BIBLIOTECA PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

52

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19

RETOS AL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

— Coordinadores —
ERNESTO BLUME FORTINI
LUIS R. SÁENZ DÁVALOS

Asociación Peruana de
Derecho Constitucional

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19

Retos al constitucionalismo peruano

BIBLIOTECA PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

52

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19

Retos al constitucionalismo peruano

Coordinadores:
Ernesto Blume Fortini
Luis R. Sáenz Dávalos

APDC
adrus editores

Emergencia sanitaria por Covid 19
Retos al constitucionalismo peruano
Primera edición: julio 2020

© **Coordinadores:**
Ernesto Blume Fortini
Luis R. Sáenz Dávalos

© **Asociación Peruana de Derecho Constitucional**

© **Adrus D&L Editores S.A.C.**
Av. Brasil 1682 Fnd. Oyague - Lima - Pueblo Libre
Lima - Perú
Teléf. 01-4016451
E-mail: adrusdyleditores@gmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N° 2020-04094

Diagramación:
José Luis Vizcarra Ojeda

Diseño de carátula:
Omar Suri
www.cromosapiens.com

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor y del autor.

Impreso en el Perú 2020 Printed in Peru

ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Presidente Honorario

***

CONSEJO DIRECTIVO

ERNESTO BLUME FORTINI
Presidente

VICTOR GARCÍA TOMA
Primer Vicepresidente

JORGE LUIS CÁCERES ARCE
Segundo Vicepresidente

SUSANA CASTAÑEDA OTSU
Tesorera

LUIS R. SAÉNZ DÁVALOS
Secretario

CARLOS HAKANSSON NIETO
Vocal

PAOLA ORDOÑEZ ROSALES
Pro Secretaria

COLABORACIONES

Alvarez Miranda, Ernesto
Benites Vásquez, Tula Luz
Bermúdez-Tapia, Manuel
Blume Fortini, Ernesto
Cajincho Yañez, Doris
Campos Ramos, Milagros
Castañeda Otsu, Susana
Castillo Córdova, Luis
Curaca Kong, Alfredo Orlando
Chávez Rabanal, Mario G.
Díaz Muñoz, Oscar
Dominguez Haro, Helder
Durand Avila, Frank Max Augusto
Eto Cruz, Gerardo
Figueroa Gutarra, Edwin
Galvez Adauto, José Luis
García Belaunde, Domingo
García Chavarri, Abraham
Hakansson Nieto, Carlos
Iriarte Pamo, Nadia
López Flores, Berly Javier Fernando
López Viera, José Reynaldo
Miranda Canales, Manuel
Miro Quesada Rada, Francisco
Novoa Campos, Bruno
Ordoñez Rosales, Paola
Palomino Manchego, José Félix
Pestana Uribe, Enrique
Quiroga León, Aníbal
Quispe Ponce, María Candelaria
Rodríguez Campos, Rafael
Sáenz Dávalos, Luis R.
Salomé Castro, Julio César
Sevilla Gálvez, Guillermo Martin
Távara Espinoza, Susana,
Velásquez Ramírez, Ricardo
Vilcapoma Ignacio, Miguel P.

INDICE

Ernesto Blume Fortini
Luis R. Sáenz Dávalos
Presentación 13

Abraham García Chavarri
Emergencia sanitaria, mandato de no discriminación y principio de solidaridad 17

Alfredo Orlando Curaca Kong
Estados de excepción en épocas de pandemia. Una breve mirada a la jurisprudencia constitucional y a la declaratoria del Estado de emergencia 23

Aníbal Quiroga León
La Democracia en los tiempos de la pandemia 33

Berly Javier Fernando López Flores
Un nuevo virus se propaga en el MEF: El programa "Reactiva Perú" y la exclusión de actividades empresariales con percepción social negativa 43

Bruno Novoa Campos
Política sanitaria básica?: Los detrás de cámara de la pandemia.... 53

Carlos Hakansson Nieto
Los regímenes de excepción y el concurso de principios para su correcta aplicación 65

Domingo García Belaunde
Constitución, "Estado de Emergencia" y Covid-19 77

Doris Cajincho Yañez
Derecho a la educación y desigualdad social en un Estado de Derecho Constitucional 87

Edwin Figueroa Gutarra
Covid 19, Jueces y Justicia Virtual 95

Enrique Pestana Uribe
Constitucionalidad de la restricción de derechos fundamentales en el ámbito del estado de emergencia sanitaria por el Covid 19... 103

Ernesto Alvarez Miranda
Los principios económicos de nuestra Constitución en el contexto del Covid 19 117

Ernesto Blume Fortini
Estado de Emergencia por la Pandemia del Covid 19. Interrogantes y respuestas constitucionales..... 123

Francisco Miro Quesada Rada
Coronavirus y garantías constitucionales 133

Frank Max Augusto Durand Avila
Los deberes fundamentales en tiempos de la pandemia 137

Gerardo Eto Cruz
El Derecho Constitucional de Emergencia 149

Guillermo Martin Sevilla Gálvez
Restricción de los derechos fundamentales durante el estado de emergencia sanitaria por el Covid-19 163

Helder Domínguez Haro
Constitución democrática interpretada al servicio de los derechos fundamentales en un estado de emergencia..... 173

Jose Felix Palomino Manchego
Constitución, estado de emergencia y Covid-19 en Perú. Un diagnóstico situacional preliminar..... 181

José Luis Galvez Adauto
El reto para enfrentar problemas públicos dentro del marco de los derechos fundamentales 191

José Reynaldo López Viera
El futuro de la humanidad. Las organizaciones internacionales y los derechos humanos en el contexto actual..... 197

Julio César Salomé Castro
Indulto y Estado Constitucional. Breves apuntes con motivo del "indulto especial" incorporado en el marco de la emergencia sanitaria por Covid-19 209

Luis Castillo Córdova
El alcance razonable de los derechos fundamentales en la crisis originada por el Covid 19 221

Luis R. Sáenz Dávalos
El estado de emergencia sanitaria dentro del contexto del modelo constitucional peruano. Alcances e insuficiencias..... 235

Manuel Bermúdez-Tapia
La emergencia sanitaria y el impacto en la evaluación de derechos de naturaleza familiar en el Perú 245

Manuel Miranda Canales
Breves apuntes sobre la incidencia del Covid-19 en el Derecho Constitucional y otras ramas del Derecho..... 255

María Candelaria Quispe Ponce
El derecho fundamental de las mujeres a una vida libre de violencia en contextos del estado de emergencia por la pandemia del Covid-19..... 259

Mario G. Chávez Rabanal
Estado de emergencia y derechos fundamentales en tiempos de pandemia Covid-19 273

Miguel P. Vilcapoma Ignacio
Los derechos en tiempos de pandemia..... 279

Milagros Campos Ramos
Democracia, parlamentos y deliberación en tiempos de pandemia.... 287

Nadia Iriarte Pamo
Los derechos de los pueblos indígenas en el contexto del estado de emergencia por el Covid-19 297

Oscar Díaz Muñoz
La libertad religiosa en tiempos de pandemia..... 309

Paola Ordoñez Rosales
La situación de los derechos de los pueblos indígenas del Perú en época de Covid-19 315

Rafael Rodríguez Campos
Perú 2020: La reforma política/electoral en el marco de la lucha contra el Covid-19 321

Ricardo Velásquez Ramírez
Algunos desafíos del constitucionalismo en latinoamerica sobre la democracia constitucional en tiempos de pandemia 331

Susana Ynes Castañeda Otsu
El estado de emergencia en el Perú por el Covid-19..... 343

Susana Távara Espinoza
El sistema previsional en el Perú en tiempos de Covid-19. Hacia una urgente reforma..... 357

Tula Luz Benites Vásquez
Estado de emergencia y derecho al libre tránsito en tiempos del coronavirus 367

PRESENTACIÓN

En tiempos como los que vivimos la reflexión se ha convertido en una necesidad impostergable, tanto más si lo que motiva dicho imperativo, se apareja en un contexto dramático como el que sin duda representa la grave pandemia generada por el Covid 19. Su existencia y ramificación a lo largo y ancho del planeta no sólo nos ha sorprendido, sino que ha demostrado cuan frágiles podemos llegar a ser como humanos y cuanto del desarrollo que constantemente reclamamos como supuestamente logrado no pasa de una simple buena intención.

Hasta hace sólo unos pocos meses nadie pensaba que la realidad iba a golpearnos de la forma como ahora lo hace. Tal vez por ello los ordenamientos jurídicos, aun cuando contemplaban la posibilidad de un tratamiento excepcional para hacer frente a cierto tipo de problemas, no hacían mayor esfuerzo en diseñar fórmulas de respuesta detallada frente a los mismos. Hoy en día es claro que unos y otros, con mejor o peor fortuna, se encuentran en una encrucijada en la que por desgracia no todas las recetas se tienen al alcance de la mano.

En el caso de nuestro país, mucho más que en otros de la órbita latinoamericana e incluso de la vertiente europea y asiática, parece que esta verdad se vuelve cada vez más evidente. Y ello impone en no poca medida que cada quien, desde sus respectivas parcelas de conocimiento, aporte una cuota de propuestas que coadyuven, así sea limitadamente al enfrentamiento del problema y a su eventual solución.

En este contexto, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, preocupada por lo que representa el impacto de la pandemia en el

mundo jurídico y, en particular, por sus incidencias en el ámbito constitucional, ha considerado vital convocar a todos nuestros integrantes a fin de que podamos aportar desde nuestras respectivas visiones, al análisis de la problemática por la que atravesamos y a la búsqueda de alternativas de actuación.

Sabemos perfectamente que las respuestas del Derecho de cara a una eventual solución del problema, no son las prioritarias cuando hablamos de un tema en el que es la ciencia médica la que asume los retos considerados como mayores, pero ello no impide ni mucho menos sugiere, el que no existan responsabilidades por desempeñar desde cada una de las fronteras del conocimiento. Es esa la razón que nos alienta a emprender la difusión de la presente publicación, que aunque jurídica en lo esencial, apuesta por un trabajo serio y definitivamente bien intencionado.

En relación con esta última y por razones del tiempo que fue establecido se dejó abierta la posibilidad para cada autor aborde los temas en los que a su juicio resultara notoria la incidencia de la pandemia. El resultado ha sido sorprendente, pues de la revisión de todos los aportes acompañados, se ha podido detectar que son diversos y muy variados los aspectos en los que se vienen generando consecuencias evidentes. El lector interesado podrá ratificarlo al revisar el índice temático de la presente obra, en el que podrá encontrarse materias tan variadas como las relativas a las medidas de excepción constitucional, el tratamiento de los derechos fundamentales, el impacto en las instituciones democráticas, las medidas económicas, las responsabilidades del Estado, la administración de Justicia, las relaciones internacionales, la problemática penitenciaria, la situación de la familia, la protección de las mujeres, la condición en las poblaciones vulnerables, entre otros rubros realmente interesantes.

Otra de las indicaciones que se dieron y que desde un principio hemos considerado esencial tiene que ver con el estilo utilizado en cada trabajo. Este no apunta hacía un manejo dogmático de las cosas, sino a una exposición sencilla y en lo esencial prioritariamente informativa. Su contenido no está hecho sólo para servir al especialista o estudioso en el Derecho, sino para ilustrar a todo tipo de público interesado en la problemática planteada.

Hemos logrado un total de 37 colaboraciones que es número bastante ambicioso. Y aunque ciertamente no todos nuestros asociados pudieron

acudir al llamado que formulamos, los que lo han hecho han procedido con la mejor de las buenas voluntades y sacrificando parte de sus propias responsabilidades. Les estamos muy agradecidos por ello y por sobre todo, por el tiempo que han invertido en esta cruzada intelectual que ha sido preparada en un tiempo virtualmente record o pocas veces visto.

Esta iniciativa definitivamente no hubiese sido posible sin el apoyo decidido de todo nuestro Consejo Directivo. Les estamos agradecidos a todos y cada uno de sus integrantes, por la confianza depositada en nosotros y que se suma a otros retos académicos en los que actualmente nos encontramos avocados.

De igual manera le estamos profundamente agradecidos al señor Andrés Arotaype, representante de la prestigiosa Editorial Adrus, quien nuevamente y como en ocasiones anteriores apuesta por nuestro trabajo. Sin su concurso y visión filantrópica no hubiese sido posible el cometido propuesto.

Lima, junio de 2020.

Ernesto Blume Fortini

Luis R. Sáenz Dávalos

(Coordinadores)

EMERGENCIA SANITARIA, MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN Y PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

*Abraham García Chávarri**

Con este título amplio pretendo hacer una presentación inicial y general de cómo las diferentes medidas que ha venido tomando el Gobierno peruano para enfrentar la pandemia de la COVID-19 comienzan a tener, cada vez más, una evidente incidencia en el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación de la población indicada como de riesgo. En este problema, la protección de la salud se entrecruza también con factores económicos y laborales, que van a terminar condicionándola hasta un punto que todavía, en términos temporales, es incierto.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS),

> "*La COVID-19 es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus que se ha descubierto más recientemente. Tanto este nuevo virus como la enfermedad que provoca eran desconocidos antes de que estallara el brote en Wuhan (China) en diciembre de 2019. Actualmente la COVID-19 es una pandemia que afecta a muchos países de todo el mundo*"[1].

* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional
Profesor Ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 *Cf. https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses* (fecha de consulta: 15/05/2020).

Al ser una enfermedad inédita en nuestra historia, no solo es incipiente lo que se conoce de ella, sino que sus reales alcances y formas de contención se van descubriendo día a día. Como anota la OMS, "*hasta ahora ningún medicamento ha demostrado prevenir o curar esta enfermedad*"[2].

Para efectos de este breve texto, deseo destacar, entre otros aspectos, que, hasta el momento, se trata de una enfermedad altamente contagiosa, que presenta una tasa de mortalidad baja[3], y que, mientras tanto, las maneras colectivas existentes de contrarrestarla son la cuarentena, el aislamiento y el distanciamiento social.

Si bien el Gobierno tomó medidas con relativa prontitud a nivel de otros países de la región, como el cierre de fronteras, la vigencia de cuarentena, distanciamiento e inmovilidad social, los resultados, dentro de lo razonable, no han sido los esperados. Sin duda, de no haberse tomado estas medidas, las consecuencias hubieran sido muchísimo más negativas.

La salud es un elemento fundamental para la vida, y la vida, desde luego, es el presupuesto para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Pero la protección de la salud a esta escala tiene, como ocurre con los medicamentos, otros efectos igualmente importantes. El principal costo ha sido el de la economía, y los principales afectados son no solo los empresarios y trabajadores del sector privado, sino el amplio número de los trabajadores informales, a los que no poder salir a las calles a desarrollar sus actividades por la cuarentena, impuesta para proteger su salud, condiciona, paradójicamente, su propia subsistencia.

No se desconoce aquí que el Gobierno ha desembolsado recursos en bonos y canastas de alimentos; sin embargo, ellos no llegan a todos ni pueden ser sostenidos en el tiempo. En un círculo trágico, la población cada vez más irrespeta las medidas de cuarentena porque ellas, si bien contienen el contagio de la COVID-19, atacan a la vez sus propias condiciones de existencia, ya precarias antes.

---

2 *Ibídem*.

3 Según la OMS, "*La mayoría de las personas (alrededor del 80%) se recuperan de la enfermedad sin necesidad de tratamiento hospitalario. Alrededor de 1 de cada 5 personas que contraen la COVID-19 acaba presentando un cuadro grave y experimenta dificultades para respirar. Las personas mayores y las que padecen afecciones médicas previas como hipertensión arterial, problemas cardiacos o pulmonares, diabetes o cáncer tienen más probabilidades de presentar cuadros graves*". *Ibídem*.

Por otro lado, es público que uno de los elementos que tuvieron en cuenta el Reino Unido y Suecia para lo que se ha denominado estrategia de la "inmunidad colectiva"[4] fue el factor económico[5], acaso además del pragmático. Como se recordará, el Primer Ministro inglés Boris Johnson cambió su estrategia e implementó la cuarentena tras salir de cuidados intensivos al haberse contagiado con la enfermedad. En lo que respecta a Suecia, "*el plan del gobierno (…) no está funcionando del modo que esperaban. Y es que el país se está viendo más golpeado por el coronavirus que los de su entorno, según reflejan los datos de la web* Our World in Data. *Así, su tasa de muertes por cada millón de habitantes es notablemente superior al de Dinamarca, Finlandia y Noruega. La cifra de Suecia es de 361,02, mientras que en Dinamarca es de 92,71, en Finlandia de 52,88 y en Noruega de 42,80*"[6].

Asimismo, se ha dicho también que la COVID-19 presenta un índice relativamente bajo de mortalidad. Si bien existe controversia sobre el manejo de los datos para la construcción de los índices de mortalidad y letalidad[7], la enfermedad tiene, en principio, una incidencia de mayores casos fatales en adultos mayores y personas con enfermedades y condiciones de riesgo preexistentes[8].

En la vida de Licurgo[9], Plutarco recoge una práctica que la historia ha hecho muy conocida: los recién nacidos espartanos que presentasen alguna

---

4 Como anota Moreno Millán, *"La inmunidad de grupo, colectiva o de rebaño (herd immunity) es la protección de una determinada población ante una infección debido a la presencia de un elevado porcentaje de individuos inmunes en la misma.*

De forma natural, cuando se produce un brote, al avanzar la epidemia y aumentar el número de individuos inmunes, disminuye la probabilidad de contacto entre un susceptible y un infectado, hasta que llega un momento en el que se bloquea la transmisión del agente infeccioso."

Ver http://www.vacunas.org/images/stories/recursos/profesionales/temasactuales/2009/Inmunidad_grupo.pdf (fecha de consulta: 15/05/2020).

5 *Cf*., para el caso sueco, https://www.infobae.com/america/the-new-york-times/2020/04/30/suecia-esta-haciendo-lo-correcto/ (fecha de consulta: 15/05/2020).

6 Véase https://as.com/diarioas/2020/05/17/actualidad/1589732097_193467.html (fecha de consulta: 15/05/2020).

7 *Cf*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-52230846 (fecha de consulta: 15/05/2020).

8 *Cf*. OMS. *Loc. Cit.*

9 *Cf*. https://www.imperivm.org/cont/textos/txt/plutarco_vidas-paralelas-ti-licurgo.html (fecha de consulta: 15/05/2020).

malformación eran arrojados desde el Taigeto, pues no iban a ser útiles para la ciudad, y ese era el bien mayor sobre la condición humana. Era una fórmula de descarnado pragmatismo utilitarista: si la persona no es útil a la comunidad -con prescindencia de lo discutible que es asignarle un valor específico a esa invocación-, entonces corresponde ser desechada.

La práctica de la inmunidad colectiva sin la base de una vacunación generalizada -pues la vacuna todavía es inexistente-, además de su tenebrosa conexión clásica, es igualmente pragmática y utilitarista. Si los índices de mortalidad y letalidad no son altos, es posible pensar que la especie humana despliegue "naturalmente" sus mejores defensas para contraatacarlo, y tras la batalla sobreviva la inmensa o, por lo menos, gran mayoría.

Y aquí vuelve el debate sobre el valor de la dignidad del ser humano: ¿es lícito eliminar una vida para salvar muchas más? Estamos frente a esas preguntas aporéticas en términos éticos. Decisión difícil, incómoda, pero que por el poder de las circunstancias, aparecerá con más fuerza en el escenario público; máxime si las economías de los países, tanto a nivel macro como micro, se encuentran también necesitadas de medidas intensivistas.

Todo lo anteriormente señalado puede apreciarse en cómo se ha ido dando la regulación médico-laboral para los grupos de riesgo. Inicialmente, el Ministerio de Salud estableció un conjunto de consideraciones para la protección de los grupos más vulnerables a la enfermedad. Sin embargo, las pautas fueron flexibilizándose, hasta inclusive permitir que el trabajador, si bien está dentro del grupo de riesgo, pueda hacer una declaración jurada en la que manifieste su decisión de volver al trabajo y excluya, desde luego, de responsabilidad al empleador.

Fuente: https://www.echecopar.com.pe/publicaciones-regulacion-aplicable-al-personal-de-grupos-de-riesgo.html

De la revisión de la sucesiva normativa de salud se aprecia que se ha ido precisando las condiciones de riesgo, porque también un incremento numérico exagerado no resulta en modo alguno razonable; pero quizá lo más evidente es haber pasado, inicialmente, de catalogar la obesidad con Índice de Masa Corporal (IMC) "de 30 a más" a "de 40 a más". Si no hay estudios concluyentes sobre disminución del riesgo, ¿qué ha pasado en el mundo para aumentar la tasa de IMC de 30 a 40 puntos?

Pasó que la economía también es, indudablemente, un factor muy importante, y resulta ingenuo hacerla inadvertida. Diferentes sectores comenzaron a invocar el argumento de la discriminación: una sobreprotección de los grupos de riesgo, esto es, impedirles volver presencialmente a sus centros de labores, podría generar el efecto adverso y perverso de su exclusión. Muchos laboralistas señalaron inclusive ser consultados sobre si es posible "despedir a la persona con obesidad"[10].

No pasaron muchos días de la primera reglamentación sanitaria para incluirle una modificación: pasar de tener un IMC de 30 a uno de 40 como parte del grupo de riesgo; además de un añadido: la declaración jurada de asunción de responsabilidad voluntaria.

Como la que anotamos al inicio de estas breves líneas, estamos ahora ante otra situación paradójica. Es altamente probable que si la población de riesgo se contagia de COVID-19, pueda tener severas complicaciones de salud e inclusive un desenlace fatal. También será altamente probable que su protección de salud incida en su situación laboral y se generen casos de despidos por esta (inválida) situación. Y, finalmente, también es altamente probable que muchos no tengan más alternativa que "optar" por la declaración jurada de asunción de responsabilidad voluntaria.

Más allá de que algunas condiciones de riesgo no son congénitas sino adquiridas o influidas por hábitos poco responsables, cabe preguntarse: ¿cómo hacerse cargo y hasta qué niveles de los grupos de riesgo en este contexto tan incierto? Dadas las condiciones de excepcionalidad y de emergencia, ¿resulta lícito invocar algunos elementos pragmáticos y numéricos? Sería ingenuo o irresponsable decir que no de manera absoluta.

10 Entrevista al laboralista Javier Dolorier en https://rpp.pe/peru/actualidad/coronavirus-covid-19-alrededor-de-1-millon-de-trabajadores-con-obesidad-no-podran-regresar-a-sus-empleos-noticia-1264069 (fecha de consulta: 15/05/2020).

Termino estas iniciales reflexiones recordando el primer artículo de nuestra Constitución Política: "*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*". La dignidad humana y el principio de solidaridad, en este escenario de emergencia global muy difícil, con varios elementos en juego, muchos de ellos muy válidos, cobran una vigencia ineludible.

ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN ÉPOCA DE PANDEMIA

UNA BREVE MIRADA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y A LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA

*Alfredo Orlando Curaca Kong**

I. Presentación

El mundo vive actualmente una "mega crisis" causada por el virus SARS-CoV-2, conocido comúnmente como coronavirus, cuyo origen se encuentra aún en discusión. Este virus, a la fecha, se ha llevado la vida de cientos de miles de personas en distintos países, pues el contagio se ha propagado muy rápidamente desde China, lugar en que se originó el primer brote a finales del 2019, hacia otros países del orbe ya muy distantes del primero.

En enero de 2020 fueron detectados casos en Japón, Corea del Sur, Tailandia, Vietnam, Singapur, Camboya, Francia, Alemania, España, Australia y Estados Unidos. En febrero de ese año, ya habían contagiados en Italia, Irán, Brasil, México y Ecuador. En marzo, el virus llegó a

* Abogado por la Universidad de Lima, con estudios de Maestría en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Nacional Lomas de Zamora de Argentina y estudios de Maestría en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Director de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Mónaco, Armenia, Ciudad del Vaticano, República Checa, Catar, Chile, Argentina, República Dominicana y a muchos otros Estados.

En el Perú, el día 6 de marzo el presidente Martín Vizcarra Cornejo dio un mensaje a la Nación en el que comunicó que había sido detectado el primer caso de coronavirus en el país: un joven de 25 años que laboraba en una línea aérea y había retornado recientemente de Europa. A partir de ahí se generalizaron rápidamente las infecciones en nuestro territorio, al punto que al día de hoy hay más de ochenta mil personas infectadas y, lamentablemente, según cifras oficiales, han fallecido más de dos mil trescientos compatriotas.

Esta pandemia ha tenido también un impacto en el mundo jurídico, pues, frente a la situación extraordinaria generada, ha obligado a los gobiernos a tomar medidas excepcionales y utilizar las herramientas o mecanismos que le brinda el ordenamiento jurídico con la finalidad de contener el vertiginoso y dañino despliegue de la enfermedad.

Algunas de esas herramientas o mecanismos lo constituyen los estados de excepción, que en nuestro país están regulados en el artículo 137° de la Constitución. Este artículo distingue entre el estado de emergencia y el estado de sitio, que son decretados por el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, por un plazo determinado, en todo el territorio nacional o en parte de él, y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República o a su Comisión Permanente.

Según el artículo 137° del texto constitucional, el estado de emergencia se declara en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, añade el artículo, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio. Sobre este particular, el dispositivo finaliza señalando que en ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie; que el plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días; que su prórroga requiere nuevo decreto; y que en el estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

Por su parte, el estado de sitio es decretado en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. En este caso, el plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días; y, al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. Finalmente, la Constitución señala que la prórroga requiere aprobación del Congreso.

Estas figuras han sido materia de un interesante desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional peruano, supremo intérprete de nuestra Constitución y garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Carta Fundamental; órgano constitucional que se ha pronunciado sobre su justificación, objeto, sus características, criterios, reglas, además de otros aspectos.

En estas breves líneas de las que disponemos y que muestran tan solo una reflexión inicial sobre el asunto que tratamos, nos centraremos en describir, en primer orden y a modo de recordatorio, las partes más importante de dos sentencias constitucionales que consideramos sustanciales en lo concerniente a los estados de excepción, para, a continuación, examinar si el Decreto Supremo N.° 044-2020-PCM, que ha declarado el estado de emergencia a raíz de la pandemia ocasionada por el coronavirus SARS-CoV-2, se ajusta al marco constitucional y a la línea jurisprudencial que han establecido dichas sentencias.

II. Justificación y objeto de los estados de excepción.

En la STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, dictada en el proceso de inconstitucionalidad promovido por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley 24150, modificada por el Decreto Legislativo 749, que regula el papel de las Fuerzas Armadas durante los estados de excepción, el Tribunal Constitucional utilizó –entendemos que por primera vez– el término "normalidad constitucional" para referirse al desenvolvimiento de la actividad del Estado dentro del marco de competencias delimitadas con precisión por la Constitución y demás normas derivadas de aquella, y en el que los ciudadanos realizan sus actividades ordinarias con el goce efectivo de los derechos que dicha normatividad les reconoce.[1]

1 STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, fundamento 10.

De acuerdo al Tribunal Constitucional, cuando dicha situación de regularidad plenaria desaparece o se ve alterada como consecuencia de factores perturbadores de diversa índole, al Estado se le hace difícil –e incluso hasta imposible– actuar con arreglo a sus normas ordinarias, "... las que se revelan ineficaces para afrontar una situación imprevista que puede poner en serio peligro la existencia misma del cuerpo político, la plenitud del ejercicio del poder o el goce duradero de los derechos constitucionales."[2]

Frente a esta situación extraordinaria, que altera la "normalidad constitucional", es decir, el normal desarrollo del aparato estatal y de las actividades humanas, se hace de suyo indispensable la adopción de medidas excepcionales. Así es como se justifica el establecimiento de los estados de excepción dentro de este "singular e inusual contexto"[3], en el que, siguiendo al Colegiado constitucional, el Estado enfrenta el 'clima' de anormalidad empleando, para tal efecto, recursos excepcionales previstos en la Constitución "…para conjurar y eliminar, rápida y eficazmente, los factores de alteración."[4]

Todo esto, a juicio del guardián de la Constitución, obedece a la necesidad de solucionar o conjurar una serie de circunstancias anormales, lo cual acarrea la supresión, limitación o restricción transitoria de ciertos derechos ciudadanos.[5] Más adelante, apoyándose en Óscar Alzaga (La Constitución Española de 1979, Madrid: Ediciones del foro, 1978), este órgano señaló que es objeto de los estados de excepción "…la salvaguarda futura de la plenitud del ejercicio del poder político y de los intereses ciudadanos."[6] Vale decir, que a través de ellos se busca proteger el orden político-constitucional y el goce de los derechos fundamentales en una situación anómala, los que son valores supremos en un Estado constitucional. Son, entonces, herramientas de autoprotección constitucional.

En el fundamento 15 de su sentencia el Tribunal Constitucional hizo uso de un nuevo término, el de "competencia de crisis", para referirse a

2 STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, fundamento 11.

3 STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, fundamento 13.

4 STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, fundamento 13.

5 STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, fundamento 13.

6 STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, fundamento 13.

las competencias que la Constitución otorga al Estado, particularmente al Poder Ejecutivo, con el carácter de extraordinarias, a los efectos de que pueda afrontar hechos que, por su naturaleza, ponen en peligro el normal funcionamiento de los poderes públicos, amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política.[7] Esto implica, según el Tribunal Constitucional, una regulación constitucional *ad hoc* destinada a "enmarcar" la anormalidad.[8] El efecto inmediato de lo expuesto es el surgimiento de una concentración de competencias o funciones, lo que ha sido identificado por el supremo intérprete de la Constitución como una de las características claves de los regímenes de excepción, conforme se verá a continuación.

III. Características del estado de excepción.

El Tribunal Constitucional ha señalado en la misma sentencia que nos ocupa que el estado o régimen de excepción tiene varias características, las que, en resumen, son las siguientes:

a) **Concentración del poder**. Evidentemente, con "permisión constitucional" como señala el Tribunal Constitucional. En estos casos, el poder, con la anuencia de la Constitución, se concentra en el Ejecutivo, con la finalidad de que se afronte de mejor manera la situación de "anormalidad".

b) **Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad.** El origen de anormalidad puede ser diverso, pues como afirma el Tribunal, puede deberse a causas político-sociales, a situaciones de fuerza mayor o a crisis económicas. En su pronunciamiento este colegiado dio como ejemplos los casos de guerra exterior, guerra civil, revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones y hasta deflaciones, pero, sin que suene a crítica porque ciertamente no podemos pedirle al Tribunal Constitucional que actúe como un vidente, no se colocó en el supuesto de una crisis causada por una pandemia global como la que vivimos en la actualidad, lo que no quiere decir que esta no sea una causa que justifique la declaratoria de un estado de excepción.

7 STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, fundamento 15.

8 STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, fundamento 15.

c) **Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios**. Los mecanismos regulares en una situación de normalidad constitucional resultan insuficientes para controlar la situación, por lo que, para lograr eso, son necesarias medidas excepcionales (suspensión de derechos, incursión de las fuerzas armadas, entre otros).

d) **Transitoriedad del régimen de excepción**. Cada uno de los regímenes de excepción consagrados en la Constitución tiene un plazo de duración, aunque, como ya se ha visto, puede ser prorrogado. Es lógico que si se trata de una situación excepcional el plazo no puede ser permanente o prolongado sino el adecuado y razonable para superar la eventualidad. Ha señalado el Tribunal Constitucional en relación a esto, que "La prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, además de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política".[9]

e) **Determinación espacial del régimen de excepción.** Conforme al Tribunal, la acción del Estado, premunido de competencias reforzadas, se focalizará en el lugar en donde se producen las situaciones de anormalidad. De allí que se precise que la medida tiene carácter nacional, regional, departamental o local.[10]

f) **Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales**. Aquí el artículo 137 de la Constitución es claro, en el estado de emergencia se suspenden los derechos constitucionales relacionados con la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio. En el estado de sitio, por el contario, se tiene que señalar en el decreto que derechos fundamentales no quedan restringidos o suspendidos.

g) **Aplicación, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad, de aquellas medidas que se supone permitirán el restablecimiento de la normalidad constitucional**. Las medidas deben guardar relación con las circunstancias existentes en el régimen de excepción. Por lo tanto, cualquier limitación o restricción que sea desmedida, irrazonable o arbitraria será totalmente indebida.

9 STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, fundamento 18.

10 STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, fundamento 18.

h) **Finalidad consistente en defender la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica**. Como dijimos, el objeto de la declaratoria de un estado de excepción es el de proteger el Estado Constitucional. Se establecen así medidas excepcionales en una situación de anormalidad para regresar a una situación de normalidad que debe ser perdurable.

i) **Control jurisdiccional expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona.** Por ello, el artículo 23 del Código Procesal Constitucional señala que los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción[11], y que cuando se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. Cabe añadir, finalmente, que el control jurisdiccional no impide el control político, pues recordemos que el Parlamento puede pedir rendición de cuentas y determinar responsabilidad política una vez culminado el estado de excepción.

IV. Otros criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en relación con los regímenes de excepción.

En la STC 0002-2008-PI/TC, de fecha 9 de setiembre de 2009, dictada en el proceso de inconstitucionalidad promovido por treinta y un congresistas de la República contra el Congreso de la República, en el que se solicitó la inconstitucionalidad de la segunda parte del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley 29166, mediante la cual se

11 De hecho, la Corte Superior de Justicia de Lima ha habilitado los correos habeascorpuscsjlima@pj.gob.pe y juzgconstitucionallima@pj.gob.pe para la interposición virtual de las demandas de habeas corpus y amparo en épocas de cuarentena. En relación con esto, nos parece importante, por estar relacionado, la siguiente cita de la sentencia del Tribunal Constitucional bajo comento: "…si bien las normas que consagran los derechos fundamentales de la persona son previstos para su goce pleno en situaciones de normalidad, en cambio durante los 'tiempos de desconcierto' pueden convertirse en instrumentos para la destrucción del propio orden constitucional que los reconoce y asegura. Por ende, en vía de excepción, legislativamente es admisible la suspensión o limitación de algunos de ellos, sin que ello signifique llegar al extremo de consagrar un estado de indefensión ciudadana y proscripción de la actuación del Estado con sujeción a reglas, principios y valores que justifican su existencia y finalidad." STC 0017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, fundamento 19.

establecen las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, el Tribunal Constitucional ha establecido de modo complementario otros criterios muy importantes en relación con los regímenes de excepción.

Uno de ellos, que en ningún caso el poder militar subordina al poder constitucional, pues si bien la declaratoria del estado de emergencia es un medio para contrarrestar los efectos negativos de una situación extraordinaria, que pone en peligro la integridad y estabilidad estatal, en ningún caso el poder militar asume las atribuciones y competencias que la Constitución otorga a las autoridades civiles. Es decir, no tiene como correlato la anulación de las potestades y autonomía de los órganos constitucionales.[12]

Otro criterio relevante es que la declaratoria debe estar motivada y debe haber rendición de cuentas. Esto se deduce del fundamento 21 de la referida sentencia, en el que el Tribunal Constitucional ha señalado: "De esta forma, la decisión para decretar un estado de excepción no solo radica sobre quién es el competente para tomarla sino que esta figura ha ido evolucionando con el fin de respetar el principio de equilibro de poderes. Por esta razón, la declaratoria exige una fundamentación (político-jurídica) y un progresivo sistema de rendición de cuentas, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el político. Si bien la declaratoria de un estado de excepción conlleva a una temporal concentración de poder, ésta se encuentra circunscrita al derecho."[13]

Además, ha establecido que la declaratoria del estado de excepción es, por su propia naturaleza, una declaración jurídico-política de última *ratio*, pues la función de un régimen jurídico es prever las situaciones de conflicto social y dar respuesta a ello en un ambiente de normalidad. Por tanto, solamente en casos extremos es que este mecanismo debe ser empleado.[14]

Por último, no es menos importante que el Tribunal Constitucional haya señalado que la "suspensión de derechos" no constituye la "suspensión del Estado de Derecho" que, por tanto, autorice a los gobernantes a

12 STC 0002-2008-PI/TC, de fecha 9 de setiembre de 2009, fundamento 19.

13 STC 0002-2008-PI/TC, de fecha 9 de setiembre de 2009, fundamento 21.

14 STC 0002-2008-PI/TC, de fecha 9 de setiembre de 2009, fundamento 22.

que aparten su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. No cabe presumir en estas situaciones que los derechos son inexistentes ni que el gobierno esté investido de poderes absolutos o más allá de los estrictamente necesarios.[15]

V. El Decreto Supremo N° 044-2020-PCM

En términos formales, el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, publicado el 15 de marzo de 2020, se circunscribe al marco constitucional y a la línea jurisprudencial dada por el Tribunal Constitucional, pues ha declarado el estado de emergencia a nivel nacional frente a la evidente situación extraordinaria provocada por la pandemia del coronavirus.

Se justifica la adopción de la medida porque tal pandemia ha alterado la "normalidad constitucional". Frente a ella, el desenvolvimiento de la administración pública y de las actividades de la sociedad no pueden ser las mismas, por lo que hay que activar un régimen constitucional excepcional que permita volver más adelante a la regularidad constitucional. Es, entonces, por la salud del Estado constitucional y la de las personas que se ha tomado la decisión.

El decreto entiende que estamos en el supuesto de "graves circunstancias que afectan la vida de la Nación". Ahora bien, aunque reconocemos que este es un supuesto genérico y pueden haber justificadas y muy respetables voces en contra de la opinión que estamos por evacuar, si es posible interpretar que la pandemia generada como consecuencia del brote del COVID-19 es una circunstancia grave que afecta la vida de nuestra Nación, ya que nos ha colocado en una situación extraordinaria y única que, de no ser controlada, desestabilizaría las instituciones políticas y pondría en altísimo riesgo los derechos fundamentales de la personas, particularmente los derechos a la vida y la salud, con lo cual se cumple esta causal necesariamente requerida para declarar el estado de emergencia.

En cuanto a los demás aspectos formales, el decreto establece un plazo determinado que es menor al plazo máximo, aunque ha sido varias

15 STC 0002-2008-PI/TC, de fecha 9 de setiembre de 2009, fundamento 26.

veces prorrogado debido a que se mantienen las circunstancias extraordinarias. Además de eso, por la gravedad de la emergencia sanitaria y la rápida diseminación del virus, ha decretado el estado de emergencia en todo el territorio nacional.

Sin embargo, su artículo tercero señala que durante el estado de emergencia nacional queda restringido el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f, del mismo artículo de la Constitución Política del Perú. Y aquí viene el problema, por cuanto en la práctica no son esos los únicos derechos constitucionales que han sido restringidos.

Ciertamente, se han visto severamente afectados también los derechos a la salud, a la integridad personal, a la propiedad, al trabajo, a la remuneración, a la alimentación, de acceso al agua potable, a no ser discriminado, a la educación, al comercio, a la libertad de empresa, a la libertad de industria, entre otros. Todos estos derechos han sufrido un impacto directo, en algunos casos apoyándose en la Ley General de Salud que es infraconstitucional, por lo que pareciera que, puridad, nos encontramos a medio camino entre un estado de emergencia, en el que, como sabemos, solo se pueden restringir algunos derechos fundamentales, y un estado de sitio, en el que se señalan cuáles son los únicos que no quedan limitados, lo que obliga a repensar las cosas, pues la crisis es humanitaria por la múltiple afectación de los derechos humanos.

No resulta una novedad que muchas veces la realidad de los hechos supera el supuesto que pensó el legislador al ejercer su competencia, incluido el legislador constituyente (al parecer esto es lo que ha sucedido al regular los estados de excepción), y es en función a esta realidad que hay que hacer los ajustes y mejoras necesarios. Dejamos esto como reflexión.

LA DEMOCRACIA EN LOS TIEMPOS DE LA PANDEMIA

*Aníbal Quiroga León**

Constituye un atavismo del ser humano el temor a lo desconocido. Y nada causa mayor miedo en una población que la propagación veloz e incontenible de una enfermedad desconocida, sin tratamiento eficaz y, sobre todo, sin vacuna. Si antes del 31de diciembre de 2019, ya entrados en el primer quinto del Siglo XXI, alguien hubiese vaticinado que el Comité de Salud Municipal de Wuhan -en una remota provincia china- iba a reportar una desconocida y súbita neumonía de 27 trabajadores de su Mercado de Mariscos como prolegómeno de una pandemia mundial, poniendo en vilo a las naciones más desarrolladas del primer mundo, paralizando el tránsito mundial, el turismo, cerrando fronteras, afectando muy seriamente la economía globalizada y haciendo estallar los controles y la contención de la salubridad en casi todos los continentes,

* Profesor Principal y ex Director General de la Revista Derecho-PUC de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Investigación Jurídica por la Escuela de Posgrado de la PUCP. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT (Roma, 2002). Ex Codirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Secretario Ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Ex Presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la CGR del Perú. Abogado en ejercicio.

nadie le hubiese prestado atención o lo habrían puesto en la sección de ciencia ficción.

Pero no, lo que estamos viviendo -y lo que falta por ver- no es una ficción producto de una afiebrada mente; es la realidad cruda y madura que ha hecho que en ya entrados en el otoño meridional el planeta se vea conmocionado con una verdadera "pandemia", palabra muy superior en gravedad al significado de la "epidemia", que ha estado guardada por mucho tiempo en los diccionarios que pueblan los anaqueles de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y que este año rápidamente se han tenido que desempolvar para enfrentar el severo ataque que significa el rapidísimo contagio del nuevo coronavirus o COVID-19.

Una pandemia es la propagación a nivel de un gran territorio de una nueva enfermedad donde la mayoría de los afectados no tiene inmunidad ni existen remedios o vacunas eficaces contra ella. Es una verdadera emergencia de salud pública a nivel masivo, nacional e internacional, ya que ni su contagio, propagación o transmisión reconoce frontera alguna. Se caracteriza por causar muchos casos graves en grandes áreas geográficas, traspasando los límites nacionales y, muchas veces, los propios continentes. En este caso, asistimos como protagonistas involuntarios de una verdadera pandemia mundial.

Desde la "peste", pasando por la llamada "gripe española", para aterrizar en el "cólera", el "sida", la "gripe aviar" o la "gripe H1N1", no se vivía una verdadera pandemia de la agresividad y velocidad de contagio que la que hoy enfrentamos, sin que tengamos una verdadera cura a la mano. Ni siquiera tenemos -ni hemos logrado adquirir oportunamente- los reactivos suficientes para atender la determinación cierta y pronta de la simple confirmación o descarte de los contagios.

Sin precedentes, el Presidente de la República anunció a mediados de marzo las necesarias medidas de emergencia que pudieron lucir drásticas frente a nuestros antecedentes, pero que sin duda fueron en un inicio más que necesarias ante el enorme riesgo al que nos enfrentábamos y que algunos se resistían admitir, disponiéndose el cese de las actividades escolares públicas y privadas. Han seguido las superiores y universitarias, y todo evento que congregue a público masivo, ya que se trata de contener el contagio y no de propiciarlo. Luego vino el confinamiento social obligatorio y el toque de queda por la noche y los domingos.

Con verdadera responsabilidad, si miramos la realidad, nadie podría asegurar que puede estar exento del contagio del COVID-19. Ni ricos ni pobres, ni obreros ni empresarios, ni profesionales ni empleados. Esta pandemia no distingue territorio, condiciones sociales, condiciones económicas, profesiones, edades, sexo o nacionalidades. Por eso se han debido extremar las precauciones sin riesgo a la exageración. La protección de la salud pública y la vida de los ciudadanos lo requirieron, y aún así terminaron siendo insuficientes por el incumplimiento social, la pésima infraestructura hospitalaria en general, la escasez de protección para los médicos, enfermeros, enfermeras, personal militar y policial. Camas hospitalarias, oxígeno y las camas UCI han sido, y son, lamentablemente insuficientes para atender con eficacia esta verdadera pandemia. La disciplina y la solidaridad social no nos ha caracterizado ante este peligro que ciertamente aún no ha pasado. Aún estamos en el vórtice de la tormenta.

**

La Constitución de 1993 tuvo un cuestionable nacimiento, una accidentada factura y una discutible partida de nacimiento; pero ha sido nuestra Constitución por más de un cuarto de Siglo. Y ya bajo su influjo y vigencia, con sus reglas y postulados, al regreso pleno de la democracia luego de la abrupta salida, caída y renuncia por fax de Alberto Fujimori que no fuera aceptada por el Congreso procediendo a vacarlo y a inhabilitarlo de inmediato, contando con ella en vigencia -si contamos la propia presidencia transitoria de Valentín Paniagua 2000-2001-, se ha dado lugar a cuatro recambios constitucionales hasta el consecutivos pacíficos y aceptados por todos, sin reclamo a fraude alguno en el proceso eleccionario, hasta el 2016, lo que ha constituido un récord en la moderna historia constitucional peruana: cinco presidentes constitucionales consecutivos, si contamos la propia etapa transitoria constitucionalmente prevista de Paniagua.

Cuánto quisiéramos -firmemente- que el 2021 que, por lo demás, coincide nada menos que con nuestro Bicentenario, se produzca el sexto relevo constitucional pacífico y legítimo, y que el actual mandatario tenga su relevo constitucional democráticamente elegido por la mayoría de nuestro pueblo, como lo manda la Constitución y nuestro régimen constitucional y republicano.

Que el presente periodo presidencial ha estado salpicado de graves contratiempos constitucionales, algunos de ellos planteando retos inéditos

y no pocas circunstancias verdaderamente límites entre los actos constitucionales y los inconstitucionales, no cabe duda alguna, que han requerido de verdaderos esfuerzos de interpretación constitucional.

