-medicos-el-19-de-los-fallecidos-son-del-sector-salud/>.

AYALA CORAO, Carlos, “Retos de la pandemia del Covid-19 para el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos”. <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/04/RETOS-DE-LA-PANDEMIA-COVID-1.pdf>.

BREWER-CARÍAS, Allan R., “El decreto del estado de alarma con ocasión de la pandemia del coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado y bien inefectivo”. <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/04/Brewer.-El-estado-de-alarma-con-ocasi%C3%B3n-de-la-pandemia-del-Coronavirus.-14-4-2020.pdf>.

CASAL, Jesús M., *Asamblea Nacional: elementos de argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2016-2021)*, Caracas, UCAB, 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “La CIDH y su REDESCA manifiestan profunda preocupación por los efectos de la pandemia COVID-19 en Venezuela y llaman a garantizar derechos de las personas venezolanas en la región”, 29 de marzo de 2020. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/064.asp>.

ESPACIO PÚBLICO, “Situación general del derecho a la libertad de expresión. Informe enero-agosto 2021”, <https://espaciopublico.org/situacion-general-del-derecho-a-la-libertad-de-expresion/>.

INNERARITY, Daniel, *Pandemocracia*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020.

MISIÓN INTERNACIONAL INDEPENDIENTE DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, designada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informes de la Misión. <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/FFMV/Pages/Index.aspx>.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Consejo Permanente de la OEA acuerda ‘no reconocer la legitimidad del periodo del régimen de Nicolás Maduro’”, 10 de enero de 2019. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-001/19.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Covid-19: cronología de la actuación de la OMS”, 27 de abril de 2020. <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

PROVEA, “Informe: Retorno de venezolanos necesita protocolos claros de atención sanitaria con respeto a los derechos humanos”, 13 de abril de 2020. <https://www.dere->

[chos.org/ve/informes-especiales/informe-retorno-de-venezolanos-necesita-protocolos-claros-de-atencion-sanitaria-con-respeto-a-los-derechos-humanos](https://www.derechos.org/ve/informes-especiales/informe-retorno-de-venezolanos-necesita-protocolos-claros-de-atencion-sanitaria-con-respeto-a-los-derechos-humanos).

PROVEA, “Se multiplican abusos y detenciones en tiempos de cuarentena COVID-19”, 4 de abril de 2020. <https://www.derechos.org/ve/actualidad/se-multiplican-abusos-y-detenciones-en-tiempos-de-cuarentena-covid-19>.

SIRA SANTANA, Gabriel, “Venezuela y el estado de alarma por el covid-19 (actualización)”, Cidep. <http://cidep.online/files/reportes/reportecidep-covid-02.pdf>.

THE SAN DIEGO UNION-TRIBUNE EN ESPAÑOL, “Venezuela: Maduro endurece medidas por repunte del COVID-19”, 21 de marzo de 2021. <https://www.sandiegounion-tribune.com/en-espanol/noticias/story/2021-03-21/venezuela-maduro-endurece-medidas-por-repunte-del-covid-19>.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, Sentencia de 11 de febrero de 2021. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/311299-0006-11221-2021-21-0003.HTML>.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, Sentencia de 11 de febrero de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>.

Este libro busca estudiar la respuesta de las autoridades estatales latinoamericanas durante el período de la pandemia del covid-19, haciendo especial énfasis en la actuación de los tribunales, las cortes y las salas constitucionales al conocer casos de restricción de derechos fundamentales, como resultado del decreto de medidas amparadas por estados de excepción. Este análisis permite reflexionar sobre el rol de los jueces en estos contextos, y evaluar en qué medida se debe ponderar la suspensión de derechos, de conformidad con los estándares nacionales e internacionales.

Más información:     @kasiusla

 **KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG**

 Programa
Estado de Derecho
Latinoamérica