Desde el hecho mismo de que el Presidente Kuczynski fuera elegido en segunda vuelta con una muy magra representación congresal, tanto en lo numérico (18/130) cuanto en lo sustancial (un grupo amorfo sin identidad propia ni ideología común, escogidos a última hora más por conveniencia, interés y amistad, como la historia posterior lo demostrará con creces) y que el propio Presidente no se empeñó en consolidar ni solidificar, sin identificar ni tener dentro de el a un verdadero líder la bancada que llevara firmemente la representación del Ejecutivo con la suficiente fuerza para hacer los acuerdos necesarios para sacar adelante el gobierno, lo que ni siquiera se intentó en verdad y de allí su estentóreo fracaso; hasta la inicial mayoría abrumadora (73/130) de una oposición enceguecida por su lideresa, sin capacidad de asumir la derrota, que nunca aceptó la legitimidad de Kuczynski, y que dedicó su mejor empeño en torpedear al Ejecutivo y luego a jugar al "tumbamonte" de la vacancia presidencial para jugar la carta del Primer Vicepresidente, lo que finalmente se logró en un repechaje de "impeachment", forzando a lo Nixon la salida renunciada de Kuczynszki, llamándose en sucesión presidencial al Primer Vicepresidente, quien estuvo muy presto a sacrificarse por la patria asumiendo el reto de la Presidencia de la República por el saldo del periodo presidencial de casi tres años y medio.

Toda esta batahola constitucional no la habíamos vivido sino hasta el fin del año 2000 con la renuncia/vacancia/inhabilitación de Alberto Fujimori, el forzamiento de la renuncia de los dos Vice Presidentes y el llamado en sucesión presidencial al Presidente del Congreso, en este caso a Valentín Paniagua, a quien las fuerzas políticas estratégicamente ya habían colocado allí pocos días antes para lograr esa sucesión, quitando del camino una ulterior sucesión post-fujimorista. La huida de Fujimori dejó sin fuerza ni aliento a sus propias huestes en el Congreso para evitar que ello sucediera y así, Valentín Paniagua, -en tanto Presidente del Congreso aún cuando su representación política y su propia votación al Congreso fuese muy menor- fue el llamado por la sucesión presidencial para ser investido como el Presidente de Transición de que trata la Constitución cuando el Presidente es vacado, fallece, es inhabilitado, destituido o renuncia, y carece de vicepresidentes.

Contrariamente a quienes le habían auspiciado, ya en funciones de Presidente de la República, Martín Vizcarra tampoco fue leal a los que le ayudaron a auparse en el poder, ni se preocupó por -no diríamos rehacer- tener siquiera una bancada eficiente en el Congreso. No, por primera vez un Poder Ejecutivo no solo gobernó de espaldas al Congreso, sino gobernó deliberadamente en contra del mismo, desde el primer día, propiciando una clara lucha de poderes y un evidente enfrentamiento. Un choque de trenes. Y los congresistas cayeron mansamente en el ardid político. Embelesados por lo que creían era el primer poder del Estado, convencidos de que eran los verdaderos padres de la patria, obnubilados con el totalitarismo de su poder, posesos en la invulnerabilidad de su inmunidad congresal, le hicieron el juego del "ping pong" y se trenzaron las manos e iniciaron una lucha de forzados, a ver quién era el más poderoso, quién gritaba más fuerte, quién era el más estridente y quién el más agraviante.

He aquí que el Congreso olvidó lo que el Derecho Constitucional enseña, dese hace más de cien años, que el primer poder del Estado es el Poder Ejecutivo, que hace un balance de poderes y de controles inter-poderes (karl Loewenstein) con el Poder Judicial y el Congreso, además de con los demás órganos constitucionalmente autónomos; pero que en definitiva el órgano constitucional más poderoso en el actual Estado de Derecho es, sin duda alguna, el Poder Ejecutivo. Y así se demostró el año pasado, una vez más.

El Presidente de la República, instrumentalizando a un Primer Ministro ciertamente funcional, forzó una "Cuestión de Confianza" -que en su mandato era la primera, pero a la que sumó aleve e interesadamente la que el Congreso le hiciera tontamente a Kuczynski -en horas aciagas- en la cabeza del Premier Zavala, sin qué ni por qué (jamás dejarán de arrepentirse por ello), y arropado en jurisconsultos bien rentados, y por otros entusiastas que, sin serlo, se prestaron con mucha alegría de la mano con políticos desfasados que nada pueden analizar objetivamente sin la telaraña ideologizada que envuelve el iris de sus ojos, crearon la "heroica" figura de la "negación fáctica de confianza" por la cual se dio por hecho que había sucedido lo que nunca había ocurrido; más aún, se dio por hecho (la negación de confianza) contra lo que si se había hecho (la dación de confianza con votación y acta de por medio), lo que fue a la postre lo que dio lugar a todo lo que luego se desbordó, hasta llegar a la actualidad, y cuyo final aún está pendiente de ser escrito.

Por eso, y basado en todo lo anterior, luego de que el año pasado el Presidente Vizcarra dispusiera la inédita y muy discutible -desde el punto de vista constitucional- disolución del Congreso, para ingresar en un no menos desconocido "interregno constitucional" que nunca habíamos vivido con la supervivencia de un Congreso evidentemente disminuido (reducido a un muñón) a través de su Comisión Permanente, para ir a una nuevas elecciones, para supuestamente escuchar al pueblo y elegir un mejor Congreso que completase el mandado del disuelto -un Congreso corto-, hemos ingresado en una clara fragilidad institucional y en un debilitamiento constitucional que las apresuradas elecciones de enero de este año, su magro resultado (con los pescaditos y los antauristas redivivos con un líder en prisión purgando condena por homicidio calificado) que no han solidificado para nada. Por el contrario, la lentitud del JNE en dar el resultado, la juramentación por "bloques" ya con el tsunami del COVID-19 encima, las dificultades para organizar sus sesiones, Junta Directiva y los Plenarios con toda su complicación logística, han complicado en mucho el panorama en favor de lograr un verdadero contrapeso de poderes constitucionales. Es un parlamento en que los parlamentarios no pueden parlamentar, sino tan solo por medio de sesiones virtuales que no tienen ni la resonancia, ni la notoriedad mediática del parlamentarismo en vivo. En resumen, un Congreso corto disminuido.

Por eso mismo, en el otro lado de la orilla, para el Presiente Vizcarra la pandemia ha representado -políticamente- una "tormenta perfecta", desde que con la disolución del Congreso anterior logró gobernar sin Congreso ni oposición -confinando a la Comisión Permanente a ser una mera mesa de partes de los Decretos de Urgencia que firmaba generosamente más allá de la autorización constitucional- y, con la pandemia, en los hechos, ha conseguido que ese status quo se mantenga, no solo por el resultado de la elección y quienes han sido elegidos -lo que ya ha sido considerado por no pocos analistas que el actual es peor Congreso que el anterior-, a despecho de la promesa del propio Vizcarra cuando disolvió el Congreso anterior o del ex Premier Del Solar cuando, en día de las apuradas elecciones, ofreció un "refrescamiento" en la política nacional. De seguro no se refería a la inusitada presencia del redivivo partido de los pescaditos. Y la pandemia de ha dado notoriedad casi diaria, encuestas muy altas, aprobación ciudadana al confinamiento social y un inusitado protagonismo en el que opaca (¿existe?) al Primer Ministro y a los propios

Ministros a los que deja tan solo el colofón de sus muy extensas peroratas televisivas de medio día, en las que habla un poco de todo, incluyendo los tutoriales de cómo los ciudadanos deben lavarse las manos. Pero ya la gravísima crisis de salubridad y la evidente fragilidad de la infraestructura de salud pública le está pasando la factura, las cifras ya no cuadran, las curvas no resultan planas y las mesetas se elevan, y con ello el malestar presidencial es cada vez más evidente, como lo es el menor control interinstitucional, la ausencia del Congreso en esta tarea, por lo que la ventana mediática también ha sido estrechada. Ya se sabe que, en una crisis, en la guerra y, ahora, en la pandemia, la primera víctima es la verdad, como bien lo expresara el Senador Johnson en 1917 a propósito de la Primera Guerra Mundial.

Por efecto mismo de la terrible pandemia que nos aqueja, que obliga al aislamiento y distanciamiento social, la dinámica y metodología del Congreso resulta contradictoria, al punto que con los pocos plenarios y reuniones que han sostenido a duras penas, en Mesa Directiva o Junta de Portavoces, ya hay casi una decena de los nuevos congresistas cortos contagiados con el COVID-19 con diversos niveles de gravedad, y nada parece indicar que eso tenga solución práctica en el corto o mediano plazo, sobre todo en la medida en que la crisis de salubridad que la pandemia ha traído parece agravarse a ojos vista, sin contar con la gravísima recesión y crisis económica que nos caerá como secuela de esta, y que nos llevará a perder entre 16 a 20 puntos de PIB, que -como el propio Presidente de la República ha admitido- arrojándonos sin contemplaciones a niveles históricos de la postguerra con Chile hace más de 100 años, luego de cuatro años de guerra y casi tres de invasión, saqueos, incendios e ingente pérdida territorial.

Este Congreso recortado que estaba dispuesto a darle confianza al Gabinete del "interregno", sea quien sea el Premier y sea cual fuere la composición del Gabinete (donde algunos ministros cayeron solitos al dispararse a los pies, sin intervención de un Congreso fiscalizador), ahora casi no puede ni sesionar en Pleno debido a la restricción sanitaria, ni tan siquiera para legislar sobre sus sesiones virtuales o para darle al Ejecutivo amplias facultades delegadas ante la actual crisis de salud pública, ha tornado sus esfuerzos a leyes populistas y empieza a pensárselo mejor el tema de la confianza. Por lo demás, el plazo constitucional está sobregirado en exceso, pero lo que en época normal sería un escándalo constitucional,

en la actual crisis de salubridad sin camas de hospitalización, sin médicos, sin camas UCI, sin oxígeno, con escasez de remedios básicos y casi sin tener donde enterrar a los fallecidos, eso pasa casi desapercibido y no resulta ser un tema prioritario.

Es decir, tenemos un Congreso mocho elegido con gran prisa e improvisación que, se sabía y se les dijo, no iba ser mejor que el anterior disuelto ex professo que, en los hechos, está casi impedido de funcionar, y que cuando lo ha hecho, ha generado polémicas leyes populistas (el retiro de fondos de las AFP's o los "taxicolectivos", y los proyectos de ley para gravas con nuevos impuestos a la "riqueza" en el Perú a partir de un millón y medio de soles de patrimonio, o la derogación de la Constitución de 1993 y la vuelta a la Constitución de 1979 (D).

Por lo tanto, entre disolución del Congreso anterior, el "interregno" constitucional con Comisión Permanente disminuida y el coronavirus, el Ejecutivo seguirá -en la práctica- gobernando casi solo, sin un verdadero Legislativo, sin oposición, casi sin prensa y sin verdaderos contrapesos. Desde el punto de vista político, es la "tormenta perfecta" para un político de las credenciales democráticas del Presidente Vizcarra.

Por eso mismo, por su naturaleza apresurada y propia composición del actual Congreso corto muy diferente a la ofertada por Vizcarra cuando proclamó con gran entusiasmo y valentía, la disolución del Congreso anterior por una supuesta "negación fáctica de confianza" que el propio Tribunal Constitucional tuvo el pudor de no convalidar, a pesar de la muy benévola sentencia en mayoría que validó en grueso la disolución del Congreso anterior, y porque estos congresistas cortos están con ansias de ejercer ese poder cortito que se les ha dado tan solo por tres semestres, y que con la pandemia y la crisis de salubridad eso se les escapa entre los dedos, ya se empiezan a escuchar algunas voces muy peligrosas desde la Comisión de Constitución que pretenderían -claro, modificando la Constitución- alargar el mandado de este Congreso corto y/o postergar las elecciones presidenciales del 2021, alterando el cronograma electoral y el natural recambio del Ejecutivo y Legislativo previsto constitucionalmente para julio de 2021, precisamente para el año de nuestro Bicentenario.

Ya aparecerán quienes, de oficio, asalariados o por mero entusiasmo, pretendan con gran alegría justificar esto con las más disímiles teorías que hacen la delicia mediática, tal como ocurrió con la convalidación de

la disolución fáctica del Congreso el año pasado. La fortaleza de nuestra democracia, también -qué duda cabe- está afectada por el COVID-19, y se pondrá a prueba para definir si logrará mantener el calendario electoral o terminaremos cediendo, como el año pasado, con ingenuos, ilusos, impostados y remunerados argumentos a una nueva tentación autoritaria.

El gran reto de la democracia constitucional será, entonces, poder enfrentar esta pandemia con todos los poderes y recursos estatales, con eficiencia, con honestidad y con éxito, pero sin sacrificar los elementos esenciales de nuestra democracia representativa y republicana sin poner en riesgo no solo las libertades y derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sino la vigencia constitucional misma. Bien claro es que muchas veces no se aprecia mucho respeto por esta, y que se la maltrata e interpreta muy antojadiza e interesadamente. Pero el gran reto será poder sacar adelante nuestra Constitución sin que sea afectada por el COVID-19, sin que le falte el necesario oxígeno democrático, sin que ingrese en cama UCI, sin que tenga que ser inducida al coma -tal como la Ministra de Economía ha dicho haber tenido que hacer con la economía nacional- sino que no solo salga indemne, sino fortalecida, y que la salida de la pandemia y la necesaria restauración nacional nos encuentre con una mayor fortaleza institucional y con una democracia constitucional consolidada, y no ciertamente más debilitada que lo que ya luce, lamentablemente. Y con el recambio de las autoridades del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo que el actual calendario electoral prevé para nuestro Bicentenario. El Perú bien lo merece con creces.

****

UN NUEVO VIRUS SE PROPAGA EN EL MEF: EL PROGRAMA "REACTIVA PERÚ" Y LA EXCLUSIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES CON PERCEPCIÓN SOCIAL NEGATIVA

*Berly Javier Fernando López Flores**

No cabe duda que las medidas de aislamiento social, derivadas de la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional efectuada por el Decreto Supremo 044-2020-PCM, prorrogada luego por los Decretos Supremos 051-2020-PCM, 064-2020-PCM, 075-2020-PCM y 083-2020-PCM, afectan la dinámica de actividades empresariales, sectores productivos, el empleo y los ingresos de las familias.

Adicionalmente, la propagación del virus COVID-19 perjudica también las perspectivas de crecimiento de la economía global, y en particular, el de la economía peruana.

En ese contexto, el 6 de abril de 2020, el Ejecutivo publicó en el diario oficial "El Peruano" el Decreto Legislativo 1455 que crea el programa "Reactiva Perú", con un monto de 30 mil millones de soles, a los efectos de asegurar la continuidad en la cadena de pagos de las empresas peruanas.

* Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Piura (Campus Lima). Abogado de la Universidad de Piura. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional por la PUCP. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Correo electrónico: blopez911@icloud.com. Artículo remitido el 13 de mayo de 2020.

Posteriormente, mediante Decreto Legislativo 1485 publicado el 10 de mayo de 2020, amplió dicho monto en 30 mil millones de soles adicionales.

Tanto el citado Decreto Legislativo 1455, como el programa creado por él, tienen por objeto promover el *financiamiento* del capital de trabajo de las empresas que enfrentan pagos y obligaciones con sus trabajadores y proveedores de bienes y servicios, a los efectos de asegurar la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional.

Dicho objetivo se concretaría a través de una garantía que otorga el Gobierno Nacional a los créditos en moneda nacional a ser colocados por las Empresas del Sistema Financiero Nacional en favor de las empresas peruanas. Éstas últimas, para ser elegibles en el programa, no deben tener deudas tributarias administradas por la Sunat y estar clasificadas en el Sistema Financiero en la categoría de "Normal" o "Con Problemas Potenciales".

El decreto legislativo 1455 encargó al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) elaborar el reglamento operativo del programa "Reactiva Perú". Tal encargo fue cumplido por el MEF con la expedición de la Resolución Ministerial 0134-2020-EF/15, de 12 de abril de 2020.

Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, lo dispuesto en el Anexo 1 del reglamento operativo llamó nuestra atención. En él se incorpora una lista de empresas que se encuentran *excluidas* del Programa "Reactiva Perú". Dicho anexo señala lo siguiente:

> "Las EMPRESAS DEUDORAS que lleven a cabo o pretendan llevar a cabo, cualquiera de las actividades listadas a continuación no son objeto de financiamiento con cargo a REACTIVA PERÚ, tampoco el PRESTATARIO de recibir la garantía de REACTIVA PERÚ:
>
> De forma general:
>
> La EMPRESA DEUDORA no participará en procesos de producción o comercio de cualquier producto o actividad que se considere ilegal bajo las leyes o la normativa del país o bajo convenios y acuerdos internacionales ratificados, incluyendo las convenciones/legislación relativa a la protección de los recursos de biodiversidad o patrimonio cultural.
>
> Y concretamente en las siguientes actividades:

(…)

Sectores con percepción social negativa

Prostitución (…)

Producción de tabaco.

Producción de bebidas alcohólicas (excluyendo cerveza, pisco y vino).

Juegos de azar, casinos y otras actividades similares

(…)" (énfasis agregado)

Esta exclusión del programa "Reactiva Perú", sobre algunas de las actividades empresariales calificadas con percepción social negativa, resultaría *inconstitucional* por ser discriminatoria.

El artículo 2 de la Constitución Política del Perú, establece que toda persona tiene derecho a:

> A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de *igualdad* encuentra su fundamento en la dignidad humana.

Se trata de un derecho constitucional que consiste en que las personas sean tratadas de igual modo a quienes se encuentran en una misma condición. En el análisis de la igualdad, resultan claves dos categorías constitucionales: la diferenciación y la discriminación.

La discriminación, como es sabido, es aquel trato diferente y arbitrario que le impide a la persona acceder a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición, tienen acceso.

Para la Oficina del Alto Comisionado para Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, la discriminación consiste en toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades

fundamentales de todas las personas (Observación General 18, Comentarios Generales, 37 Periodo de sesiones, 1989).

La diferenciación, en cambio, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está constitucionalmente permitida siempre y cuando el trato desigual se funde en causas *objetivas y razonables*. Por el contrario, si tal desigualdad de trato no resulta razonable ni proporcional, se estará ante una inconstitucional discriminación.

Para verificar la afectación al *principio de igualdad* se deben evaluar dos cosas: primero, el trato diferente; y, segundo, que la persona se encuentra en la misma condición que quien recibió el trato diferente.

Así, la identificación del tratamiento diferenciado debe realizarse mediante la comparación entre el objeto, el sujeto, la situación o la relación que se cuestiona y otro identificable al que se le asigna diferente consecuencia, lo que viene a constituir lo que se denomina término de comparación *(tertium comparationis)*.

Este término de comparación debe presentar una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia. Por el contrario, la inexistencia de caracteres comunes entre el trato que se cuestiona y la situación que se ha propuesto como término de comparación da como conclusión la no afectación del principio-derecho de *igualdad*.

Pues bien, como ya lo hemos adelantado, resulta *inconstitucional por discriminatoria* la exclusión en el programa "Reactiva Perú" de las actividades de producción de tabaco y de bebidas alcohólicas (excluyendo cerveza, pisco y vino), así como las de juegos de azar, casinos y otros similares.

Efectivamente, desde un punto de vista objetivo, estas actividades empresariales excluidas del programa, al igual como las que sí fueron incluidas, son *legales y lícitas*, pues el Estado, a través de sus diversas reparticiones (Gobierno Nacional, Gobierno Regional y Gobierno Local), autoriza su realización y, luego, las regula y supervisa.

Si bien es cierto, la producción del tabaco y de bebidas alcoholicas, así como la realización de juegos de azar producen *externalidades negativas*, entendidas éstas como los efectos dañinos para la sociedad causados por actividades de producción o consumo; no es menos cierto también que sobre ellas recae un peso tributario mayor, a través de la creación de

impuestos especiales y del selectivo al consumo, los cuales impactan en el nivel de demanda de dichos bienes y servicios. A través de la mayor carga tributaria, se neutralizaría esta externalidad negativa.

Entonces, si ya existe una suerte de castigo tributario del Estado sobre dichas actividades empresariales -lo cual resulta razonable, por la externalidad negativa que producen; no se explica la razón de aplicarles una sanción de muerte con la exclusión del programa "Reactiva Perú".

Es muy probable que las empresas de estos sectores, que han dejado de funcionar estos meses y, sin embargo, han seguido pagando las remuneraciones de sus trabajadores, no puedan recuperarse una vez superado el Estado de Emergencia Nacional.

Probablemente subyacen a la exclusión de estas actividades ideas trasnochadas de un Estado paternalista que pretende desaparecer del mercado los bienes y servicios que producen, en el entendido que ello es lo mejor para la convivencia social.

Por demás, la exclusión de la actividad de producción de *ron* no está sustentada en causas *objetivas y razonables*, siendo por ello discriminatorio. Nótese que la produccíon de cerveza, *pisco* y vino sí está incluida en el programa; y que el grado de alcohol de una botella de ron con una de pisco suelen ser iguales (aproximadamente, 40%). De este modo, se discrimina a los productores de ron frente a los que producen pisco, a pesar que ambos se encuentran en una situación análoga.

Las decisiones del Estado no pueden, pues, ser contradictorias o incoherentes. Por un lado, el Estado reconoce la legalidad y licitud de estas actividades con el fin de que sean sujetos pasivos tributarios; pero, por otro lado, las desconoce negándole a estas actividades el financiamiento de su capital para hacer frente a sus obligaciones con los trabajadores.

Este accionar contradictorio e incoherente vulnera el principio de *confianza legítima*, que protege al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte el Estado, desconociendo antecedentes previos para continuar en el ejercicio de una actividad.

De otro lado, desde un punto de vista subjetivo, los trabajadores de las empresas que se dedican a estas actividades excluidas, son personas que gozan de igual dignidad que las que trabajan en empresas incluidas en el programa "Reactiva Perú".

El artículo 1 de la Constitución Política del Perú resulta, por demás, elocuente:

> La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Más específicamente, en el contexto de una relación de trabajo, el artículo 23 de la Constitución establece lo siguiente:

> Ninguna relación laboral puede (…) desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

En los hechos, excluir del programa "Reactiva Perú" a las actividades empresariales antes señaladas, significa a su vez hacer una inconstitucional diferenciación, entre la labor realizada por un trabajador de una empresa incluida, con la realizada por un trabajador de una empresa excluida. Ambos trabajadores son iguales, pues son formales, se encuentran en planilla, tributan, y desempeñan labores en actividades legales y lícitas, autorizadas por el Estado.

Asimismo, excluir a estas actividades empresariales equivale excluir del programa "Reactiva Perú" a los trabajadores de estos sectores; pese a que este programa del gobierno fue creado, precisamente, con la finalidad que las empresas enfrentan pagos y obligaciones con sus trabajadores. El objetivo del Decreto Legislativo 1455 y del programa "Reactiva Perú" siempre fue asegurar la cadena de pago con los trabajadores.

La percepción social negativa que pudieran tener estas actividades empresariales excluidas, no puede ser extendida a los trabajadores de estos sectores, pues ello seria rebajarlos en su dignidad. Estos trabajadores se encuentran libres de toda culpa sobre cualquier percepción negativa que pese sobre ellos.

De este modo, el reglamento operativo del MEF desnaturaliza y contraviene los alcances del Decreto Legislativo 1455.

Por último, respecto a la actividad de la prostitución que también ha sido excluida del programa "Reactiva Perú", hay que señalar que se trata de una actividad *sui generis* y compleja.

La elaboración de este artículo, no es el espacio ni el momento para reflexionar sobre las bases éticas o morales de esta actividad, la ausencia

de éstas o si genera daños a quienes la practican y consumen. Eso será materia de estudio y análisis en otro momento.

Si es pertinente señalar, en este pequeño espacio, que el ejercicio libre, independiente y por cuenta propia de la prostitución no está tipificado como delito en el Código Penal Peruano, siendo por ello una actividad que se la considera legal y lícita; sin embargo, su ejercicio por cuenta ajena, a través de una plataforma empresarial o de negocio, no tendría las consideraciones antes mencionadas.

En efecto, el Código Penal Peruano, a lo largo de sus años, ha venido tipificando como delitos conductas que rodean el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena o en el contexto de un negocio.

Tenemos así que el artículo 179 del Código Penal ha tipificado el delito de favorecimiento a la prostitución:

> El que promueve o favorece la prostitución de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.
>
> La pena será no menor de seis ni mayor de doce años cuando:
>
> 1. El agente cometa el delito en el ámbito del turismo, *en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.* (énfasis agregado).

Por su parte, el artículo 180 del Código Penal recoge el delito de rufianismo:

> El que gestiona el beneficio económico o de otra índole de la prostitución de otra persona será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.
>
> La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de doce años cuando:
>
> 1. El agente cometa el delito en el ámbito del turismo, *en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.* (énfasis agregado).

Por último, el artículo 181 del Código Penal regula el delito de proxenetismo

El que dirige o gestiona la prostitución de otra persona será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La pena será no menor de seis ni mayor de doce años, cuando:

1. El agente cometa el delito en el ámbito del turismo, *en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica*. (énfasis agregado)

Así las cosas, el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena o en el contexto de un negocio, no seria una actividad legal ni lícita, sino todo lo contrario; por tanto, el Estado, al excluir esta actividad empresarial como parte del programa "Reactiva Perú", no actúa de manera incoherente o contradictoria.

Dicha exclusión del programa se encuentra justificada por los delitos que rodean esta actividad. Cualquier empresario que ponga un negocio o infraestructura para realizar esta actividad, seria plausible de ser denunciado penalmente por cualquiera de los delitos arriba mencionados; pues se le podría imputar que promueve o favorece la prostitución, que gestiona el beneficio economico de la prostitución o que dirige la prostitución. Ni siquiera la autoridad municipal podría autorizar el funcionamiento de locales públicos para la realización de esta actividad. Por tanto, realizar actividad empresarial sobre la prostitución se encuentra prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, trayendo a colación el titulo del presente artículo, ¿qué hacer frente a la propagación en el MEF de este nuevo virus de la *discriminación*, que excluye sin causa objetiva y razonable del programa "Reactiva Perú" las actividades de producción de tabaco y de bebidas alcohólicas, así como las de juegos de azar, casinos y otros similares?

Consideramos que, a fin de combatir dicho virus, cabría implementar las siguientes medidas:

- Que los empresarios y/o trabajadores de estos sectores inicien procesos de acción popular contra la Resolución Ministerial 0134-2020-EF/15 solicitando su nulidad, por vulneración del artículo 2 de la Constitución (derecho a la igualdad); e infracción del artículo 51 de la Constitución, en tanto la citada resolución ministerial contraviene el Decreto Legislativo 1455; y/o

- Que los empresarios y/o trabajadores de estos sectores inicien procesos de amparo contra la Resolución Ministerial 0134-2020-EF/15 solicitando su inaplicación, teniendo como sustento los argumentos arriba mencionados.

¿POLÍTICA SANITARIA BÁSICA?: LOS DETRÁS DE CÁMARA DE LA PANDEMIA

*Bruno A. Novoa Campos**

1. Protección del derecho fundamental a la salud

Para la Organización Mundial de la Salud (en adelante, la **OMS**), la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (OMS, 2020).

De este modo, diferentes instrumentos de derecho internacional han reconocido el derecho a la salud. Entre ellos: i) el numeral 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[1]; ii) el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[2]; iii) el

* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

1 Artículo 25º

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa Nº 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959).

2 Artículo 12º

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

apartado iv) del literal e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965[3]; iv) el literal f) del numeral 1 del artículo 11 y, el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979[4];

---

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
   a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
   b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
   c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
   d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por el Decreto Ley Nº 22129, publicado el 29 de marzo de 1978. El instrumento de adhesión del 12 de abril de 1978, se depositó el 28 de abril de 1978, el mismo que fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser el Perú signatario. Vigente desde el 28 de julio de 1978).

3 Artículo 5º

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2º de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

(…)

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

(…)

iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales (…) (aprobada por Perú mediante el Decreto Ley Nº 18969, publicado el 22 de setiembre de 1971. El instrumento de ratificación del 22 de setiembre de 1971, se depositó el 29 de setiembre de 1971. Vigente desde el 29 de octubre de 1971

4 Artículo 11º

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

   (…)

   f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Artículo 12º

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en

y, v) el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989[5].

---

condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia (suscrita por Perú el 23 de julio de 1981 y aprobada por Resolución Legislativa Nº 23432, publicada el 5 de junio de 1982. El instrumento de ratificación del 20 de agosto de 1982, se depositó el 13 de setiembre de 1982. Vigente desde el 13 de octubre de 1982).

5 Artículo 24º

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
   a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
   b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
   c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
   d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
   e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
   f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.
4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo (suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990, y aprobada mediante Resolución Legislativa Nº 25278, publicada el 4 de agosto de 1990. El instrumento de ratificación del 14 de agosto de 1990 fue depositado el 4 de setiembre de

En esta misma línea, los instrumentos regionales de derechos humanos han reconocido el derecho a la salud. Entre ellos: i) el artículo 11 de la Carta Social Europea de 1961; ii) el artículo 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981; y, iii) el artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", de 1988[6].

A nivel constitucional, los artículos 7 y 10 de la Constitución Política (en adelante, la **CP**) establecen la protección del derecho a la salud y el libre acceso a las prestaciones de salud a través de entidades públicas, privadas o mixtas; así como, el deber de contribuir a su promoción y defensa. Mientras que para el Tribunal Constitucional (en adelante, el **TC**), el derecho a la salud se configura como un derecho fundamental en tanto i) se vincula con los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de dignidad; y, ii) constituye condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar

1990. Vigente desde el 4 de octubre de 1990. El texto de la Convención fue publicado en la Separata Especial del 22 de noviembre de 1990).

6 Artículo 10º Derecho a la salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
   a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
   b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
   c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
   d. La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas; profesionales y de otra índole.
   e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y,
   f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables (suscrito por Perú el 17 de noviembre de 1988 y aprobado por Resolución Legislativa Nº 26448, publicada el 7 de mayo de 1995. El instrumento de ratificación del 17 de mayo de 1995, fue depositado el 4 de junio de 1995. Vigente desde el 16 de noviembre de 1999).

el bienestar individual y colectivo (expediente N.° 2016-2004-AA/TC, 2004; expediente N.° 1429-2002-HC/TC, 2002).

Por otro lado, el artículo 9 de la CP establece que el Poder Ejecutivo norma, supervisa, diseña y conduce la aplicación de la política nacional de salud; la cual, conforme al TC, representa un derecho concreto (el derecho fundamental a la salud) y nace de obligaciones objetivas que deben ser cumplidas, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas, para el logro de mejores niveles de vida e integridad de los pacientes (expediente N.° 2016-2004-AA/TC, 2004).

2. Panorama general de las políticas sanitarias

En este escenario, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas señaló que los Estados tienen tres tipos o niveles de obligaciones frente al derecho fundamental a la salud: respetar, proteger y cumplir.

- La obligación de respetar involucra que el Estado se abstenga de denegar o limitar: i) el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; ii) prácticas discriminatorias como política de Estado; iii) prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer; iv) los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; v) el acceso a los anticonceptivos u otro medios de mantener la salud sexual y genésica; vi) la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto; vii) la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud; viii) el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario; así como, ix) de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra; y, x) de utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano;
- La obligación de proteger incluye: i) adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; ii) velar para que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los

servicios de atención de la salud; iii) controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros; iv) asegurar que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología; v) velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; vi) impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; vii) adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género; y, viii) velar asimismo para que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud; y,

- La obligación de cumplir requiere i) aplicar leyes; ii) adoptar una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud; iii) garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; iv) velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas; v) la infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales; vi) velar por la apropiada formación de personal médico; vii) la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud; entre otros (CDESC, 2000).

  De este modo, si sólo nos centramos en las obligaciones de cumplir y, en específico, en las obligaciones de cumplir con una política nacional de salud acompañada de un plan, es importante tener presente que el Poder Ejecutivo realizó hace poco un proceso de revisión de la lista sectorial de las Políticas Nacionales bajo la rectoría o conducción del Ministerio de Salud, que culminó disponiendo la vigencia de los siguientes Planes y Políticas[7]:

7 Resolución Ministerial N.° 1162-2019/MINSA.

- Plan Nacional para la Atención Integral del Cáncer y el Mejoramiento del Acceso a los Servicios Oncológicos en el Perú[8];
- Plan Nacional Multisectorial e Intergubernamental de Prevención y Control del Dengue en el Perú[9];
- Plan Multisectorial para la Prevención del Embarazo Adolescente[10];
- Plan Estratégico Multisectorial para la Prevención y Control de las Infecciones de Transmisión Sexual - ITS y el VIH - PEM ITS VIH 2015-2019[11];
- Plan de la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Ocular y Prevención de la Ceguera 2014 – 2020[12];
- Plan Nacional para la eliminación de la Transmisión Materno Infantil del VIH, Sífilis y Hepatitis B en el Perú 2017-2021[13];
- Plan Malaria Cero 2017-2021[14];
- Plan Nacional para la Reducción y Control de la Anemia Materno Infantil y la Desnutrición Crónica Infantil en el Perú 2017-2021[15];
- Plan Nacional para la Promoción de la Donación Voluntaria de Sangre en el Perú 2018-2021[16];
- Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021[17];
- Política Nacional de Medicamentos[18];

8 Aprobado por Decreto Supremo N° 009-2012-SA.

9 Aprobado por Decreto Supremo Nº 007-2013-SA.

10 Aprobado por Decreto Supremo N° 012-2013-SA.

11 Aprobado por Decreto Supremo N° 035-2015-SA.

12 Aprobado por Resolución Ministerial N° 907-2014/MINSA.

13 Aprobado por Resolución Ministerial N° 985-2016/MINSA.

14 Aprobado por Resolución Ministerial N° 244-2017/MINSA.

15 Aprobado por Resolución Ministerial N° 249- 2017/MINSA.

16 Aprobado por Resolución Ministerial N° 672-2018/MINSA.

17 Aprobado por Resolución Ministerial N° 356-2018/MINSA.

18 Aprobado por Resolución Ministerial N° 1240-2004/MINSA.

- Política Nacional de Salud Ambiental 2011-2020[19];
- Política Sectorial de Salud Intercultural[20];
- Política Nacional de Hospitales Seguros frente a los Desastres[21];
- Lineamientos de Políticas de Salud de los/las Adolescentes[22];
- Lineamientos de Política del Programa Nacional de Hemoterapia y Bancos de Sangre - PRONAHEBAS[23];
- Lineamientos de Política y Estrategias para la Prevención y Control de Enfermedades No Transmisibles (ENT) 2016-2020[24];
- Lineamientos de Política de Acceso a Productos Biotecnológicos[25];
- Lineamientos de Política de Salud Ocular y Prevención de la Ceguera Evitable[26];
- Lineamientos de Política de la Promoción de la Salud en el Perú[27];
- Plan Nacional de Telesalud[28];
- Plan Concertado Nacional de Salud[29]; y,
- Plan Estratégico Multisectorial de la Respuesta Nacional a la Tuberculosis 2010 – 2019[30].

19 Aprobado por Resolución Ministerial N° 258-2011-SA.

20 Aprobado por Decreto Supremo N° 016-2016-SA.

21 Aprobado por Decreto Supremo N° 027-2017-SA.

22 Aprobado por Resolución Ministerial Nº 107/2005/MINSA.

23 Aprobado por Resolución Ministerial N° 628-2006/MINSA.

24 Aprobado por Resolución Ministerial N° 229-2016/ MINSA.

25 Aprobado por Resolución Ministerial N° 259-2016/ MINSA.

26 Aprobado por Resolución Ministerial N° 281-2017/MINSA.

27 Aprobado por Resolución Ministerial N° 366-2017-SA.

28 Aprobado por Decreto Supremo N° 028-2005-MTC.

29 Resolución Ministerial N° 589-2007/MINSA.

30 Decreto Supremo N° 010-2010-SA

3. Políticas sanitarias en un contexto de pandemia: los detrás de cámara

Ahora bien, como se aprecia —y sin considerar las demás obligaciones estatales—, la protección del derecho fundamental a la salud y los Planes y Políticas nacionales vigentes, bajo la rectoría o conducción del Ministerio de Salud, nos brindan un amplio panorama de análisis; análisis que, sin duda, puede abordarse desde situaciones de *normalidad* o, de *excepcionalidad*.

Actualmente, acorde a lo anunciado el pasado 11 de marzo por Tedros Adhanom Ghebreyesus, Director General de la OMS, el coronavirus Covid-19 pasó de ser una epidemia a una pandemia (OMS, 11 de marzo), por lo que el Gobierno peruano, luego de declarar Emergencia Sanitaria a nivel nacional[31], declaró el Estado de Emergencia nacional[32]. Esto quiere decir, que los referidos Planes y Políticas deberán hoy *reevaluarse* en un contexto de pandemia; más aún, si en línea con lo señalado por Mike Ryan, Director de Emergencias Sanitarias de la OMS, el virus podría convertirse en otro virus endémico y puede no irse nunca (OMS, 13 de mayo).

Así las cosas, y *sobre la marcha*, el Gobierno viene realizando diferentes esfuerzos que lamentablemente se han visto empañados por situaciones que las vemos *detrás de cámara* (que, dicho sea de paso, no salen al medio día en el acostumbrado discurso…) y que reflejan necesidades sanitarias básicas. Un claro ejemplo se aprecia cuando el personal asistencial (médicos, enfermeras, técnicos, otros) de diferentes Hospitales del país han salido con carteles a protestar (incluso algunos de rodillas) por no contar con material de trabajo básico (mascarillas, guantes, mandiles, otros).

Esto llama la atención, porque entre las Políticas y Planes antes señalados se aprecia como el Plan Concertado Nacional de Salud en uno de sus lineamientos denominado *la Salud Ocupacional y Seguridad en el Trabajo* estableció i) una meta referida a la *prevención de los riesgos ocupacionales* (que estaba programada para el 2011) y, ii) una estrategia a la *prevención de riesgos en su ambiente de trabajo;* más aún, si de acuerdo a lo señalado por la OMS:

---

31 Mediante Decreto Supremo N.° 008-2020-SA

32 Mediante Decreto Supremo N.° 044-2020-PCM, de conformidad con el numeral 1 del artículo 137 de la CP, se declaró Estado de Emergencia Nacional; el cual, ha ido ampliándose posteriormente.

(…) Las mascarillas médicas y respiradores del tipo N95, FFP2 o equivalentes se recomiendan y deben reservarse para los trabajadores sanitarios que están atendiendo a pacientes. El contacto cercano con personas con infección probable o confirmada por el virus de la COVID19 y su entorno es la principal vía de transmisión, lo que significa que los trabajadores sanitarios son los más expuestos (…) (OMS, covid-19).

4. Palabras finales: ¿política sanitaria básica?

Llegados a este punto, estamos de acuerdo que la pandemia supera todos los Planes y Políticas estatales vigentes. Sin embargo, también consideramos que existe i) un concepto claro de salud, ii) una serie de instrumentos internacionales y regionales, iii) un conjunto de normas y jurisprudencia constitucionales, iv) una serie de obligaciones internacionales y v) un amplio listado de Planes y Políticas sanitarias vigentes, que en épocas de pandemia o no, nos deben hacer reflexionar, y a las autoridades obligar, a contar con una *política sanitaria básica* de cada Plan y Política; como, por ejemplo, contar con una política o plan básico en *Salud Ocupacional y Seguridad en el Trabajo* que permita *prever* y tener en *stock suficiente* materiales sanitarios básicos (al menos para las primeras semanas), que enfrentados a una próxima epidemia, pandemia, o desastre natural, no tengamos que volver a ver a nuestro personal asistencial exigir, menos rogar, por una mascarilla, cuando ya se tiene suficiente con la exposición de su vida y la angustia de su familia.

Bibliografía

En referencia a la protección estatal del derecho fundamental a la salud i) la Organización Mundial de la Salud delimitó la importancia de la salud en los principios de su Constitución (Cf. Documentos Básicos de la OMS. 49° Edición, 2020); ii) el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas realizó un análisis integral del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales referido al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Cf. Observación general 14, de 11 de agosto de 2000); iii) el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos presentó un Compendio que consolida los instrumentos internacionales de los que el Perú forma parte en donde se señala, a pie de página, la fecha de sus adhesiones y ratificaciones (Cf. Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es Parte. Colección Jurídica 16, 2012); y, iv) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en referencia al derecho fundamental a la salud puede encontrarse en el expediente N.° 2016-2004-AA/TC del 5 de octubre de 2004 y, en el expediente N.° 1429-2002-HC/TC del 19 de noviembre de 2002;

Sobre el panorama general de las políticas sanitarias (Cf. Resolución Ministerial N.° 1162-2019/MINSA); y,

En cuanto a las políticas sanitarias en un contexto de pandemia, i) la alocución del Director General de la OMS; ii) la conferencia del Director de Emergencias Sanitarias de la OMS; y, iii) la prevención para trabajadores sanitarios, se pueden apreciar en los enlaces web siguientes:

- https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020
- https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019?gclid=EAIaIQobChMIy-2hs-606QIVjgyRCh0LnAh9EAAYASAAEgL9pfD_BwE
- https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses

LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN Y EL CONCURSO DE PRINCIPIOS PARA SU CORRECTA APLICACIÓN

*Carlos Hakansson Nieto**

El deber del Estado para evitar la propagación del covid-19 demanda tomar unas medidas excepcionales previstas en la Constitución. La coyuntura que aludimos lleva el nombre de regímenes de excepción, reguladas en el artículo 137 de la Constitución de 1993, y pueden ser de dos tipos: emergencia y de sitio. El primero, se ocupa de afrontar circunstancias de grave "perturbación de la paz, del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación"; el segundo, en cambio, se decreta "en caso de invasión, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan".

La interpretación que realicemos sobre el contenido y alcances para aplicar los regímenes de excepción, no puede dar como resultado la suspensión de los derechos fundamentales, su falta de protección sería una clara inconstitucionalidad ejercida por un gobierno arbitrario, incluso se trate de un estado de emergencia aprobado por un decreto supremo válidamente emitido. La razón es que las disposiciones constitucionales poseen un efecto vinculante para toda autoridad, funcionario o persona, es decir, se trata de disposiciones que deben ser observadas y cumplir efectos jurídicos permanentes. Por eso, la necesidad de establecer los regímenes

* Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), Profesor de Derecho Constitucional e Integración (Universidad de Piura), Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea).

de excepción impide al estado actuar al margen de la constitucionalidad, pues, las expectativas de la comunidad política en un estado democrático siempre serán más elevadas que bajo un régimen dictatorial. De esta manera, a pesar de las actuales circunstancias que nos aquejan y ponen a prueba como nación, los derechos fundamentales como la libertad individual, de tránsito, reunión e inviolabilidad de domicilio sólo pueden restringirse, temporalmente, pero siempre bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad para no transgredirlos ni desnaturalizarlos. Finalmente, el estado de emergencia declarado no puede exceder los sesenta días, su prórroga requerirá la expedición de un nuevo decreto.

El principio rector para una adecuada interpretación de las disposiciones constitucionales es la dignidad humana y su defensa como fin supremo de una sociedad y del estado[1], complementada por los principios de unidad, aplicabilidad directa, corrección funcional y *favor libertatis* o *pro personae*. El reconocimiento de derechos y libertades a la persona humana, revela un estatus o condición especial respecto al resto de criaturas vivientes sobre la tierra y que sólo se comprende a través del principio de dignidad, el cual irradia todas las disposiciones constitucionales y legales existentes para un ejercicio legítimo del gobierno civil; desconocerlo nos llevaría a la conclusión que los derechos fundamentales son un invento libremente reconocido por el estado y que, en ciertos casos, puede restringirse o suspenderse sin mayor consideración a la especie humana; es decir, como son otorgados por el estado también pueden, a su antojo, ser suprimidos por él.

La redacción del artículo 137 de la Constitución peruana que regula ambos estados de excepción, emergencia y de sitio, contiene una incoherencia al momento de decretar las medidas a decretar por el gobierno atendiendo a las concretas circunstancias. La norma constitucional dispone que si se trata de un estado de emergencia, llámese una catástrofe natural o peligro que ésta se produzca (sismo, inundación, incendio incontrolado de un bosque, etcétera), se puede decretar la suspensión o restricción en el ejercicio de determinadas libertades; pero si lo decretado fuese un estado

1 El reconocimiento a la dignidad humana se constitucionalizó por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, más de una constitución de la postguerra también la ha reconocido como fundamento de los derechos humanos (por ejemplo, la Constitución española de 1978, Constitución polaca de 1997); véase el artículo 1 de la Constitución peruana de 1993.

de sitio a consecuencia de una invasión, guerra civil o exterior, que supone un estado de alarma y potencial riesgo de víctimas civiles, el ejercicio de las libertades no pueden suspenderse y tampoco restringirse; en otras palabras, para situaciones de emergencia por causas naturales los derechos pueden restringirse o suspenderse, pero tratándose de un peligro a escala nacional, como un conflicto armado, el ejercicio de los derechos ni siquiera puede restringirse temporalmente con la finalidad de proteger la integridad humana.

En ambas situaciones, sea bajo un estado de emergencia o de sitio, la restricción temporal de determinados derechos humanos no tiene por finalidad afectar la realización humana sino todo lo contrario; precisamente, en aras de la defensa de la persona el gobierno requiere proteger su integridad restringiendo temporalmente determinados derechos, que pudiesen interferir con su acción para atender y resolver las causas que motivaron la necesidad de su restricción; sin embargo, estamos en desacuerdo con la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales, pues, difícilmente se podría concebir como una medida razonable y proporcionada para atender a la solución de las causas para decretar un régimen de excepción[2].

Si bien la motivación de estas líneas se inspira en el estado de emergencia decretado por el gobierno ante la pandemia del covid-19, una parte del Estado peruano vive bajo un permanente régimen de excepción sin tomar debida consciencia de la realidad actual. Nos referimos a la zona ubicada en el Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (en adelante Vraem), lugar en el que se encuentra la cuenca cocalera más grande del Territorio peruano, una zona bajo un permanente estado de emergencia donde remanentes de grupos terroristas operan en complicidad con el narcotráfico, en la cual se ha decretado suspender el ejercicio de los derechos

2 Bajo un estado de emergencia, si somos realistas, las consecuencias de una catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, como la violencia terrorista, producirán los mismos efectos e indiferentes a la decisión política de restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales; sin embargo, por principio, una suspensión siempre resultará más gravosa para la defensa de la persona y su dignidad, por eso consideramos más razonable y proporcional una restricción temporal a las libertades señaladas en el inciso (1) del artículo 137 de la Constitución peruana, con el fin de recuperar el orden interno; no obstante, el dilatado estado de emergencia en la zona del Vraem, producto de continuas prórrogas mediante decretos supremos ha dado lugar a un régimen ordinario en vez de excepcional.

fundamentales establecidos bajo este tipo de régimen de excepción, disponiendo que el comando conjunto de las fuerzas armadas asuma el control del orden interno[3].

***

Es momento de mencionar los principios de interpretación que concursan al momento de decretar un régimen de excepción: unidad, aplicabilidad directa, corrección funcional y *favor libertatis*, los cuáles explicamos a continuación:

A) El principio de unidad de las disposiciones constitucionales

El principio de unidad nos recuerda que la constitución, a pesar de su codificación, es un cuerpo que contiene entre todas sus disposiciones una misma idea: la sumisión del ejercicio del poder al derecho[4], que jurídicamente puede comprenderse como un instrumento que contiene los principios de justicia material para la protección de la persona y el buen gobierno. El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, fue la que quizá mejor concibió su composición unitaria, su estructura orgánica y dogmática indivisible, cuando nos dice que en toda sociedad carece de constitución cuando no reconoce los derechos humanos y la separación de poderes; en otras palabras, se reconoce todo o nada; no le faltó razón, pues, un texto que solamente reconozca derechos no se diferencia de un tratado internacional de derechos humanos; de modo similar, un documento que sólo contenga las instituciones políticas y sus relaciones inter y extra-órganos, no pasaría de un estatuto o instrumento de gobierno. El principio de unidad nos invita a interrelacionar las normas constitucionales como un todo orgánico, donde no existen compartimentos

3 Al momento de culminar este trabajo se acaba de publicar en el Diario Oficial "El Peruano", del 30 de julio de 2018, el Decreto Supremo Nro. 078-2018-PCM, dado el 27 de julio de 2018, prorrogando el estado de emergencia en distritos de las provincias de Huanta y La Mar (Ayacucho), de las provincias de Tayacaja y Churcampa (Huancavelica), de la provincia de La Concepción (Cusco) y de las provincias de Satipo, Concepción y Huancayo (Junín).

4 "La Constitución antes que todo es un pacto de límites el poder para asegurar una esfera de derechos y libertades al ciudadano, es la definición que suscribimos y que está en la línea de una visión clásica de la teoría constitucional, la cual recoge el pensamiento de Loewenstein, Friedrich, Kriele y Pereira Menaut"; cfr. HAKANSSON, Carlos: *Curso de Derecho Constitucional,* Palestra Editores, Universidad de Piura (colección jurídica), segunda edición, Lima, 2012, págs. 75 a 76.

inconexos, exigiendo una interpretación sólida, integradora y orgánica entre todas sus disposiciones, las cuáles gozan del mismo origen y propósito, por tanto, no admiten contradicciones internas pues al momento de interpretarlas deben armonizarse unas con otras.

De acuerdo con el principio de unidad, no cabe interpretar las disposiciones referidas a los estados de emergencia y de sitio de modo distinto del resto de la constitución, pues nos conduciría a reconocer zonas de clara indefensión a los derechos y libertades; es decir, por un lado, se reconocería un catálogo de derechos fundamentales y, por otro, contrariamente, cabe su suspensión y restricción sin límites formales e inmanentes.

B) El principio de aplicabilidad directa

El principio de aplicabilidad directa, conocido también como normatividad directa, efecto directo o vinculante[5], es consecuencia del principio de supremacía, pues, resulta imposible pesar en una constitución que posea la fuerza vinculante suficiente para obligar su debida observancia a cualquier autoridad, funcionario o persona, sin que a su vez sea reconocida como la norma suprema de una comunidad política. La constitución se convierte en un instrumento de principios de justicia material y buen gobierno que deben observarse, por tanto, no cabe comprenderla como un documento que contiene disposiciones que a veces se cumplen y otras veces no; en ese sentido, tratándose de los derechos fundamentales, no es posible admitir su suspensión en ningún estado de excepción, sea de emergencia o de sitio, precisamente porque lo contrario significaría que la constitución podría dejar de vincular al poder público[6]; en ese sentido, los jueces sólo podrían discutir la restricción de los derechos y libertades pero siempre recurriendo a los test de razonabilidad y proporcionalidad, para evitar su afectación y teniendo en cuenta su naturaleza excepcional en espacio y tiempo desde que son decretados.

5 Para la corriente más kelseniana la expresión más difundida es normatividad directa, nosotros preferimos aplicabilidad directa que es de origen anglosajón *(direct enforceability).*

6 En el mismo sentido, véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis: ¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción? en ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy (coordinador): *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional,* Jurista Editores, Lima, 2005, págs. 359-361.

La imposibilidad de suspensión de los derechos señalada en la Constitución peruana de 1993 para el estado de sitio, forma parte de un atributo implícito en la naturaleza de los derechos fundamentales, es decir, de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente que no admiten zonas de indefensión, en concordancia con los principios aludidos de unidad y aplicabilidad directa.

C) El principio de corrección funcional

El principio de corrección funcional alude a las disposiciones constitucionales pertenecientes a su llamada parte orgánica, es decir, a las instituciones políticas (ejecutivo, legislativo y judicial principalmente) que, conforme con su grado de relación, dan lugar a la configuración práctica de su forma de gobierno (parlamentarismo, presidencialismo o semipresidencialismo). Se trata de un principio que responde al espíritu que dio origen a la separación de las funciones del poder, pensada por John Locke y difundida por Montesquieu, donde un poder no puede rebasar o invadir las funciones de otro. Se trata de unos controles que Loewenstein explicó como inter e intra-órgano, los primeros como las preguntas e interpelaciones dirigidas del legislativo al ejecutivo; las segundas, como el refrendo ministerial a los actos presidenciales para que sean válidos. El principio de corrección funcional también es útil para dirimir los conflictos de competencia surgidos entre los distintos entes territoriales de una forma de estado (federal, regional, comunidades autónomas, entre otras)[7].

El último párrafo del artículo 200 de la Constitución peruana establece que "[c]uando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional o competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo". El artículo transcrito hace clara alusión a los regímenes de excepción reconocidos, así como el deber de la judicatura para observar si fueron decretados con la debida razón y proporción para que no quede afectado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos que

7 El mismo autor señalaba que bajo esta segunda categoría se entienden aquí aquellos controles que operan entre la totalidad de los titulares del ejercicio de las funciones del poder establecidos constitucionalmente, y encargados de dirigir el proceso gubernamental, y todas las otras fuerzas sociopolíticas de la sociedad estatal, que pueden funcionar sobre una base territorial, pluralista y hasta individual, véase LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución,* Ariel, Barcelona, 1986, págs. 232 a 233.

han sido restringidos[8]. Se trata de un control intra-órgano que ejercen los jueces contra el ejecutivo, producto de la interposición de una demanda de hábeas corpus o amparo, como consecuencia de la afectación de la libertad individual, la inviolabilidad de domicilio o los derechos de tránsito o reunión, respectivamente.

D) El principio de *favor libertatis*

El principio de *favor libertatis* o *pro personae* nos recuerda que en el comienzo y fin del derecho se encuentra la persona humana, una idea especialmente afirmada cuando se formula desde la teoría constitucional; desde este punto de vista, el principio de dignidad que posee todo ser humano y que lo hace titular de unos derechos (bienes humanos), se interpretan siempre con espíritu promotor y efecto expansivo, al punto que los derechos fundamentales son de contenido abierto al momento de interpretarse en un caso concreto; en otras palabras, si las disposiciones de naturaleza orgánica se interpretan restrictivamente, con el fin que no se desborden, las dogmáticas se harán de modo expansivo porque su fuente principal es la dignidad humana. Por eso, en lo que respecta a los regímenes de excepción, no cabe interpretarse que los derechos fundamentales puedan restringirse o suspenderse sin que el juez pueda, a través del hábeas corpus o amparo, advertir que se han vulnerado los derechos y libertades de modo irracional y desproporcionado

EL PAPEL DE LA JUDICATURA BAJO UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

La última frase del artículo 200 de la Constitución peruana establece que a los jueces no les corresponde cuestionar la declaración de los regímenes de excepción, una disposición cuyo contenido debe interpretarse de acuerdo con los principios que inspiran un estado constitucional de

8 Sobre la relación entre los regímenes de excepción y el principio de separación de poderes, el Corte Interamericana de Derechos Humanos nos dice en una opinión consultiva que "( ) la decisión para decretar un estado de excepción no solo radica sobre quien es el competente para tomarla sino que esta figura ha ido evolucionando con el fin de respetar el principio de equilibro de poderes. Por esta razón, la declaratoria exige una fundamentación (político-jurídica) y un progresivo sistema de rendición de cuentas, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el político. Si bien la declaratoria de un estado de excepción conlleva a una temporal concentración de poder, esta se encuentra circunscrita al derecho"; cfr. Exp. Nro. 00002-2008-AI/TC (Fundamentos 18 a 26).

derecho, es decir, que a la judicatura no le corresponde pronunciarse sobre la decisión política del gobierno para decretar el estado de emergencia o de sitio, es lo que en el derecho anglosajón se conoce como la no intervención en las *political questions*, es decir, que los jueces no deben de judicializar la política[9]; sin embargo, conservan su competencia al momento de administrar justicia, correspondiéndoles motivar sus resoluciones sobre los derechos que hayan sido amenazados o vulnerados como producto de la adopción de un régimen de excepción[10]; en resumen, los jueces no cuestionan lo "que deciden hacer los políticos" para la marcha del buen gobierno sino el "cómo deciden hacerlo", si al ejecutar sus medidas vulneran o afectan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

Si al decretarse un estado de excepción e interponerse seguidamente una acción de garantía, los jueces evidencien que uno o más derechos hubiesen sido restringidos de modo irracional o desproporcionado, afectándose así su contenido constitucionalmente protegido, resolver lo contrario sería admitir que existen claras zonas de indefensión a los derechos fundamentales en el propio texto constitucional. Una interpretación que es válida tanto para la jurisdicción ordinaria como la ejercida por el Tribunal Constitucional, como última y definitiva instancia nacional para resolver las acciones denegatorias de hábeas corpus y amparo, cuando se trate de resolver un proceso constitucional contra uno o más derechos afectados producto de un estado de excepción[11].

---

9 En la actualidad se trata de un impedimento que está empezando a cambiar en la práctica, concretamente, en el desarrollo de la política contemporánea; por ejemplo, la intervención de la Judicatura inglesa respecto a la salida del Reino Unido de la Unión Europea *(Brexit),* nos parece el pronunciamiento sobre una *political question* que ha cruzado la frontera, claramente definidas, entre el ejercicio de la política y la aplicación del derecho.

10 Véase además véase CASTILLO CÓRDOVA: ¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción?..., págs. 359-370.

11 El Tribunal Constitucional, en concordancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que "(...) no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y habeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales", en los términos del artículo 25 de la Convención Americana

¿SE PUEDEN SUSPENDER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES BAJO UN ESTADO DE EXCEPCIÓN? RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

Los derechos humanos son fines en sí mismos y no medios susceptibles de sacrificarse para un fin diferente. El contenido de cada derecho es limitado pero ilimitable por el legislador o juez. Los derechos reconocidos por la Constitución sólo contienen una formulación que inicia la discusión en los parlamentos y los tribunales de justicia para delimitación, es decir, para determinar cuál es el alcance de cada derecho, su aplicación razonable y contenido bajo una concreta circunstancia. En estos momentos, ante una emergencia sanitaria producto del covid-19, surgen voces que sostienen la necesidad de restarle vigencia a unos derechos por otros, se considera que pensar políticamente en una medida distinta resulta irreal e irresponsable al bien común. Por eso, bajo una situación que pretender colocarlos al límite, la respuesta que brinda un estado organizado bajo principios constitucionales es señalarnos el camino para armonizar una coyuntura de emergencia con el ejercicio de los derechos fundamentales. Si los regímenes de excepción están previstos en los textos constitucionales, resulta posible restringir los derechos con una mayor intensidad que bajo condiciones de normalidad sin que ello justifique su amenaza o violación. Se trata de restricciones excepcionales aceptadas si se relacionan con un fin relevante, por ejemplo, evitar los contagios masivos por coronavirus, cuando no sea posible aplicar un medio más eficaz para ese fin, a pesar del costo que supondrá para la plena vigencia de los derechos fundamentales.

El respeto del principio de proporcionalidad se convierte en una condición necesaria para que las restricciones a los derechos no violen los

---

de Derechos Humanos, tanto más, cuando las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculadas con la violación del artículo 25 de la Convención "en particular, la expedida en el Caso Yatama vs. Nicaragua" y sus opiniones consultivas sobre la misma materia, resultan vinculantes para el Estado peruano, y que al formar parte del ordenamiento jurídico nacional, según el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, desconocer dichas resoluciones internacionales podría significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función, conforme al artículo 99 de la Norma Fundamental. Así también se han manifestado, tanto el procurador del Congreso de la Republica, como el abogado del Jurado Nacional de Elecciones, en el sentido de que el proceso de amparo constituye un recurso efectivo frente a una eventual violación de los derechos fundamentales por parte del Jurado Nacional de Elecciones en los términos del artículo 25 de la Convención Americana"; cfr. Exp. Nro. 00007-2007-AI/TC (Fundamento 41).

principios rectores del estado constitucional. La conocida frase, "el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente"[12], la declaratoria de un estado de emergencia y sus prórrogas debe poner en alerta a la ciudadanía, pues, las decisiones políticas sin adecuados controles producen la tentación de sacrificar, irrazonable y con desproporción, derechos como la intimidad, privacidad, libre expresión con la pretensión de proteger la salud provocando un menoscabo a las libertades ciudadanas[13].

La respuesta a la pregunta formulada se puede inferir a lo largo del desarrollo del presente trabajo. Los derechos fundamentales no pueden quedar suspendidos, lo contrario es una clara inconstitucionalidad a consecuencia de un acto de gobierno arbitrario, incluso ejercido por medio de un decreto supremo válidamente emitido, pero que afecta el principio de unidad por el que deben responder las disposiciones constitucionales, el principio de efecto vinculante para toda autoridad, funcionario o persona, que admite un examen judicial que evalúe su razonabilidad y proporcionalidad por medio de las acciones de garantía; por contravenir además el principio de corrección funcional y, para mayor abundamiento, la máxima protección y cuidado de la integridad humana, especialmente bajo los regímenes de excepción *(favor libertatis o pro personae).*

Contrariamente a lo establecido literalmente por la Constitución peruana para el estado de sitio, debería poder restringirse los derechos fundamentales si su necesidad extraordinaria obligue a restringir la libertad individual e inviolabilidad de domicilio, así como los derechos a elegir lugar de residencia, tránsito y reunión[14], por tratarse de medidas idóneas y temporales que los jueces consideren racionales y proporcionadas a la amenaza o perturbación de la paz, del orden interno, catástrofe, invasión guerra exterior, guerra civil o peligro inminente que se produzcan.

El impedimento para suspender el ejercicio de los derechos humanos bajo regímenes de excepción por las razones expuestas, es una posición minoritaria si la comparamos con lo expresado por la Corte Interamericana

12 La célebre frase fue pronunciada por el historiador Lord Acton (John Emerich Edward Dalkberg Acton) en 1887, también conocida el *Odictum* de Acton.

13 En el mismo sentido, véase el trabajo de CIANCIARDO, Juan: "Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones" en *Estudios de Deusto,* Vol. 66/2, 2018, págs. 47-70.

14 Véanse los incisos, 9, 11, 12 y 24 (f) del artículo 2 de la Constitución de 1993.

de Derechos Humanos en una opinión consultiva, cuando nos dice 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"[15], un supuesto de buena voluntad que no se corresponde a lo vivido por las victimas en los estados que han padecido los atentados de la violencia terrorista.

El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete y defensor de la Constitución peruana, a través de su fuerza correctora, tiene la posibilidad mediante un precedente vinculante de formular una norma constitucional adscripta que permita una cabal comprensión para la protección a los derechos humanos, amparado en el principio de interdicción a la arbitrariedad y despejando las dudas sobre la existencia de eventuales zonas de indefensión a los derechos fundamentales presentes en los regímenes de excepción.

*****

15 Cfr. Opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-8/87 del 30 de enero de 1987, apartado 24.

CONSTITUCIÓN, "ESTADO DE EMERGENCIA" Y COVID-19

*Domingo García Belaunde**

Como todos sabemos, un gérmen conocido como "coronavirus", nació en una población lejana en la China milenaria y comunista, y de ahí se expandió al resto del mundo. Esto fue, al parecer, en noviembre de 2019 y ya en las primeras semanas de enero de 2020 se había expandido a las zonas cercanas, luego a Europa y finalmente a la América Latina. Las características de este virus son cuatro: i) se expande con una velocidad vertiginosa, ii) el contagio es muy fácil, sobre todo cuando hay aglomeración de gente iii) puede llevar a la muerte de la persona infectada y iv) no hay vacuna ni remedio para curarlo; por lo menos por ahora. Estas características, en forma copulativa, no se han dado antes. Y de ahí la alarma que ha provocado en todas partes.

1. ¿Cuál es el nombre apropiado?

Lo que se ha usado de manera preferente es el de "coronavirus" en todos los idiomas. Pero antes teníamos las llamadas "plagas" y "pestes" que era lo usual, más allá de sus significados originarios. Recordemos la novela "La peste" del premio nobel de Literatura, Albert Camus, publicada en 1947 y recién traducida al castellano, pues no se consideraba nada notable, pero que hoy es éxito de librería (casi toda la obra de Camus, por lo demás, está

* Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

traducida hace años). Finalmente, se usa la palabra "epidemia" que es lo genérico y "pandemia" con lo que se refiere a la expansión y multiplicación de un virus con efectos letales y a nivel mundial**.** Esto último son en realidad precisiones que parecen eufemísticas, pero el uso las ha impuesto finalmente. Y más abreviadamente con su nombre técnico: COVID-19.

2. ¿Estado de emergencia?

La doctrina se refiere a las "emergencias" en el Derecho Público, y por cierto en el Derecho Constitucional, que por lo general son hechos inesperados o situaciones no previstas, que requieren ser afrontados con rapidez y con medidas especiales. Así, hay emergencias presupuestales, portuarias, educativas, de seguridad, de obras públicas, etc. Y se ha elaborado a partir de ellas, teorías de la emergencia, que incluyen una serie de modalidades. Pero esto, referido a situaciones acotadas que, por lo general, se resuelven con una legislación que facilita conjurar esas "emergencias" que son sectorializadas, o sea, no tienen un carácter generalizado. Y en un área geográfica determinada. En estos casos, la emergencia se puede conjurar a nivel legal. Sin embargo, cuando la situación es más crítica, se recurre a un nivel superior, en donde existe el "estado de emergencia constitucional" que supone, en principio, una concentración de poderes en el Ejecutivo y la adopción de medidas más graves y además el recorte o restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales. Las primeras son, si se quiere, de un nivel determinado, que se puede afrontar legalmente, casi a nivel administrativo, mientras que la segunda se coloca en un nivel superior que es la Constitución del Estado, precisamente porque tienen una trascendencia mayor. Por cierto, cada situación reclama un modo distinto de afrontarla. O a mero nivel legal o constitucional. Y lo que aquí nos interesa es la "emergencia constitucional", sobre lo que hay bastante publicado.

En síntesis, partimos, como hemos indicado, de la "emergencia", la cual se aborda de diferentes maneras. Si lo hacemos para hechos muy acotados, será suficiente un instrumento legal que se sostenga en las leyes del respectivo sector público. Si es de mayor rango, nos amparamos en la Constitución.

Así las cosas, tenemos por un lado lo que la doctrina conoce como "emergencia constitucional", por otro el "derecho de excepción". Aun cuando no tienen iguales fundamentos ni menos las mismas formas de hacerle frente, a la larga se cruzan, pues buscan lo mismo.

Ambos son desarrollados por las constituciones de diversa manera, a veces en forma acotada y en otras de manera muy genérica. La Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, no tiene una referencia expresa, pero si menciones sueltas (suspensión del habeas corpus, convocar a milicias) pero han afrontado diversos hechos con normativa especial (desde la Guerra de Secesión hasta el ataque a las torres gemelas en Nueva York). La Constitución francesa de 1958 solo tiene el artículo 16 que contiene, por su extensión, conceptos y facultades muy amplias, como fue en su momento el artículo 48 de la Constitución de Weimar, que posibilitó el ascenso de Hitler al poder en 1933. En la Argentina existe el "estado de sitio" en el artículo 23 de su Constitución. En España se contemplan los estados de alarma, de excepción y de sitio (Const. art. 116) que han sido a su vez desarrollados por expresa ley orgánica. Lo interesante es que en el "estado de alarma", están previstos los problemas sanitarios, o sea, los relacionados con la salud. En Uruguay se recurre todavía a legislación del siglo XIX. Pero eso no les ha impedido dictar medidas para combatir la pandemia.

3. Régimen de excepción en el Perú

En el Perú hemos tenido siempre previsiones para tiempos anormales, lo cual estaba relacionado con las "garantías constitucionales" que así se llamaban entonces los derechos fundamentales, por influencia francesa venida a través de España. La última expresión de esta tendencia se encuentra en la llamada "suspensión de garantías" en la Constitución de 1933 y en su artículo 70. Y prácticamente en todas las anteriores constituciones. Las "garantías" eran la libertad de tránsito, de reunión, de asociación, etc. Por tanto, lo que se suspendía era el "derecho". Esto cambia radicalmente en la Constitución de 1979, por influencia del constitucionalismo europeo de posguerra. Ahí se establece un apartado sobre los "derechos fundamentales", pero sigue usando el de "garantías" en otro contexto.

En la Constitución de 1993, la situación se precisa y continúa la misma tendencia. Y tiene un apartado dedicado al "régimen de excepción" en el artículo 137, que contempla dos situaciones:

i) Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación.

ii) Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligros inminente que se produzcan.

El "estado de sitio" jamás se ha decretado, por lo menos dentro de este marco constitucional que se remonta a 1979. Sí se ha aplicado el "estado de emergencia", declarado muchas veces por razones presupuestales, disturbios o desastres naturales. Y generalmente por áreas y zonas delimitadas, algunas veces a nivel legal, otras a nivel constitucional, como se ha hecho ahora. Y también a nivel nacional, pero esta es la primera vez que se decreta el "estado de emergencia constitucional":

i) Por un período muy extenso, de más de tres meses, con visos de mantenerse parcialmente.

ii) Por razones sanitarias, las cuales no están expresamente contempladas en el apartado constitucional correspondiente, lo cual demuestra una carencia que habrá que subsanar en el futuro.

El "estado de emergencia" se ha declarado por decreto supremo sancionado por el Poder Ejecutivo, pues así lo dispone la Constitución. Pero eso no impide que exista una "ley de desarrollo constitucional" que, si bien puede mantener el uso del "decreto supremo" para facilitar su empleo, debería regular con más detalle lo que se puede hacer y lo que no, así como a quienes corresponde tomar decisiones. Así como las responsabilidades que existan durante ese período, incluyendo a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y el uso de procesos constitucionales. Y es precisamente ante la ausencia de esa ley de desarrollo constitucional, que lo que ha ido precisando el "estado de emergencia constitucional" son otros decretos supremos y normas de inferior jerarquía del Sector Público, desordenadas, y en veces contradictorias. Y generalmente abusivas, que en cierto sentido han significado un intervencionismo estatal que afecta negativamente a la población civil y en la actividad privada. Lo que es decididamente censurable. Problema aparte es la ley 24150 que establece normas que deben cumplirse en los estados de excepción cuando las Fuerzas Armadas asumen el control interno, en todo o en parte del país. Cuestionada en su momento, a tal extremo que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional algunos de sus dispositivos (cf. **Restricción de Derechos en democracia. Supervisando el estado de emergencia**, Informe Defensorial núm. 76, Lima 2003).

4. La declaración del "estado de emergencia"

Esta declaración fue hecha mediante Decreto Supremo 044-2020-PCM de 15 de marzo de 2020, publicado en edición extraordinaria del diario oficial "El Peruano" el mismo día y que dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena) en protección contra el COVID-19. Lo hizo por un plazo de 15 días calendario, que ha sido prorrogado cinco veces y que ahora se mantiene hasta el 30 de junio de 2020. Se prohibió la movilización de todo orden y se creó un sistema de registros para los que necesitasen movilizarse y operar, en especial para cierto sector de industria manufacturera y servicios públicos básicos. Y se canceló el servicio de transporte nacional e internacional. Entre otros, se permitió el funcionamiento de bancos, farmacias y mercados. Todo lo cual y pese a las excepciones, la actividad económica empezó a ralentizarse hasta entrar en recesión, afectando un sin número de puestos de trabajo. A tal extremo que se han implementado bonos y otros beneficios, para los sectores vulnerables de la población.

Pero casi dos meses antes, el Sector Salud comprobó el ingreso del coronavirus al Perú y aprobó un Plan Nacional de respuesta al riesgo de la epidemia y su correspondiente Protocolo. Lo primero por Resolución Ministerial núm. 039-2020-MINSA y lo segundo mediante Resolución Ministerial núm. 040-2020-MINSA, ambas de 31 de enero de 2020 y publicadas una después de la otra, en el diario oficial "El Peruano" de 1 de febrero de 2020. Lo que demuestra que el Poder Ejecutivo estaba noticiado de que la epidemia había llegado al país, pero tardó semanas en tomar las acciones que eran necesarias para afrontar este problema. Negligencia fatal e inexcusable.

El estado de emergencia constitucional, dispone la restricción del ejercicio de los siguientes derechos fundamentales:

- Libertad personal
- Seguridad personal
- Inviolabilidad de domicilio
- Libertad de reunión
- Libertad de tránsito.

5. La afectación de otros derechos constitucionales

El estado de emergencia altera o restringe no solo los derechos fundamentales enunciados, sino otros más en forma colateral. A guisa de ejemplo, veamos algunos:

- Los creyentes no pueden ir a su iglesia, pues están todas cerradas, afectándose así la libertad de conciencia y religión.
- Los comerciantes ven afectados su derecho al libre comercio, pues igualmente están cerrados. Lo mismo puede decirse de los restaurantes y hoteles.
- Los industriales ven afectados su derecho a la libertad de industria, si bien hay excepciones (como son los dedicados a producir energía, servicios públicos esenciales, producción de alimentos, etc.) que son la minoría.
- Derecho a la educación, lo cual se comprueba con el cierre de colegios y universidades. Paliado en parte por la educación virtual, que no todos han podido cumplir.
- Derecho al trabajo. Muchas empresas han paralizado sus actividades y despedido a su personal, sea amparados en una norma especial, o de mutuo acuerdo con ellos. Igual puede decirse de los trabajadores y profesionales independientes.
- Derecho de acceso a la justicia. El Ministerio Público y el Poder Judicial cerraron sus puertas y suspendieron audiencias y plazos en todos los procesos. Esto se ha ido superando lentamente a través del mundo virtual, pero en forma acotada a determinados casos de carácter urgente. Aquí hubo una evidente violación del derecho de defensa, sobre todo en los asuntos no penales.
- Y un largo etcétera como son los cines y teatros, los clubes sociales, los espectáculos deportivos, todos los cuales están cerrados.

Estas afectaciones han durado con rigidez hasta el 24 de mayo de 2020. El estado de emergencia prorrogado hasta el 30 de junio de 2020, trae una apertura hacia ciertos sectores. Permite una flexibilización e ir avanzando poco a poco hacia la normalización. Que es difícil saber cuando se logre.

6. El problema de los penales

Un grave problema se ha presentado en el caso de los penales. De acuerdo a cifras confiables, hay un total de 97,000 internos, de los cuales 35,000 lo son con prisión preventiva, o sea, sin sentencia, seguramente sin proceso y gran parte sin acusación fiscal. Como consecuencia, por un lado, de un notorio déficit de prisiones (la población penitenciaria prácticamente duplica la capacidad existente, produciendo un hacinamiento peligroso y de contagio). Y, además, por la manía "carcelera" que existe desde hace años en jueces y fiscales, que piensan que la primera opción en una investigación penal, aun en sus inicios, es enviar a la cárcel al imputado, contra el que hay meras sospechas no confirmadas o que probablemente sea un "ladrón de celulares". Y esto en todos los grados, inclusive en la Corte Suprema, con las excepciones que nunca faltan. La irresponsabilidad del uso frecuente de esta medida abusiva, salta a la vista. Casos hay de personas que están uno, dos, tres o más años en prisión, y al final terminan absueltos. O simplemente, dejan la prisión preventiva pues el plazo ordenado se venció sin iniciar el proceso o sin acusación fiscal. Por este motivo, bien podríamos decir que entre nosotros el proceso penal ha dejado de ser garantista.

7. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Pacto de San José firmado en 1969, y en vigencia en casi todos nuestros estados, incluyendo el Perú, ha contemplado estas situaciones de crisis. Ha señalado, por un lado, como debe tratar el Estado cada situación y en especial los derechos humanos que no pueden suspenderse, así como los instrumentos para su defensa. Y sobre eso hay sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de lo expuesto en las siguientes opiniones consultivas que son de interés: OC-8/87 y OC-9/87.

Nuestro país no ha excedido los marcos de lo señalado por el Pacto de San José. Pero se ha olvidado de comunicar el estado de excepción a la secretaría general de la OEA.

8. ¿Es controlable el "estado de emergencia"?

Es un tema que se ha debatido mucho, y lo podemos enfocar en dos puntos:

i) El primero es el control parlamentario, que al final es un control politico con sanciones igualmente políticas. Y que en nuestro país no existe, si bien nada impide que se pueda llevar a cabo.

ii) Lo segundo es el control jurisdiccional, en nuestro caso a través del Poder Judicial o eventualmente del Tribunal Constitucional. No siempre es fácil que ambas instituciones o una sola de ellas, controle la declaración de un estado de emergencia **per se.** Pero nada impide que lo haga, en el caso concreto, el Poder Judicial, en dos niveles:

- Interponer un habeas corpus o un amparo para cuestionar los excesos cometidos durante el estado de emergencia, procesos constitucionales que no han sido suspendidos.
- Interponer una demanda civil por daños y perjuicios incurridos durante el estado de emergencia. Nada impide por cierto una denuncia penal, en cuanto existiese un delito por parte de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En cualquiera de estas circunstancias, es importante que exista una "ley de desarrollo constitucional" que contemple los casos en los cuales se habilita un estado de excepción y las condiciones en que este puede llevarse a cabo y sus límites. Y esto como un medio útil para poder analizar si la medida fue oportuna y bien implementada. Si bien existe la sensación de que, más allá de las buenas intenciones, el actual desempeño del Poder Ejecutivo ha sido mediocre, mal implementado y acompañado de mayor corrupción.

9. Lo que viene después

Los efectos de la pandemia han servido para mostrar nuestras carencias, de las que hay que tomar nota, para que en el futuro se formulen nuevas políticas públicas, básicamente en i) salud ii) educación iii) saneamiento y iii) sistemas carcelarios.

Lo problemático es que esta pandemia ha coincidido con el interregno parlamentario. Luego de la arbitraria disolución del Congreso el 30 de septiembre de 2019, el nuevo, fruto de elecciones en enero, se ha instalado el 16 de marzo y se encuentra por un lado con esta pandemia y por otro con una conducta del Ejecutivo errática y que tiene que dar cuenta de sus actos, de conformidad con el artículo 135 de la Constitución,

debidamente concordado con el artículo 130. Ambos deben cumplirse, pues nada nos autoriza a prescindir de uno y cumplir el otro, como lo ha señalado el Presidente del Consejo de Ministros. El artículo 130 precisa el voto de confianza o no confianza que debe acordar el Congreso. El art. 135 exige solo una rendición de cuentas. Son, pues, dos aspectos distintos, que deben complementarse.

También hay que pensar en la posibilidad de controles políticos y demandas contra el Estado por los daños ocurridos.

Lima, 24 de mayo de 2020.

Nota: La literatura nacional ha estudiado el tema de los regímenes de excepción en manuales (José Pareja Paz-Soldán, Alberto Ruiz Eldredge, Enrique Chirinos Soto, Edwin Figueroa Gutarra, Marcial Rubio Correa, Enrique Bernales Ballesteros, Víctor García Toma, Raúl Chanamé Orbe, Magdiel Gonzales Ojeda) y libros colectivos, así como en ensayos publicados en revistas especializadas (Francisco J. Eguiguren Praeli, Abraham Siles Vallejos) pero muy pocos libros o folletos. Entre estos últimos véanse, Jorge Power Manchego-Muñoz, **Constitución y estados de excepción**, Lima 1990; Magdiel Gonzales Ojeda, **La excepcionalidad en la Constitución**, Lann Editorial, Lima 1991; AA.VV., **Estados de emergencia en la región andina**; Diego García Sayán, director, Comisión Andina de Juristas, Lima 1987; Diego García Sayán, **Habeas Corpus y Estados de Emergencia**, Comisión Andina de Juristas-Fundación F.Naumann, Lima 1988; Alfredo Quispe Correa, **Régimen de Excepción** (recogido luego en su libro "El Estado Peruano", Gráfica Horizonte, Lima 2002); Luis Castillo Córdova, **Habeas Corpus, Amparo y Habeas Data en regímenes de excepción**, Universidad de Piura, Piura 2004. En lo personal he dedicado algunos textos al tema en cuestión que se insertan en mi libro **Teoría y práctica de la Constitución peruana**, 2 tomos, Lima 1989-1993. Aun cuando aquí me refiero solamente a la literatura peruana, quiero hacer dos excepciones. La primera para mencionar la obra de un gran jurista y politico brasileño, Ruy Barbosa, muy prestigiado en su país, pero poco conocido en el extranjero. Y es su exhaustiva monografía **O Estado de Sitio.Sua natureza, seus efeitos, seus limites**, Companhia Impressora, Rio de Janeiro 1892 (hay

ediciones posteriores). Y la segunda, el gran panorama, que incluye a los países del área de Héctor Fix-Zamudio, **Los estados de excepción y la defensa de la Constitución** en el "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", núm.111, septiembre-diciembre de 2004. Como curiosidad, anotemos que el concepto ha trascendido a la literatura, como puede verse en la obra teatral de Albert Camus titulada "El Estado de Sitio" de 1948.

Hay que señalar finalmente que el análisis histórico de los estados de excepción-constitucionales- en nuestro país, no ha sido investigado aun en toda su extensión, por lo que lo expuesto en este artículo debe verse como un planteo provisional.

DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DESIGUALDAD SOCIAL EN UN ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

*Doris Cajincho Yañez**

I. INTRODUCCIÓN:

En el presente analizaremos como desde el mandato constitucional objetivo ha sido posible, en el Perú, dotar de contenido subjetivo al derecho fundamental a la educación; sin embargo, la educación básica en el Perú[1] todavía no constituye un espacio en el que los niños, niñas y adolescentes del país desarrollen procesos de aprendizaje de calidad que aseguren su desarrollo integral como personas, preparándolos, en general, para la vida y el trabajo. A dichas deficiencias en el ámbito de la educación, se suma la situación actual que viene atravesando nuestro país por la declaración del estado de emergencia a causa del Coronavirus (COVID 19) que pone en riesgo otro derecho fundamental de las personas como es

* Abogada por la Universidad Peruana "Los Andes". Estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la UNMSM. Estudios de Maestría en Derecho Penal de la UPLA. Segunda Especialización en Didáctica Universitaria. Docente Universitario de la Facultad de Derecho y CC.PP. UPLA. Abogada en el sector público Corte Superior de Justicia de Junín - Sala Penal Liquidadora (Poder Judicial). Miembro Asociado de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

1 De acuerdo al artículo 17 de la Constitución del Perú los ciclos educativos obligatorio y, por ende, que conforman la educación básica en el Perú son inicial, primaria y secundaria.

la salud; y, respecto a la restricción del derecho a la educación en el Perú el 18 de marzo del presente un estudiante de 7 años del Colegio "Newton College" dio positivo a la prueba de coronavirus; evento que ocasiono el cierre masivo de los colegios a nivel nacional; generando que nueve millones de estudiantes reciben educación a distancia; a través del internet, televisión entre otros medios; no dejando de lado que en algunos lugares geográficos en nuestro país; es un lujo contar con internet; y en algunas zonas de la Sierra y la Selva ni siquiera cuentan con un con un televisor o energía eléctrica; concluyendo que aprender en tiempo de pandemia se está convirtiendo en tarea difícil; e impartir educación a distancia en tiempos de pandemia agudiza la desigualdad; ya que es evidente que el modelo beneficia a unos más que a otros; tal como señala la Ministra de Educación; los niños menores de cinco años aprenden a través de la interacción y del juego; no llegando a desarrollar todas sus competencias con solo ver una pantalla; versión contraria menciona Alonso Mujica fundador de una plataforma educativa con presencia en toda Latinoamérica quien señala que la plataforma educativa es la única alternativa para que los alumnos no pierdan el año académico; sin embrago en el Perú existen dificultades extras ya que no se puede hablar de educación a distancia sin contar con una conectividad a internet; por cuanto el 19% de hogares en zonas rurales tienen acceso a internet; en fin lo descrito en estas líneas iniciales es sin contar lo que ocurre en colegios particulares ya que mientras algunos colegios con abundante recurso económicos pueden importar modelos educativos; la mayoría encarga tareas que la terminan desarrollando los padres; de hecho la situación de la educación privada no es menos preocupante.

II. LA EDUCACIÓN A DISTANCIA Y SU EXIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE NORMAS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA EFICACIA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La educación a distancia existe hace más de cien años aproximadamente; convirtiéndose en una herramienta que los países desarrollados utilizan para garantizar el derecho a la educación, que habían pasado por otros medios de comunicación anteriormente; en la actualidad con el estado de emergencia declarado a causa del COVID 19; todos los países han transferido a sus estudiantes presenciales a la modalidad

distancia-virtual, con la convicción de que la vida del ser humano debe seguir, adaptada a nuevas condiciones, pero debe continuar, sin embargo no se llegara a implementar en integridad cuando existe un sector vulnerable que carece de determinados recursos como internet, energía eléctrica, televisor entre otros. Si bien estas medidas son necesarias para evitar poner en riesgo la salud de los estudiantes y sus familiares, la implementación de la educación remota en nuestro país presenta desafíos particulares.

Es relevante aclarar que nuestro país al momento de la adaptación de la política educativa pronta y acelerada con miras a la implementación de la educación a distancia no ha tomado en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos sobre educación que son esenciales para su plena efectividad y vigencia; regulado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC), que deben cumplirse para cualquiera de los niveles de enseñanza como son: **i) disponibilidad:** deben existir suficientes instituciones y programas de enseñanza dentro del ámbito del Estado; **ii) accesibilidad:** las instituciones y programas de enseñanza deben ser **accesibles para todas las personas bajo jurisdicción del Estado sin discriminación**, **especialmente para los grupos en situación de vulnerabilidad;** al establecer la accesibilidad del servicio, debe considerarse la **accesibilidad material** (forma presencial o **a través de tecnología moderna**), y la accesibilidad económica; **iii) aceptabilidad,** respecto a la forma y fondo del servicio educativo (incluidos los programas y métodos de enseñanza empleados), estos han de ser aceptables (pertinentes, adecuados culturalmente, de buena calidad, entre otros) para los estudiantes y, cuando proceda, para los padres; **iv) adaptabilidad,** ya que debe adaptarse a las necesidades de las sociedades y comunidades[2]. Falta de aplicación de estos elementos al momento de implementar la educación virtual en época de pandemia que ha generado en el Estado peruano afectación al derecho a la educación de los seres humanos en condición de vulnerabilidad.

2 Comité DESC (1999). Observaciones Generales N° 13 (21° período de sesiones). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). E/C.12/1999/10. Recuperado de: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/ONU_Observaci%C3%B3n_General_13_Derecho_Educaci%C3%B3n_es.pdf

III. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN ÉPOCA DE PANDEMIA:

El derecho fundamental a la educación, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene cuatro elementos que deben estar presentes en el proceso educativo para satisfacerlo y estos son: disponibilidad; accesibilidad; aceptabilidad; y, adaptabilidad. Respecto a la disponibilidad el Comité establece que deben existir instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente respecto al número de población y extensión territorial de cada Estado, así como centros educativos dotados de docentes calificados, de material educativo de calidad y de servicios sanitarios. En lo referente a la disponibilidad, se vulneren los elementos mínimos del derecho a la educación y en cuanto a la accesibilidad, el Comité establece que las instituciones y los programas de enseñanza sean accesibles a todos, sin discriminación alguna; en esa medida, este elemento tiene tres dimensiones: **i) mandato de no discriminación,** en especial respecto a los grupos más vulnerable; **ii) accesibilidad material** en términos geográficos o de tecnología; y, **iii) accesibilidad económica** referida a la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza. En esa línea de ideas, los elementos mínimos de la educación se afectaría, dado que el estado tiene obligación de generar en sus programas educativos la concurrencia de estos elementos, incluso en tiempos de pandemia; sin embargo con la falta del elemento de la accesibilidad por cuestión de discriminación de los grupos más vulnerables, en la implementación de la educación virtual y sumado a ello lo material y económico y la falta de aceptabilidad, de los programas de estudio y los métodos de enseñanza que no son pertinentes, adecuados culturalmente y menos de buena calidad; se genera afectación al derecho a la igualdad; generando la falta de cumplimiento de los objetivos y fines de la educación previstos en la Constitución y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En consecuencia, los programas educativos a distancia (virtuales) en tiempo de pandemia vulneraría en el estado peruano los elementos mínimos de esta dimensión del derecho a la educación ya que sin respetar a las minorías existentes en la Selva y la Sierra de nuestro país ha generado programas educativos sin tomar en cuenta el medio y la cultura de las comunidades, sumando a ello las carencias económicas que generan falta de servicios básicos como energía eléctrica, internet, y medios de comunicación como televisores. Finalmente, respecto a la adaptabilidad, la

satisfacción del derecho a la educación exige que la enseñanza – planes y programas de estudio – tenga la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de comunidades y sociedades que cambian o se transforman, y respondan a las necesidades de alumnos y alumnas que provengan de contextos culturales o sociales variados para de esa manera alcanzar una educación integral.

La configuración legal de un derecho fundamental no debe entenderse como una limitación del derecho a la educación ya que la participación del legislador en la configuración de los derechos fundamentales, tanto de los derechos de libertad y los derechos sociales, debe ser considerada normal e incluso necesaria a efectos de garantizar su eficacia en tanto se articulan en torno a los derechos fundamentales garantías específicas, imponiendo obligaciones concretas a las entidades del Estado[3]. En efecto, la reserva legal para el desarrollo de los derechos fundamentales no debe ser entendida como disminución de su fuerza normativa, porque ésta se deriva del sólo reconocimiento del derecho en el texto Constitucional y, ciertamente, en los Tratados Internacionales, tal como sucede con el derecho a la educación. En esa medida, la reserva de ley, debe ser considerada como una garantía que promociona y puede tornar más operativo el ejercicio de los derechos fundamentales, mas no como un obstáculo que difiera en el tiempo la eficacia normativa de los mismos[4].

IV. NATURALEZA BINARIA DE LA EDUCACIÓN

Reconocido la naturaleza binaria del derecho a la educación por el Tribunal Constitucional; señalando que la educación no es sólo un derecho fundamental sino que se configura también como un servicio público[5], "*en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones – fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo la fiscalización estatal.*

3 Ferrajoli, L. Derechos y garantías. La ley de más débil (2a ed.). Madrid: 2001. Trotta pp. 59 – 65

4 Prieto Sanchís, L. (1990). Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid, Debate. 1990. pp. 118.

5 Para el TC los elementos que identifican a un servicio público son: (i) la naturaleza esencial para la comunidad que tiene el servicio; (ii) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo; (iii) la regularidad del servicio; (iv) el deber de mantener un estándar mínimo de calidad y; (v) la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad. Asimismo, para el TC la educación reúne todos esos elementos y, por ende, debe ser considerada también un servicio público (STC Nº 0034-2004-AI/ TC de 15 de febrero de 2005, F.J. 40).

Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios". A estos criterios se adhieren las exigencias del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la concurrencia de los cuatro elementos disponibilidad; accesibilidad; aceptabilidad; y, adaptabilidad; que deben estar presentes en el proceso educativo para satisfacerlo; por tanto el ejercicio del derecho a la educación como servicio público en épocas de pandemia a causa del Coronavirus; debe ser continua como servicio por mandato constitucional y obligatorio por mandato convencional por tanto la conversión de educación presencial a educación a distancia sin tomar en cuenta las zonas más vulnerables (zonas alejados de Selva y Sierra de nuestro país), es generar una vulneración al principio de igualdad.

V. CONCLUSIONES:

En efecto una plataforma educativa con presencia en toda Latinoamérica es la única alternativa para que los alumnos no pierdan el año académico; sin embargo en el Perú existen dificultades extras ya que no se puede hablar de educación a distancia optima sin contar con una conectividad a internet; y solo el 19% de hogares en zonas rurales tienen acceso a internet; de otro lado algunos no cuentan con energía eléctrica, y otros no tienen televisores. Por tanto la utilización de la tesis sobre el doble carácter de los derechos fundamentales; en particular, evidencia cómo a partir de la interpretación de complejos normativos objetivos, es posible derivar las principales posiciones subjetivas protegidas por el derecho a la educación que constituye un ejercicio de concretización que da cuenta la estrecha y recíproca relación que existe entre ambas dimensiones de los derechos fundamentales. Singular relevancia tiene esta construcción dogmática para la protección de los derechos sociales reconocidos en la Constitución peruana, debido a que el acento de los dispositivos constitucionales que los garantizan está puesto en la dimensión objetiva o institucional, como se ha podido apreciar respecto al derecho a la educación. Esto no significa que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales absorba el contenido subjetivo, sino que se suman y condicionan mutuamente, como una unidad[6].

Sin embargo lo regulado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC), deben cumplirse

6 Böckenförde, E. W. Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos, 1993.pp. 117.

para garantizar el pleno goce del derecho a educación incluso en época de pandemia, más aun si este cambio de educación presencial a educación virtual se implementara durante todo un año por tanto en cualquiera de los niveles de enseñanza se debe aplicar de manera obligatoria los cuatro elemento: **i) disponibilidad; ii) accesibilidad: para los grupos en situación de vulnerabilidad (**accesibilidad material y accesibilidad económica; **iii) aceptabilidad,** y **iv) adaptabilidad.** Exigencia que se establecerá **vía** un control de convencionalidad. Finalmente, dada la importancia del derecho a la educación como presupuesto para garantizar la plena realización de los seres humanos y el ejercicio de otros derechos fundamentales, sería pertinente que, en un futuro ejercicio de reforma constitucional, puede incluirse un dispositivo que recoja su dimensión subjetiva en el texto constitucional y la concurrencia de los elementos propuestos por Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC), en todo plan o proyecto de programas educativos que se implementaran en nuestro país.

COVID 19, JUECES Y JUSTICIA VIRTUAL

Edwin Figueroa Gutarra[*]

Las pandemias en la historia de la humanidad han constituido tiempos de redefinición y reconfiguración de las normas de convivencia en sociedad así como, por ende, de las relaciones jurídicas entre la ciudadanía. Sucedió así con la gran peste de 1348 en Europa, luego con la plaga de Londres en 1665, y tras otros sucesos posteriores de diferente envergadura en los siglos XX y XXI, nos ocurre en la actualidad con el coronavirus, enfermedad que ha trastocado la vida en sociedad en todos sus ámbitos, al punto de que ya no hablamos de retornar a la antigua normalidad de siempre antes de este fenómeno, sino de incorporarnos a una nueva normalidad, distante en muchas facetas de la realidad que antes nos cupo vivir.

Hoy son comunes, en muchos países, las confinamientos obligatorios de las personas, así como las restricciones severas de muchos derechos fundamentales, uno de ellos, de delicada textura, la libertad individual en su figura del derecho a la locomoción, también denominado de libertad de movimiento, en tanto se imponen horarios de impedimento de desplazamiento, o de inamovilidad. Como nunca antes, se nos prohíben, salvo acreditadas situaciones de emergencia, desplazamientos por los entornos de

* Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe

nuestras ciudades, y ello acusa un severo golpe al concepto de libertad que apreciábamos, hoy menoscabado bajo un contexto de emergencia.

Lo reseñado *supra* indudablemente ha de generar efectos y consecuencias cuya extensión aún desconocemos, pero que por aproximación, podemos prever. Pues bien, uno de los espacios en los cuales ha de generarse una variación sustantiva es el eje de desarrollo de la justicia, y es este item la reflexión principal a que invitan estas líneas de enjuiciamiento del estatus de la justicia post COVID 19, fundamentalmente porque esta pandemia ya no nos deja espacio para una transformación progresiva de nuestras costumbres, entre ellas la forma de impartir justicia, sino porque la misma magnitud de la enfermedad, impone a los Estados urgentes medidas de acción en todos los ámbitos de la sociedad. Entonces, no estamos ante un problema de elección, sino de exigencias de nuevas acciones. En ese marco, los jueces representan un actor trascendente pues son quienes dinamizan las facetas de desenvolvimiento de la justicia, y sobre cuyos hombros recae la importante tarea de encaminar que la justicia se explaye sin cánones de parsimonia.

La figura tradicional de impartición de justicia en muchos Estados hasta hoy ha seguido la fórmula tradicional de celebración de audiencias presenciales, en atención a un principio de cierta naturaleza inamovible en el Derecho: el principio de inmediación. Bajo esta pauta, se impone, como una garantía de la justicia, que el juez escuche a las partes en forma directa, y por tanto, que exista interacción humana respecto al desarrollo de las etapas del juicio.

Incluso la inmediación constituye, desde la perspectiva del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referido a garantías judiciales, una manifestación del derecho a ser oído, y la concepción tradicional de esta garantía nos ha conducido a concluir que tal escucha del juez a las partes, en términos fácticos, implique la materialización de audiencias en presencia del juez, con asistencia física de las partes.

En otro extremo de esta reflexión, los juicios virtuales, impulsados principalmente bajo una redefinición de la justicia oral, han venido siendo, en muchos ordenamientos, una minoría francamente marcada de procedimientos, pues tirios y troyanos reconocemos que la marcha de la concepción de la justicia tradicional hacia la virtual, requiere períodos de adaptación necesarios.

En ese norte de reflexiones, si nos atrevemos a hacer una balance de sumas y restas, pues la justicia tradicional, permítasenos la franquicia del término, ha sido la regla, y la justicia virtual, la excepción. Y si bien es cierto que cada vez le prestamos mayor atención a la importancia de la justicia virtual, pues hemos convenido tácitamente que esa noción de asignación de mayor importancia a este modelo de justicia no presencial, habría de seguir una arista de gradualidad, y que progresivamente habrían de implementarse los modelos de justicia oral, y más aún virtual.

Desde otro eje de debate, el coronavirus y sus efectos de daños severos a la vida humana y amenazas ciertas al derecho a la salud, esto es, de convivencia en sociedad, han variado drásticamente, creemos, los supuestos antes enunciados. Hoy, ese minúsculo enemigo externo, cuyo tamaño en términos comparativos, dice la ciencia, pudiera bien ser el de una pequeña gallina respecto del planeta tierra, exige que esos tiempos de gradualidad de implementación de la justicia virtual, se conviertan en plazos apurados que han dejado, a muchas direcciones del Poder Judicial de numerosos Estados, en la posición difícil de apurar, a marchas forzadas, una justicia con ejes concretos apoyados en la virtualidad, impulsando así una recomprensión del principio de inmediación en su contenido material.

Entonces, los expedientes electrónicos, las audiencias virtuales, las mesas de partes electrónicas, las firmas digitales de resoluciones, la presentación de demandas y escritos en pdf y a través del correo electrónico, entre muchas otras formas de aplicación de la justicia virtual, se convierten en una necesaria exigencia, y ya no en una simple opción, pues no solo han de llevar a los ordenamientos jurídicos en todo el mundo a adaptarse a una forma diferente de entender la impartición de justicia, sino se van a convertir en medidas de una nueva normalidad a la cual los Poderes Judiciales se avecinan, unos a marcha más apurada, otros, optando por diferir medidas hasta que se esclarezca una posible cura de la especie humana frente al virus que nos amenaza a diario. Es comprensible en ese escenario la existencia de numerosas objeciones a la implementación de una justicia virtual y sin embargo, se vinculan ellas, en gran medida, a un aferramiento a nuestras concepciones tradicionales respecto de una justicia excesivamente formalista.

Importa aquí examinar una atingencia que suele formularse respecto de que la justicia virtual inobserva un extremo del principio de inmediación, cual es la exigencia de realización del proceso ante el juez, pues las

audiencias y la actuación de los medios probatorios son indelegables bajo sanción de nulidad. La génesis de esta idea es la representación de validez de la audiencia a mérito de la presencia del juzgador, y para que ello sea legítimo, pues habría de estar presente el decisor jurisdiccional

Es de observarse que la crítica que aludimos no es efectiva sino arguye una base idiosincrásica cimentada en la formalidad. Una audiencia virtual no pierde eficacia si el juzgador desarrolla una audiencia remota desde su domicilio ante la amenaza del COVID 19, pues la misma naturaleza de la comunicación virtual, tal como sucede con las audiencias físicas, recoge toda posible incidencia que se pudiera generar durante el desarrollo de la audiencia, y por ende, se salvaguarda el derecho de defensa de las partes respecto a que eventualmente pudiera formularse determinada actividad impugnatoria, que a su vez el órgano funcional superior pudiera reexaminar. Por otro lado, una actuación virtual está revestida de la legitimidad necesaria, suficiente y exigible para una situación de compatibilidad con los derechos fundamentales, en tanto solo se deja de lado la presencia física del juzgador, y ello no excluye en modo alguno, la legitimidad del acto procesal respectivo.

De igual forma, es importante poner énfasis aquí en la exigencia de recomprensión del modelo de desarrollo de justicia, y ello se debe lograr a través de la formulación de políticas públicas a través de las cuales se impulse el entendimiento de la justicia virtual, en sus más diversas facetas, como una exigencia antes que como una opción.

Nos explicamos: si el modelo de justicia virtual queda en el ámbito de discrecionalidad del juzgador, esto es, a que pueda el mismo juez determinar la viabilidad de realización de un modelo de audiencia, digamos la tradicional, o bien la virtual, ello nos remite a un ámbito de opciones, bien pudiendo apostarse, quizá con prevalencia, por el modelo conocido, el tradicional, antes que el virtual, en tanto aquel revestiría de formalidad el acto procesal en mención. Sin embargo, los tiempos de exigencia que plantea la pandemia nos ponen en el difícil escenario de necesidad de abandonar nuestras costumbres procesales de antaño, y hogaño tener que optar por un camino diferente.

Nuestra propuesta se orienta a que los entes de dirección- Consejos Judiciales, Consejos de Judicaturas, Presidencias de Cortes, etc.- fijen la exigencia de desarrollo de audiencias virtuales a partir de un plazo

determinado de dación de la medida de obligatoria implementación de una justicia virtual propiamente dicha, que, a juicio nuestro, debería computarse en 30, 60 ó 90 días desde el levantamiento de los períodos de confinamiento. Estos plazos servirán para que en un término, más de corto plazo que de mediana o larga duración, los órganos jurisdiccionales se apresten, organicen y encaminen un modelo de justicia virtual que supone evidentemente costos, pero estos son menores, de suyo, en comparación a los efectos de severos contagios y subsecuente pérdidas de vidas humanas por efectos de la pandemia que nuestras sociedades viven.

Las exigencias económicas que demandan los expedientes electrónicos pueden ser considerables, se podría alegar. Sin embargo, aquí habría que realizar una importante diferenciación. Un expediente electrónico integral puede efectivamente demandar un importante período de preparación de soportes virtuales, y sin embargo, ya muchas audiencias, específicamente las de orden penal, dada su exigencia de oralidad, ya se vienen desarrollando incluso a través de videoconferencias de whatsapp, plataformas zoom, entendiéndose en estos casos, la exigencia de urgencia que demandan tanto una dilucidación de prisión preventiva, como un proceso de habeas corpus por cuestiones de libertad individual, o bien el internamiento preventivo de un menor de edad por temas de infracciones a la ley, entre otras actuaciones urgentes que requieren inmediata e impostergable atención.

En efecto, las medidas a adoptar para una justicia virtual, no requieren un proyecto ecuménico de largo plazo, sino de acciones puntuales, inmediatas y céleres que a su vez descongestionen de personas las audiencias judiciales.

De la misma forma, igual razonamiento de exigencia de adopción inmediata de medidas por la amenaza de la pandemia, habría de regir para el impulso de mesas de partes electrónicas, asumiéndose que el COVID 19 se esparce con mayor facilidad cuando existen aglomeraciones físicas de personas. Es importante entender aquí la ventaja comparativa, en una perspectiva futura, de asignar mayor prioridad a la configuración de mesas de partes virtuales, nos referimos a su efectiva realización, antes que destinar partidas de compensación por daños a la vida y a la salud, como genera ahora el coronavirus.

En términos más sencillos, es más razonable invertir en prevención ante que en reparación de daños. Para cerciorarnos de esto, basta revisemos, *a vol d'oiseau*, las importantes caídas que registran, sin excepción, por causa del COVID 19, todos los países del orbe en sus perspectivas de crecimiento económico, así como es apreciable también esta compleja situación en la severa reducción de crecimiento de las economías, y en las cuantiosas pérdidas por la caída del Producto Bruto Interno, tanto en economías desarrolladas como en países en vías de crecimiento.

Ahora bien, la inversión en prevención antes que en compensación por daños incluso nos conduce a un cambio de enfoque. La humanidad entera habrá de reflexionar, cualitativamente, en la enorme importancia de prever fenómenos como el que ahora nos aqueja. El coronavirus o COVID 19 era, valgan verdades, un fenómeno previsible. Las experiencias de aparición en el mundo de los virus del SARS en 2003, del MERS en 2012, así como el brote virulento del ébola en 2014, ya constituían signos de que una nueva epidemia se podía avecinar, aunque ciertamente desconocíamos la dimensión de un evento tan anómalo como el de la actual pandemia. El COVID 19, como dura experiencia, nos sirve, entonces, para reenfocar políticas públicas de prevención en salud, así como nos impulsa a que los Estados repauteen las normas de convivencia en sociedad.

De esa manera, si el distanciamiento social habrá de ser una norma de vida en los próximos años, advirtamos los importantes efectos de la presentación de demandas y escritos en pdf y a través del correo electrónico, facetas que evitan la concurrencia física de abogados y litigantes a las instalaciones físicas de los edificios judiciales. Nuevamente, esta opción evita aglomeración de personas, y de esa manera se evita la propagación del virus.

O en su caso, observemos que las firmas digitales de resoluciones por parte de los jueces incluso hacen prescindible el uso de papel, y si este trabajo es remoto, pues inclusive se hace prescindible la asistencia del propio juez al juzgado.

En consecuencia, las enormes ventajas que nos ofrece la justicia virtual invitan a una importante reflexión, pues de importante aunque elegible opción entre los modelos de justicia, pasa a convertirse este formato en una impostergable necesidad. Y la salvaguarda de los derechos fundamentales, incluso el relevante principio de inmediación, queda garantizado en

su núcleo duro y contenido esencial, en tanto podrán configurarse leves restricciones a otros derechos fundamentales, como el de defensa, pero a su vez, se satisfacen en mayor grado otros derechos esenciales como la vida y la salud.

A ello habríamos de agregar que los Estados cumplen, de mejor forma, su *deber especial de protección* hacia la ciudadanía, para dejar de lado sus fórmulas anquilosadas del *Machtstaat*, o Estado de la fuerza, o *Polizeistaat*, o Estado policía, esquemas que advierten en la historia conductas insuficientes de los gobiernos frente a los derechos primeros de los ciudadanos. Observemos que hoy la exigencia, en consonancia con el sentido de la historia y un verdadero *Rule of Law*, o Estado de Derecho, es la materialización de un verdadero Estado constitucional, en el cual las políticas públicas sí velan por la efectividad de los derechos iusfundamentales.

El COVID 19 nos deja también, como reflexión, que el devenir histórico exige, en ciertas etapas, marchas forzadas imprevistas. Y ello plenamente ha de suceder en el ámbito de la justicia, más aun si pretendemos una *vera giustizia*. La misma magnitud de la pandemia replantea los modos de desarrollo de las relaciones jurídicas, y hoy esta enfermedad demanda un cambio de conductas que desde nuestra zona de confort- la justicia tradicional- no quisiéramos quizá dejar, y sin embargo, las evidencias, que son el otro motor de la historia, nos impulsan a hacer un nuevo camino, pues ya no veremos más el camino anterior de nuestras vidas, dados los desalentadores avances de esta pandemia,. El nuevo camino, a hacerse con este nuevo andar que impone el coronavirus, genera pues numerosos deberes, exigencias y prestaciones, que no podemos postergar.

CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL AMBITO DEL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA POR EL COVID 19

*Enrique Pestana Uribe**

I. INTRODUCCIÓN

La llegada de la pandemia a consecuencia del COVID19 ha significado un verdadero desafío para casi todos los países del mundo, no solo por lo inédito de la situación, sino por la agresividad con que se presenta el virus en la mayoría de los casos. Paradójicamente ninguna Nación ha podido enfrentarlo con la contundencia y efectividad necesarias, trayendo consigo decenas de miles de muertes y el colapso de los servicios sanitarios más sólidos y avanzados del planeta.

Obviamente en los países menos desarrollados la situación es aún muy compleja e incierta debido a que las medidas de confinamiento adoptadas han traído consigo la paralización de una gran porción de la actividad económica, retrayendo severamente la producción nacional de bienes y servicios (PBI) y la desaparición de los índices de crecimiento económico, tornándolos más bien negativos. Por si todo eso fuese poco, el desempleo es mayúsculo y millones de ciudadanos reclaman la asistencia alimentaria del Estado. Frente a ello los gobiernos se han encontrado cara a cara con la

* Abogado y docente especialista en derecho constitucional y derecho internacional público. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

informalidad, traducida en una enorme masa de personas que están fuera del sistema y literalmente no existen en el mapa gubernamental; tampoco se encuentran comprendidos en el sistema financiero, lo cual dificulta en extremo brindarles la ayuda reclamada. A su vez, este solo hecho hace que miles abarroten cada día los cajeros automáticos y agencias bancarias incrementando las posibilidades de contagio y propalando el virus. Se trata pues de una serie de efectos en cadena que se producen unos a consecuencia de otros y que incluyen otros sectores en severa crisis, como ocurre con los de la salud, del empleo y la educación.

Haciendo frente a este sombrío panorama, la gran mayoría de gobiernos se han visto en la necesidad de hacer uso de los estados de excepción para conjurar la crisis, declarando en la mayoría de los casos el estado de emergencia sanitaria o el estado de desastre, teniéndose en casi todos los casos que decretar la inmovilización de la población ante la evidencia de que el covid19 se trasmite por el contacto entre las personas. Para ello se ha tenido que restringir algunos derechos fundamentales como los de libre tránsito, reunión, inviolabilidad del domicilio o de no ser detenido sino por mandato judicial o flagrante delito.

Lo ocurrido en las últimas semanas en el Perú ha dejado en evidencia que existe muy poco civismo entre la población, a tal punto que se ha buscado cualquier medio disponible para burlar las medidas de confinamiento obligatorio dispuestas por el gobierno. Como respuesta a ello se tuvo que proceder a retener y en algunos casos detener a los infractores para ponerlos a disposición del Ministerio Público que, dicho sea de paso, se ha encontrado con un Poder Judicial prácticamente paralizado y con un Instituto Nacional Penitenciario que se niega a aceptar nuevos reclusos en las cárceles del país, pues éstas se encuentra hacinadas y peor aun, se han convertido en un foco de infección incontrolable.

En este artículo pretendemos hacer un breve análisis de las implicancias que trae consigo una declaración de emergencia sanitaria como la que venimos viviendo durante casi dos meses, y de la que nadie sabe a ciencia cierta cuándo, cómo y a qué costo lograremos superar. Por lo pronto nos centraremos en comentar y analizar las medidas dictadas por las autoridades del Poder Ejecutivo a fin de determinar hasta qué punto estas se encuentran conformes con las Constitución y las leyes, todo ello sin dejar de lado que en circunstancias extremas es inexorable que los hechos terminen imponiéndose al derecho, pues como bien lo demuestra

la historia, la supervivencia de los pueblos siempre habrá de imperar, aun cuando en cierto momento deba enfrentarse al estado de derecho mismo. Sin duda, el trazo de los límites entre la legalidad y la arbitrariedad se hace mucho más fino y delgado en situaciones tan delicadas como la que estamos enfrentando en estos días.

Esperamos que las conclusiones a las que arribemos nos ayuden a reflexionar sobre las reales dimensiones de la problemática actual y cómo podemos contribuir desde el derecho y la doctrina constitucional a equilibrar en la mayor medida posible las inevitables tensiones entre el ejercicio del poder y el respeto a los derechos fundamentales.

II. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN COMO LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Sin duda alguna, los estados de excepción constituyen mecanismos especiales de los que disponen los gobiernos para enfrentar situaciones que revisten gravedad o peligro inminente de que se produzca una situación de zozobra o grave alteración del orden público. Como bien lo acota Ríos Alvarez[1] *"(…) los estados de excepción constituyen una patología común a todas las naciones, todos los países del mundo civilizado los contemplan en sus respectivas constituciones"*.

Igualmente coincidimos con Delfino[2] cuando dice que *"La institución de rango constitucional denominada generalmente estado de excepción, consagra y regula la hipótesis de la necesidad. Presenta como características, tanto el autorizar temporalmente a unos de los componentes del gobierno, usualmente al Ejecutivo, para ampliar sus facultades, como el desplazamiento, también temporal, de la normatividad ordinaria con que cuenta el Estado por una de carácter extraordinario, el denominado derecho de excepción o derecho de necesidad"*.

Como podemos ver, en estricto las Constituciones están diseñadas para regir en condiciones de normalidad, pero se dan ocasiones en las que dicha normalidad desaparece por diversas circunstancias, afectando

1 Ríos Alvárez, Lautaro. "Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción". En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XVI, Montevideo 2010.p 520.

2 Delfino, María de los Ángeles. "El desarrollo de los estados de excepción en las Constituciones de América Latina". En "Constitución Constitucionalismo Hoy". Fundación Manuel García Pelayo, Carácas, 2000, p, 509.

gravemente el orden establecido. Es en tales situaciones cuando entra en escena el denominado "derecho de excepción" que generalmente se encuentra establecido en la propia Constitución y regulado mediante normas de desarrollo constitucional (leyes orgánicas). Pérez Royo[3] afirma que "*El Estado es la garantía política de la sociedad como un todo, es el instrumento del que la sociedad se dota para autodirigirse globalmente. En consecuencia, cuando una situación de crisis llega al Estado, no nos encontramos ante una crisis localizada, sino ante una crisis de alcance general, que afecta a toda la sociedad o a una parte lo suficientemente significativa de la misma como para que tenga que reaccionar de forma especial el representante político de la sociedad, el Estado*".

Sin embargo, para una mejor comprensión didáctica de lo que significa el derecho de excepción, y haciendo una comparación metafórica con el escenario de la pandemia que hoy afecta al mundo, podríamos decir que las declaraciones de los estados de excepción que dictan los gobiernos para enfrentar las crisis vienen a ser como los anticuerpos o defensas que libera el cuerpo humano cuando es atacado ferozmente por un virus o una bacteria. Su finalidad es enfrentar el ataque que lo coloca en grave peligro de supervivencia y tratar así de retornar a la situación de normalidad una vez que se alcanza la cura total.

De más está decir que la decisión de recurrir a una declaración de estado de emergencia para enfrentar una crisis es de orden exclusivamente política, y en la mayoría de los sistemas constitucionales reside en el Jefe del Estado; en otros, como es el caso de las monarquías constitucionales (Reino Unido, Japón) o regímenes parlamentarios es más bien una atribución del primer ministro o del presidente del gobierno (Alemania, España). Sin embargo, debe quedar en claro que todo estado de excepción tiene que estar justificado en hechos que den mérito suficiente para su adopción, quedando proscrito cualquier acto arbitrario de quien ejerce el poder. Desde luego, no puede recurrirse al estado de excepción con el solo propósito de concentrar poderes y facultades dictatoriales o con el fin de perpetuarse ilegítimamente en el cargo.

Abonando a lo ya antes sostenido, habría que decir que si bien es cierto que cada país soberanamente puede determinar bajo qué circunstancias

3 Pérez Royo, Javier. "Curso de Derecho Constitucional". Marcial Pons, Madrid 2000. p, 1058.

puede restringir o suspender excepcionalmente algunos derechos fundamentales, lo cual generalmente se encuentra establecido en su texto constitucional, no obstante existen previsiones de orden convencional que de algún modo limitan el ámbito de acción de los Estados, constituyendo una suerte de valla infranqueable que bajo ninguna circunstancia - ni siquiera las más graves - puede traspasarse, entendiéndose que ello configura un "*núcleo duro*" o contenido esencial de los derechos fundamentales que no puede verse restringido.

En el caso del Perú, el artículo 137 de la Constitución de 1993 regula los estados de excepción, estableciendo que estos son sólo dos: a) estado de emergencia; y b) estado de sitio. En el caso del estado de emergencia, sólo puede ser declarado en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. Se estipula que en ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

Tratándose del estado de sitio, este procede en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho y su prórroga requiere aprobación del Congreso.

Como podemos apreciar, existe una clara distinción respecto a los derechos que pueden ser restringidos durante el estado de emergencia y el estado de sitio. Mientras que en el primer caso (estado de emergencia) la Constitución ha fijado un limitado catálogo de derechos fundamentales pasibles de ser limitados temporalmente, en el estado de sitio ocurre todo lo contrario. Allí el constituyente ha dejado abierta la posibilidad de que el Poder Ejecutivo determine qué derechos quedan subsistentes, pues en el decreto supremo que lo declare deberá mencionarse aquellos cuyo ejercicio no se restringe o suspende. Desde luego una lectura literal y a *contario sensu* del inciso 2 del artículo 137, nos podría llevar a una interpretación errada en el sentido de que, en teoría, un gobierno podría

suspender casi la totalidad de los derechos constitucionales, dejando subsistentes sólo el derecho a la vida y a la integridad física. Ergo, todos los demás derechos estarían suspendidos. Obviamente en la práctica esto no sería posible, pues la propia Norma Suprema establece en su Cuarta Disposición Final y Transitoria que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En tal sentido, y como veremos en el acápite siguiente, son los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos los que contienen ciertas reglas en relación a los estados de excepción que constituyen verdaderos límites a la potestad que las constituciones nacionales establecen para su utilización.

III. LÍMITES A LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN.

Como ya lo habíamos adelantado, las potestades de los gobiernos para declarar o imponer los estados de excepción no son absolutas y están sujetas a ciertas limitaciones en cuanto a su ejercicio. Estas restricciones en el ejercicio del poder en situaciones excepcionales se encuentran positivizadas en el ámbito del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Así tenemos que la Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas de 1948 establece en su artículo 8° que "*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*". Se trata pues de una garantía a favor de cualquier individuo que pudiese verse afectado a consecuencia de la aplicación de algunas medidas restrictivas de sus derechos fundamentales a consecuencia de la declaración de un estado de excepción.

Del mismo modo, y con mayor precisión en cuanto a los límites explícitos a la suspensión o restricción de los derechos durante los estados de excepción, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), señala que "*En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen*

discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".[4]

Sin embargo, mucho más exigente resulta siendo el inciso 2 de la norma convencional antes mencionada al prescribir que "*La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos*". Vale decir, en ningún supuesto se podrían suspender los derechos que allí se mencionan, los mismos que están referidos a libertades esenciales cuya suspensión no se justificaría ni siquiera en las más graves circunstancias que pudiese estar atravesando un país. Se trata pues, de aquel núcleo duro e irreductible de los derechos fundamentales que habíamos mencionado líneas arriba.

No podemos dejar de mencionar, que fuera del ámbito regional interamericano, en el espacio de los pactos universales también existen normas similares, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que recoge los denominados "derechos humanos de primera generación". Allí se estipula que "*En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".*[5]

No obstante, la misma norma señala que "*La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18*". Cabe precisar que tales artículos están referidos al derecho a la vida; a la prohibición de imponer la pena de muerte cuando ya fue anteriormente abolida; a no ser torturado ni sometido a penas o tratos crueles,

4 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 27 inciso 1.

5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4 inciso 1).

inhumanos o degradantes; a no ser sometido a esclavitud o servidumbre; a no ser encarcelado por obligaciones contractuales; el reconocimiento a la personalidad jurídica, y; a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Como podemos ver, los pactos y convenciones sobre derechos humanos han querido preservar como ámbitos de protección irreductible algunos derechos que son absolutamente esenciales para toda persona y que de ningún modo se justificaría su restricción o suspensión. En paralelo, todos estos instrumentos internacionales garantizan el acceso a recursos expeditos y sencillos para hacer cesar cualquier vulneración injustificada o excesiva de los derechos fundamentales. Al efecto, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a los estados de excepción, ha señalado que "*La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas"*[6].

Es menester recordar también que la Constitución establece expresamente que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución. Además precisa que cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No obstante ello, establece que no corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

Del mismo modo, el Código Procesal Constitucional en su artículo 23 prescribe que la revisión judicial en dicho ámbito se circunscribe a examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, atendiendo a los siguientes criterios: 1) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos; 2) Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o, 3) Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez. Agrega que la suspensión de

6 Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 Serie A N° 6, fundamento 28.

los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el decreto que declara el régimen de excepción. Aquí es conveniente hacer notar que el Código abandona su carácter eminentemente procesal o adjetivo para establecer normas sustantivas que de algún modo buscan desarrollar el precepto constitucional contenido en el artículo 200 *in fine* de la Constitución.

IV. LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA

El pasado 15 de abril, el Presidente de la República anunció que su gobierno declararía el estado de emergencia sanitaria por un periodo de 15 días para enfrentar el avance de la pandemia del Covid19. En edición extraordinaria del diario oficial "El Peruano" se publicó el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. De este modo, apelando al artículo 137 inciso 1 de la Constitución, el gobierno suspendió el ejercicio de los derechos relativos a la libertad y seguridad personales, de libre tránsito, de reunión, inviolabilidad del domicilio y de no ser detenido sino por mandato judicial o en caso de flagrante delito. Para tal efecto se dispuso el aislamiento social obligatorio, suspendiendo las actividades en el sector público y privado, excepto las destinadas a garantizar el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza, recojo de residuos sólidos, servicios funerarios, entre otros.

En ese sentido, se estableció que las personas únicamente podían circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a servicios y bienes esenciales como:

a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.

b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.

c) Asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, así como centros de diagnóstico, en casos de emergencias.

d) Retorno al lugar de residencia habitual.

e) Asistencia y cuidado a personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, dependientes, personas con discapacidad o personas en situación de vulnerabilidad.

f) Entidades financieras, seguros y pensiones, así como los servicios complementarios y conexos que garanticen su adecuado funcionamiento.

g) Producción, almacenamiento, transporte, distribución y venta de combustible.

h) Medios de comunicación y centrales de atención telefónica.

Adicionalmente se dispuso el cierre total de las fronteras y el ingreso de personas por vía terrestre, aérea, fluvial y marítima.

Lo cierto es que nunca antes en la historia del país se había dispuesto una medida tan severa y de esa magnitud, lo que supone una fuerte contracción de las actividades productivas, excepto aquellas que se consideran esenciales. No cabe, sin embargo, cuestionar la idoneidad de la decisión adoptada por el gobierno en tanto se trata de una prerrogativa prevista expresamente por nuestra Constitución, y corresponde a las autoridades del Poder Ejecutivo determinar las razones que la justificaron. Empero, esto ha traído consigo una serie de complicaciones de todo tipo, que de uno u otro modo terminan afectando a un mayoritario sector de la población, y desde luego también la restricción de sus derechos y libertades personales.

Ahora bien, aun cuando la declaratoria del estado de emergencia sólo limita determinados derechos y libertades, en la práctica se han afectado otros atributos como por ejemplo la libertad de empresa, de comercio y de contratación al no permitirse –ni siquiera a distancia - el intercambio de bienes y servicios que no se consideran "esenciales", pese a que tales libertades se encuentran contempladas en los artículos 59 y 62 de la Constitución.

V. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LIMITACIONES DE DERECHOS Y SANCIONES A LOS INFRACTORES

Es indiscutible que las limitaciones a los derechos fundamentales a que se refiere el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM se enmarcan dentro de lo que establece el 137.1 de la Constitución. Sin embargo, el tema en discusión radica en las eventuales consecuencias del desacato a las medidas adoptadas por el gobierno que supondrían una vulneración a la inmovilización social decretada con la finalidad de evitar que se propale el virus del COVID19.

Así, durante las primeras semanas de la cuarentena pudimos ver cómo miles de ciudadanos eran en algunos casos retenidos y en otros detenidos por circular en las calles sin cumplir con las condiciones impuestas por el Poder Ejecutivo. De este modo, a quienes se les encontraba fuera de sus viviendas sin justificar que estaban atendiendo una emergencia médica o yendo a abastecerse de alimentos, eran retenidos y conducidos a las comisarías por un tiempo máximo de 4 horas, tras lo cual eran puestos en libertad, no sin antes haberlos consignado en una especie de registro de infractores de la cuarentena, que según se explicó luego, era con el fin de establecer quiénes eran reincidentes.

En otros casos, a quien se le encontraba prestando servicios no permitidos o realizando reuniones o actividades sociales, se le detenía hasta por 24 horas (pese a que la Constitución autoriza a hacerlo hasta por 48 horas), luego de lo cual podía retornar a su casa, no sin antes haberlo puesto a disposición del Ministerio Público para las acciones penales que correspondan.

El dilema viene por el hecho de que en estricto el Código Penal no contempla un delito específico por desacato a las medidas restrictivas durante un estado de emergencia. Suponemos entonces que los únicos ilícitos penales atribuibles a los infractores sería el de violación de medidas sanitarias, recogido en el artículo 292 del Código Penal que establece una pena máxima de tres años de privación de la libertad, y en todo caso el de resistencia y desobediencia a la autoridad contemplado en el artículo 368 del Código Penal, cuya pena más elevada es de seis meses de pena privativa de la libertad, aunque en algunos casos difundidos a través de los medios de comunicación, los infractores llegaban al extremo de agredir a las autoridades policiales y militares. En esas situaciones el delito sería el de violencia y resistencia a la autoridad (art. 366 C.P). En tal consideración, si las detenciones efectuadas no se sustentaron en la supuesta comisión de tales delitos, estaríamos ante la vulneración del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia sine lege*[7] que además se encuentra consagrado en el artículo 2 inciso 24 literal d. de la Constitución en cuanto establece que "*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*". Dejamos aquí

7 "No hay crimen ni pena sin ley previa"

en claro que no disponemos de mayor información respecto al tratamiento que a nivel policial y fiscal se la dio a tales conductas.

Posteriormente, ante la poca eficacia y efecto disuasivo de las detenciones de los infractores, aunado al aumento del contagio en las comisarías, el gobierno optó por expedir el Decreto Legislativo N° 1458 mediante el cual se establecieron sanciones pecuniarias contra quienes infringieran las medidas restrictivas contenidas en la declaratoria del estado de emergencia sanitaria.

No obstante, si analizamos las infracciones objeto de sanción, podemos advertir que algunas de ellas escapan al ámbito de los derechos restringidos o suspendidos por la declaratoria del estado de emergencia, como por ejemplo "Desarrollar actividades económicas no consideradas de prestación y acceso esencial previstas en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM".

Como ya lo dijéramos previamente, realizar actividades industriales o comerciales de bienes o servicios en estricto no están dentro de la esfera de los derechos constitucionales que fueron objeto de restricción, aunque podría alegarse que al realizarlos se estaría afectando la emergencia sanitaria y poniendo en riesgo a la población, lo cual es indudablemente bastante controversial.

Lo que sí resulta bastante cuestionable es que en la segunda disposición final de la referida norma sancionadora se establezca que quien no cumpla con pagar la multa impuesta se encontrará impedido de realizar trámites civiles, tales como: suscripción de cualquier tipo de contrato civil, trámites ante las entidades bancarias, cualquier acto notarial o ante la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), y realizar viajes al exterior. Aquí nuevamente nos encontramos con disposiciones que a nuestro juicio, de ser aplicadas, afectarían derechos fundamentales como la libertad de contratación garantizada en los artículos 2 inciso 14 y 62 de la Constitución y el derecho a entrar o salir libremente del territorio nacional, recogido en el artículo 2 inciso 11 de la Norma Fundamental.

Recordemos que hace algo más de veinte años atrás se encontraba en vigencia una norma que establecía un impuesto que obligaba a pagar cierta cantidad de dinero en moneda extranjera a todo aquél que deseara salir del territorio nacional por un aeropuerto. Esto dio lugar a la interposición de procesos de habeas corpus que en todos los casos fueron acogidos por

el Poder Judicial, lo que obligó finalmente a la derogación de la norma considerada inconstitucional por impedir el ejercicio del derecho a entrar y salir libremente del territorio nacional. Ahora nos encontramos frente a una norma similar, pues es totalmente injustificado y antijurídico que se establezcan restricciones a algunos derechos fundamentales por el solo hecho de no cumplir con el pago de una sanción pecuniaria (multa). Debe entenderse que la administración pública dispone de los medios coactivos necesarios para procurarse el cobro de la sanción, sin necesidad de conculcar derechos constitucionalmente protegidos. En cualquier caso, habrá que esperar la futura reacción de los afectados y las eventuales decisiones judiciales que se produzcan a consecuencia de las medidas restrictivas aquí comentadas. Sin embargo creemos que, en efecto, lo dispuesto en la norma analizada constituye una clarísima violación de al menos dos derechos fundamentales que de ningún modo pueden ser afectados mediante normas administrativas sancionadoras, aun cuando estas tengan rango de ley.

VI. REFLEXIONES FINALES

- No cabe duda alguna que los estados de excepción son inevitables en toda sociedad organizada y constituyen un instrumento necesario para que los gobernantes conjuren cualquier peligro que pudiese poner en riesgo el orden público, la paz social o la salud de la población, siempre que la medida se justifique racionalmente y se adopte con arreglo a las normas constitucionales.
- Como hemos visto en estas líneas, la pandemia desatada a nivel mundial ha traído como consecuencia la adopción de una serie de medidas inusitadas con el propósito de enfrentar la emergencia sanitaria y preservar la saludad de la población. En ese ámbito, algunas de las acciones gubernamentales han afectado severamente los derechos y libertades públicas, yendo en algunos casos más allá de lo que la norma constitucional permite durante los estados de excepción.
- Ha quedado en evidencia que en el Perú no existen parámetros que permitan regular el uso de los estados de excepción, máxime si no hay una ley de desarrollo constitucional del artículo 137 de la Constitución, como por ejemplo existe en España y algunos otros países. No basta, por lo tanto, con que se haya habilitado constitucionalmente la posibilidad de interponer demandas de habeas corpus

y de amparo durante los estados de excepción y que además estas acciones se encuentren reguladas en el Código Procesal Constitucional. Sería conveniente por ello que el Congreso de la República expida una ley que regule los estados de excepción.

- Dentro de las sanciones administrativas establecidas por el gobierno se contempla la posibilidad de inhabilitar a los infractores para la celebración de contratados de cualquier tipo y asimismo para salir del país, pese a que la esencia y finalidad de la sanción no es generarles tales impedimentos sino la imposición de una multa, por lo que estamos ante una clarísima vulneración a los derechos fundamentales anteriormente mencionados.
- Los hechos ocurridos en las últimas semanas demuestran que el Estado peruano no se encuentra preparado para afrontar situaciones tan complejas como una inmovilización social casi absoluta que a la par trae como secuela la paralización de la economía y severas crisis en el nivel de desempleo, la atención de los servicios de salud, la crisis de los penales y las enormes dificultades para proveer de ayuda social y económica a los sectores más vulnerables de la población peruana.
- A la luz de la actual situación, es menester analizar con mayor detenimiento la real dimensión de los múltiples problemas sociales generados por la pandemia y las medidas que se han adoptado para conjurarla, así como también la necesidad de encararlos con decisiones inteligentes y eficientes que eviten en el futuro las crisis que ahora estamos enfrentando. En tal sentido, es imperante desarrollar políticas de Estado destinadas a una mayor inclusión social en todos los ámbitos, además de realizar las reformas estructurales que se demandan desde hace décadas.

LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS DE NUESTRA CONSTITUCIÓN EN EL CONTEXTO DEL COVID 19

*Ernesto Alvarez Miranda**

I. Introducción

El Covid 19 ha suscitado un cambio drástico y repentino en nuestras vidas y en todo lo que considerábamos prioritario. Nos encontramos ante una verdadera emergencia sanitaria que probablemente generará consecuencias tan críticas para nuestra vida social y económica como lo fue la Guerra del Pacífico de 1879.

Así, ante la incertidumbre causada por la creciente ola de contagios, el Estado está teniendo un rol protagónico, aunque no necesariamente eficiente. Ante el temor y la inseguridad, no solo los estatistas afirman que el Estado debe intervenir activamente en la economía, por ejemplo, en la regulación de precios de las pensiones de los colegios, en los imprescindibles productos sanitarios, o en los alimentos de primera necesidad, sin detenerse a pensar en las consecuencias, de las que tenemos reiteradas evidencias.

El Estado no solo ha incumplido con sus responsabilidades esenciales para con los ciudadanos: seguridad, educación y salud públicas; también ha demostrado incapacidad para tomar decisiones importantes como comprar material sanitario apenas la OMS advirtió de la internacionalización del virus, también adoleció de buenos reflejos cuando, ante una gran competencia en la demanda, no pudo movilizar contactos ni aliados,

* Decano de la Facultad de Derecho USMP. Ex Presidente del Tribunal Constitucional.

acaso los tuviera, mientras observamos como los particulares sí lograban conseguir grandes cantidades de mascarillas, respiradores o guantes. Lo que el privado consigue con relativa facilidad, el funcionario público no puede adquirir.

¿Acaso debió seguir otra estrategia el Estado?, por ejemplo, 'privatizar' la lucha contra la pandemia, incentivando que importadores y exportadores, profesionales del comercio internacional, usen su red de contactos para abastecer nuestra sociedad de test moleculares; en tanto, satisfecha la demanda, ya habrían bajado los precios y estarían al alcance de la inmensa mayoría para que el Estado pueda brindar esos productos a los más humildes, cumpliendo su rol subsidiario.

¿Cómo tomar mejores decisiones? ¿Existe una ruta que marque las decisiones económicas en nuestro Estado, aun en un contexto de pandemia? La respuesta es sí y se encuentra en nuestra Constitución, descrita con meridiana claridad en el régimen económico, en nuestro modelo de economía de mercado con activa supervisión de un Estado que defienda la idea de una economía destinada a satisfacer las necesidades de las personas.

No debemos olvidar que la Constitución actual tiene aspectos fundamentales que marcan su identidad: el principio de dignidad humana, la iniciativa privada como motor de la economía, la supervisión del Estado para canalizar el emprendimiento individual dentro del modelo alemán de economía social de mercado, son parte del nucleo duro constitucional, no susceptibles de reforma[1].

En nuestra Constitución se establece que nuestro régimen económico se sostiene en una economía social de mercado, cuyo núcleo central es garantizar la dignidad humana, mediante la integración del principio de libertad de mercado en el marco de la justicia social, tal como refiere Alfred Müller-Armack.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta el carácter social en el contexto de nuestro régimen constitucional, no propone la intervención del Estado como regla, sino que busca delimitar el marco de actuación del Estado en el mercado. El cual se circunscribe a dos escenarios específicos: a) cuando

1 Ernesto Alvarez Miranda. Columna: La propuesta envenenada. Diario Expreso del 05 de mayo del 2020. Recuperado de Expreso https://expreso.com.pe/opinion/ernesto-alvarez-miranda/la-propuesta-envenenada

alguna distorsión del mercado exija su inexorable intervención a fin de que este pueda ser recreado nuevamente y se logren corregir sus distorsiones o falencias; y b) cuando se tenga que reparar. En tanto, la regla siempre será la promoción de la libre iniciativa privada, en el cual el particular sea el protagonista.

Por tanto, consideramos importante hacer un repaso por los principios constitucionales de nuestro régimen económico, como guía fundamental en la toma de decisiones estatales que no pueden pasarse por alto ante populismos pasajeros.

II. Principios constitucionales de la economía social de mercado.

En el capítulo referido al régimen económico de economía social de mercado se establece taxativamente que nuestro modelo constitucional es la Economía Social de Mercado.

Recordemos que el referido modelo, nació de la Doctrina Social de la Iglesia Católica y tiene como punto central incorporar el concepto de dignidad humana como eje de todo sistema económico. Por ello, tiene como pilares fundamentales el respeto por la libre iniciativa privada y las libertades propias e inherentes a la persona, tanto como la urgencia doctrinaria de eliminar la pobreza extrema y reducir la pobreza relativa mediante la enérgica acción social de empresas y del Estado.

En ese sentido, con la finalidad de profundizar los lineamientos sobre los que se ha establecido el modelo económico de nuestro país, conviene identificar algunos aspectos relevantes que permiten comprender, los espacios de actuación del Estado y de los agentes económicos en el marco constitucional.

Como hemos referido en estudios anteriores, la Constitución económica debe ser entendida como una materia indesligable del principio de dignidad de la persona humana que inspira de forma transversal a todo el ordenamiento jurídico, así como el de libertad, enfocado al desarrollo del individuo en la sociedad. De esta manera, su finalidad está dirigida, entre otros aspectos, a ser un freno contra todo intento de intervención desproporcionada e irracional por parte del Estado en la asignación de recursos, evitando que éste subrogue al mercado pues de hacerlo no solo lo perturba y distorsiona, también menoscaba

la dignidad y libertad que las personas requieren para edificar sus propios proyectos de vida[2].

Recordemos que, en el Perú, el cambio hacia una economía con mayor apertura se da a partir de los noventa y bajo la vigencia de la Constitución de 1979. En tanto, no fue hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1993 que estos cambios se materializan, pues es en la búsqueda de la consolidación del régimen económico que los nuevos actores privados ingresan al mercado, y con el paso del tiempo sus márgenes de actuación y desempeño van tornándose más discrecionales.

Es por ello que, el lugar del Estado y su participación en el Mercado debe centrarse en asegurar las libertades económicas y combatir el persistente mercantilismo que pervierte la economía y desmotiva al emprendedor, creando las condiciones necesarias para el crecimiento y el desarrollo del país en beneficio del hombre de a pie. Y, por otro lado, siempre que sea necesario, el Estado deberá recrear, en cuanto sea posible, las condiciones ideales de mercado.

Al respecto, se tiene como presupuestos el bien común, el mercado libre y el rol subsidiario y solidario del Estado, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social[3]

En ese sentido, la iniciativa privada y el rol de los agentes en el mercado no pueden sustentarse en una libertad irrestricta, sino que deberán encontrar sus límites y medidas en primer lugar, en la propia lógica del mercado que premia con el lucro a quien responde adecuadamente a las necesidades de lo consumidores y castiga a quien no logra presentar propuestas con buena relación de calidad y precio, debiendo el Estado eliminar las barreras, manipulaciones y distorsiones que impidan la libre competencia y el acceso de todas las personas a bienes y servicios que satisfagan sus necesidades; en segundo una actuación normativa del

2 Alvarez Miranda, E. (2014). El modelo económico de la constitución peruana. IUS ET VERITAS, 24 (48), 256-269. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11921

3 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 13.

Estado, pero además por en las propias actividades que desempeñen los privados, las que sin duda deberán están en consonancia con el interés general de la sociedad.

Al respecto, en el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional los aportes de la socialdemocracia han destacado la importancia y el equilibrio que debe guardar la intervención estatal con el rol de los agentes privados en el mercado, siendo el Estado una figura necesaria para salvaguardar y garantizar condiciones en que se desenvuelven los actores.

> "La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como "privativo" de la autodeterminación de los particulares" EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 18

En ese sentido, se resalta a la libre iniciativa privada como prerrogativa esencial para el pleno desarrollo de la persona humana, la misma que se garantiza, en tanto el Estado y, en general, las autoridades públicas permiten, facilitan y fomenten que los particulares puedan desenvolverse plenamente en su faz económica, ejerciendo su propia iniciativa empresarial.

III. Reflexiones Finales

Considero que es prioritario prestar atención a las medidas económicas que se proponen en el contexto del Covid 19, pues en principio, no parten de premisas lógicas y a razonamientos técnicos provistos de evidencias, sino de personalidades ideologizadas contra el modelo constitucional, o en el mejor de los casos, políticos aficionados urgidos de parecer acertivos ante sus electores, aunque para ello deban optar por el populismo. No existe razón alguna para atentar contra el eje que fundamenta la Constitución Económica: la iniciativa privada como el motor generador de riqueza y la concepción del Estado como garante de la libertad económica, dentro del marco de la economía social de mercado.

Debemos recordar que mientras algunos gobiernos intentaron regular el precio de las mascarillas, hubo otros que incentivaron su producción o importación disminuyendo tributos y facilitando su comercialización en canales de distribución privada. Toda necesidad tiende a ser cubierta por fabricantes y comerciantes del sector en el más breve tiempo posible, pues obtiene más ganancia quien primero se presenta en el mercado con el bien que satisface la demanda. El Estado eficiente es un ágil facilitador que levanta barreras, crea incentivos y sanciona a quien interrumpe el sano desarrollo de las leyes económicas, al tiempo que garantiza al particular la obtención del lucro en tanto se logre satisfaciendo las necesidades de las personas y no mediante las especulación que las perjudique.

Por ello, en el momento de decidir, no se debe olvidar que la politización de la economía solo perjudica al mercado y pone en peligro derechos fundamentales. La intervención estatal en el mercado nunca debe ser populista ni arbitraria, sino por el contrario: racional, mesurada y estrictamente necesaria.

Las leyes ordinarias y las medidas por la pandemia, deben respetar el sentido y la lógica del mercado, que es también la lógica de nuestra Constitución.

ESTADO DE EMERGENCIA POR LA PANDEMIA DEL COVID 19

(INTERROGANTES Y RESPUESTAS CONSTITUCIONALES)

*Ernesto Blume Fortini**

Introducción

Frente a la aparición y expansión de la enfermedad conocida como Covid - 19, que ha sido calificada por la Organización Mundial de la Salud como pandemia, la cual viene jaqueando a la humanidad entera dadas sus características, alta posibilidad y velocidad de contagio, efectos letales en muchos infectados y no existencia de antídoto o cura conocida para detenerla y vencerla, caben varias interrogantes respecto a sus efectos en la esfera del Derecho Constitucional en general y peruano en particular, tales como: ¿Qué peligros encierra este fenómeno para la democracia, los derechos humanos y el Estado Constitucional?, ¿La situación presentada ha sido prevista en la Constitución Política del Perú?, ¿Qué ha previsto nuestra Norma Suprema de la República para conjurarla y para evitar excesos y abusos por quien ejerza el poder encargado de llevar a cabo tal tarea?, ¿El Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado al respecto? y ¿Qué rol corresponde asumir a los constitucionalistas en esta coyuntura? Interrogantes en las que subyace, en concreto, la legítima preocupación

* Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

por los peligros que encierra el uso de los denominados regímenes de excepción, previstos en la mayoría de las constituciones del mundo, para los sistemas constitucionales asentados en la democracia representativa y en los valores persona humana y supremacía constitucional, como es el caso del sistema constitucional peruano.

Intentemos responder las preguntas planteadas, dejando aclarado que se tratará de absoluciones sujetas a un mayor desarrollo, pues ahora ello no es posible por razones de tiempo y espacio.

¿Qué peligros encierra este fenómeno para la democracia, los derechos humanos y el Estado Constitucional?

Como quiera que el enfrentamiento de este fenómeno implica la adopción de medidas urgentes y extraordinarias, desde que se trata de situaciones que escapan a la normalidad sobre la que está basada la regulación del ejercicio del poder político en toda colectividad, la mayoría de constituciones han establecido la posibilidad de otorgar facultades especiales a la autoridad que ejerce el gobierno, que mayormente denominan Poder Ejecutivo, brindándole las herramientas normativas correspondientes mediante la figura de los comúnmente llamados regímenes de excepción. Empero, tal otorgamiento de facultades, que conlleva una necesaria concentración de poder en la autoridad encargada (esto es, el presidente y su equipo de gobierno), encierra el peligro que aquella autoridad incurra en excesos y abusos de poder e, inclusive, caiga en una tentación totalitaria, a riesgo de lesionar el sistema constitucional de que se trate e, inclusive, afectar directamente la democracia, los derechos humanos y el Estado Constitucional, lo cual sería ciertamente pernicioso desde todo punto de vista y un lamentable retroceso en los avances de la humanidad en la idea de rescatar y preservar a la persona humana como valor fundamental y fin supremo de la sociedad y el Estado, anterior y superior al Estado y razón de ser del Estado, así como el valor supremacía constitucional, en cuanto expresión normativa del poder constituyente, que es el poder fundacional del Estado Nación, de pertenencia exclusiva y excluyente al pueblo.

¿La situación presentada ha sido prevista en la Constitución Política del Perú?

La respuesta es positiva en la medida que la aparición del fenómeno de la pandemia del Covid - 19 se entienda como una grave circunstancia

que afecta la vida de la Nación. En efecto, el artículo 137 de la Constitución peruana, que regula los denominados regímenes de excepción, ha habilitado en su inciso 1 al Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros y dando cuenta al Congreso de la República o a la Comisión Permanente, en caso se decida en época de receso parlamentario, a decretar el estado de emergencia, que se da cuando se producen situaciones de perturbación o alteración de la paz o el orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afectan la vida de la Nación, como consecuencia de la cual el gobierno puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos constitucionales a la libertad y seguridad personales, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad de reunión y a la libertad de tránsito, consagrados en los incisos 9, 11, 12 y 24.f del artículo 2 de la Carta Fundamental de la República; debiendo precisarse que la restricción o suspensión no debe exceder el plazo de sesenta días, prorrogables por decisión del mismo Presidente de la República con acuerdo de su Consejo de Ministros mediante nuevo decreto; y que durante el estado de emergencia las Fuerzas Armadas pueden asumir el control del orden interno si así lo decide el Presidente de la República.

¿Qué ha previsto nuestra Norma Suprema de la República para conjurarla y para evitar excesos y abusos por quien ejerza el poder encargado de llevar a cabo tal tarea?

La Carta Fundamental de la República ha previsto básicamente tres mecanismos de control para evitar excesos y abusos del Poder Ejecutivo al utilizar el estado de emergencia: el control político, el control jurisdiccional y el control social o ciudadano, sin perjuicios de otros controles accesorios y puntuales.

El control político corre a cargo del Poder Legislativo y se desprende, entre otros, de lo establecido en el artículo 102, inciso 2, de la Constitución, que dispone que es atribución del Congreso "Velar por el respeto de la Constitución y las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores", y del artículo 137, primer párrafo, de la misma, que, en su parte pertinente, reza "El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan.", refiriéndose al denominado estado de

emergencia y al llamado estado de sitio. Es decir, a la luz de nuestra normativa constitucional el control político se ha establecido comprometiendo tanto al Congreso, al imponerle la obligación constitucional de vigilar que todos los actos realizados por el Poder Ejecutivo durante la declaración del estado de excepción, como al propio Poder Ejecutivo, al imponerle la obligación de informar al Poder Legislativo de la declaración del estado de excepción, lo que significa además mantenerlo al tanto de las diversas decisiones y acciones que se van dando durante su desarrollo.

El control jurisdiccional corre a cargo del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, según corresponda, y se desprende de los dos últimos párrafos del artículo 200 de nuestra Carta Constitucional que consagra los procesos constitucionales (mal denominados garantías constitucionales); párrafos en los que se establece, respectivamente, "El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución" y "Cuando se interpongan acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración de estado de emergencia ni de sitio." Como se observa, es un control que sólo opera cuando de por medio se ha promovido un proceso constitucional frente a alguna amenaza o violación concreta de alguno de los derechos constitucionales protegidos por el hábeas corpus o el amparo, producidas a partir del estado de excepción o durante su vigencia; y que queda constreñido al examen de la razonabilidad y proporcionalidad del acto cuestionado, sin que corresponda al órgano jurisdiccional competente pronunciarse sobre el estado de excepción en sí ni sobre las razones que lo motivaron.

El control social o ciudadano es el que pueden ejercer todos los miembros y sectores de la sociedad peruana, a través de los mecanismos propios del sistema constitucional, que garantiza el derecho a la crítica, el derecho de petición, el derecho a la denuncia pública o privada e, inclusive, el derecho a la rendición de cuentas en el marco de un sistema libertario en el cual existe plena libertad de información, dimensión en la cual tienen un papel protagónico los medios de comunicación social.

¿El Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado al respecto?

La absolución de esta interrogación también es positiva. El Tribunal Constitucional peruano ha emitido algunas sentencias en las que ha abordado la temática relacionada con los parámetros del ejercicio del poder en situaciones excepcionales, a partir de la precisión de los alcances, contenidos y definiciones de las expresiones orden interno, normalidad constitucional, situación extraordinaria y régimen de excepción, así como de diversas explicaciones de dichas precisiones (STC 00017-2003-AI/TC, fundamentos 3 al 20), dejando sentado que "…la normatividad jurídica que regula la constitución, vida y acción del Estado supone, como premisa para su aplicación, una situación de normalidad y equilibrio político, social y económico, tanto en el ámbito nacional como internacional, …" (STC 00017-2003-AI/TC, fundamento 11) y que "…cuando dicha situación de regularidad plenaria desaparece o se ve alterada como consecuencia de factores perturbadores de diversa índole, al Estado se le hace difícil - e incluso hasta imposible- actuar con arreglo a sus normas ordinarias, las que se revelan ineficaces para afrontar una situación imprevista que puede poner en serio peligro la existencia misma del cuerpo político, la plenitud del ejercicio del poder o el goce duradero de los derechos constitucionales" (STC 00017-2003-AI/TC, fundamento 11); por lo que debe recurrirse a los denominados estados de excepción cuyo objeto es "…la salvaguarda futura de la plenitud del ejercicio del poder político y de los intereses ciudadanos." (STC 00017-2003-AI/TC, fundamento 13).

En esa línea ha enfatizado que "El régimen de excepción conceptualmente hace referencia a aquellas 'competencias de crisis' que la Constitución otorga al Estado con el carácter de extraordinarias, a efectos de que pueda afrontar hechos, sucesos o acontecimientos que, por su naturaleza, ponen en peligro el normal funcionamiento de los poderes públicos o amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política." (STC 00017-2003-AI/TC, fundamento 15), así como, en la línea trazada por Bernardino Gonzáles [Cit. por Adolfo Rodríguez en: Consideraciones sobre el Estado y el Gobierno. Punto, 1991], que "… dicho régimen se traduce en competencias especiales que asume el jefe del Ejecutivo, para poner fin, por medios jurídicos, a la situación de excepción que se ha producido, o para precaverse de ella en caso de que sea inminente. Esto implica una regulación constitucional ad hoc destinada a 'enmarcar' la anormalidad. El efecto inmediato de

lo expuesto es el surgimiento de una concentración de competencias o funciones." (STC 00017-2003-AI/TC, fundamento 16).

También ha determinado las principales características de los regímenes de excepción: a) Concentración del poder con autorización constitucional, b) Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad, c) Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios, d) Transitoriedad, e) Determinación espacial de su aplicación, f) Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales, g) Aplicación de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, h) Defensa de la perdurabilidad y el cabal funcionamiento de la organización político-jurídica, i) Vigencia permanente del control jurisdiccional, j) Aplicación del control político, k) Cumplimiento de la obligación de rendición de cuentas y l) Determinación de la responsabilidad política en el uso de las competencias de crisis. (STC 00017-2003-AI/TC, fundamento 18).

Además, en cuanto a los elementos necesarios para decretar un estado de excepción, el Tribunal Constitucional ha señalado que estos son la existencia de una situación de anormalidad, consistente en la aparición de una circunstancia fáctica peligrosa o riesgosa que exige una respuesta inmediata por parte del Estado; la aplicación del acto estatal necesario, en cuanto respuesta imprescindible, forzosa o inevitable, para enfrentar la situación de anormalidad, en la cual el Estado no prioriza los criterios de discrecionalidad, utilidad o conveniencia, sino que se moviliza en virtud de lo inevitable, imperioso o indefectible; y legalidad excepcional, consistente en un marco normativo derivado de una grave situación de anormalidad, pero sin desvincular el acto estatal necesario de los valores y principios que inspiran al Estado de Derecho. (STC 00017-2003-AI/TC, fundamento 19).

Por lo demás, si se trata de consignar lo que podríamos describir como ideas fuerza que se desprenden de las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional en los casos en que ha tenido la oportunidad de resolver conflictos constitucionales relacionados con los regímenes de excepción, estas pueden resumirse en las siguientes: en ningún caso, ni en los estados de emergencia, el poder militar subordina al poder constitucional; la declaratoria debe estar motivada y debe haber posterior rendición de cuentas; la declaratoria del estado de emergencia es de última ratio; y la suspensión del ejercicio de los derechos no constituye suspensión del Estado de Derecho. (STC 0002-2008-PI/TC, fundamentos 19 al 25).

¿Qué rol corresponde asumir a los constitucionalistas en esta coyuntura?

Los constitucionalistas debemos estar en una actitud de especial alerta académica, atentos permanentemente en la observación de las diversas acciones que se vayan tomando por parte de las autoridades a raíz de la situación que haya generado la aplicación del régimen de excepción, desde la causal invocada hasta todo el desarrollo del periodo que dure la situación de excepcionalidad y que concluya con la vuelta a la normalidad constitucional, realizando el respectivo análisis desde todas las dimensiones posibles, con énfasis en el estudio de las razones argüidas, las decisiones tomadas, la implementación respectiva y, en general, el manejo de la problemática surgida, así como del ejercicio del poder político, velando porque este se lleve a cabo dentro de los parámetros constitucionales.

Es decir, una actitud vigilante, atenta y previsora, que permita orientar y contribuir a la corrección de cualquier desvarío que pueda surgir en quienes conduzcan el enfrentamiento del problema; actitud que exige también una labor de docencia constitucional, fundada en los valores y principios que inspiran el marco normativo existente, exigiendo un riguroso apego a las disposiciones contenidas en la Constitución.

El cumplimiento de ello exige una rigurosa coherencia en el estudio y la investigación que se realice, entre los principios y valores constitucionales, así como los mandatos contenidos en la Norma Suprema y la apreciación de lo que vaya aconteciendo, para no abdicar jamás de las exigencias del deber ser de las cosas frente al ser de las cosas, para no caer en la tentación de justificar lo que carece de amparo constitucional.

Así podremos aportar a la sociedad nuestras reflexiones en aras de evitar excesos y abusos por parte de la autoridad, que afecten los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Norma Suprema de la República, para que, preservando el orden constitucional, se supere la situación y se vuelva a la normalidad constitucional.

Apreciaciones de cierre:

Como se puede apreciar, la Constitución ha previsto mecanismos para evitar un uso abusivo y excesivo de los poderes que asume el Poder Ejecutivo en la declaración de emergencia, ya que no se trata de facultades irrestrictas ni libres de control, por cuanto están sujetas al conocimiento,

fiscalización y supervisión del Congreso de la República, desde que, lo reiteramos, el propio artículo 137 impone al Presidente de la República, al habilitarlo para tomar la medida de excepción, la ineludible obligación de dar cuenta de la medida adoptada al Congreso de la República; obligación que traduce una lógica importante del constituyente peruano: en términos constitucionales, el uso de la facultad excepcionalísima en comento debe encuadrarse en los cánones constitucionales, no es ilimitada y está proscrito todo acto ajeno al marco competencial básico de nuestro sistema constitucional.

En consecuencia, no se trata de una habilitación irrestricta, de un cheque en blanco o de una letra sin vencimiento otorgada a favor del Ejecutivo, sino de una habilitación constitucional sujeta a control desde el mismo momento que la medida es adoptada y constreñida por el riguroso acatamiento de los linderos establecidos en la normativa constitucional; linderos que deben encuadrarse no sólo al texto de la Norma Suprema, sino a los principios y valores que esta encierra. Diríamos, en el fondo a la lógica y racionalidad del constituyente, que postula un Estado enmarcado por el imperio de la soberanía constitucional.

Esta obligación constitucional, implica, sin lugar a dudas una aptitud pro activa del Poder Legislativo, que no debe ser una simple mesa de partes, cuya intervención se agota con la toma de conocimiento del decreto de emergencia, como ha ocurrido en oportunidades pretéritas. Debe ser un ente atento y en alerta permanente, consciente de su rol fiscalizador y contralor, que haga un seguimiento permanente, en representación del pueblo, de cada paso y de cada acción del Poder Ejecutivo.

De otro lado, en lo que atañe específicamente al accionar del Ejecutivo respecto de los derechos fundamentales cuyo ejercicio puede ser restringido o suspendido, tampoco estamos frente a una facultad irrestricta ni muchos menos. Ella está enmarcada dentro de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como lo prevé el artículo 200 de la Constitución, concordante con el artículo 23 del Código Procesal Constitucional, que habilitan a la justicia constitucional a ejercer un control en tales dimensiones, al punto de poder dejar sin efecto cualquier restricción o suspensión que no supere los cánones de razonabilidad y de proporcionalidad, e, inclusive, propiciar las medidas sancionatorias que correspondan contra quienes hayan incurrido en infracción.

Nótese que, en el plano estrictamente normativo constitucional, los regímenes de excepción, que en el Perú son el estado de emergencia y el estado de sitio (el cual no nos corresponde comentar ahora), están sujetos a control político y jurisdiccional, sin perjuicio de los otros mecanismos de control que permite el sistema constitucional en un Estado basado en la democracia representativa y en el respeto de los derechos humanos, donde todos nos encontremos sometidos a la soberanía de la Constitución, como por ejemplo el que ejerce la Contraloría General de la República sobre la gestión y los gastos públicos, en el plano institucional público, o el que ejercen la prensa, los medios de comunicación y la colectividad misma, en el plano de la sociedad.

Habrá que esperar entonces que, en el plano fáctico y operativo, no se produzcan excesos. Al respecto, más allá de los cuestionamientos que un sector viene haciendo a las medidas adoptadas por nuestras autoridades, para algunos el mismo texto del Decreto Supremo 044-2020-PCM, que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del Covid – 19, contendría excesos, porque las restricciones establecidas estarían lesionando derechos no comprendidos por el estado de emergencia, la libertad de comercio, de contratación y al trabajo, entre otros, que escaparían a la habilitación concedida por el artículo 137 de la Constitución. Sobre tal particular, el autor de este comentario no debe emitir opinión puntual ni juicio crítico porque siendo juez constitucional, integrante del Tribunal Constitucional del Perú, podrían llegar a dicho órgano constitucional procesos en los que se cuestionen las medidas adoptadas y disposiciones aprobadas.

La situación generada, a partir de la aparición y expansión mundial del Covid - 19, constituye un reto y una prueba a la conciencia constitucional de los países involucrados, que reclama una actitud seria y madura en quienes tienen las decisiones de gobierno para no ceder ante las tentaciones totalitarias que produce una situación de concentración de poder y eventual afectación de derechos fundamentales amparada por la propia Constitución. Empero, que reclama igualmente una actitud comprometida de la comunidad mundial y de todos los sectores de nuestras sociedades, para no consentir violaciones de derechos, excesos de poder o desnaturalizaciones de otra índole. En el fondo, para que en la eterna lucha entre la democracia y totalitarismo este último sea derrotado. Frente a ello, lo que cabe es una actitud de alerta colectiva, basada en el compromiso solidario de

pertenecer a la raza humana y no permitir avasallamientos ni injusticias de ninguna naturaleza, a partir de la premisa conquistada con tanta lucha, de hacer realidad lo que tanto postulamos: que la persona humana es el valor fundamental de toda organización política, social, económica, cultural y de toda índole; anterior y superior al Estado y razón de ser de este.

CORONAVIRUS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

*Francisco Miro Quesada Rada**

A raíz de la expansión del COVID 19 a lo largo y ancho de nuestro territorio, el gobierno decidió suspender importantes garantías constitucionales que constituyen derechos fundamentales de la persona.

Se empieza a discutir si los alcances de esta decisión fue oportuna o no. Desde mi punto de vista sí lo es, porque sino se hubiera ordenado el confinamiento, una medida que se ha tomado en casi todos los países democráticos, los contagios y las muertes hubiesen sido mayores de los que, lamentablemente, tenemos ahora.

Si el gobierno nos propone continuar en cuarentena, es porque considera que el bien jurídico protegido es la vida y que no hay nada más importante que ella. Es cierto que la vida no sólo quiere decir que nuestros signos vitales estén bien, es algo más complejo que implica nuestra libertad, nuestro trabajo, nuestra educación, nuestro derecho a la cultura y recreación, así como la de opinar y a desarrollarnos plenamente.

Pese ello se decidió suspender las garantías constitucionales, que son un conjunto de derechos, ante la letalidad del COVID 19.

* Director de la Escuela Profesional de Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Entramos así a un régimen de excepción, por encontrarnos en una grave situación de peligro inminente contra la vida y la salud.

Tenemos, pues una emergencia, un "estado de emergencia" y este procede, según el inciso 1 del artículo 137, porque estamos "ante una grave circunstancia que afecta la vida de la nación", que es una de las causales que señala el inciso antes mencionado.

En consecuencia, dada esta eventualidad, la autoridad puede (no dice debe) restringir o suspender el ejercicio de los derechos constitucionales que son relativos a la libertad, seguridad personal, inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión y de tránsito. Además, agrega que en ninguna circunstancias se puede desterrar a nadie.

Que está última parte la tengan presente esos xenófobos que, aprovechándose de la emergencia, propusieron desterrar a los venezolanos.

También precisa el artículo que el estado de emergencia no puede ser mayor de sesenta días y si la autoridad decide prorrogarlo debe hacerlo a través de nuevo decreto. Agrega que las Fuerzas Armadas asumen el control interno si lo dispone el Presidente.

Esto está sucediendo, lo estamos viviendo día a día. Pero hay que recordar, (salvo algunos abusos que son de conocimiento de la opinión pública los que además de investigados y deben ser denunciados ante el juez correspondiente) que estas están cumpliendo una labor sacrificada por lo riesgosa, como también lo viene haciendo el cuerpo médico y de enfermeras del país, la policía, sin olvidarnos de los trabajadores de limpieza pública y del serenazgo.

Superada la emergencia las Fuerzas Armadas y la policía deben de inmediato retornar a sus labores que le asigna la Constitución y las leyes. Pues de no hacerlo y si el gobierno aprovecha la pandemia que todavía, aunque en menor grado va a continuar para seguir suspendiendo derechos, habremos caído en una dictadura, lamentablemente querida por algunos virus ideológicos neofascistas. Los demócratas debemos estar alertas ente esta posibilidad.

Unas de las libertades que no se suspende es la de expresión y opinión. Ello permite que continúe este derecho fundamental, sobre todo la libertad de prensa, no sólo para que el ciudadano esté bien informado, sino para que los medios de comunicación cumplan su deber moral de

denunciar y fiscalizar. Esta Libertad es una garantía para la permanencia de la democracia.

También como dice el artículo 200 de nuestra Carta Magna en el inciso sexto, que las acciones de Habeas Corpus y Amparo no se suspenden mientras dure el régimen de excepción. Es decir que cualquier ciudadano puede accionarlos contra la autoridad si estima que, con esta medida, son lesionados sus derechos fundamentales.

Como afirma el constitucionalista Domingo García Belaunde en su obra "Teoría y Práctica de la Constitución Peruana", que los ciudadanos en este caso mantenemos nuestros derechos, pero estos quedan en suspenso. Puesto que estos derechos son íncitos, nos pertenecen, son inalienables, universales, no prescriben y no son negociables.

Si algo no debe cambiar luego de la pandemia es que los derechos humanos de todos los peruanos mantengan su plena vigencia.

LOS DEBERES FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DE LA PANDEMIA

*Frank Max Augusto Durand Avila**

Resumen

Este trabajo aborda el papel histórico que ha tenido los deberes fundamentales, las propuestas de clasificación de deberes fundamentales, los deberes fundamentales contenidos en nuestra carta constitucional que ha puesto en jaque su cumplimiento a causa de la presencia del SARS cov-2 conocido como Coronavirus. Y cual ha sido el papel del gobierno, y la población en la lucha y prevención de esta pandemia, de acuerdo de los deberes que ambas partes tienen.

1. Introducción

El proceso histórico de los deberes fundamentales ha transitado por varias etapas de acuerdo a la tradición occidental, cuya adopción se ha moldeado según los regímenes políticos imperantes, la primera etapa comprende desde la edad antigua hasta la edad media, en cuyo momento "los individuos eran poseedores sólo de obligaciones y deberes hacia el señor feudal, hacia el monarca y la iglesia. Los derechos humanos, así, empezaron a emerger incipientemente como prerrogativas en contra de estos poderes

* Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana los Andes, miembro del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional, Asistente Judicial de la Corte Superior de Justicia de Junín.

absolutos." (Christian Steiner & Patricia Uribe, 2014: p. 727). Este momento histórico como se recuerda, fue fuertemente definido e influenciado por el pensamiento religioso, y el cristianismo como ideología de sometimiento del en favor del poder absolutista. Este iusnaturalismo idealista superpuso los deberes a la ausencia de cualquier derecho, el deber de todo súbdito era la obediencia al Rey y de sus mandatos. Dos modelos revolucionarios, derrocaron este régimen, la Independencia Americana de 1775 y Revolución Francesa de 1789, liderado por el movimiento burgués, así se incorporó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, donde se proclama por vez primera los Derechos Humanos. "En los orígenes del Estado liberal el deber de gobierno se concretaba a través del Derecho en la realización de las funciones de garantía de la acción de los particulares y de represión de las violaciones de ese orden garantizador." (Gregorio Peces-Barba Martínez, 1987: p. 338). El Estado Legal[1] de Derecho o legiscentrismo, es una característica que se aprecia en dicha declaración, por lo tanto, el deber de ciudadano y su sometimiento a ley era uno de mayor trascendencia. Se buscó romper el deber impuesto en su momento, entre el súbdito y el soberano, sin embargo con el nacimiento de los Derechos Individuales, se vieron con la paradoja que cada Derecho debía comprender un deber, esto justifica en tanto, el legiscentrismo, el deber que tiene el ciudadano a la ley. El deber de obediencia al rey es reemplazado por el deber de obediencia a la ley.

Con la Revolución Rusa y Mexicana, 1917 y 1910 respectivamente, se apertura una nueva etapa, y lo insuficiente de los Estados liberales, dieron origen a los DESC. "En el Estado social, se añade a esas funciones la función promocional (Bobbio) como acción positiva de los poderes públicos para satisfacer las necesidades básicas de los hombres." (Gregorio Peces-Barba Martínez, 1987: p. 338). El deber fundamental de cumplir con las acciones positivas que este nuevo Estado, es unhecho revolucionario, el paso de los Derechos Individuales al de los Derechos Colectivos. Se

1 **Artículo 7.-** Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; con todo, cualquier ciudadano que sea requerido o aprehendido en virtud de la Ley debe obedecer de inmediato, y es culpable si opone resistencia.

Artículo 8.- La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

deja atrás "el deber de gobierno más unitario y concentrado y fundamentalmente planteado como deber negativo, se descompondrá en una serie de deberes positivos vinculados a la satisfacción de derechos de crédito (principalmente económicos, sociales y culturales) derivados del valor igualdad. (Gregorio Peces-Barba Martínez, 1987: p. 338). Al Principio de Libertad, se incorpora ya no únicamente el de Igualdad formal, sino la búsqueda de una Igualdad Material, esto se explica debido a la marcada desigualdad social y económica de aquellos años, consecuencia de la Primera Guerra Mundial y a la crisis económica de 1930, otro fundamento a este nuevo Estado es el deber de Solidaridad, los DESC rápidamente fueron incorporados a las novísimas constituciones, empero, no se llegó a comprender que este tipo de Derechos, son más accesibles si coordinadamente junto a ellos se concientiza los deberes fundamentales que estos implican. Es el momento histórico en la búsqueda del deber/obligación del Estado en el reconocimiento y ejecución de los DESC

La asunción del Nazismo al poder y la búsqueda de la hegemonía de los países potencias condujo a la Segunda Guerra Mundial. El positivismo normativo Alemán de los Nazis, tergiversó, la posición de la persona humana en la sociedad, donde el ser humano estaba al servicio del Estado y no el Estado al servicio del ser humano, el deber de servir al Estado era la máxima imperante, "el actual movimiento internacional de los derechos humanos emerge a mediados del Siglo XX como respuesta al sentido del "deber" inspirado en el nacionalismo más exacerbado, y en última instancia el imperialismo, que alcanzaron su apoteosis durante el régimen Nazi.[2]" (Christian Steiner & Patricia Uribe, 2014: p. 727). Los deberes de ciudadano estuvieron por encima de sus propios Derechos, lo que condujo a un desequilibrio entre Derechos/Deberes fundamentales, lo que condujo a la deshumanizante consecuencias que conocemos.

La creación de las primeras cartas internacionales fueron una forma de contrarrestar la catástrofe ocasionada por la Guerra, estos documentos internacionales no contenían únicamente un amplio plexo de Derechos Humanos, sino también de Deberes Fundamentales. Ambos representaban la contracara de una misma moneda. Las normas internacionales que han

2 Saul, Ben, "In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsabilities", Columbia Human

Rights Law Review, No. 32, p. 613

regulado los deberes fundamentales, comprenden; la Declaración Universal de Derechos Humanos[3] del 10 de Diciembre de 1948. Básicamente "(…) la Declaración no enumera los deberes de la persona, quedando abierta la posibilidad de que cada Estado pueda determinar el catálogo de deberes a ser establecido de acuerdo a su normativa y política interna." (Daniela Damaris Viteri Custodio, 2014: p. 23)

Se podría decir entonces, que a pesar de que se buscó un equilibrio entre Derechos/Deberes, para su cumplimiento, esto en la práctica y en la incorporación de los Estados en su normativa interna, de acuerdo a su discrecionalidad, ha desdicho esta iniciativa. Tanto por las falta de políticas públicas en los Deberes Fundamentales como en la falta de una adecuada practica legislativa de los mismos.

Otro instrumento internacional que ha reconocido deberes fundamentales es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su preámbulo[4] y, en su artículo 32[5], este precepto a comprendido solo tres

3 **Artículo 29:**

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

4 "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura

5 **Artículo 32.** Correlación entre Deberes y Derechos:

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

deberes; a) con la familia, b) con la comunidad y c) con la humanidad. "Para algunos autores, en la actualidad, debe estar fuera de toda duda que los individuos tienen deberes emanados de los tratados y del derecho internacional, y que dichos deberes pueden estar relacionados con los derechos humanos.[6] (Christian Steiner & Patricia Uribe, 2014: p. 725). Estos deberes son exigibles entonces para con la familia, como núcleo social, para la comunidad, como el grupo humanos que incorporara con sus costumbres un deber colectivo, sin exigencias y propio de sus conciencias, un tanto utópico pero esto deberá alcanzar también a la humanidad. "Así, los derechos humanos pueden implicar deberes para las personas y grupos, o sólo a los Estados.[7] (Christian Steiner & Patricia Uribe, 2014: p. 725). Esto representará un triángulo de interacción, en donde los deberes Fundamentales estarán al centro y las aristas, serán del Estado para con los particulares, los deberes de particular a particular y el deber que le corresponde a los particulares con el Estado.

Existe todo un bloque de convencionalidad que ha desarrollado una amplia gama de deberes fundamentales, pero solo queda sumar un último documento, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[8]

2. **Concepto de Deberes Fundamentales**

Lo que hasta aquí, hemos planteado, busca por lo tanto, que tanto los Derechos Fundamentales como los Deberes Fundamentales, puedan ser exigidos y cumplidos en la justa medida con la debida coordinación, en donde unos no termine sobrepasando el uno del otro, un concepto de los Deberes Fundamentales al que nos adherimos:

> (…) como aquellos deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial

6 Paust, Jordan J., The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law. Harvard Human Rights Journal, No. 5, 1992, p. 51.

7 *Ibid.*

8 **Artículo XXXIV.-** Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz.

Artículo XXXV.- Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias.

> importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las Instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional. (Gregorio Peces-Barba Martínez, 1987: p. 336).

Esta conceptualización entonces no se aleja de la relación intrínseca, que debe existir en los Derechos/Deberes, y que en ningún momento se pierda de vista la Estructura social en su conjunto, y que la interrelación entre gobernantes y gobernados se hagan responsables de los deberes que les compete. Es importante tener presente que para que un deber fundamental sea exigible, es imperioso su incorporación al texto legal de la constitución. "Puede que exista, por ejemplo, el deber moral de asistir a los heridos, pero si este deber no se encuentra explicitado en el ordenamiento jurídico, no nos encontraremos ante una obligación." (Daniela Damaris Viteri Custodio, 2014: p. 13). Por lo que los deberes/derechos respecta, serán judicializarles, siempre en cuando, "los derechos-deberes pueden ser, en su faceta de derechos, directamente exigibles por los ciudadanos con las garantías que les correspondan." (Francisco Javier Díaz Revorio, 2011: p. 288). En consecuencia, tenemos dos presupuestos básicos para el cumplimiento de los deberes fundamentales, el primero, es que tiene que estar incorporados al texto constitucional y segundo, tiene que ser respaldados por un Derecho, que los torne exigibles. Por lo que en el segundo presupuesto no se hará efectivo, en aquellos deberes que no se encuentren en la Constitución, como es el caso del Deber de Solidaridad, mencionado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, pero que sin embargo no está positivizado en nuestra Carta Constitucional. No obstante, debemos tener en cuenta, que su utilidad es fundamental, debido a que la Solidaridad representa un principio trascendental en un Estado Social de Derecho, es la piedra angular del Humanismo.

3. **Clasificación de los deberes Fundamentales**

La doctrina ha tenido oportunidad de clasificar los Deberes Fundamentales; PRIMERO.- "DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO[9]" lo clasifica de acuerdo a la característica del Estado, "los deberes en el

9 DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. Curso de derecho constitucional español, cit.

Estado democrático (grupo en el que se encuadran el deber de estudiar, deberes militares, deberes en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad). (Francisco Javier Díaz Revorio, 2011: p. 295).” Como “Deberes en el Estado de derecho (deberes conyugales, deberes asistenciales de los padres, deber de colaborar con la administración de justicia)” (Francisco Javier Díaz Revorio, 2011: p. 295). Como “deberes en el Estado social (deber de trabajar, deberes tributarios, deberes sanitarios, deber de conservar el medio ambiente); deberes en la monarquía parlamentaria (comparecer ante las comisiones de investigación), y deberes en el Estado de las autonomías (conocer el castellano). (Francisco Javier Díaz Revorio, 2011: p. 295). SEGUNDO.- “RUBIO LLORENTE,[10]” lo clasifica de acuerdo a la función de su finalidad, “deberes en interés del Estado (defender a España, deberes en situación de riesgo, catástrofe o calamidad, contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, colaborar con la administración mediante prestaciones personales)”. (Francisco Javier Díaz Revorio, 2011: p. 295), “deberes en interés de la cohesión nacional (conocer el castellano), y deberes en otros intereses, que él denomina deberes anómalos (seguir la enseñanza básica, trabajar, conservar el medio ambiente).” (Francisco Javier Díaz Revorio, 2011: p. 295). Y TERCERO.- Gregorio Peces-Barba y Biscaretti di Ruffia, lo clasifica según los deberes que cumple. “Los deberes de función pueden asumir la función de jurado o el deber de voto (Bélgica, varios cantores suizos, Hungría y Dinamarca, por ejemplo).” (Gregorio Peces-Barba Martínez, 1987: p. 339). Y “Los deberes de prestación general (válidos para todos los ciudadanos, son principalmente dos: el deber de prestación del servicio militar y el deber de contribuir por medio del sistema tributario al sostenimiento de los gastos públicos.” (Gregorio Peces-Barba Martínez, 1987: p. 339). Y se tiene “Los deberes de prestación especial son los de clases de ciudadanos como los funcionarios, los jueces y otros operadores jurídicos (como el deber de imparcialidad). (Gregorio Peces-Barba Martínez, 1987: p. 339). A pesar de que la clasificación tiene una finalidad académica, nosotros nos inclinamos por la tercera clasificación.

4. **Los deberes fundamentales puestos a prueba durante la pandemia**

Mientras redacto este pequeño trabajo los medios de comunicación informan que nos encontramos entre los 12 países con más contagios a nivel mundial, incluso superamos a China, lugar de origen de la Pandemia. Por

10 RUBIO LLORENTE, F. “Deberes constitucionales”, op. cit.

el momento, algunos países han salido del Estado de Emergencia, mientras nuestra realidad resulta incierta, por lo que posiblemente seguiremos extendiéndonos en la cuarentena. Las discusiones sobre esta pandemia han sido productiva, se ha escrito mucho, desde distintos campos del saber, la filosofía, la política, la economía, la medicina, entre otros. Pero, un punto de inflexión que separa nuestro país, de los que ya vienen dejando la cuarentena, es precisamente la educación cívica y cultural de cómo ha sido asumido en países como Alemania, Corea del Sur y hasta China mismo. Nuestro país obviamente por las características de diferencia económica y social, le ha jugado un papel en contra. Es por ello, que los Deberes Fundamentales que deben cumplir cada actor social, sea entre muchas, la causa del pico de altura de contagios al que se ha llegado. Veamos, que Deberes Fundamentales que contiene nuestra Constitución han estado más o menos presentes en esta pandemia.

a) **Los deberes de los padres frente a los hijos**[11].- El aislamiento trajo consigo, una mayor relación padres e hijos, pero también una mayor alejamiento entre ambos, esto último sucede por ejemplo en los casos de Pensión de Alimentos, muchos menores se verán afectados en su deber alimentario, debido a la falta de trabajo y actividad laboral de sus padres. Por, lo que traerá consigo una gran carga procesal en los Juzgados de Paz Letrado y de morosidad en dicho pago.

b) **El deber de promoción y defensa de la salud**[12].- Los deberes fundamentales que le corresponde al Estado en favor de la población, se ha visto en crisis. Por un lado, el deber de cubrir la atención médica de los infectados que sobrepasa el límite de capacidad de los Centros atención médica, la centralización de los servicios de salud en un territorio nacional extenso, la poca inversión en salud a cargo del Estado, los problemas de salud paralelos preexistentes

11 **Artículo 6°.** La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. (…) Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. (…)

12 **Artículo 7.-** Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

en la población que los convierte en población vulnerable ante el Coronavirus, el deber de defensa de salud mental en favor de los niños, por la cantidad de casos de depresión que se ocasionará por la cuarentena y la falta del deber de preparación de los médicos para asumir esta pandemia. Existe también el deber entre los particulares con respecto a la salud, como el de guardar la distancia, cuyo desacato ha sido más que evidente, el deber de informar si alguna persona se encuentra en una situación grave de salud debido a que pone en riesgo su propia salud como la de los demás. Una noticia informaba que un ataúd con un cadáver dentro había sido abandonado en una casa deshabitada, mientras los vecinos solicitan ayuda.

c) **El deber a una educación[13].-** El deber de los docentes de tener la preparación suficiente para impartir sus clases con los medios electrónicos disponibles de forma novedosa y con la capacidad necesaria. El deber de los padres a que ayuden en la educación de sus hijos que serán impartidos en casa, y el deber de las autoridades de prestar los medios necesarios para que la educación sea oportuna, accesible en las posibilidades, aceptable y adaptable a las condiciones que lo requieran. Un problema social, es el trabajo infantil que va a generar esta pandemia, debido a que muchos de los niños por la falta de economía de sus padres, saldrán de sus hogares a trabajar, lo que afectara su educación, por lo que es deber del estado prever la soluciona esta problemática.

d) **El deber de las y los vecinos de participar en el gobierno municipal de su jurisdicción[14].-** Este deber se verá reforzado con el mecanismo de la rendición de cuentas hacia la población, en principio porque la

13 **Artículo 16°.-** Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados.

El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.

Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.

Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República.

14 **Artículo 31.**- Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.

compra de productos en beneficio de la población por la pandemia se hará sin la licitación correspondiente, por la situación de urgencia, pero ello no es óbice a que la población no sea informada de los gastos y políticas publicas empleadas. Otra forma del cumplimiento del deber de los vecinos, es en los casos en los que los ronderos o comuneros de cada región del país, actúan en defensa y protección de su comunidad, para prevenir el contagio del Coronavirus.

e) **El deber de honrar al Perú**[15].- Los militares, los médicos y el personal de limpieza en las calles, son los actores principales en el cumpliendo de su deber de honrar a su país, y esto lo vienen haciendo en el ejercicio de sus funciones.

f) **Los deberes de las y los servidores públicos**[16].- El deber de las y los servidores públicos de transparencia y rendición de cuentas, está contenido en la Ley Nº 27806 –Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública–tiene por finalidad promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información, y señala que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas en la misma Ley.

g) **Los deberes del Estado**[17] **y el deber del Estado de defender la soberanía nacional**[18]**.-** El estado se ha visto en la necesidad de cerrar las fronteras a fin de proteger a la población, a pesar de esto, nuestras fronteras no son lo suficientemente seguras para que ciudadanos de los otros países puedan ingresar.

---

15 **Artículo 38.**- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

16 **Artículo 40.-** La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.

17 **Artículo 44.-** Son deberes primordiales del Estado:

Defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior

18 **El artículo 45.-** la soberanía emana del pueblo y se ejerce con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

5. Conclusión

La pandemia ha demostrado que los Deberes Fundamentales han sido dejados de lado, en nuestra sociedad como en otras, la lucha por el reconocimiento de los Derechos es y será importante, pero la falta de un adecuado plexo de deberes y el cumplimiento de los mismos, perjudica el goce efectivo de los derechos. La correlación entre Derechos/Deberes ha demostrado la necesaria coexistencia de ambos. La educación cívica tiene que ser replanteada e incorporada en la cultura y educación de nuestro país. Si la sociedad asume sus deberes tal cual son, podría gozar de forma adecuada de sus derechos. Y de una u otra forma esta pandemia podría tener otro rostro.

6. Bibliografía

- Steiner, C., & Uribe P., (2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. Distrito Federal de México – México: Suprema Corte de Justicia de la Nación & Fundación Konrad Adenauer.
- Peces-Barba, G., (1987). Los Deberes Fundamentales. Doxa - Filosofía del Derecho. núm. 4 (1987), pp. 329-341. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/los-deberes-fundamentales-0/
- Viteri, D., (2014). MANUAL DE DEBERES FUNDAMENTALES: NOCIONES BÁSICAS. Lima – Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en: https://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/Minjusdh-2014-Manual-de-deberes-fundamentales-Nociones-b%C3%A1sicas.pdf
- Briz, M., (2011). Declaración Universal, Versión Comentada. COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS –COPREDEH. Ciudad de Guatemala - Guatemala. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf
- Saúl, B., (2000-2001). In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsabilities. Columbia Human Rights Law Review, No. 32.
- Díaz, F., (2011). Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978. Revista Del Instituto De Ciencias Jurídicas De Puebla, México, Año V, N° 28, julio – diciembre de 2011, pp. 278 – 310. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a13.pdf

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE EMERGENCIA

*Gerardo Eto Cruz**

I. Introducción

La evolución de la humanidad siempre ha estado sujeta a una serie de contingencias. Al *metarrelato* bíblico (Génesis, 1), la ciencia igualmente señala que "en el comienzo no había Tierra, ni un Sol que le diera calor. Se puede decir que nuestro sistema solar, con su brillante estrella central y su surtido de planetas y lunas, es un recién llegado al cosmos, con apenas 4567 millones de años de edad. Tuvieron que pasar muchas cosas antes de que nuestro mundo pudiera emerger del vacío"[1]. Hoy, igualmente se predica el apocalíptico *Armagedón* inexorable en la que se sostiene que "la Tierra se encuentra casi a medio camino de su destrucción inevitable"[2], lo que significa que deberíamos estar imperturbablemente tranquilos, porque demandaría otros 4567 millones de años. Salvo que la estupidez humana haga esfuerzos por adelantarlo. La propia evolución del mundo, aparte de la teoría del *big bang*, da cuenta de que nada es estático, todo está en un fluir constante. Así, ya no un filósofo que puede formularse

---

* Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría General de los Derechos Humanos y Teoría de la Interpretación Constitucional; ex magistrado del Tribunal Constitucional; y ex director del Centro de Estudios Constitucionales del TC.

1 HAZEN, Roberto M.: *La historia de la tierra. Los primeros 4500 millones de años*, Océano, México trad. de Maia Fernández Schussheim, 2014, p. 21

2 HAZEN, Roberto M. Ob. cit. p. 272

las grandes preguntas de la vida[3], sino un físico como Stephen Hawking igualmente con aliento filosófico se interroga: "¿Cómo podemos comprender el mundo en que nos hallamos? ¿Cómo se comporta el universo? ¿Cuál es la naturaleza de la realidad? ¿De dónde viene todo lo que nos rodea? ¿Necesitó el universo de un Creador? La mayoría de nosotros no pasa la mayor parte de su tiempo preocupándose por estas cuestiones, pero casi todos nos preocupamos por ellas en algún instante"[4]. Efectivamente, en los tiempos sombríos de la pandemia en que se vive en el mundo de la globalización, es probable que los actualmente 7700 millones de humanos que habitamos en el reino de este mundo, han empezado en la nostridad de su existir, a formularse las grandes preguntas cuando se presentan los desafíos que hoy afrontamos. La sociología de la posmodernidad[5] aparte de haber calificado a la sociedad de distintas maneras, ha incluido entre otras categorías sociológicas a la llamada *sociedad del riesgo*[6] y que hoy la humanidad se debate a nivel planetario, en una sociedad igualmente de incertidumbre, estando metafóricamente la ciudad global sitiada por un enemigo invisible que ha postrado al mundo, deteniendo su vertiginosa vida, pese a que el siglo XXI se consagran con dos grandes paradigmas: la *sociedad del conocimiento* y la *sociedad de la información*. La reacción cognitiva de la sociedad del conocimiento no se ha hecho esperar, y el mundo abriga la esperanza que se logre encontrar una vacuna que enfrente, como antídoto, a este letal covid19. En el entretanto, el mundo empieza a levantar las emergencias, pero su dinámica en parte se mantendrá, dado que, desde hace ya mucho tiempo, los estados contemporáneos se han convertido en instituciones incapaces de trazar los nuevos rumbos que permitan salir adelante a la ciudadanía. Y es que muchos de los problemas como el que hoy atravesamos, tienen sus orígenes en el *imperio global* de los poderes que se encuentran desterritorializados, como muy bien

3 SAVATER, Fernando: *Las preguntas de la vida*. Ariel, Barcelona, 1999.

4 HAWKING, Stephen y MLODINOW, Leonardo: *El gran diseño*, Crítica, Barcelona traducción de David Jou i Mirebent, 2010, p. 11

5 NOYA, Javier y RODRÍGUEZ, Beatriz: *Teorías sociológicas de la globalización*. Tecnos, Madrid, 2010.

6 BECK, Ulrich. *Teoría de la modernización reflexiva*, en GIDDENS, A. et al. Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo. Barcelona: Anthropos Edit., 2011, pp. 223 y ss.; LÓPEZ CEREZO, José A.: *La confianza en la sociedad del riesgo*, Sello, Madrid 2018, pp. 17 y ss.

lo define Bauman[7] en uno de sus brillantes trabajos sociológicos de la actual hipermodernidad.

En la teoría constitucional, el tema no es de hoy; diríase que la emergencia como tal, siempre las han padecido los pueblos en distintas épocas. Tito Livio registra la institución de la *dictadura,* que en estricto forma parte de las contingencias de emergencia que ocurría en aquellas épocas, y para ello se creó en la Roma de la época republicana, la *dictadura comisarial* en la que se le otorgaba a un romano, facultades absolutas por un periodo de 6 meses para conjurar el peligro o el mal que acechaba. Eventualmente si se excedía de dicho plazo devenía en tiranía, como ocurrió con Sila y con César. Hoy el mundo jurídico le asigna en los textos constitucionales a través de un heterodoxo archipiélago de nomenclaturas y nombres, que norman y describen cómo deben actuar los Estados cuando se presentan en las actuales sociedades del riesgo, una contingencia previsible; y, por ende, sujeta a una determinada actuación estatal. En este contexto es que surge el *derecho constitucional de emergencia* que, a estas alturas, independientemente de cómo lo regulan los textos constitucionales, en estricto, el tema y el fenómeno sigue siendo el mismo.

Por tanto, la emergencia constitucional, aparte que es un desafío para el gobernante que le toca lamentablemente enfrentar el problema etiológico de la emergencia, -en este caso, el fenómeno de la pandemia-, es un problema que no solamente depende de la matriz normativa de sus respectivos regímenes constitucionales, sino de otros diversos factores que no necesariamente están y dependen de su correspondiente normatividad, sino de la pericia del régimen político que lo enfrente y posiblemente de otros factores concurrentes que lo determinan. La historia, igualmente da muestras de cómo, muchas personas que encarnaban el poder, en aquel momento hicieron cosas demasiadas estúpidas y, a la postre, esto generó consecuencias terribles para la humanidad y sus pueblos[8]. Desde luego, la estupidización no sólo es atributo de los gobernantes, sino de cualquier común mortal. Hoy se aprecian en las redes a millones de personas

7 BAUMAN, Zaymunt y BORDONI, Carlo: *Estado de crisis. Traducción de Albino Santos* Mosquera. Paidos, México, 2016, pp. 11 y ss., y 73 y ss.

8 STEPHEN, Weir: *Historia de las peores decisiones y de las personas que las tomaron*. Vol. 1, Altea, México, 2014.

conectadas para hablar y discutir sobre diversos temas[9], como por ejemplo las diversas *teorías de la conspiración* sobre *el origen* de covid19, diariamente en las redes se promueve *fake news*, que generan desestabilización y siembran el miedo colectivo[10] y los opinólogos de cada país, hablan sobre cosas que no conocen, cuando el tema de la pandemia si bien no está reservado sólo para los especialistas como los epidemiólogos, deben los expertos definir lo que corresponda, pero aun en plena pandemia siguen existiendo *gobernantes pop*, y muchos analistas reportan comentarios sólo con interés veladamente político[11], con debates sobre si el gobernante viene afrontando correctamente o no la pandemia, con muy poca tolerancia de quien disienta de ellos. No cabe duda que estas son las consecuencias en blanco y negro que hoy rodean a la modernidad, sobre todo en un orden globalizado donde acaso el mayor daño de los tiempos contemporáneos del siglo XXI la historia registrará el 11 de septiembre de 2001 y a la pandemia de este año 2020 que inaugura radicales cambios que ya venían gestándose, pero que hoy se han desencadenado en la era de la virtualidad "un *enjambre digital*". Recordemos precisamente lo que Schmitt ya en su ancianidad y como preludio a lo inexorable, redactó otra muy bien construida frase, sobre la soberanía: "*Después de la Primera Guerra Mundial dije: "es soberano el que decide sobre el estado de excepción". Después de la Segunda Guerra Mundial, con la vista puesta en mi muerte, digo ahora: "Es soberano el que dispone sobre las ondas del espacio"*[12].

La actual revolución digital se ha globalizado, y entre las consecuencias perversas de lo que hablan los sociólogos y filósofos contemporáneos es precisamente la manipulación en estos tiempos de la información[13], frente a la imposibilidad del control si las informaciones que se propalan son veraces o no, el enjambre digital igualmente produce ya no sólo

9 CHRISTAKIS, Nicholas A.y FOWLER, Jamens H.: *Conectados*. *El sorprendente poder de las redes sociales y cómo nos afectan*. Taurus, traducción de Amado Diéguez, Laura Vidal y Eduardo Schmid, Madrid, 2010, p. 221

10 ALANDETE, David: Fake News: La nueva arma de destrucción masiva, Planeta, 2019, pp. 9-19

11 SPECTOR, Ezequiel: *Malversados. Cómo la falacia se apoderó del debate político (y cómo volver a la lógica de la argumentación)*, Sudamericana, Buenos Aires 2018

12 Byung-Chul Han: *En el enjambre.* Traducción de Raúl Gabás. Herder, Barcelona, 2014, p. 19

13 FAZIO, Carlos: *Terrorismo mediático*. Debate, México 2013, p. 213 y ss.

información en torno a la pandemia sin mediación, pues cada uno produce y envía información, ella también se ve reflejada en aplastantes fotografías, vídeos e imágenes dramáticas con una superabundancia visual de lo que acontece en las crisis sanitarias en diversas partes del mundo, generando un espectáculo que revela el paradigma visual aunado a los cambios sociales y tecnológicos[14].

Actualmente se observa muchas críticas y estigmatización con desprecio a la gente que no se confina en sus casas y gobiernos como el nuestro incluso establecieron "multas" por transitar en la cuarentena. Debería existir más bien una mirada de *alteridad* y ponerse a pensar en los otros desde su propio pellejo: entre morir de hambre y el albur de contraer el virus, la gente ha preferido ir a trabajar en el día a día. Esta *otredad* rodea y perfila el mundo actual, bajo los marcos de la emergencia y el régimen de excepción en donde se ha venido hablando de dos tesis en torno a ella de parte de los regímenes políticos: a) proteger la vida y la salud de la población, impulsando la cuarentena y el confinamiento social en sus casas, con los marcos de un régimen de emergencia; y b) no confinar a la gente, no apelar a los regímenes de excepción y dar prioridad al campo económico. La vida, y la propia propagación obligó en estos primeros meses del 2020 a establecer enclaustramiento en casi todo el mundo, a despecho de declaraciones de grandes personalidades como el Nobel de literatura, Mario Vargas Llosa que afirmaba, consecuente con su libertad, de que no era necesario el confinamiento; igual, filósofos de gravitante influencia, expresaron oposición tibia[15], pero al final, el enclaustramiento impuesto o voluntario ha sido el signo de estos primeros cuatro meses míticos (enero-mayo) que definen las curvas en cada país en los tiempos reales.

La emergencia constitucional, para ir delineando su categoría conceptual, presenta en primer lugar una paradoja en su propia estructura normativa, pues siendo la constitución la que define el régimen político no solo de gobierno, sino también de las libertades, una vez que se abren sus compuertas, precisamente se produce una fractura en el ordenamiento jurídico, ello porque el poder político que se encuentra "atado" a un ejercicio

14 FONTCUBERTA, Joan: *La furia de las imágenes. Notas sobre la postfotografía*. Galaxia Gutenberg, Barcelona, p- 27 y ss.

15 Vid el colectivo que circuló en términos virtuales: *Sopa de Whuan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias.* Editorial Aspo, 2020.

racional y legítimo, ostenta una ruta alterna para restringir o suspender derechos y libertades fundamentales y, eventualmente, arrogarse competencias que le son inherentes a otros órganos del Estado. Desde luego, si se rastrea la evolución de las emergencias constitucionales, ellas han estado condicionadas por dos grandes escenarios:

a) El riesgo de que la contingencia que obliga a aplicar la emergencia constitucional sea derivada de hechos humanos;

b) Las emergencias constitucionales derivadas de hechos naturales.

Si hacemos una retrospectiva mirada a las epidemias que han asolado al mundo, la de hace apenas casi un siglo, conocida como la mal llamada gripe española, que asoló en Europa y Norteamérica en el verano y otoño de 1918, su expansión fue relativamente igual de rápida, dado que los portadores eran las tropas militares norteamericanas que transitaron por territorios ibéricos[16].

Pero la más antigua y aunque nefasta se atribuye a la llamada *peste negra* que asoló entre 1346 a 1353 a Europa, Asia menor, Oriente Medio y el norte de África, y que se expandió a través de las naves marítimas de la época[17]. Hoy, sin embargo, desde que oficialmente brotara de Wuhan en China, esta pandemia se extendió en cuestión de días producto de la globalización que permite a un ciudadano salir de Wuhan y estar en menos de 24 horas en otro continente. La pandemia, por su naturaleza mundial, es fruto de una característica que identifica a la sociedad de la hipermodernidad: la *aceleración*[18]. Hoy, el virus covid-19 se ha expandido simultáneamente en todas las latitudes del planeta lo que no ocurrió con la peste negra del siglo XIV, como nos lo narra el historiador Benedictow.

Se trata por tanto, no de nuevas emergencias constitucionales, sino de una nueva característica de la pandemia, que las actuales sociedades

16 Murillo Godínez, Guillermo: "Recordando a la gripe española", *Revista Medicina Interna de México*, Vol. 27, núm. 5, Setiembre – Octubre 2011; pp. 463-464 y Lüthy, Isabel A. y Ritacco, Viviana; Kantor, Isabel W.: "A cien años de la gripe "española"" en *Revista Medicina* (Buenos Aires) 2018, Vol. 78, núm. 2, pp. 113-118.

17 Benedictow, Olé J: *La peste negra (1346- 1353). La historia completa,* Akal Edit. Madrid, 2011, pp. 38 y ss.; 53 y ss.; 71 y ss. y fundamentalmente pp. 101 y ss.

18 HARTMUT, Rosa, Alienación y aceleración. *Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía*. Buenos Aires: Katz, 2016.

del conocimiento tratan de enfrentarlo con antídotos que se vienen ensayando, aunque para ello y en el entretanto, muchas muertes ensombrecerá el mundo global.

II. Hacia un acercamiento conceptual

Un primer acercamiento a la noción de emergencia nos lo da la propia definición semántica del término en cuyas acepciones señala lo siguiente:

- Situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata.
- Suceso, accidente que sobreviene.
- Acción y efecto de emerger.
- loc. adj. Que se lleva a cabo o sirve para salir de una situación de apuro o peligro.

Estas acepciones nos derivan al término *estado de emergencia*, que se describe como una "Situación oficialmente declarada de grave peligro por conflictos sociales, catástrofes naturales u otras razones"; y al *estado de excepción* en la que la propia RAE lo precisa bajo los siguientes términos: "El que según la Constitución, generalmente con autorización del Parlamento, declara el Gobierno en el supuesto de perturbación grave del orden público o del funcionamiento de las instituciones democráticas, y que implica la suspensión de ciertas garantías constitucionales y el reforzamiento de la autoridad administrativa".

Aparte de esta descripción semántica, ella no está alejada de lo que le atribuye el mundo jurídico. En efecto, el término emergencia repara inmediatamente en un conjunto de situaciones o de circunstancias que no se ubican en la categoría de lo "*normal*" u "*ordinario*" de modo que la emergencia tiene los componentes de "*algo*" que resulta ser *extraordinario* y, por tanto, *temporal* y *grave,* en ello se comprenden hechos que son divergentes pero que están vinculados por los componentes arriba señalados: hechos no normales, extraordinarios, graves y temporales.

Así, en la emergencia, caben diversas situaciones que ya se han sugerido líneas arriba: desde acontecimientos o hechos naturales entre los que se comprende catástrofes naturales que pueden ser terremotos, maremotos, inundaciones, epidemias y desastres ecológicos; igualmente la emergencia comprende acontecimientos derivados de hechos humanos,

y que son de complejas categorías como son los conflictos bélicos externos como son las guerras convencionales, o internos, que a su vez comprende desórdenes, guerras civiles, rebeliones, sediciones, guerra de guerrillas y eventualmente, los conflictos armados no internacionales[19]; y finalmente las crisis económicas.

Frente a estas contingencias, el derecho constitucional de emergencia, ha creado una serie de mecanismos que se ubican dentro de lo que la doctrina denomina según las legislaciones constitucionales como regímenes de excepción. Aunque se atribuye a Bruce Ackerman haber acuñado la expresión "*constitución de emergencia*"[20] en realidad, desde la década de los 60, ya Germán Bidart Campos[21] desde Latinoamérica delineaba el derecho constitucional de emergencia en la que reconocía esta categoría precisamente para enfrentar estas diversas contingencias y que lo llevó a abordar las siguientes situaciones que brevemente pasamos en versión libre a describir líneas abajo. Pero, igualmente, en los últimos tiempos, desde una perspectiva politológica, se ha venido reflexionando de los "poderes de emergencia", que son los que apelan los gobernantes para poder enfrentar una situación de excepción; siendo que la "política de excepción" constituyen las medidas que asume el Ejecutivo para dar respuesta al "constructo de excepción", es decir a aquello que ha desencadenado una situación excepcional[22].

III. Las instituciones de las emergencias constitucionales

Aunque existen distintas perspectivas comparadas, sobre los estados de excepción, no solo a nivel europeo[23]; sino en el trabajo que nos brinda

19 Sobre el particular, puede verse a HERNÁDEZ HOYOS, Diana: Derecho Internacional Humanitario. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2013, pp. 109 y ss.

20 Ackerman, Bruce: "The Emergency Constitution", The Yale Law Journal, 2004, p. 1029-1091

21 Bidart Campos, Germán: *Derecho Constitucional. Realidad, Normatividad y justicia en el Derecho Constitucional.* Tomo 1, Ediar, 1964, Buenos Aires, pp. 583-595

22 Vid las reflexiones que plantea Claire Wright: "Poderes de emergencia y regímenes de excepción en América Latina: Una perspectiva política", en Revista mexicana de Análisis Político y Administración Pública, Vol. III, número I, enero-junio 2014, pp. 205-230

23 Una versión muy moderna es la que brevemente nos suministra Valentina Faggiani: "Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo". Disponible en https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/05_FAGGIANI.htm

Fix Zamudio[24] en versión latinoamericana., Bidart Campos enumeraba las siguientes instituciones políticas derivadas de un régimen de excepción. Veamos en líneas generales estos institutos.

a) **Estado de guerra:** normalmente en todas las Constituciones se prevé quien es el órgano estatal que tiene la facultad para declarar la guerra y firmar la paz, tratándose del *ius ad bellum*. Y cuando se desencadena un conflicto bélico, surge el llamado "*estado de guerra*", en el que el poder estatal asume no solo las competencias bélicas, sino otras afines, por lo general en materia económica. Normalmente el estado de guerra se atribuye al Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. En el caso del Perú, dicha atribución reposa en el Presidente de la República con autorización del Congreso (art. 118,16 de la Constitución).

b) **Ley Marcial:** se trata de otro instituto del derecho constitucional de excepción en la que la jurisdicción militar se extiende a los civiles. Esta figura es una institución propia del Estado de guerra y ella sólo ocurre en dicho supuesto: que exista un Estado de guerra. No como lo que ocurrió en el Perú en que la lucha antisubversiva habilitó la competencia al fuero militar para juzgar a civiles por delitos de terrorismo y traición a la patria que fueron calificados como afectaciones a bienes jurídicos castrenses[25].

La ley marcial es sumamente restrictiva en los países anglosajones y sólo cabe implementarse cuando la Constitución la admite, aunque el grueso de los textos latinoamericanos expresan un silencio; y sólo se valida si efectivamente se vive en un Estado de Guerra.

c) **Estado de asamblea:** Aunque es un instituto ya en desuso, ha existido, se trata de la reunión de milicias y su sometimiento al régimen militar de todos los que se hallan en armas[26]. Para que ello ocurra tiene que existir la emergencia de una guerra, o una guerra civil o una insurrección; pero esta contingencia no permite que se

24 Fix Zamudio, Héctor: "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Nº. 111, 2004, pps. 801-860

25 Vid nuestro trabajo Eto Cruz, Gerardo: *La justicia militar en el Perú*. Editora Nuevo Norte, Trujillo, 2000

26 Bidart Campos, Germán: op. cit., pp. 589

extiende a la población civil, ni tampoco operan las restricciones de las libertades básicas.

d) **Estado de sitio:** La expresión surgió en Francia a partir de la Ley de 8 de julio de 1791 que, como anota Bidart Campos, comprendía lo siguiente: **a)** plaza de guerra y puestos militares en estado de paz, **b)** en estado de guerra, **c)** en estado de sitio. En el primero la autoridad militar se extendía a las tropas, "pero se mantenía la autoridad civil en las zonas que no eran parte del teatro de conflicto o de hostilidades; en el segundo, el orden interno lo detentaba la autoridad civil, pero el comandante militar de la plaza o del puesto de guerra podría requerirla" [27] cuando las circunstancias lo obligaban a ello. Y el estado de sitio era el instituto más grave y extremo, pues la autoridad civil era cedida al comandante militar a fin de preservar el orden interno de todo el territorio. Estos mecanismos equivalían a la ley marcial, muchas constituciones latinoamericanas recogen este instituto[28]. El Perú lo ha tenido en sus diversos textos constitucionales como el vigente.

e) **Facultades extraordinarias:** eran las atribuciones que asumía el Ejecutivo y que excedía lo que la propia Constitución le establecía. Hoy este instituto se utiliza en los Estados de normalidad, como es en la Constitución actual de 1993 (art. 104) en la que el Congreso delega las facultades al Ejecutivo para regular sobre materia específica cuando las contingencias de urgencia así lo requieran, como es precisamente lo que ocurre en los actuales momentos en donde el gobierno ha expedido un conjunto de decretos legislativos para poder enfrentar el problema de la pandemia.

f) **Restricción y suspensión de derechos y libertades:** Aunque la nomenclatura que ha venido utilizándose es la de "*suspensión de garantías constitucionales*", lo cierto es que en el derecho constitucional de emergencia se suspenden o restringen determinados derechos que, por lo general, son la inviolabilidad del domicilio, libertad de reunión y de tránsito. Igualmente, en el marco de estas prerrogativas existía una confusión terminológica -que en nuestro caso, lo desencadenó

27 Bidart Campos, Germán: op. cit. pp. 590-591

28 SANCHEZ VIAMONTE, Carlos: Manual de derecho constitucional, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1944, pp. 180-183.

la Constitución de 1979 (art. 231)- en la que daba la impresión de que se suspendían las "garantías constitucionales" porque el fraseo decía lo siguiente:

"En esta eventualidad [de la declaratoria del Estado de Emergencia se], puede *suspender las garantías constitucionales* relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio (…)". En estricto, lo que se suspenden son derechos y libertades, mas no las garantías como el habeas corpus, o institutos como el amparo, entre otros[29].

IV. Los regímenes constitucionales latinoamericanos

En la actualidad, el grueso de las constituciones latinoamericanas prevén los mecanismos del régimen de excepción y que se encuentran sistemáticamente en las siguientes regulaciones positivas:

Argentina (1853-1860, sustancialmente reformada en 1994), artículos 23, 75, inciso 29, y 99, inciso 16; Bolivia (1967, reforma da en 1994), artículos 111-115; Brasil (1988), artículos 137-139; Colombia (1991), artículos 212-215; Costa Rica (1949), artículos 121, inciso 7 y 140, inciso 4; Cuba (1976, reforma da en 1992), artículo 67; Chile (1980, con reformas por el plebiscito de 1989), artículos 39-41; Ecuador (1998), artículos 180-182; El Salvador (1983, con varias reformas posteriores, la última del 2000), artículos 29-31; Guatemala (1985, con reformas en 1993-1994), artículos 138-139; Haití (1964), artículos 58, 61, 62 y 195; Honduras (1982, con varias reformas, la más reciente de 1991), artículos 187-188; México (1917, con varias reformas posteriores, la última del 2002), artículo 27; Nicaragua (1987, con reformas de 1995 y 2000), artículos 92, 138, inciso 28; 150, inciso 9; 185 y 186; Panamá (1972, con reformas en 1983 y 1994), artículos 47 y 51; Paraguay (1992), artículo 288; Perú (1993), artículo 137; República Dominicana (1992, con reformas en 1966 y 1994), artículos 37, incisos 7 y 8, y 55, incisos 7 y 8; Uruguay (1967, con reformas de 1990, 1994, 1996 y 2004), artículo 168, inciso 17; y Venezuela (1999), artículos 337 a 339[30].

29 Vid. al respecto a GARCIA BELAUNDE, Domingo: "Suspensión de garantías ¿o de derechos? Un debate en torno al régimen de excepción peruano", en Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, t. I, UNAM, México, 1988, pp. 275-288.

30 Fix Zamudio, Héctor: "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución" Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nº. 111, 2004, pps. 810-811

Bien se puede afirmar que el derecho constitucional de emergencia expresa ya una unidad conceptual donde subyace como fundamento, un *estado de necesidad* en la que la actuación estatal, a fin de prevenir situaciones de peligro en torno a los intereses del bien común, en la que se comprende el orden público interno, la integridad política e institucional de un país, tanto en su ámbito interno como internacional, se ve obligado a restringir o suspender los estatutos básicos de las libertades fundamentales; pero para ello, juega como contrapeso el *control jurisdiccional* bajo los cánones de la razonabilidad y proporcionalidad en la actuación de la emergencia constitucional; es decir, en el mismo interregno de la emergencia bajo las instituciones políticas del régimen de excepción, las personas afectadas pueden realizar el control de daños, a través de procesos que, en este caso, son los procesos constitucionales; muchos que inciden en la esfera de la libertad que se ve menoscabada; y para ello está el instituto del *hábeas corpus excepcional* que constituye una modalidad que opera el control constitucional bajo los marcos de la declaratoria de un régimen de excepción[31]; y por otro lado, frente a los demás derechos fundamentales violados o amenazados, el instituto del amparo juego otro importante rol de control jurisdiccional de los actos políticos en el marco de las emergencias constitucionales. Si bien la emergencia es un concepto *polivalente*, en la que se antepone una serie de razones de Estado para preservar el orden constitucional; hoy todos los gobiernos del mundo, apelan al viejo adagio *salus populis suprema lex est*; pero muchas veces este derecho fundamental hoy se ha puesto en evidencia que no ha sido desarrollado por todos los regímenes latinoamericanos, generándose con ello una inconstitucionalidad e *inconvencionalidad por omisión* en el campo de las prestaciones de los derechos sociales particularizados en estos momentos en torno al derecho a la salud en la que se reafirma la fragilidad de nuestra condición humana. De nuestra parte, suscribimos aquí, las característica conceptuales que identificarían a lo que hoy podemos llamar el derecho constitucional de emergencia y que han sido puntual y penetrantemente señaladas por Antonio María Hernández: "a) son situaciones excepcionales, previsibles o no, que afectan el orden constitucional; b) los hechos que las producen pueden ser originados en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza; c) para enfrentar estos hechos, el derecho crea diversas

31 ETO CRUZ, Gerardo: Derecho Procesal Constitucional. Su interpretación y desarrollo jurisprudencial, Grijley, Vol. 2, Lima 2019, p.1290 y ss.

instituciones de emergencia, que varían según las legislaciones: d) estas instituciones producen un acrecentamiento de facultades en los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y correlativamente, un descaecimiento o restricciones en los derechos y garantías individuales; e) debe existir un verdadero estado de necesidad"[32].

Más allá de las pretensiones por una sistematización de los regímenes de emergencia constitucional y sus correspondientes mecanismos de excepción, hoy el mundo se debate seguramente con una post emergencia constitucional en la que de facto, se mantendrán por un tiempo las diversas restricciones a las libertades y derechos, situación que probablemente obliguen a que las jurisdicciones constitucionales de américa latina, más los marcos del control de convencionalidad, lleven a asumir en los jueces constitucionales, nuevos retos inéditos para que se concilie y pondere, diversos principios como la seguridad jurídica, el bien común, la soberanía, y por otro lado, las libertades y derechos fundamentales en su eficacia tanto horizontal como vertical. No cabe duda que la emergencia constitucional que hoy se vive, por lo menos en América Latina están muy lejos del autoritarismo y de la arbitrariedad impune que caracterizó décadas atrás a la región[33]; mas ello no impide que la "política de excepción" del que nos habla Claire Wright pueda ser objeto de control constitucional bajo los cánones de razonabilidad y proporcionalidad las restricciones que impone el Ejecutivo.

32 HERNÁDEZ, Antonio María: Las emergencias y el orden constitucional. Universidad Autónoma de México, Rubinzal-Culzoni, Editores, 2003, p. 7

33 Vid. a QUIROGA LAVIÉ, Humberto: Derecho constitucional latinoamericano, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p 477-479

RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA POR EL COVID-19

*Guillermo Martín Sevilla Gálvez**

Introducción

Conforme al artículo 137 de la Constitución Política de 1993, el Poder Ejecutivo mediante acuerdo del Consejo de Ministros puede declarar dentro de un plazo determinado en todo el territorio nacional o en parte de éste el estado de emergencia que conforma el estado de excepción.

En la actualidad como es de público conocimiento, el Presidente de la República ha decretado y ampliado el estado de emergencia ante la propagación de la Covid-19 en todo el territorio de la República del Perú a efectos de impedir la propagación del referido virus, medida que implica la restricción y afectación de los derechos fundamentales a la libertad personal, de reunión, a la libertad de tránsito y la inviolabilidad de domicilio en favor de la vigencia de otros derechos fundamentales como a la salud y a la vida conforme al mencionado artículo, para lo cual dispuso que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú asuman el orden interno.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, egresado de la maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la citada casa de estudios y Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú

En el presente trabajo comentaremos sobre el sustento constitucional de la restricción de los referidos derechos fundamentales o constitucionales en favor de otros derechos fundamentales así como también sobre la temporalidad y oportunidad de la referida restricción, en virtud del principio de la ponderación, el riesgo que implica su implementación, sobre la suspensión o restricción de los citados derechos y sobre su no desaparición.

También comentaremos sobre la prohibición del abuso de autoridad y de la violación de derechos por parte de los efectivos de la policía y de las fuerzas armadas del Perú al momento de mantener los controles durante el mantenimiento de la emergencia sanitaria así como la posibilidad de la utilización del proceso de habeas corpus para la restitución de los citados derechos vulnerados o que se ordena la amenaza de vulneración durante la emergencia sanitaria.

Sustento Constitucional de la Emergencia Sanitaria por la Covid-19

Conforme a lo dispuesto por el 137 de la Constitución Política de 1993, el Presidente de la República con el acuerdo del Consejo de Ministros puede declarar los estados de excepción que contemplan el estado de sitio y en el estado de emergencia.

Declarará el estado de sitio cuando se produzca la invasión, guerra exterior, guerra civil o el peligro inminente de que se produzcan dichas situaciones, pero en este estado no se restringen ni se suspenden derechos fundamentales.

De otro lado, podrá declarar el estado de emergencia cuando surja algún tipo de emergencia por temas sanitarios, por desastres naturales o ante la inseguridad ciudadana; entre otras circunstancias que pongan en peligro a la nación. Una de las características de la declaración del estado de emergencia es su dación mediante decreto, la suspensión o restricción de los derechos fundamentales a la libertad personal, de reunión, a la libertad de tránsito y la inviolabilidad de domicilio y que durante este estado, las fuerzas armadas deben asumir el control interno conforme a lo dispuesto por el Presidente de la República.

Desde que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declarara con fecha 11 de marzo de 2020 a la Covid 19 o Corona Virus como una pandemia y no ya como una plaga como se le había calificado en un inicio, el Estado peruano asumió el control de la situación y declaró mediante Decreto

Supremo Nº 044-2020-PCM Decreto Supremo el estado de emergencia de naturaleza sanitaria para frenar la propagación de la mencionada pandemia a través del distanciamiento social, el confinamiento y la cuarentena, emergencia que se ha ido prolongando de forma periódica.

La declaración del estado de emergencia sanitaria conlleva en la actualidad a la restricción y suspensión de algunos de los derechos fundamentales como son la libertad personal, de reunión, a la libertad de tránsito y la inviolabilidad de domicilio en favor de la vigencia y en salvaguarda de otros derechos fundamentales como son la salud y a la vida, lo que se puede entender como la ponderación entre derechos de igual o similar valor pero que para el presente caso en concreto resultaba necesario; es decir, que se dispuso la suspensión de los cuatro derechos citados para dar más peso a los segundos, mediante el confinamiento en los domicilios de las personas con fines de distanciamiento social a efectos de evitar los contagios de personas, la denominada inmovilización social obligatoria o toques de queda en determinados horarios que han ido variándose y que en la actualidad se mantiene desde las 20:00 horas hasta las 4.00 am. en Lima y en la mayoría de los departamentos del Perú a excepción de Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad y Loreto, la autorización de la salida de una sola persona correspondiente a un hogar para realizar labores correspondiente a la producción de bienes y servicios esenciales, para adquirir alimentos y medicinas, acudir a bancos y a realizar pago de servicios.

Asimismo, se restringió la libertad de tránsito para acudir a los centros de labores en caso de las labores no esenciales y para asistir a estudiar a colegios, universidades y otros centros de formación; que implica no sólo la restricción de los derechos a la libertad personal y de tránsito sino que también que con ello se afecta los derechos al trabajo y a la educación, aunque se ha procurado en alguna medida mantener los derechos laborales con el mantenimiento de salarios a cambio de la realización del trabajo remoto, educación virtual aunque no sean del todo efectivos. Además, dichas medidas han afectado la economía de muchas familias peruanas que se encuentran entre las pobres y la economía nacional, lo cual nos ha desnudado como sociedad con altas capas de pobreza; y también han salido a la luz la precaria situación del sistema nacional de salud pública así como la precariedad del sistema carcelario que se expresa con cárceles hacinadas

con lo cual se convierten en caldo de cultivo para los contagios del corona virus.

También se ha restringido el derecho a la libertad de tránsito a través de la prohibición de los viajes de personas desde la capital hacia al interior del país, entre regiones y desde y hacia al interior del país por parte de nacionales y extranjeros como parte de las medidas de confinamiento.

Desde nuestra perspectiva la restricción de los mencionados derechos resulta constitucionalmente válida, puesto que de no haberse adoptado hubiera sido mucho mayor la cantidad de contagios y de decesos; es decir, que se ha privilegiado los derechos fundamentales a la salud y a la vida frente a los derechos a la libertad personal y los otros.

Recordemos que los derechos fundamentales no son derechos absolutos puesto que pueden ser restringidos o limitados para favorecer otros derechos o bienes de similar valor y para tutelar algunos bienes jurídicos, lo cual valida la aludida restricción de derechos.

La decisión adoptada por el gobierno tiene pues un sustento constitucional y racional que sin duda alguna tiene consenso no sólo en la mayoría de la ciudadanía sino en la clase política del Perú, pues se tiene la esperanza y existe la posibilidad de mitigar y desaparecer finalmente el virus tan letal como resulta ser la Covid-19.

Por ello, ante por ejemplo el incumplimiento de las reglas que determinaron el confinamiento y la restricción de derechos resulta valida por ejemplo la intervención y detención del infractor por parte de efectivos policiales o militares, su conducción a la comisaría del sector, la anotación de su nombre en el registro y la apertura del inicio de la investigación correspondiente a cargo del Ministerio Público.

Sin embargo, la imposición de multas a los transgresores de las normas de confinamiento resulta ser una medida polémica, pues muchos de nuestros compatriotas no tienen recursos económicos para su sustento.

La suspensión o restricción de derechos fundamentales no implican su desaparición durante los estados de emergencia

En el estado de emergencia sanitaria cualquiera sea la necesidad de su declaración le está permitido al Presidente de la República por mandato constitucional la suspensión o restricción de derechos fundamentales; sin

embargo, ello no debe ser entendido como la desaparición de los mencionados derechos; además, la persona conserva sus derechos básicos a la integridad física y sicológica y a la vida. Por ello, los derechos que han sido suspendidos deben ser restituidos una vez que desaparezcan o sean superadas las circunstancias que determinaron la declaración del estado de emergencia y que los derechos básicos deben ser respetados durante el estado de emergencia sanitaria.

Lo anterior significa que si en el ejemplo brindado líneas arriba un infractor luego de haya sido detenido no puede ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes; vale decir, no puede ser agredido de forma física o verbal mediante torturas físicas y sicológicas; tampoco puede sufrir amenaza contra su integridad física o sicológica so pretexto de control frente a la pandemia, darle escarmiento a él y de servirle de ejemplo frente a la sociedad. Esto constituiría no sólo la comisión del delito de abuso de autoridad sino la violación de derechos humanos y de derechos fundamentales a la integridad física y sicológica y/o la amenaza de afectación de tales derechos y también del derecho a la vida.

Consideramos que el infractor detenido no sólo mantiene sus derechos básicos, sino que conserva otros como los derechos fundamentales de naturaleza procesal como a la prueba, a la defensa, a la doble instancia, a la motivación de resoluciones judiciales; entre otros, que no desaparecen durante el estado de emergencia como la actual emergencia sanitaria sino que recobran su vigencia.

En otras palabras, la declaración del estado de emergencia como el que tenemos actualmente y el otorgamiento de las facultades de control a las fuerzas armadas y policiales por mandato constitucional, no significa la dación de un cheque en blanco a estas instituciones para que hagan uso abusivo de dichas facultades; vale decir, no deben hacer uso de la fuerza coercitiva de la que gozan según la Constitución para abusar de los derechos de los demás ciudadanos bajo ningún pretexto porque ello es inaceptable en el estado constitucional de derecho, pues ello no sólo constituiría una violación de los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos sino también la comisión de delitos.

La dación de dichas facultades podría también fortalecer posturas populistas y autoritarias por lo que se debe no sólo retornar a la normalidad social sino también política una vez sea superada la pandemia.

Utilización del proceso de habeas corpus ante la vulneración o amenaza de afectación de los derechos fundamentales

Según el artículo 200, inciso uno de la Constitución Política señala que el proceso de habeas corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos y el artículo 25 del Código Procesal Constitucional nos señala los derechos que son materia de protección a través del habeas corpus.

En el estado de emergencia sanitaria no obstante a la restricción o suspensión constitucionalmente válida de los derechos libertad personal, de reunión, a la libertad de tránsito y la inviolabilidad de domicilio, se puede interponer una demanda de habeas corpus de forma diríamos excepcional cuando se trate por ejemplo de la violación del derecho a la libertad personal en caso de una detención arbitraria en el toque de queda de una persona que iba en un automóvil para acudir a un servicio de emergencia a un hospital o clínica, lo cual sin duda alguna es una situación especial y excepcional que permite la salida del domicilio y el tránsito de dicha persona, por lo que en este caso no puede sufrir una detención: empero, de suceder esto último, tiene expedito su derecho para interponer demanda de habeas corpus a efectos de recobrar de forma inmediata su libertad personal.

De igual forma, si se le niega al referido detenido el ejercicio de los derechos de defensa, a la prueba, a la debida motivación y a la doble instancia podría interponer la mencionada demanda constitucional durante la referida detención.

Sin perjuicio de lo anterior el detenido puede interponer denuncia penal ante el Ministerio Público para que inicie las investigaciones para que se determine las responsabilidades del caso y se imponga la sanción penal correspondientes por la comisión del delito de abuso de autoridad y otros, así como la instauración de las investigaciones a nivel administrativo para la imposición de las sanciones que correspondan.

Finalmente, creemos que en términos generales los efectivos de las fuerzas armadas y fuerzas policiales están cumpliendo una labor heroica y valiosa en aras de lograr el éxito de las medidas en mención para acabar con el Covid-19, labor que también la cumplen de igual forma médicos, enfermeros y enfermeras de nuestro país quienes están en la primera línea

para contrarrestar los efectos de la enfermedad causada por el virus, pese a las carencias materiales.

Conclusiones

La declaración del actual estado de emergencia sanitaria a la restricción y suspensión de algunos de los derechos fundamentales como son la libertad personal, de reunión, a la libertad de tránsito y la inviolabilidad de domicilio en favor de la vigencia y en salvaguarda de otros derechos fundamentales como son la salud y a la vida, lo que se puede entender como la ponderación entre derechos de igual o similar valor pero que para el presente caso en concreto resultaba necesario; es decir, que se dispuso la suspensión de los cuatro derechos citados para dar más peso a los segundos.

La restricción de los mencionados derechos resulta constitucionalmente válida, puesto que de no haberse adoptado hubiera sido mucho mayor la cantidad de contagios y de decesos; es decir, que se ha privilegiado los derechos fundamentales a la salud y a la vida frente a los derechos a la libertad personal y los otros, puesto que los derechos fundamentales no son derechos absolutos ya que pueden ser restringidos o limitados para favorecer otros derechos o bienes de similar valor y para tutelar algunos bienes jurídicos, lo cual valida la aludida restricción de derechos.

La decisión adoptada por el gobierno tiene pues un sustento constitucional y racional que sin duda alguna tiene consenso no sólo en la mayoría de la ciudadanía sino en la clase política del Perú, pues se tiene la esperanza y existe la posibilidad de mitigar y desaparecer finalmente el virus tan letal como resulta ser la Covid-19.

En el estado de emergencia sanitaria le está permitido al Presidente de la República por mandato constitucional la suspensión o restricción de derechos fundamentales; sin embargo, ello no debe ser entendido como la desaparición de los mencionados derechos; además, la persona conserva sus derechos básicos a la integridad física y sicológica y a la vida. Por ello, los derechos que han sido suspendidos deben ser restituidos una vez que desaparezcan o sean superadas las circunstancias que determinaron la declaración del estado de emergencia y que los derechos básicos deben ser respetados durante el estado de emergencia sanitaria.

En el caso de que un infractor luego de haya sido detenido no puede ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes; vale decir, no puede ser agredido de forma física o verbal mediante torturas físicas y sicológicas; tampoco puede sufrir amenaza contra su integridad física o sicológica so pretexto de control frente a la pandemia, darle escarmiento a él y de servirle de ejemplo frente a la sociedad. Esto constituiría no sólo la comisión del delito de abuso de autoridad sino la violación de derechos humanos y de derechos fundamentales a la integridad física y sicológica y/o la amenaza de afectación de tales derechos y también del derecho a la vida.

El infractor no sólo mantiene sus derechos básicos, sino que conserva otros como los derechos fundamentales de naturaleza procesal como a la prueba, a la defensa, a la doble instancia, a la motivación de resoluciones judiciales; entre otros, que no desaparecen durante el estado de emergencia como la actual emergencia sanitaria sino que recobran su vigencia.

La actual declaración del estado de emergencia y el otorgamiento de las facultades de control a las fuerzas armadas y policiales por mandato constitucional, no significa la dación de un cheque en blanco a estas instituciones para que hagan uso abusivo de dichas facultades; vale decir, no deben hacer uso de la fuerza coercitiva de la que gozan según la Constitución para abusar de los derechos de los demás ciudadanos bajo ningún pretexto porque ello es inaceptable en el estado constitucional de derecho, pues ello no sólo constituiría una violación de los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos sino también la comisión de delitos.

La dación de dichas facultades podría también fortalecer posturas populistas y autoritarias por lo que se debe no sólo retornar a la normalidad social sino también política una vez sea superada la pandemia.

En el estado de emergencia sanitaria no obstante a la restricción o suspensión constitucionalmente válida de los derechos libertad personal, de reunión, a la libertad de tránsito y la inviolabilidad de domicilio, se puede interponer una demanda de habeas corpus de forma diríamos excepcional cuando se viole algún derecho básico y fundamental, o si se le niega el ejercicio de los derechos de defensa, a la prueba, a la debida motivación y a la doble instancia podría interponer la mencionada demanda constitucional durante la referida detención.

También se puede interponer denuncia penal ante el Ministerio Público para que inicie las investigaciones para que se determine las

responsabilidades del caso y se imponga la sanción penal correspondientes por la comisión del delito de abuso de autoridad y otros, así como la instauración de las investigaciones a nivel administrativo para la imposición de las sanciones que correspondan.

En términos generales los efectivos de las fuerzas armadas y fuerzas policiales están cumpliendo una labor heroica y valiosa en aras de lograr el éxito de las medidas en mención para acabar con el Covid-19, labor que también la cumplen de igual forma médicos, enfermeros y enfermeras de nuestro país quienes están en la primera línea para contrarrestar los efectos de la enfermedad causada por el virus.

CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA INTERPRETADA AL SERVICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN ESTADO DE EMERGENCIA

*Helder Domínguez Haro**

I

El contenido vertebral de la democracia tiene presupuestos básicos graficados en determinadas dimensiones: como una forma política-jurídica (forma jurídica-constitucional), una forma de vida y una forma de emancipación del ser humano. Ciertamente, la experiencia democrática tiene un origen político y si conjugamos su plano *iuspolítico*, socio-económico y su carácter humanista[1] dentro de un planeta "con" Constitución "democrática", estamos hablando de una organización de la libertad/igualdad cuyo epicentro es la persona y sus derechos. En consecuencia, debe mirarse a la democracia al estilo de un

* Abogado y Máster en Derecho Constitucional y Jurisdicción Contencioso Administrativo. Director del Centro de Investigaciones Judiciales y representante técnico del Poder Judicial ante el Consejo Técnico para la Reforma del Sistema de Justicia, del cual es también coordinador. Miembro del Comité Editorial de la Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República. Asociado ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional e integrante de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho. Correo: helderdominguez@hotmail.com.

1 RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho.* México: Porrúa, 1970, p. 516.

derecho marco bajo la ecuación "derecho a tener y ejercer derechos", allí donde se despliega el conjunto de derechos humanos garantizados y su notoria relación/control con los poderes públicos[2], pauteado dentro de un Estado constitucional, un Estado democrático constitucional o un Estado de los derechos constitucionales y fundamentales.

Lo antes señalado identifica a la democracia desde un anclaje constitucional y no estamos catalogando a la democracia como sinónimo de Constitución o no hacen una democracia los artículos de una Constitución[3], la idea capital apunta a una experiencia democrática que tenga en la dignidad humana, en la fuerza normativa de la Constitución, los valores y principios constitucionales, interpretando la realidad, su punto de partida y de llegada[4].

La democracia en su relación con el constitucionalismo en expansión y el fenómeno de la convencionalidad cada vez más entre nosotros, es una perpetua lucha por el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales en su bloque formal y en su ejercicio material, como sucede a nivel de los sinnúmeros textos dados como fueros, códigos, cartas, bulas, peticiones, actas, declaraciones, pactos, constituciones, enmiendas, leyes, convenios, tratados y convenciones. En ese sentido, si el artículo 1° de la Carta Democrática Interamericana consagra el derecho a la democracia, corresponde interpretar la Constitución peruana en dichos términos cuando de aplicar y garantizar los derechos explícitos e implícitos se trata, ya sea en estados o situaciones de normalidad o anormalidad.

Finalmente, la concepción constitucional de la democracia no tiene que estar en contraposición con los enfoques democráticos de los filósofos, politólogos o sociólogos o de la llamada "democracia de los ciudadanos"[5], en tanto de lo que se trata es de darle una envoltura

2 Técnicamente hablando el poder es uno solo, el poder del Estado y cuenta con órganos separados constitucionalmente por cada función estatal; sin embargo, por razones de cotidianidad se utiliza la expresión de poder en plural: poder ejecutivo, poder legislativo, poder judicial, poder fiscal, poder constitucional, etc.).

3 BURDEAU, Georges. *La democracia.* Barcelona: Ariel, 1970, p. 20.

4 DOMÍNGUEZ HARO, Helder. *Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica.* Lima: Grijley, 2018, pp. 65 y ss.

5 Terminología utilizada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

normativa en su mayor grado para resguardar los derechos y afianzar el control inter órganos. Así comprende no sólo derechos o únicamente labores de control jurídico-político o de las decisiones públicas en defensa de la Constitución, todo lo contrario, fruto de su desarrollo histórico debe tener de ambos y son verdaderos parámetros para medir la calidad democrática.

II

La base expuesta en párrafos precedentes nos permite con mayor razón justificar y argumentar a favor del ejercicio legítimo de los derechos constitucionales ante una situación inesperada que toca y trastoca a todos -sin excepción- en pleno siglo XXI, la enfermedad infecciosa COVID-19, y es que la era de la globalización lo es también de las pandemias que trasciende su expansión continental de antaño, ahora a escala mundial. Si bien el gobierno peruano está tratando de minimizar los riesgos de contagio y mitigar los efectos nefastos de dicho virus, al amparo de la Constitución, la dación de normas legales, acciones sanitarias, etc., se debe también hacer una gran dosis de quehacer interpretativo acudiendo a la interpretación *pro homine,* descartando moldes rigurosos y literales de la normatividad. Esto es, no ser indiferentes a la calidad de seres humanos, al sentido común y al contexto donde nos movemos y cuyo escenario es -lamentablemente- de muerte y desolación. En otras palabras, el mayor virus puede ser la indiferencia y ante ello incumbe actuar desde los variados roles donde nos encontremos.

De lo vertido anteriormente y a la luz de los acontecimientos ocurridos desde la declaratoria del estado de emergencia nacional y aislamiento social obligatorio (Decreto Supremo N° 044-2020-PCM de fecha 15 de marzo y sus sucesivas prórrogas), el gobierno peruano constitucional y democrático que se precie de serlo y, en general, los diferentes actores en medio de esta crisis sanitaria, deben reflexionar sobre determinados tópicos sustantivos "desde" los derechos y libertades que sintéticamente se repasa en los renglones siguientes:

a) Queda claro que el estado constitucional de emergencia tal como se nos ha impuesto es una necesidad y se llega a ese escenario -con sus propias particularidades y extensión material- como último recurso estatal para la protección de los derechos o bienes constitucionales que a través de los procedimientos ordinarios no se

podrían haber hecho. Si bien no encajaría bajo los supuestos de un estado de emergencia técnica y rigurosamente hablando según el artículo 137° de la Constitución peruana, debemos estar de acuerdo por su invocación porque la realidad nos lo exige, pese a la zona gris generada o los clarososcuros puestos al debate nacional. A futuro debe pensarse en una mejor regulación constitucional como estado de alarma y su respectiva normatividad infraconstitucional (España se constituye en un ejemplo interesante, el artículo 116.2 de su Constitución regula el estado de alarma).

b) A tono con lo dicho, el régimen de emergencia actual estaría restringiendo en la práctica otros derechos constitucionales además de los que naturalmente están permitidos su suspensión, esto es, a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, a la libertad de reunión y de tránsito. Es infrecuente en un estado de emergencia, naturalmente previsto en el Texto Fundamental vigente, la conculcación de derechos, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y consiguientemente a una remuneración para su bienestar y el de su familia, a la alimentación, a la empresa, el derecho del consumidor, libertad religiosa, entre otros. Dadas las circunstancias propias de una pandemia expansiva e invisible resultaría su modulación razonable a partir de las llamadas regulaciones de tiempo, lugar y modo; sin embargo, también es de apreciarse limitaciones por parte del Poder Ejecutivo a través de medidas normativas y administrativas distantes de ser idóneas, necesarias y ponderadas en perjuicio del libre ejercicio de los derechos. En consecuencia, se estaría ante la posibilidad de procesos constitucionales en la medida que los plazos sean expeditivos dado la naturaleza de la anormalidad y consiguientemente, de llegar al Poder Judicial y/o al Tribunal Constitucional los lineamientos interpretativos podrían ser esclarecedores para una eficiente actuación de los poderes públicos, ministerios y otras instituciones dentro de un estado de emergencia "*sui generis*"; y mientras ello pueda suceder, debemos ser persistentes y llamar la atención a las autoridades y funcionarios a actuar con bastante sentido común, guiándose por criterios de proporcionalidad, razonabilidad y tutelando, sobre todo, el derecho a la vida.

c) El horizonte jurisprudencial del Tribunal Constitucional es elocuente cuando enfatiza la naturaleza del derecho a la salud como derecho fundamental porque compromete al derecho a la vida, al derecho a la integridad. Si bien significa tener en cuenta políticas públicas nacionales de protección y desarrollo del derecho social a la salud, conlleva la obligación de los poderes públicos y en particular del gobierno, de materializar y concretizar el acceso a los servicios de salud sin discriminación alguna y bajo un mínimo de calidad en el servicio. Si bien la atención debe ser prioritaria a las personas infectadas por el nuevo coronavirus, más aún cuando tiene efectos diferenciados en los grupos que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad (adultos mayores, personas con discapacidad, pueblos indígenas, incluso personas privadas de libertad, etc.), ello no necesariamente ocurre en la mayoría de los casos por la grave problemática hospitalaria y las deficiencias en el sistema de protección a la salud, súmese la restricción del acceso al sistema sanitario por otras enfermedades graves. Por tanto, donde está en juego el bien humano esencial como la salud y por ende la vida de peruanas y peruanos por las razones harto conocidas como consecuencia de los efectos asimétricos de la pandemia, corresponde en una democracia constitucional el acceso a los centros de salud privados como extensión de su función social y la reducción significativa de los costos; hechando mano -de ser el caso- a una norma legislativa o a una interpretación "a favor de la vida humana" sensibilizando y contextualizando el artículo 62° de la Constitución y otros preceptos constitucionales; aplicándose también a aquellos servicios y comercialización de bienes directamente vinculados con el rubro salud; sin perjuicio del rol subsidiario del Estado. Un ejercicio y alcance razonable del contenido constitucional del derecho a la vida y del derecho a la salud en relación con el derecho de los contratos y la seguridad jurídica es necesario en esta situación concreta y extremadamente vital[6]. Si el artículo 58° de la Constitución prescribe la libre iniciativa privada y su ejercio dentro de una "economía social de mercado", entonces hagamos sentir lo "social" en épocas de pandemia.

6 Apelamos a los principios de interpretación de unidad de la Constitución, teleológica, entre otros.

d) Esta grave experiencia pone en el atril la idea siempre presente y ahora con bastante sensatez, compatible con los principios constitucionales presupuestarios básicos, la asignación presupuestaria constitucionalmente estatuida, garantizada y suficiente en temas de salud o, en otras palabras, positivizar un porcentaje mínimo de presupuesto en la Constitución a favor de la salud pública con un alto grado de prioridad de recursos por tratarse del valor de la persona en su dimensión vida-salud. Una medida de tal magnitud constitucional también debería de alcanzar a la esfera humana de la educación.

e) La pandemia ha evidenciado la insuficiente regulación jurídica de la muerte y del cuerpo del fallecido, y más allá de aspectos técnicos que todavía perduran (teorías de la semipersona, personalidad residual, de la *res*, etc.) y de la posición del ordenamiento civil nacional al considerar a la muerte como fin de la persona dejando de ser sujeto de derecho o el difunto no puede ser titular de derecho según el Tribunal Constitucional, debemos repensar el reconocimiento *post mortem* a partir de una cobertura constitucional-legal flexible a las circunstancias actuales que estamos padeciendo. El cadáver, por un lado, merece el respeto y la consideración por su sola condición previa de persona (no es un simple material de desecho) y, por otro lado, lo que significa para los familiares y el derecho al adiós. En consecuencia, se tiene la oportunidad de tomar conciencia no sólo de los efectos jurídicos que desencadena la muerte y el cuerpo -sin sus funciones vitales- en decadencia, también de obrar con sentido humanista y de mejorar las normas de protección, inclúyase a los familiares o a los suyos del difunto.

f) Para concluir, de acuerdo con los márgenes y extensión permitidos, la historia de la civilización es también el recorrido de las distintas formas de organización política, de gobierno y estadual, y dentro de dicha gama la democracia -no obstante su juventud- también se ha mostrado de múltiples maneras, por ejemplo, democracia política, social, económica, industrial, ambiental, entre otros, hasta llegar a nuestros días en su versión denominada democracia constitucional abordada al inicio del presente texto. Es en ese modelo democrático del siglo XXI donde se debe ahondar y acentuar de un modo gravitante la presencia de los derechos sociales

y prestacionales. El derecho a la salud universal debe marcar el rumbo de las acciones gubernamentales y de los estudios sobre el constitucionalismo democrático, como contenido esencial de una democracia de estirpe constitucional; y que pasa también, por superar las falencias de la "constitución económica", ya sea por medio de una operación intelectual de interpretación, lo más sólida posible y permanente, para evitar ser derrotado por posturas autoritarias y descontextualizadas, o ya sea por medio de reformas constitucionales.

CONSTITUCIÓN, ESTADO DE EMERGENCIA Y COVID-19 EN PERÚ.

UN DIAGNÓSTICO SITUACIONAL PRELIMINAR

*José F. Palomino Manchego**

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Hemos creído conveniente hacer, con carácter introductorio, algunas indicaciones sobre el fenómeno del estado de emergencia, facultad extraordinaria que solo se adopta en circunstancias totalmente excepcionales por el presidente de la República y que, por ello mismo, no está exenta de control. Y cuando se presentan los excesos, es ahí donde se requiere la coordinación y la participación activa de los otros poderes públicos del Estado, a saber: Poder Legislativo, Poder Judicial y Tribunal Constitucional.

En este terreno, entre otras muchas razones, hay tres frentes que nos pueden servir como objeto de estudio y de análisis global para explicar el estado de emergencia en sus diversas significaciones: *1)* El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en sus dimensiones políticas, económicas, sociales, culturales e ideológicas. *2)* El Derecho

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano del Derecho Constitucional. e-mail: palominomanchego@gmail.com

Internacional Humanitario. *3)* El Derecho Constitucional. En esta ocasión centraremos nuestro enfoque en el marco constitucional.

Cuando nuestros distinguidos y apreciados colegas Diego Valadés (*La dictadura constitucional*), Francisco Fernández Segado (*El Estado de excepción en el Derecho Constitucional españo*l), Pedro Cruz Villalón (*El Estado de sitio y la Constitución*), Domingo García Belaunde (*El Habeas Corpus en el Perú*), Daniel Zovatto G. (*Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*) y Jorge Power Manchego-Muñoz (*Constitución y Estados de Excepción*), entre otros cultores de fuste del Derecho Constitucional, elaboraron sus sesudos estudios acerca de los estados de emergencia y sus diversas acepciones, nunca se imaginaron —estamos completamente seguros— de que en los inicios del siglo XXI esta institución, que nació en el siglo XVIII, sin obviar sus antecedentes en el Derecho Romano conforme ha puesto en evidencia el célebre Carl Schmitt (1888-1985) en su clásico libro *La dictadura*, iba a tener su amplitud de miras hacia otros derechos fundamentales, producto de las coyunturas que ofrece el mundo de la cultura en sus diversas manifestaciones. Por ejemplo, el derecho a la salud, lo cual trae como resultado la lucha hombre versus virus.

Ahora bien, los retos del constitucionalismo en el primer tercio del siglo XXI ha ido en línea ascendente, como consecuencia de un nuevo enfoque que se está viviendo y experimentando en el Derecho Constitucional Comparado, al estado de emergencia como resulta de la epidemia de la COVID-19. La situación actual amerita atender necesidades y requerimientos extraordinarios y/o excepcionales, y los presupuestos constitucionales (valorativos) imponen, democráticamente, las reglas de juego, y los presupuestos legales (fácticos) tienen que moldearse a ellos.

Y las reacciones no se han dejado esperar. Al respecto, importa significar que la Corte Interamericana ha adoptado la "Declaración de 9 de abril de 2020: COVID-19 y Derechos Humanos. Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectivas de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales". En esa línea de pensamiento, la Organización de las Naciones Unidas, a través de su Consejo Económico y Social, ha estudiado y reflexionado, desde hace más de tres décadas, el problema que acarrean las emergencias y

su alcance global. Las acotaciones de Leandro Despouy en su libro *Los derechos humanos y los estados de excepción*, reafirman tal aserto.

¿Qué nos depara el mundo de la posguerra fría, especialmente entre Occidente y otras culturas? ¡Las frases proféticas, con perspectiva intelectual, de Samuel P. Huntington (1927-2008) (*El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, 1996), ni mucho menos Francis Fukuyama (n. 1952) (*El fin de la historia y el último hombre*, 1992), jamás pensaron lo que actualmente estamos viviendo! El orden mundial multilateral está poniendo entre la espada y la pared a los derechos humanos y las consecuencias se expresan en problemas estructurales muy delicados. Por ejemplo, países con altas tasas de informalidad, crisis global de la economía, crisis en la educación, en el aprendizaje (dictado *online*), intervenciones no farmacéuticas clásicas, aislamientos y cuarentenas obligatorias, y el distanciamiento social, que no sabemos cuándo terminarán. Encima, emerge el populismo político. ¡Y pensar que muchos imaginaban que el mundo cambió el 11 de septiembre de 2011.

II. EL ESTADO DE EMERGENCIA COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y/O ABIERTO. SUS DIVERSAS ACEPCIONES. CONCEPTO

Desde nuestra perspectiva, los conceptos categoriales del Derecho Constitucional, muchas veces, ofrecen dificultades a la hora de desarrollar su conceptualización y sus caracteres generales. Por ventura, a partir del nacimiento del Derecho Procesal Constitucional, por el conducto de la Jurisdicción Constitucional y de la Interpretación Constitucional. Más todavía cuando el Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete, suple esta deficiencia cuyos orígenes se pueden suscitar como consecuencia de las lagunas y de las imprevisiones constitucionales. En el sistema jurídico del *Common Law* ha sido la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana la que ha cumplido una labor creadora ejemplar. Y en el bloque europeo continental y/o *Civil Law*, como hemos podido apreciar con anterioridad, la función tuitiva y creadora de los tribunales constitucionales reviste capital importancia para darle forma y dinámica al sistema de fuentes.

De lo que acabamos de decir —que quede bien claro— deducimos que el estado de emergencia ofrece una diversidad terminológica, de

acuerdo a la tradición histórica en el horizonte constitucional: estado de excepción, estado de sitio, estado de emergencia, estado de alarma, estado de prevención, estado de guerra interna, dictadura constitucional, dictadura soberana, suspensión de garantías, suspensión de derechos fundamentales, circunstancias especiales, ley marcial, bando de guerra, poderes de crisis, poderes especiales, toque de queda, emergencia pública, estado de necesidad, poderes extraordinarios del Poder Ejecutivo, situación de necesidad del Estado, medidas excepcionales, reconociendo que entre ellas hay matices, singularidades y vasos comunicantes. Para fines prácticos y operativos emplearemos a lo largo del presente estudio la denominación "estado de emergencia".

Adviértase que existe una peligrosa línea tendencial en el mundo jurídico: la excepción se convierte en la regla. Por ello nos adscribimos íntegramente al juicio del antiguo catedrático compostelano Francisco Fernández Segado, cuando sostiene: "… no siempre se desenvuelve la vida del Estado de conformidad con su ordenamiento jurídico; muy al contrario, en ocasiones, se producen perturbaciones en el normal ejercicio de los poderes [públicos], perturbaciones que hacen verdaderamente imprescindible la adopción de medidas excepcionales. Bien es cierto que en otras ocasiones tales medidas excepcionales no son sino las más palpable y de patente muestra de la arbitrariedad del poder".

Y es ahí —lo repetimos una vez más— donde se requiere la participación transparente de los poderes públicos del Estado: Legislativo, Ejecutivo, con el debido control por parte del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional (a través de los procesos constitucionales para la defensa y/o protección procesal de los derechos fundamentales y/o constitucionales).

III. DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979 A LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Derivación lógica de lo anterior es realizar unas reflexiones acerca de la forma en que ha ido evolucionando el estado de emergencia en el Perú en el siglo XX, para lo cual centramos nuestro campo de acción en las dos últimas constituciones. Conviene hacer un cuadro comparativo para después apostillar algunas reflexiones. Veamos:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993
Artículo 231.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, decreta, por plazo determinado, en todo o parte del territorio y dando cuenta la Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que es este Artículo se contemplan: a. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede suspender las garantías constitucionales relativas a la libertad de reunión y de inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, que se contemplan en los incisos 7, 9 y 10 del Artículo 2 y en el inciso 20 g del mismo Artículo 2. En ninguna circunstancia se puede imponer la pena de destierro. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. La prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno cuando lo dispone el Presidente de la República. b. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, o guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con especificación de las garantías personales que continúan en vigor. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.	Artículo 137.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este Artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del Artículo 2.° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República. 2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.

Dicho lo que antecede, debemos responder la siguiente pregunta: ¿Qué se suspenden, los derechos fundamentales o los procesos constitucionales (garantías constitucionales y/o acciones de garantía)?

Entre la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993 se dieron, al abrigo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dos opiniones consultivas: OC-8/87 del 30 de enero de 1987 y OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. De su lectura se desprende claramente que la Constitución de 1993, en lo que respecta a este tema, tiene una mejor redacción por cuanto precisa claramente que lo que se restringe o suspende es:

> "el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del Artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo".

No obstante ello, debemos precisar que la Exposición de Motivos de la Comisión que elaboró el anteproyecto de lo que luego se convirtió en la Ley N.° 23506 (Ley de Habeas Corpus y Amparo), presidida por Domingo García Belaunde, ya había advertido, en 1982, que el artículo 231.° de la Constitución Política de 1979 no era claro en esta materia y que, por desventura, el Congreso de la República no lo tomó en cuenta. Igual sucedió con el anteproyecto del Código Procesal Constitucional (Ley N.° 28237), cuya Comisión de elaboración también fue presidida por Domingo García Belaunde.

IV. IMPACTO DE LA COVID-19 EN EL MUNDO JURÍDICO CON ESPECIAL REFERENCIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Tema de viva actualidad, pero muy complejo, es el relativo al impacto que ha tenido la COVID-19 en el firmamento jurídico, más en concreto, en el Derecho Constitucional, ya sea en países desarrollados (Inglaterra, Francia, Alemania) o en países en vías de desarrollo, especialmente América Latina, expresados en Estados federales y en Estados unitarios, o ya sea expresados en formas de gobierno parlamentario o formas de gobierno presidencial. Es bueno recordar que los estados de emergencia no están por encima de la Constitución, ni mucho menos la suspenden.

Estamos viviendo un sentimiento de vulnerabilidad y de fragilidad humana. Buena prueba de ello es el derecho a la vida y el derecho a la

salud. Producto de la COVID-19 —fenómeno sin precedentes en el orbe—, el *derecho a la salud* está en crisis; por ejemplo, estamos viviendo a diario la fragilidad del sistema inmunológico de mayores de 60 años. La falta de alimentos y la pobreza, una vez más, se pone en evidencia.

Las medidas tomadas por el Gobierno Central (Poder Ejecutivo) por el conducto del presidente de la República, a través de los decretos supremos provoca el distanciamiento social, y la crisis laboral, económica y educacional pone en alerta al mundo jurídico.

Y no se dejan esperar las consecuencias psicológicas que trasuntan en la ansiedad y en la depresión, complementadas con manifestaciones psíquicas. El bienestar emocional de las personas ha tenido un giro copernicano y ha dado nacimiento, en la población civil, a trastornos depresivos de ansiedad y obsesivo-compulsivos para mantener a raya la limpieza. Frente a ello, urgen, como lógica consecuencia, los tratamientos psicoterapéuticos.

V. CONCLUSIONES PROVISIONALES

A modo de síntesis final podemos sostener lo siguiente:

1. Teniendo al frente a la COVID-19, y la emergencia global, casi ya entrando al primer tercio del siglo XXI, como siempre ha sucedido, le toca al constitucionalismo liberal y social asumir retos, perspectivas y una lucha frontal para seguir reafirmando la democracia, la seguridad jurídica, la paz universal, la equidad global y la justicia social, entre otras manifestaciones, complementándolo inexorablemente con la protección y promoción de los derechos humanos.

2. Al propio tiempo, la democracia, desde su *in statu nascendi* en el mundo helénico, tiende a ampliar su campo de acción a diversas avenidas y/o aristas, producto de las propias situaciones coyunturales, ora la COVID-19: constitucional versus inconstitucional. Un buen ejemplo es a través de la democracia supranacional, sin fronteras ni distingo alguno, tal como lo ha sugerido recientemente Luigi Ferrajoli (n. 1940).

3. ¡Y qué decir del constitucionalismo global! Generalmente, se visualiza al constitucionalismo como un fenómeno del siglo XVIII como resultado feliz, digámoslo una vez más, de la Revolución norteamericana

(1776) y de la Revolución francesa (1789). En ese orden de consideraciones, el constitucionalismo, montado sobre los hombros de las revoluciones euroatlánticas, en pleno siglo XXI se adapta a las nuevas circunstancias del mundo globalizado en donde trasuntan nuevas necesidades, nuevas adaptaciones, nuevas exigencias y nuevos retos y desafíos. La tarea es difícil, pero no imposible.

4. A raíz del peligro que afronta la salud pública mundial ocasionada por la COVID-19, las situaciones de anormalidad consagradas en todas las constituciones del mundo han vuelto sobre el tapete, ya no como consecuencia de la ruptura de los diques de la democracia, ni mucho menos, con el nacimiento de gobiernos *de facto*, moneda común y corriente hace años atrás en América Latina. Véase, por ejemplo, la situación de anormalidad ocasionada por este virus, que ha salido a flote, ahora, a través de otras manifestaciones: el derecho a la vida y el derecho a la salud, por citar tan solo dos botones de muestra.

5. Por lo tanto, el Derecho Constitucional y los cultores de tan importante disciplina académica del Derecho Público, que a través de la Constitución regula las relaciones pacíficas entre gobernantes y gobernados, en el escenario de un Estado Social y Democrático de Derecho, se colocan al pie del cañón para contribuir a dar soluciones pacíficas a fin de, como lo está realizando la ciencia médica, controlar y solucionar el problema de la transmisión comunitaria de la pandemia, con medidas urgentes y agresivas, sin violar o amenazar los derechos fundamentales. Los académicos tienen, también, un nivel protagónico y, en el caso de autos, el buque insignia lo constituye indiscutiblemente el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional desde su fundación, ocurrida en la ciudad de Buenos Aires, en marzo de 1974.

6. Teniendo al frente las necesidades emergentes, el impacto de la COVID-19 ha cambiado paradigmas. La crisis educativa universitaria en todo el país, como consecuencia de la COVID-19, es un reto que tenemos que asumir con responsabilidad y conocimiento de causa. Es importante asegurar los servicios educativos en todos los niveles de la enseñanza-aprendizaje, especialmente en el dictado de las clases *online*. La idea es brindar un servicio virtual con calidad académica.

7. El futuro que nos depara es incierto; empero, hay que estar preparados para afrontarlo. Sin embargo, la historia y el tiempo como juez de jueces no engaña, porque después de la tormenta siempre viene la calma. Que la divina providencia nos siga iluminando y dando fuerzas hercúleas y energías positivas para seguir bregando en el quehacer diario que nos corresponde asumir y seguir el ejemplo modélico que nos legaron nuestros antepasados. ¡Mejor, todavía, ahora más que nunca que se nos avecina el Bicentenario 1821-2021!

8. Finalmente, ¿cómo mitigar el impacto de la pandemia COVID-19? ¿Pueden las leyes de emergencia contener o evitar la pandemia COVID-19? Al cierre del presente artículo, en Perú, al igual que a nivel mundial, las cifras cuantificadas, producto de la COVID-19, son altamente devastadoras. Las cifras proporcionadas por el Ministerio de Salud son las siguientes: 123,979 infectados, 3,629 fallecidos, 840,922 muestras y 50,949 de alta. Renglón aparte ocupa la salud de los efectivos militares y policiales. ¿Y qué decir de la bomba de tiempo que hay en los establecimientos carcelarios? De lo expuesto, se infiere que la situación continúa crispada.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

A) LIBROS

- Clusellas, Gregorini: *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.
- Cruz Villalón, Pedro: *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- Despoay, Leandro: *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., 1999. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio.
- Fernández Segado, Francisco: *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977. Antecede Prólogo de Luis Sánchez Agesta.

- García Belaunde, Domingo: *El Habeas Corpus en el Perú*. Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones de la UNMSM, Lima, 1979. Antecede Prólogo de Darío Herrera Paulsen.
- García Belaunde, Domingo: *Las constituciones del Perú*, 3.ª edición revisada, corregida y aumentada, Fondo Editorial del Jurado Nacional de Elecciones, Lima, 2016. Antecede Presentación de Francisco A. Távara Córdova.
- Power Manchego-Muñoz, Jorge: *Constitución y Estados de Excepción* (*La Constitución Peruana de 1979*), Tipo-Offset SESATOR, Lima, 1990. Antecede Prólogo de Enrique Álvarez Conde.
- Sagüés, Néstor Pedro y Palomino Manchego, José F.: *Imprevisión y reforma: dos problemas contemporáneos del Derecho Constitucional*, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2005. Antecede Presentación de Domingo García Belaunde.
- Valadés Diego: *La dictadura constitucional en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., 1974.
- Zovatto G. Daniel: *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990. Antecede Prólogo de Allan R. Brewer-Carías.

B) ARTÍCULOS ESPECIALIZADOS

- García Luisa, Fernanda: "El dilema entre derechos fundamentales y la salud: El COVID-19 y los desafíos de la democracia", en Covilla Martínez, Juan Carlos (Coordinador): *Seis perspectivas del Derecho Público en tiempos del COVID-19*, Tirant lo Blanch, Colombia, s/f.
- Hernández, Antonio María: "Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en Argentina", en La Ley: AR/DOC/1352/2020.
- Kaik, Marta: "La nueva normalidad: antes y después del COVID-19", *La República*, Lima, sábado, 25 de abril de 2020.
- Naciones Unidas – Cepal. Informe Especial COVID-19, N.° 1, 3 de abril de 2020: "América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19. Efectos económicos y sociales".

Lima, domingo, 25 de mayo de 2020.

EL RETO PARA ENFRENTAR PROBLEMAS PUBLICOS DENTRO DEL MARCO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

*Jose Luis Galvez Adauto**

Nuestro país enfrenta un problema sanitario de alcance global, la existencia de un virus como **el coronavirus de tipo 2 causante del síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-CoV-2),** el cual es el responsable de una propagación global de la enfermedad conocida como la "COVID-19" o "el virus de la COVID-19" según la Organización Mundial de la Salud (OMS), es el responsable de una pandemia[1] de alcance global y sin precedentes en su propagación.

Como consecuencia de estos acontecimientos los gobiernos de todo el mundo han optado por tomar medidas y decisiones que se enfocan a resolver el problema de emergencia sanitaria en el cual nos encontramos, el surgimiento de la pandemia ha suscitado enfocar todos los esfuerzos de los gobiernos en la solución del problema, planteando incógnitas acordes con su complejidad y conforme al desafío de la propagación de un virus de alcance global.

---

* Abogado de la Universidad Peruana los Andes de Huancayo, con estudios de maestría en Gobierno y políticas públicas de la Pontifica Universidad Católica del Perú – Lima.

1 Una pandemia es la afectación de una enfermedad infecciosa de los humanos a lo largo de un área geográficamente extensa. El vocablo procede del griego πανδημία, de παν (pan, todo) y de δήμος (demos, pueblo), expresión que significa reunión de todo un pueblo. Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2014). «pandemia». Diccionario de la lengua española (23.ª edición). Madrid: Espasa. ISBN 978-84-670-4189-7.

La enfermedad del COVID – 19, se ha instaurado como un problema de agenda prioritaria, un problema que reta a nuestros gobiernos a encontrar soluciones de manera eficaz, eficiente y con el menor número de bajas posibles. La fortaleza y sapiencia de los gobiernos para enfrentar este problema, será el medidor de sus capacidades y competencias, servirá para entender la solidez de nuestras instituciones, además de pondrá a prueba a nuestra sociedad para afrontar un reto de alcance mundial.

Tenemos frente a nosotros un problema público, el cual debemos afrontar, basándonos en poca información (puesto que los científicos del mundo a un están estudiando el virus - sus causas y efectos), para el cual debemos plantear soluciones innovadoras y con una capacidad de respuesta nunca antes impulsada por el Estado peruano. Este problema de rápido y mayoritario consenso, gesta un escenario donde las obligaciones constitucionales, los deberes ciudadanos, la opinión pública, el gobierno, los gremios y organizaciones sociales, los académicos y todos los actores confluyen para debatir, afrontar y solucionar el problema.

> "Frente a algunos problemas hay rápido y mayoritario consenso entre los ciudadanos, en otros casos las opiniones se dividen. Algunos problemas caen dentro del perímetro de las obligaciones constitucionales del estado y exigen sólo el cumplimiento cabal de las responsabilidades estatales; otros problemas rebasan las fronteras establecidas, pero no dejan de reclamar la intervención estatal".
>
> *Luis Aguilar: 1993*

Como indica Luis F. Aguilar Villanueva, este problema reclama la intervención estatal y la configura con un universo de obligaciones constitucionales, tanto del Gobierno como de la ciudadanía y los actores que la representan generando una dinámica de interacción, entre los que disponen las autoridades como cabeza de nuestras instituciones y el actuar de la población frente a estos mandatos.

En este juego de roles, el diseño, la implementación y la evaluación de las políticas públicas servirán para encaminar las soluciones del problema que afrontamos, los estados de excepción, emergencia sanitaria, restricciones sobre derechos fundamentales y medidas complementarias de carácter institucional serán necearías para encarar las dificultades venideras. Pero todas las decisiones que tomemos deberán concebirse dentro del respeto irrestricto de las normas constitucionales que rigen nuestro país. Nada

deberá escapar a ese control y marco normativo determinado por nuestra constitución política, la cual tiene como finalidad principal la *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (ART. 1 - constitución política del Perú - 1993).*

En fin, como ciudadanos, no somos conscientes del artículo primero, pese a que convivimos con atropellos y vulneraciones a nuestros derechos todos los días, pero en un contexto tan palpable como la pandemia, tanto autoridades como ciudadanos se sirven de la constitución para regularse, esto apoyado a un sistema jurídico estructurado, nos permite identificar plenamente la agenda nacional prioritaria, es decir el problema principal a enfrentar y por el cual todos los órganos del Estado se pondrán en marcha para erradicar: "El COVID -19".

Entonces concebido el problema en la agenda pública, deberemos seguir los consejos de Bardach[2]; y empezar a definir el problema, obtener la información, construir las alternativas de solución, realizar una selección de criterios, proyectar resultados, confrontar costos, tomar decisiones y si logramos superar el problema o encaminarlos a su solución, contar la experiencia para que sea útil a otros.

Ahora estos consejos académicamente estudiados por Bardach en su manual de *"Ocho pasos para el análisis de políticas públicas - 2001"*, nos impone la responsabilidad de enfocarnos en la solución del problema, más allá de las múltiples limitaciones que afronta el Estado, independientemente de su lugar de origen, los problemas públicos son el punto de partida para plantear una agenda, no obstante, cada realidad económico, político y social es diferente dependiendo del tipo de Estado, tipo de gobierno y la praxis democrática de sus países y la fortaleza de sus instituciones.

Los enfoques de las políticas públicas presentan irremediablemente limites, los cuales tienen múltiples restricciones, como manifiesta Aguilar:

2 EUGENE BARDACH.- Profesor Emérito de la Escuela Goldman de Políticas Públicas (Goldman School of Public Policy) en la Universidad de California (University of California) en Berkeley y miembro de la Mesa Directiva de la Asociación de Investigación de Gestión Pública (Public Management Research Association). Su área de investigación es la política aplicada y la gestión pública. Actualmente sus investigaciones están enfocadas a propiciar una mejor colaboración interinstitucional en la prestación de servicios del Estado.

> "Hay restricciones fiscales, legales, morales, tecno- productivas, políticas. Sobre todo, tristemente, hay restricciones de la cabeza, mentales. Muchas respuestas pensables, argumentables, plausibles, son inhibidas de inmediato, sofocadas, caricaturizadas, o simplemente nunca pasarán por la cabeza de los políticos y funcionarios. Hay pues un patrón de plausibilidad político - administrativa, determinado por restricciones de recursos e ideas. (Aguilar: 1993)

Esta limitación estará presente en cada etapa de las políticas públicas, (desde el diseño hasta la evaluación), y su nivel de complejidad dependerá mucho de factores institucionales, sus competencias y capacidades, las cuales varían según la nación y sus problemas, hay problemas públicos en todos lados, pero las capacidades de sus instituciones serán clave para solucionarlas.

El Estado y su capacidad para resolver los problemas públicos en agenda pueden reducirse a dos dimensiones básicas como manifiesta el sociólogo Sinesio López Jiménez: ***"Las competencias o funciones que el Estado asume frente a la sociedad y las capacidades que tiene para desempeñarlas".*** *Esto quiere decir que los Estados dependen exclusivamente de los recursos a su alcance para solucionar sus problemas.*

> "La amplitud de las competencias puede variar entre los Estados. Algunos, como el estado norteamericano, tienen pocas funciones, pero cuentan con mucha capacidad para atenderlas. Otros, como los estados europeos, tienen muchas competencias y cuentan asimismo con muchas capacidades. Finalmente, algunos estados, especialmente los de países en desarrollo, asumen muchas funciones, pero tienen pocas capacidades para desempeñarlas bien".
>
> *Sinesio López Jiménez*

El Estado asumirá mediante el gobierno las decisiones a tomar para afrontar una agenda política, pero esta agenda carecería de sustento si las naciones no hubieran tomado la decisión de poner en el centro de sus políticas, a sus ciudadanos, es decir la "Declaración Universal de Derechos Humanos" fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III) y representa la voluntad política de poner al hombre como pináculo de la sociedad y sus necesidades para la efectivizarían de sus derechos. Entonces una decisión política para que goce de legitimidad debía revestirse y respaldarse por

un corpus jurídico que sustente sistemáticamente las voluntades mediante un reconocimiento de derechos y su efectivización.

La decisión política en un determinado momento y coyuntura social generará un cambio de paradigma en la estructura de las sociedades, las cuales, usando los instrumentos jurídicos de su tiempo, lo considerará legítimo, para que impulse una eficacia jurídica que garantice el cumplimiento de la decisión. Bajo responsabilidad de quienes tengan que acatarla.

Los derechos, humanos, fundamentales y constitucionales se concibieron en decisiones políticas (sea estas de derechas o de izquierdas), y han sido respaldadas gracias a la fuerza de la legitimidad que se le ha dado a nuestras estructuras sociales, geográficas y culturales conocidos como Estados, los cuales también gozan del mismo instrumento para cohesionarse, estos cuerpos normativos son conocidos como la "*constitución y las leyes*".

Por lo tanto, si el mundo precisa del Derecho para unificarse en un gran mito llamado civilización moderna, los derechos se ejercerán en razón de la positivización de los mismos. Es innegable que la agenda política usa argumentos jurídicos, ya he explicado la importancia de la ley para legitimar las decisiones públicas o que atañen de interés público, las decisiones o incluso la omisión en la toma de decisiones puede traer; y trae siempre, consecuencias jurídicas, esto entendido desde la teoría de la acción y la omisión y sus efectos jurídicos.

El peso que tienen los argumentos jurídicos en la agenda pública, son incuestionables, pues regulan su actuar y orientan las decisiones que solucionan las necesidades públicas, legitiman de manera objetiva los derechos que se demanden.

La salud pública como derecho es reconocida en favor de los ciudadanos y son los Estados quienes la administran, sus eminentes carencias, son resultado de la debilidad institucional de sus gobiernos, la faltan sistemas de salud solidos restringe su acceso todos y las personas que pueden acceder a ella, son una minoría, la salud publica en el país se percibe como deficiente y no es óptima según la percepción de los ciudadanos, por lo tanto si hacemos la pregunta de rigor a los ciudadanos sobre si ejercen su derecho a la salud, quizá responderán: "NO", sobre todos los grupos de ciudadanos pobres y pobres extremos. Entonces que los ciudadanos puedan acceder a un derecho dependerá mucho de que el Estado garantice

las condiciones mediante sus competencias para que la población pueda ejercer sus derechos a cabalidad.

En conclusión, el argumento jurídico más potente y eficaz en la lucha contra los problemas públicos debe ir acompañado de políticas públicas articuladas, las cuales permitan a los ciudadanos el ejercicio libre y sin restricciones de sus derechos. Es vital en la agenda política plantear las soluciones sin descuidar ni vulnerar el marco constitucional, orientando el actuar del gobierno para una adecuada gestión, en favor de los ciudadanos.

Los instrumentos que le permitan al Estado generar valor público en su gestión, sólo serán posibles en un contexto de respeto a los derechos fundamentales, la cual servirá de norte para formular las soluciones a los problemas públicos que enfrentamos como sociedad.

EL FUTURO DE LA HUMANIDAD

LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO ACTUAL

José Reynaldo López Viera[*]

"Recuerda que de la conducta de cada uno depende el destino de todos"
Alejandro Magno

1° Introducción

El 26 de junio de 1945, a punto de finalizar la Segunda Guerra Mundial y habiendo los países aliados derrotado a las Potencias del Eje[1], se firmó la carta de nacimiento de la mayor Organización Internacional

* Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Con estudios en Ciencia Política por la misma casa de estudios. Con Maestría concluida en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Con Maestría concluida en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Castilla La Mancha-España. Con estudios de especialización en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales por la Academia Diplomática del Perú. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Conferencista Nacional e Internacional. Autor de diversas obras de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

1 Principalmente a Alemania e Italia. En efecto, como bien sabemos Alemania se rindió a inicios de mayo -luego de la muerte del "*Führer*" Adolf Hitler ocurrida el 30 de abril -y capituló incondicionalmente el 08 de mayo de 1945 frente al Ejército Rojo que había sometido

que la historia de la humanidad ha registrado: La Organización de la Naciones Unidas (ONU)[2]. Las Naciones Unidas no sólo tuvieron como finalidad superar los errores y vacíos que su antecesora había tenido y por los cuales fracasó[3], sino que además fue la primera organización internacional que le otorgó el rango de "sujeto de derecho internacional" a la persona humana, cimentando con ello las bases del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[4].

En efecto, a partir de allí comienza a desarrollarse la temática de los Derechos Humanos, con normas, organizaciones y procedimientos que conforman la estructura actual de la protección internacional de los derechos de la persona tanto en el ámbito universal como en el ámbito

---

por completo la capital del Tercer *Reich*: Berlín. Sin embargo, EEUU en alianza con la Gran Bretaña, siguió luchando en el Pacífico contra el Japón Imperialista que aún no se rendía y resistía con bravura y fanatismo al ejército angloamericano. Finalmente, Japón se rendiría el 15 de agosto de 1945 y firmaría su capitulación el 02 de septiembre de 1945, luego del lanzamiento por parte de los EEUU de dos bombas atómicas sobre su territorio –Hiroshima y Nagasaki- poniendo fin de manera definitiva a la Segunda Guerra Mundial.

2 La Carta fue firmada el 26 de junio de 1945 por los representantes de los 50 países reunidos en San Francisco- EEUU. Polonia, que no estuvo representada, la firmó más tarde y se convirtió en uno de los 51 Estados Miembros fundadores. Las Naciones Unidas empezaron a existir oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la Carta fuera ratificada por China, Francia, la Unión Soviética, el Reino Unido, los Estados Unidos y la mayoría de los demás signatarios. El Día de las Naciones Unidas se celebra todos los años en esa fecha.

3 Nos referimos a la antigua Sociedad de Naciones creada por el Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919 producto de la finalización de la Primera Guerra Mundial. Si bien fue la primera organización internacional de este tipo, fracasó en lograr su objetivo principal de salvaguardar y fomentar la paz en el mundo al no poder resolver los conflictos internacionales muchos de ellos producto del ascenso y consolidación de Gobiernos totalitarios en diversos países (Alemania, Italia, España, Japón, Rusia, etc.) que conllevarían a la Segunda Guerra Mundial.

4 En efecto, tanto el Preámbulo de la Carta: "*NOSOTROS LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS RESUELTOS: A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas*"; como el artículo 55°: "*Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades*", por citar dos ejemplos, abiertamente enfocan la finalidad de esta organización en la garantía y protección de los derechos de las personas.

regional[5], constituyendo el avance más importante de la humanidad en lo que concierne a la protección, respeto y garantía de su dignidad.

Sin embargo, a la luz de los recientes acontecimientos que involucran a todo el planeta producto de una pandemia de alcance global, han surgido una serie de interrogantes acerca del futuro de la Globalización tal y como la conocemos a nivel político y económico, ya que para muchos después de esta crisis, ya nada será igual con respecto a ella; pero sin duda, parte de esta incertidumbre involucra a los derechos humanos, pues dentro del desarrollo vertiginoso de la globalización –como uno de sus resultados más llamativos e importantes- se encuentra el desarrollo galopante y auspicioso de la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional a través de diversos mecanismos desde normativos (declaraciones, cartas, tratados) hasta institucionales con sus propios procedimientos (ONU,OEA,CONSEJO DE EUROPA, UA, UE y los diversos organismos especializados, tales como la OMS).

El presente artículo, tiene como objeto vislumbrar el futuro de los derechos humanos, y la protección de los mismos en el ámbito internacional, de la mano con el futuro de la propia Globalización.

2° Las Organizaciones Internacionales como mecanismos de protección de los Derechos Humanos

En el ámbito de las Naciones Unidas, tenemos sendos compromisos internacionales en donde resaltan acompañando a la Carta de la ONU: La Declaración Universal de los Derechos Humanos (firmada el 10 de diciembre de 1966), los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (firmados el 16 de diciembre de 1966). Muchos de estos documentos a su vez, han creado organismos internacionales de protección de derechos humanos, tales como: El Consejo Económico y Social, el Consejo de Derechos Humanos,

5 Recordemos que si hablamos de los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos, hoy en día estos se pueden agrupar en dos: El Sistema Universal (que se deriva de la ONU, alcanza a los 193 Estados integrantes de esta organización; y, por ende es de carácter mundial) y los diversos Sistemas Regionales (que derivan de diversos órganos tales como el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos – OEA- y la Unión Africana –UA-, alcanzan a diversos Estados siempre y cuando conformen estos organismos; y, por ende, son de carácter regional). Actualmente, se habla de tres sistemas regionales: Europeo, Interamericano y Africano.

la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (por citar a los principales y a los que de manera directa salvaguardan los derechos humanos)

En ese amplio espectro, aparecen como órganos de apoyo los denominados organismos especializados de la ONU que son organizaciones internacionales vinculadas a las Naciones Unidas mediante acuerdos intergubernamentales[6], teniendo amplias atribuciones internacionales relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otras conexas.[7]

Pues bien, en este contexto nació la Organización Mundial de la Salud (OMS), como un organismo especializado de las Naciones Unidas

6 Actualmente existen 15 organismos especializados:

- Banco Mundial
- Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA)
- Fondo Monetario Internacional (FMI)
- Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)
- Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)
- Organización Internacional del Trabajo (OIT)
- Organización Marítima Internacional (IMO)
- Organización Meteorológica Mundial (OMM)
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
- Organización Mundial de la Salud (OMS)
- Organización Mundial del Turismo (OMT)
- Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)
- Unión Postal Universal (UPU)

7 Es preciso recalcar que el fundamento normativo de estos Organismos Especializados lo encontramos en el artículo 57° de la Carta de la ONU: "*1. Los distintos organismos especializados establecidos por acuerdos intergubernamentales, que tengan amplias atribuciones internacionales definidas en sus estatutos, y relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario, y otras conexas, serán vinculados con la Organización de acuerdo con las disposiciones del Artículo 63.2. Tales organismos especializados así vinculados con la Organización se denominarán en adelante "los organismos especializados*".

encargado de gestionar políticas de prevención, promoción e intervención a nivel mundial en la salud.[8]

Tal como la mayoría de países, el Perú es miembro de la gran mayoría de Organizaciones Internacionales de protección de Derechos Humanos, así como de diversos Organismos Especializados, entre ellos, la OMS.

Hoy en día, este organismo internacional viene recibiendo una serie de críticas –tanto de algunos de sus Estados miembros como de diversos actores internacionales[9]- producto de su "falta de prevención y gestión" para combatir y evitar la expansión de la pandemia a nivel mundial: ¿Será la OMS culpable de esta situación? Busquemos responder esta pregunta a continuación.

3° La Organización Mundial de la Salud y su actuación en cumplimiento de sus objetivos.

En el marco de la Carta de la Naciones Unidas se crea la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946), en el Preámbulo de su Carta Constitutiva, aparece definida la salud como "*un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*"; además reconoce que: "*El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social*." (Preámbulo del Convenio de Constitución de la OMS, adoptado el 7 de abril de 1948) y establece que la salud es una responsabilidad de los Estados: "*Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la*

8 La salud definida en la Constitución de la OMS como: "*Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades*". Actualmente, la OMS se encuentra conformada por 196 Estados (194 Estados Miembros y 2 Miembros Asociados), que se reúnen cada año en Ginebra en el marco de la Asamblea Mundial de la Salud.

9 La OMS ha sido criticada por ser extremadamente burocrática, lenta en sus decisiones y con malas políticas de comunicación. También ha sufrido reveses que la han hecho blanco de graves acusaciones. Un golpe muy fuerte para la institución vino con el anuncio de Donald Trump de que su gobierno suspendía los fondos que aporta EE.UU. a la organización por su "mala" gestión de la pandemia. Al respecto, debemos recordar que Estados Unidos es el principal contribuyente al haber comprometido unos US$893 millones para el bienio 2018-2019, de los cuales hasta el cuarto trimestre de 2019 ya habían sido desembolsados unos US$553 millones. Eso equivale al 14,67% de todos los recursos recibidos por esa organización.

adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas." (Preámbulo del Convenio Constitutivo OMS).

Las Organizaciones Internacionales (incluyendo a los Organismos Especializados) nacen con el fin de que los Estados que las conforman alcancen objetivos comunes. Cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) se estableció oficialmente en 1948, sus Estados miembros se comprometieron a financiarla para alcanzar su objetivo primordial -e ideal-: "*Que todos los pueblos logren el mayor nivel de salud posible*".

Siendo la principal autoridad coordinadora de las labores internacionales para la salud, para muchos especialistas, este organismo internacional ha cumplido su deber en algunos casos con mayor éxito que otros. Esto, teniendo en cuenta que mucho del éxito y eficacia de las organizaciones internacionales en general tiene que ver con el apoyo de los Estados miembros y la voluntad de estos por cumplir con los compromisos asumidos al integrar estas organizaciones. Por ello, como señala *Clare Wenham*, profesora de políticas de salud global de la *London School of Economics* (LSE), con trayectoria en epidemiología de enfermedades infecciosas, existen tres problemas claves con la OMS: "*Estos tienen que ver con el financiamiento de la institución, su posición dentro de sus Estados miembros y la política que envuelve su gestión*".[10]

En efecto, esta organización ha desarrollado y mantenido importantísimos programas de salud pública, cuidados de maternidad, nutrición infantil, entre otros, pero es mejor conocida por sus campañas de erradicación, prevención y control de epidemias a lo largo de su historia (tales como la N1H1 -gripe porcina - en 2009 y luego el ébola en África Occidental entre 2014 y 2016)[11]. Sin embargo, a raíz de la epidemia que hoy azota al mundo producto del Covid -19 su actuación ha sido muy criticada tanto

10 *Coronavirus | "La OMS depende de lo que cada gobierno haga de ella": 3 problemas clave que dificultan el trabajo de la organización*. Redacción. BBC News Mundo. 20 de abril del 2020. *https://www.bbc.com/mundo/noticias-52325301*

11 No se puede desconocer algunos de sus logros más notables. Tal vez el mayor éxito de la OMS hasta ahora se produjo en 1977, cuando anunció que había logrado su objetivo de erradicar la viruela del planeta. Asimismo, con respecto a la poliomielitis, aunque no se ha logrado eliminar como esperaba la organización, "*se han dado pasos gigantes y está casi erradicada*" lo mismo ha sucedido en el control de otras enfermedades que eran prevalentes en muchas partes del mundo y que ahora son la excepción –como es el caso de la lepra- en palabras del doctor Joao Nunes profesor de la Universidad de York. Ídem. *https://www.bbc.com/mundo/noticias-52325301*

en lo referente a la política preventiva como a su política decisionista. A tal punto de que se le acusa conjuntamente con China de haber "*puesto un velo sobre la información y sobre la gravedad del peligro que venía*" con la crisis del coronavirus, tal y como afirma *Jack Chow*, exembajador de Estados Unidos para la lucha global con el VIH y ex subdirector de la OMS.[12]

Como se puede apreciar, es más que claro que la OMS –al igual que muchas organizaciones internacionales que garantizan Derechos Humanos- no responde con suficiente agilidad porque tiene demasiados intereses y presiones a los que debe responder y que lastimosamente no están orientados al cumplimiento de los objetivos de la institución. Por ello, estamos totalmente de acuerdo con *Clare Wenham* cuando señala que: "*hay una diferencia entre lo que el mundo espera de ella (OMS) y lo que tiene capacidad de hacer*".[13] He ahí, el meollo de la situación y el por qué muchas veces las organizaciones internacionales no logran producir cumplir con sus objetivos. ¿Habría algo que cambiar? Definitivamente que sí y se debe empezar por extirpar los intereses particulares que socavan a las instituciones en desmedro de la defensa de los derechos para lograr una verdadera autonomía de las organizaciones internacionales.

4° El derecho a la salud y su protección a nivel internacional y en sede nacional ¿Estábamos preparados para afrontar una pandemia global?

El derecho a la salud goza de reconocimiento en todos los sistemas de protección internacional, tanto en el universal como en los regionales. Por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en el artículo 25 se establece lo siguiente: "*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia: la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*"[14]

---

12 Bermúdez, Ángel. *Coronavirus: Quién financia a la OMS y qué impacto tiene la orden de Trump de suspender las aportaciones de EE.UU., el mayor contribuyente.* BBC News Mundo. 16 abril 2020. *https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52304822.*

13 La citada profesora argumenta que hay que ver las reacciones y los resultados de la organización como un continuo para comprender la actuación y eficacia de la misma.

14 En esta norma, el derecho a la salud aparece como parte del contenido del "*derecho a un nivel de vida adecuado*".

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, encontramos el derecho a la salud reconocido en el artículo 11 de la

El PIDESC no solo reconoce el derecho a la salud o al "más alto nivel posible de salud" a todo ser humano (siguiendo el lenguaje de la Carta de la OMS) sino que hace referencia al contenido mínimo del derecho, regulando con suma precisión algunas de las obligaciones de los Estados para su efectiva realización. Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CODESC) esta es la norma más exhaustiva contenida en los instrumentos universales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de saludfísica y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños. b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente. c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas. d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad." (art. 12, PIDESC).

Además de esta norma, también deben citarse obligatoriamente por su conexidad, los artículos 13 y 24 del mismo PIDESC, que disponen obligaciones generales a los Estados Partes para hacer efectivos los derechos reconocidos en él, incluido por supuesto, el derecho a la salud. También es conveniente indicar que el derecho no debe verse descontextualizado del Pacto, la satisfacción plena de los otros derechos económicos, sociales y culturales en él reconocidos incide directamente en la salud y viceversa, como ya vimos lo puso de manifiesto la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El derecho a la salud también se encuentra recogido en los arts. 23, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN). El art. 11, inc. 1.e) y f) y el art. 12, de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW siglas en inglés), entre otros instrumentos normativos de carácter universal.

En el marco del Consejo de Europa (Organización internacional de Europa occidental creada en 1949), la Carta Social europea, firmada en Turín en 1961, se encuentran recogidos los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos, el derecho a la salud o a la protección de la salud (art. 118 y 139).

Por otro lado, en la Unión Europea, además de las competencias otorgadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, también se ha reconocido el derecho a la salud o a la protección de la salud. En efecto, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000), recoge los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea, entre ellos, los derechos y principios incluidos en la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales de la Carta social europea, los reconocidos en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la Unión Europea y cualquier otro que se derive de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre ellos el derecho a la salud (art. 35). La Carta se divide en siete títulos; reconoce el derecho a la protección de la salud en el artículo 35 del Título IV Solidaridad.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), aprobada en el seno de la OEA, Bogotá, 1948, cuyo texto expresa: "*Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*."[15]

En el ámbito nacional, el derecho a la salud constituye un derecho constitucional. Conforme al artículo 7 de la Constitución, "*Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad (…), así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. (…)*". El contenido o ámbito de protección de este derecho constitucional consiste según el Tribunal Constitucional: "*En la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo*". (STC 1429-2002-HC/TC, FJ 12, segundo párrafo). El derecho a la salud, entonces, "*se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado*" (STC 1429-2002-HC/TC, FJ 13). Este doble aspecto del derecho a la salud se orienta ciertamente a posibilitar un estado pleno de salud. Y, la conservación del estado de salud en cuanto contenido del derecho constitucional a la salud comprende, a su vez, el derecho de acceso y goce de las prestaciones de salud. La conservación de la salud no es posible sin el acceso y sin el goce de las prestaciones correspondientes.

Pese a su reconocimiento ampliamente logrado, la crisis de esta pandemia nos ha demostrado que "*del dicho al hecho existe mucho trecho*". Definitivamente, el problema de los derechos humanos –entre ellos la salud- en el siglo XXI es la eficacia de los mismos. Y el mundo entero se ha dado cuenta que no sólo en los países emergentes existe el problema de la afectación de los derechos, sino que en los países del primer mundo se ha develado que también persiste el mismo problema, tal vez la diferencia sea que en unos se agudiza y se muestra más palpable que en otros.

15 Asimismo, el derecho a la salud también aparece reconocido en el art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PACADH); en el numeral 4, inc. a) de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (CIPSEVCM). Implícitamente lo encontramos en los art. 3 inc. l), 34 inc. i), y 45 inc. b), de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En plena crisis sanitaria, frases como "*sálvense quien pueda*" han cobrado más vigor que nunca, haciendo tambalearse todos los aspectos de la globalización, grandes países productores de equipos de protección individual (EPI) como mascarillas y batas han prohibido las exportaciones en un intento de abastecer a sus propios hospitales, demostrando que aun en pleno siglo XXI igual que en siglos anteriores a Cristo, rige la ley del más fuerte. América Latina y el mundo entero han visto la pugna dramática entre países por conseguir respiradores, ventiladores y mascarillas sin que ninguna organización internacional pueda hacer absolutamente nada para regular la situación. Es a todas luces una auténtica economía de guerra, un *autoabastecimiento vs globalización*, con un resultado a favor de lo primero.[16]

Como diría el reconocido periodista peruano *Cesar Hildebrandt*: "*Año de la globalización del terror y de la reconstrucción de los nacionalismos erizados. Qué risa. De pronto, empujados por el virus, los gobiernos recordaron que tenían fronteras, desconfianzas, xenofobias, aduanas y visados*".[17]

En consecuencia, ni nuestro país ni muchos países del mundo estaban preparados para afrontar una pandemia global, pero no solo por culpa de la OMS, todos tenemos responsabilidad de una u otra forma. La falta de prevención de los Estados a nivel interno, y la voluntad para mejorar la actuación eficaz de los organismos internacionales –anteponiendo los fines por sobre los intereses y no al revés- a nivel externo, han contribuido en mayor medida a que se desate esta crisis sanitaria que pone en jaque a la Globalización en sus aspectos políticos, económicos, sociales y por supuesto, en lo que concierne a los derechos humanos[18].

16 "*Por la tecnología y por la cantidad que compramos, estamos últimos en la cola. Porque nosotros compramos 100 ventiladores y otros países están comprando 100.000. Por volumen, no entramos con fuerza al mercado global. Somos un país pequeño*". Son las declaraciones del Ministro de Salud del Perú, Víctor Zamora a la BBC Mundo. De ahí el dilema del gobierno peruano respecto a mandar un avión a China a recoger sus compras: "*España nos ha asegurado que no hay problema en que aterricemos en su aeropuerto y sigamos. Pero en el camino hay otros puntos, ¿y si me detengo en Turquía, qué va a pasar? Las reglas están cambiando muy rápidamente*". Gozzer, Stefania. *Coronavirus: cómo afecta a América Latina la pugna entre países por conseguir respiradores, ventiladores y mascarillas*. BBC News Mundo. 11 de abril del 2020. *https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52233577.*

17 Hildebrandt, César. *HILDEBRANDT en sus Trece*. Director: Cesar Hildebrandt. Edición N° 487.01 de mayo del 2020. P. 11.

18 Uno de los aspectos más delicados de la crisis han sido las relaciones entre Estados. Producto de la actuación de muchos de ellos, las relaciones bilaterales se puede ver seriamente

5° Diagnóstico y pronóstico. Los Derechos Humanos frente a la crisis de la Globalización *-post pandemia-*.

Alicia Bárcena, secretaria ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas, cree que la globalización "*al menos como la conocíamos antes de esta pandemia, definitivamente va a ser distinta*".[19] Es seguro que una crisis tan profunda como la que ha sucedido nos obligará a repensar la globalización en todas sus formas.

En ese sentido, ¿Aprenderemos a identificar, controlar y regular los riesgos que parecen ser inherentes a la globalización? Es el gran reto de todos: Estados, Organizaciones, actores, sociedades e individuos en general. Por ahora, la cooperación y el liderazgo necesarios para que ocurra no parecen abundar, pero estamos seguros que aparecerán. ¿Se reversará la globalización?, se pregunta el periodista de la BBC *Jonty Bloom*. Y responde que probablemente no, pues es un desarrollo económico y a toda escala demasiado importante, Pero ciertamente puede ralentizarse.[20]

Nosotros creemos lo mismo, pero el hecho de que la Globalización *post pandemia* se ralentice, nos lleva a preguntarnos lo siguiente: *¿Acaso la ralentización o replanteamiento de la Globalización implicará un disminución en el avance de la protección de los derechos humanos*?

Somos optimistas y señalamos que no porque hay argumentos para ello. En efecto, dentro de todo lo negativo, podemos encontrar aspectos positivos que de no haber sucedido la pandemia, difícilmente habrían acontecido. El temor del colapso de los sistemas sanitarios alrededor del mundo, desde los más precarios hasta los más avanzados, ha llevado a algo inédito: Que por primera vez, los gobiernos defiendan la salud pública, no solo por encima de la economía, sino a costa de ella.

---

afectadas. La pandemia de covid-19, que ya afecta a más de 1,5 millones de personas, ha minado la confianza entre Estados y ha puesto en tela de juicio la unidad de organismos como la propia Unión Europea, donde muchos países han cerrado sus fronteras.

19 En entrevista con BBC mundo indicó que: "*definitivamente, esta ya no va a ser una globalización de cadenas de valor. Eso es lo que va a ser más importante: el cambio en los modos de producción y en los modos de consumo*". *https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52155208.*

20 *Coronavirus: Por qué la pandemia puede acelerar la desglobalización de la economía mundial (y qué peligros conlleva eso).* Redacción. BBC News Mundo. 15 de abril del 2020. *https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52155208.*

En la era de la globalización, tal y como nos hemos interconectados y desarrollado, también hemos afectado al planeta: tenemos hoy un planeta enfermo de océanos y ríos contaminados, los bosques devastados, la biodiversidad y una masiva extensión de extinción de algunas especies.

Entonces, es el momento de repensar los aspectos económicos y políticos del sistema, si claro que sí, pero no se debe olvidar en ese contexto la defensa de los derechos humanos a nivel interno y externo, afianzándolos y buscando la **EFICACIA** de los mismos. Ha quedado de sobra demostrado que no bastan el papel y las instituciones, deben existir políticas públicas reales nacionales e internacionales de prevención, gestión y cooperación entre las Organizaciones Internacionales, los Estados y los actores internacionales, dejando de lado los intereses particulares para priorizar al ser humano y a sus derechos inherentes.

Es la única manera de aprender de esta dura prueba, la naturaleza es sabia y el destino nos está brindando una lección como seres humanos al probarnos que por más sofisticados y avanzados que nos hayamos creído, no somos dioses ni inmortales y por el contrario, seguimos siendo frágiles ante las calamidades naturales que nos pueden conducir a nuestra extinción. Por ello, de la crisis debe surgir la oportunidad de corregir lo que se debe corregir para mejorar. En ese sentido, con respecto a los derechos humanos, debemos seguir por la senda trazada de su tutela y ahora más que nunca de su concretización a nivel nacional e internacional, porque es el único camino para afrontar con esperanza y paz el futuro de la humanidad.

"La parte más oscura de la noche, es la que anuncia la llegada del amanecer".

Johann Wolfgang Goethe

INDULTO Y ESTADO CONSTITUCIONAL

BREVES APUNTES CON MOTIVO DEL "INDULTO ESPECIAL" INCORPORADO EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

*Julio César Salomé Castro**

I. RESPECTO A LA NATURALEZA Y JUSTIFICACIÓN DEL INDULTO CON MOTIVO DEL SURGIMIENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Entre las instituciones jurídicas que han sobrevivido en el tránsito del estado autoritario o monárquico al Estado democrático y constitucional, el indulto es el que más debate sigue propiciando en la doctrina. El conflicto se sitúa con particular ímpetu en determinar su naturaleza y si, a partir de ella, se justifica y es compatible con un Estado Constitucional.

Con relación a la naturaleza del indulto, un sector de la doctrina entiende que éste tiene un carácter eminentemente político[1] que se

* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Docente e Investigador en Derecho Constitucional.

1 PULIDO ORTÍZ, Pablo Enrique y RUEDA, José Miguel. "La naturaleza política del indulto", en: *El indulto y la gracia presidencial ante el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un debate en torno al indulto concedido al*

concede sin expresión de causa[2] y que su concesión o denegatoria no puede ser objeto de revisión judicial[3]. Esta misma fracción, sostiene que el indulto está justificado por su sola presencia en la Constitución, la cual, además, en el particular caso peruano, se encuentra configurada como una potestad presidencial a secas y sin mayores presupuestos. En ese sentido, aseveran que el fenómeno de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y el Estado Constitucional lo adopta, pero no modifica su naturaleza y forma de aplicación.

Otra parte de la doctrina, que tiene la misma concepción con respecto a la naturaleza del indulto, justifica, sobre esa base, su eliminación. Para este sector, esta institución en el Estado Constitucional es una potestad ilegítima, obsoleta y arbitraria, que puede y debe ser reemplazada por herramientas más adecuadas, todas de carácter judicial[4]

---

expresidente Alberto Fujimori. Coordinadores Luis Castillo Córdova y Pedro Grández Castro. Palestra. 2018. Lima. Si bien inicialmente podría pensarse que el análisis que realizan estos autores se restringe al caso colombiano (en cuya Constitución se prevé el indulto solo puede ser concedido "para delitos políticos y conexos", y por tanto parece relacionar y restringir su tesis a dicho país), las conclusiones que presentan tienen pretensión de universales y sostienen que la figura que estudiamos, en el derecho constitucional, es nada más que un instrumento político.

2 VALLE-RIESTRA, Javier. "Amnistía, indulto y gracia: Cosa juzgada irrevocable e irreversible", en: *Jus Constitucional*. Grijley. Número 5.2008. Lima. pp. 58. En el mismo sentido, BOREA, Alberto y FLORES ARÁOS, Antero, en declaraciones al diario Correo han hecho énfasis en esta característica. Véase: https://diariocorreo.pe/politica/juristas-concuerdan-indulto-es-facultad-presidencial-y-no-tiene-limites-509322/ (consultado el 15 de mayo de 2020).

3 En este sentido, el Fundamento de Voto del ex magistrado del Tribunal Constitucional Calle Hayen en el caso Alfredo Jalilie Awapara, Expediente N.° 4053-2007-HC/TC. En el mismo sentido, HAKANSSON, Carlos. "La institución del indulto y su discrecionalidad presidencial", en: *El indulto y la gracia presidencial ante el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un debate en torno al indulto concedido al expresidente Alberto Fujimori*. Coordinadores Luis Castillo Córdova y Pedro Grández Castro. Palestra. 2018. Lima. Además de sostener que basta la voluntad del Presidente para su concesión, afirma que "(…) con respecto a la posibilidad de revisar el indulto, el control constitucional permanente en un estado de derecho es válido en la medida que se afecten las libertades y, en el caso del indulto, vemos que son promovidas por el perdón al cumplimiento completo de la condena; por otra parte, como acto presidencial discrecional, tampoco puede ser revocado en instancias nacionales por mandato constitucional; ni supranacionales, por respeto al principio internacional de no intervención en asuntos políticos internos", pp. 42.

4 HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio Luis. "Sobre el indulto. Razones y sinrazones", en: *El indulto: Pasado, presente y futuro*. Coordinador Fernando Molina Ferández. B de F

y, residualmente, ser válida sólo en espacios de anormalidad Estatal, más precisamente, en escenarios de justicia transicional[5].

Un último sector de la doctrina, comprende que en el Estado Constitucional la naturaleza del indulto no puede ser la misma que la de los estados regios. La nueva naturaleza del indulto debe ser jurídica antes que política y, por tanto, sometida a límites igualmente jurídicos[6]. Es decir, no puede quedar exento de control[7] y debe atender a estándares mínimos para garantizar el respeto a derechos fundamentales[8], garantizándose una eventual revisión judicial[9]. Solo en el caso de que se cumplan estos parámetros, el indulto está justificado y resulta siendo una institución compatible con el Estado Constitucional. En consecuencia, la constitucionalización del derecho sí altera la naturaleza del indulto, en particular, fijándole límites a su forma de aplicación.

Montevideo. 2019. Buenos Aires.

5 CARRACEDO, Eva. *Pena e indulto: Una aproximación holística.* Citada por ATIENZA, Manuel. "Un indulto sin gracia", en: *El indulto y la gracia presidencial ante el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un debate en torno al indulto concedido al expresidente Alberto Fujimori*. Coordinadores Luis Castillo Córdova y Pedro Grández Castro. Palestra. 2018. Lima.

6 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Amnistia, indulto e grazia: profili costituzionali*. A. Giuffre. 1974. Milán.

7 PASTORE, Baldassare. "Poder de gracia, legalidad, justicia", traducción de Pedro Grández Castro, en *El indulto y la gracia presidencial ante el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un debate en torno al indulto concedido al expresidente Alberto Fujimori*. Coordinadores Luis Castillo Córdova y Pedro Grández Castro. Palestra. 2018. Lima.

8 GARCÍA MAHAMUT, Rosario. El indulto, un análisis jurídico constitucional. Madrid, Marcial Pons, 2004. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. "Indulto y crímenes de lesa humanidad. A propósito de la concesión del indulto presidencial a A. Fujimori", en: *El indulto y la gracia presidencial ante el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un debate en torno al indulto concedido al expresidente Alberto Fujimori*. Coordinadores Luis Castillo Córdova y Pedro Grández Castro. Palestra. 2018. Lima.

9 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El control de la validez jurídica de la decisión discrecional de indultar al expresidente Alberto Fujimori", en: *El indulto y la gracia presidencial ante el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un debate en torno al indulto concedido al expresidente Alberto Fujimori*. Coordinador Luis Castillo Córdova y Pedro Grández Castro. Palestra. 2018. Lima.

La posición del presente artículo, que he tenido la oportunidad de sostener con anterioridad[10], coincide con esta última alternativa. El indulto únicamente es viable y valioso si responde a la protección de bienes constitucionales y sólo cuando no vulneran o inciden de forma desproporcional o arbitraria en otras garantías y bienes constitucionales.

Su existencia tiene la permanente posibilidad de colisionar con el principio de igualdad, con la tutela jurisdiccional efectiva, la finalidad del tratamiento penitenciario, la promoción del bienestar general que se fundamenta en justicia, el deber del Presidente de cumplir y hacer cumplir las sentencias y el principio de organización de poder[11].

Por ello, para no vulnerar el mandato de la igualdad, su concesión debe expresar las razones que distinguen al beneficiario de los otros condenados, pueden tratarse de situaciones relacionadas con su derecho a la vida digna, el derecho a la salud o de otras condiciones que lo hacen plausible de un trato diferenciado. Solo tales razones objetivas que, además, deben estar claramente expuestas, hacen que se pueda dar válidamente por concluido y satisfecho el tratamiento penitenciario y/o por asegurado que el beneficiario no constituya un riesgo o peligro para la sociedad y, así, por cumplido el mandato de bienestar general que se fundamenta en justicia.

En el mismo sentido, el indulto solamente podrá ser compatible con el principio de tutela jurisdiccional efectiva y con el deber del Presidente de cumplir y hacer cumplir las sentencias, cuando se presenten los datos objetivos y razonados para un trato diferente al beneficiario; deónticamente, y bajo el criterio de interpretación de unidad de la Constitución[12], las normas constitucionales dicen que: N1. La ejecución de la decisión judicial

10 SALOMÉ CASTRO, Julio César. "Notas sobre el indulto Presidencial", en: *Ius et Ratio. Revista de Derecho de la Universidad Continental.* Universidad Continental. 2013. Huancayo.

11 La teoría de "organismos" u "organismos constitucionalmente autónomos" y la de "organización de poder" reflejan de mejor manera un Estado Constitucional actual, en el que es insuficiente el clásico principio de separación o división de poderes. Bajo la lógica de la organización de poder, por un lado, existen no solo tres clásicos poderes sino una pluralidad de organismos de importancia y trascendencia constitucional. Por otro lado, se afirma que ninguna agencia de poder u organización o institución del Estado es autárquico y exento de control. Sobre el particular ROMANO, Santi. "Nozione e natura degli organi constituzionali dello Stato", en: *Scritti minori*. Volumen I. Giuffre. 1950.

12 Este criterio de interpretación importa, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, que: "(…) la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un

(manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva) es obligatoria en todos los casos salvo que existan razones justificatorias en el condenado que exijan la adopción de medidas distintas a la continuación de la ejecución de la pena. Asimismo, N2. El Presidente debe cumplir y hacer cumplir las sentencias salvo que existan razones justificatorias en el condenado que exijan la adopción de medidas distintas a la continuación de la ejecución de la pena. En ese contexto, la aplicación del indulto no resulta incompatible con estas garantías.

Finalmente, la tensión entre el indulto y el principio de organización de poder se diluye en los casos en el que el primero se abstenga de examinar, pronunciarse o modificar los hechos juzgados por el organismo competente, en este caso, el Poder Judicial. El indulto "no puede ampararse en un supuesto vicio de carácter jurídico vinculado a la sentencia condenatoria"[13]. Por regla, debe tratarse de hechos posteriores a la sentencia (conducta postdelictual o contingencias posteriores) y, excepcionalmente, se tratará de hechos anteriores, pero siempre diferentes a los que fueron objeto de pronunciamiento (cuestiones que el juez no se encontraba legalmente habilitado para valorar).

El Tribunal Constitucional ha adoptado una posición similar[14] respecto al indulto, al señalar que ninguna potestad constitucional es ilimitada y exenta de control en un Estado Constitucional, por tanto, el indulto puede

«todo» armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto", sentencia en el asunto Lizana Puelles, expediente N.° 05854-2005-PA/TC.

13 RODRÍGUEZ SANTANDER, *Ob. cit.* pp. 86.

14 No idéntica pues para el Tribunal Constitucional el indulto limita e incide negativamente en el principio de igualdad, en la tutela jurisdiccional efectiva, en la finalidad del tratamiento penitenciario, en la promoción del bienestar general que se fundamenta en justicia, en el deber del Presidente de cumplir y hacer cumplir las sentencias, y en el principio de separación de poderes. Véase el fundamento 43 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley que prohíbe el indulto, indulto para procesado, conmutación de la pena y beneficios penitenciarios a personas condenadas por el delito de violación sexual a menor de edad, expediente N.° 00012-2010-PI/TC. Desde nuestra perspectiva, que ya ha quedado expuesta, no se trata de una incidencia negativa sino de una potestad que actúa en concordancia con las otras funciones que están presentes en la Constitución.

ser objeto de control jurisdiccional y, especialmente, la motivación que se realice para su concesión[15].

II. NOCIÓN DEL INDULTO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA CONSECUENTE TIPOLOGÍA PARA EL CASO PERUANO

El indulto es la facultad del Estado por lo general arrogada al Presidente de la República, como sucede en nuestro país, por el cual el gobierno decide excepcionalmente dispensar a una persona o personas determinadas –nunca en abstracto- de la ejecución de la pena impuesta por el Poder Judicial[16]. En esa medida, presupone un proceso penal con sentencia definitiva y tiene por efecto suprimir la pena impuesta, liberando al autor que se encuentra en prisión o purgando otro tipo de pena[17], siempre

15 Así, de forma inaugural, la Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Alfredo Jalilie Awapara, Expediente N.° 4053-2007-HC/TC afirmó que el indulto puede ser cuestionado ante la justicia constitucional (véase fundamento 14 y ss.). Con todo, respecto a este caso deben realizarse dos observaciones. La primera, el caso versaba sobre la inaplicación, por parte del Poder Judicial, de un indulto para procesados o gracia presidencial a favor de Jalilie, no era de un indulto propiamente dicho, entendido este último como el que beneficia a condenados con sentencia firme. Sin embargo, el razonamiento que realiza es perfectamente aplicable a este último. La segunda observación es que tanto la sentencia como los votos de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, sostienen que el indulto, fíjese bien, por razones humanitarias, es compatible con la Constitución. No obstante, el indulto que se había concedido al señor Alfredo Jalilie no era un indulto por razones humanitarias sino por razones comunes. De allí que cabe preguntarse ¿el indulto o el indulto para procesados por razones comunes es inconstitucional para el Tribunal Constitucional? No ha existido hasta ahora un pronunciamiento claro por parte del Colegiado a este respecto, aunque cabe especular que ambas formas de indulto (por razones humanitarias y común) son válidas para este organismo, pues no hizo referencia alguna ni distingo en su validez al pronunciarse en el caso de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley que prohíbe el indulto, indulto para procesado, conmutación de la pena y beneficios penitenciarios a personas condenadas por el delito de violación sexual a menor de edad, expediente N.° 00012-2010-PI/TC.

Del mismo criterio con respecto a la revisión constitucional del indulto, la Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Crousillat, Expediente N.° 03660-2010-PHC/TC, fundamento 7, 9 y 10.

16 ROY FREYRE, Luís Eduardo. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. Grijley. Lima. 1997. pp. 229. En similar sentido, BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Santa Rosa. Lima. 2000. pp. 381.

17 HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Cuarta Edición. Idemsa. 2011. pp. 418. Igualmente, RODRIGUEZ CAMPOS, Rafael. "El indulto como manifestación del derecho de gracia en la Constitución de 1993

que se trate de un delito no excluido por ley[18]. Su uso está supeditado a la existencia de contingencias que rodean al condenado y que por lo general tienen lugar después de la condena (conducta postdelictual o situaciones posteriores) o, excepcionalmente, ha cuestiones que estuvieron presentes antes de la condena pero que no pudieron ser objeto de pronunciamiento por parte de las autoridades judiciales por no estar previsto en la ley.

Respecto a la tipología, la regulación actual reconoce un indulto común y otro por razones humanitarias. El indulto común está reconocido por el artículo 6.2 del Decreto Supremo N.° 004-2007-JUS, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2010-JUS y regulado por los artículos 3°, 26°, 27°, 28°, 29° y 30° de la Resolución Ministerial N.° 162-2010-JUS. De otro, el indulto por razones humanitarias está igualmente regulado por el artículo 6.2 del Decreto Supremo N.° 004-2007-JUS, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2010-JUS y regulado por los artículos 3°, 31°, 32°, 33°, 34° y 35° de la Resolución Ministerial N.° 162-2010-JUS.

En el caso del indulto común, éste solo debe resultar procedente ante circunstancias posteriores a la condena como puede ser una acción particularmente meritoria (salvar la vida de otra persona o graduarse con honores de una universidad) o situaciones sociales trágicas (la muerte del cónyuge que deja en abandono a hijos menores de edad). Asimismo, puede tratarse de circunstancias anteriores pero que el juez estuvo impedido legalmente de observar, como pueden ser, nuevamente, situaciones socialmente trágicas (por ejemplo, el condenado cabeza de una familia monoparental con hijos menores de edad) o de interés público (por ejemplo, el condenado con una capacidad o habilidad particular y cuyos servicios son requeridos para la utilidad pública), cuestiones que claramente no pueden ser valoradas por el juzgador. Por supuesto que, a ambos casos, debe unirse un óptimo comportamiento en prisión. En estas situaciones, el Estado abdica en la ejecución de la pena porque se ha cumplido de forma adelantada el tratamiento penitenciario o porque resulta claramente preferible (por interés público u otros bienes constitucionales) que el sujeto se reincorpore a la sociedad.

---

y su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano". En: *Actualidad Jurídica*. Número 207. Gaceta Jurídica. Lima. 2011. pp. 146.

18 GÓMEZ PAULET, Noelia Roxana. "Reflexiones sobre las gracias presidenciales a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Jaililie". En *Jus-Constitucional*. Número 5. Grijley. Lima. 2008. pp. 88.

Por otro lado, el indulto por razones humanitarias resulta atendible cuando se trate de condenados que padecen de enfermedades terminales, o de enfermedades no terminales pero graves, incurables y degenerativas que ya se encuentren en etapa avanzada y que las condiciones carcelarias agreguen un riesgo para su vida o su salud. De la misma forma, si el sentenciado tiene un trastorno mental crónico, irreversible y degenerativo. Puede tratarse de cuestiones que son anteriores a la condena o posteriores a ella, en cualquier caso, no pueden ser remedidas por el juez en virtud de no poseer habilitación legal para ello. En estos casos, el Estado abdica en la ejecución de la pena porque el tratamiento penitenciario no tendrá ningún efecto sobre el condenado debido a su padecimiento de salud.

Como se aprecia, en los supuestos, que el indulto no se pronuncie o vuelva a pronunciar sobre cuestiones que son de competencia del Poder Judicial es un elemento central para salvar su constitucionalidad y su compatibilidad con el principio de organización de poder o división de poderes.

III. FORMAS INCONSTITUCIONALES DEL INDULTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Delimitado así el indulto para el caso peruano, debemos apreciar que en nuestro ordenamiento jurídico subsisten disposiciones jurídicas inconstitucionales por no responder a los ya señalados principios de igualdad, tutela jurisdiccional efectiva, tratamiento penitenciario, promoción del bienestar general que se fundamenta en justicia, el deber del Presidente de cumplir y hacer cumplir las sentencias y el principio de organización de poder.

En el caso del indulto común, son inconstitucionales los incisos a), b) y c) del Reglamento – Resolución Ministerial N.° 162-2010-JUS, que prevén como criterios de evaluación "la forma, circunstancias, grado de participación y lesividad al bien jurídico protegido realizadas por el solicitante en el evento delictivo", la calificación jurídica o la pena impuesta. Como se ha señalado reiteradamente, el indulto en el Estado Constitucional debe ser cuidadoso de no invadir competencias que corresponden a otro organismo, por ello, no puede recalificar o actuar como instancia para corregir o pronunciarse sobre datos fácticos o jurídicos que son de competencia del juez penal.

Bajo el escenario ya descrito, también son incompatibles con la constitución el artículo 3° de la Ley N.° 26329, el artículo 6.3° del Decreto Supremo

N.° 004-2007- JUS, modificado por el Decreto Supremo N.° 008- 2010-JUS y segundo párrafo del artículo 23° del Reglamento – Resolución Ministerial N.° 162-2010-JUS, los cuales señalan que el estudio realizado por la Comisión de Gracias Presidenciales no vincula al Presidente de la República y que la propuesta, la propuesta desfavorable o la ausencia de propuesta no son óbice para que toma una decisión. Estos supuestos son claramente arbitrarios pues las razones para una concesión o su denegatoria serían absolutamente subjetivas y por tanto fuera de ser analizados desde parámetros de razonabilidad y motivación, vulnerando las garantías con las que constantemente el indulto se encuentra en tensión, así como el principio de interdicción de arbitrariedad.

Sobre este particular, debe recordarse que el Tribunal Constitucional tiene establecido que "El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. (…) Por lo mismo, las determinaciones administrativas (…) son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como 'discrecionales', no pueden ser 'arbitrarias', por cuanto son sucesivamente 'jurídicas' y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la 'crítica racional'. El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. De allí que, desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad."[19]

19 Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Juan Carlos Callegari Herazo, en el Expediente N.° 0090-2004-AA/TC, fundamento jurídico 12.

IV. EL INDULTO ESPECIAL EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

Si como hemos visto, el Estado Constitucional impacta sobre la naturaleza del indulto y, más propiamente dicho, lo recorta, alterando su noción y contexto en los que resulta válido para compatibilizarlo con el resto de institutos y competencias constitucionales, cabe preguntarnos si el Decreto Supremo N.° 004-2020-JUS, que crea supuestos especiales de indulto común y humanitario en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19, es compatible con ella.

Sobre el particular, si bien toda medida que se adopte para evitar la pérdida de vidas humanas es de por sí valiosa y saludable, no debe perderse de vista los mecanismos e instituciones jurídicas que se utilicen para llevarla a cabo. Su mal uso, no solo puede conducir a la ilegitimidad sino, y lo que es más importante en contextos de emergencia, a la inoperancia de la medida.

Así las cosas, una primera observación que debemos señalar es que la exposición de motivos del indulto especial no se compadece de la naturaleza personal y circunstancias personales que deben rodear a la concesión del indulto. Si bien esto no determina su inconstitucionalidad, no podemos dejar de observar que el Decreto Supremo, en su parte considerativa, justifica el acogimiento de este régimen especial debido al hacinamiento penitenciario mas no a las características concretas que tiene una determinada o determinable población penitenciaria. En otros términos, la medida está pensada para crear espacios en los establecimientos penitenciarios y para proteger al personal de seguridad y a los internos en general, evitando que las cárceles sean focos de infección. Resulta innegable que las cárceles requieren medidas urgentes para enfrentar esta realidad, empero, estamos convencidos que el indulto no es el mecanismo oportuno y llamado para esta función. Lo serán, más bien, medidas legislativas generales que posibiliten el deshacinamiento.

Cuestión distinta, y que era completamente posible, es que la adopción de un indulto especial se justifique desde las circunstancias especiales de un determinado grupo de población penitenciaria (enfermedades que lo hagan más propenso, años de edad, entre otros), en tales casos, en los que prima la circunstancia personal del interno, el indulto resulta totalmente viable.

Sin embargo, también en este contexto, las medidas que a tomar serían de indulto común y no de indulto humanitario. En efecto, si bien el artículo 2° del Decreto Supremo N.° 004-2020-JUS regula la existencia de un "indulto especial por razones humanitarias", lo cierto es que en este caso no aparece la imposibilidad irremediable de que el procesado pueda cumplir con su tratamiento penitenciario, característica del indulto humanitario y una de las razones que habilitan al Estado para desistir de la ejecución de la pena. En los casos regulados por el mencionado artículo 2°, se trata de enfermedades crónicas en etapa avanzada o de enfermedades crónicas, en ambos casos, que aumenten el riesgo a contraer COVID-19. Sin embargo, en el caso que -esperamos sea pronto- la pandemia sea controlada y aparezca una vacuna que frene su expansión y el sistema de salud retorne a la normalidad que conocemos, el beneficiario podría seguir cumpliendo con su tratamiento penitenciario, revelando que no se trata de un indulto humanitario, sino por razones comunes.

Comprendiendo entonces que todos los supuestos de indulto previsto en el Decreto Supremo que comentamos son por razones comunes, resulta oportuno señalar que al determinarse sobre datos fácticos o jurídicos distintos a los que podía o debía apreciar el juez al momento de sentenciar, no invaden o vulneran el principio de organización de poder. Asimismo, es importante indicar que las categorías reguladas se enmarcan en situaciones sociales trágicas (madre y permanezca con su niño o niña en el establecimiento penitenciario, se encuentre en estado de gestación) o de interés público (enfermos con padecimientos crónicos y avanzados, o con padecimientos crónicos, con sentencia por cumplirse, mayores de sesenta años, condenas menores de cuatro años).

Evaluado así, creemos que el indulto especial por emergencia sanitaria es compatible con el indulto común que permite la Constitución Política de 1993, más aún si para cada caso regula un procedimiento especial: a) en el caso de los indultos por enfermedades, no tiene más condiciones que su acreditación y que no se trate de un delito prohibido por el derecho penal internacional, conforme ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución de supervisión de sentencia en el caso Barrios Altos vs. Perú; b) en el caso de las madres con niños en establecimientos penitenciarios, madres gestantes y aquellos con condena por cumplirse, deben ser reas o reos primarios, no tener mandato de detención vigente y no estar sentenciados por un delito expresamente excluido por ley; y,

c) para el caso de las personas con condenas no mayores de cuatro años y mayores de sesenta, además de los requisitos de ser primarios y no tener mandato de detención vigente, se regula una amplia lista de delitos que están excluidos de aplicación.

EL ALCANCE RAZONABLE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CRISIS ORIGINADA POR EL COVID 19

*Luis Castillo Córdova**

I. Introducción

La pandemia originada por el virus COVID 19 ha puesto en serio transe a toda la humanidad, qué duda cabe. Desde ámbitos distintos la comunidad internacional, y de cada comunidad nacional, se le intenta hacer frente. Uno de esos ámbitos es el jurídico. Los gobiernos de los distintos estados han empleado fórmulas constitucionales y legales para adoptar medidas, normalmente restrictiva de derechos fundamentales, con la finalidad de favorecer la vida y la salud de las personas a través de la contención de la rápida propagación del virus y el evitamiento del colapso del servicio público de salud. La figura jurídica que ha sido invocada para justificar unas tales medidas, aunque llevan nombres distintos (estado de calamidad, estado de alarma, estado de emergencia, estado de excepción, etc.), tienen un mismo contenido: reconocer la existencia de una situación especialmente grave y excepcional que reclama medidas extraordinarias que tienen que ver con la acumulación de poder por parte del Ejecutivo y con la restricción de los derechos fundamentales.

La existencia de previsiones constitucionales o legales que reconocen y regulan situaciones de excepcionalidad en la vida de una comunidad

* Profesor ordinario principal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

política, se sostienen en la necesidad de evitar el colapso del Estado de derecho para evitar que sea la arbitrariedad del que manda la que dirija el combate de la situación de grave excepcionalidad, y asegurar, en la mayor medida de la posible, que la solución del problema provenga de la razón. En el fondo este es el convencimiento que parece sostener tales previsiones constitucionales y legales: el convencimiento de que el problema, por muy difícil que sea, siempre será posible de ser enfrentado con éxito desde la institucionalidad jurídica y democrática que hoy representa el Estado constitucional y democrático de derecho.

Resulta importante indagar las exigencias esenciales, tanto morales como jurídicas, que reclaman la instauración de un determinado régimen de excepción, no solo para interpretar con la mayor corrección posible los preceptos constitucionales o legales que los recogen, sino también para saber fiscalizar las medidas generales y su aplicación concreta que pueda ser llevada a cabo en cada comunidad política. Aquí interesará analizar los regímenes de excepción previstos por el Constituyente peruano, particularmente el Estado de emergencia que es el que el gobierno peruano ha decretado para hacer frente a la pandemia actual. La principal cuestión que se intentará resolver a lo largo de estas páginas es si efectivamente la previsión constitucional de los regímenes de excepción en el caso peruano, permite un entendimiento acorde con la Persona y sus derechos, de modo que desde ella y sus derechos se permita evaluar la validez de las medidas que la instauración de un estado de excepción traiga consigo. Para tal cometido se empezará formulando el principal valor que sostiene el Estado de derecho peruano: el valor de la Persona y el valor de los derechos fundamentales.

II. El valor de la Persona y de sus Derechos fundamentales

La Persona por ser lo que es, tiene un valor que el Legislador se limita a reconocer. Hoy hay consenso para sostener que la Persona vale como fin en sí misma, y este valor ha sido reconocido por el Legislador constituyente peruano al afirmar que ella vale como fin supremo (artículo 1). Que valga como fin en sí misma significa que ese valor se origina por lo que la Persona es, o, dicho de otro modo, por su esencia o naturaleza. No vale por elementos que no hagan a la esencia de la Persona, así, ella no vale por la riqueza que se posea o por el conocimiento que de las cosas se tenga. La consecuencia necesaria de esta advertencia es que un tal valor

siempre existirá, porque siempre que exista la Persona, lo hará según una determinada esencia o naturaleza. Es decir, el valor de la Persona es absoluto, para significar que no se puede ni negar, ni sacrificar, ni en general, ni en situaciones concretas.

Todo aquello que tiene condición de fin está llamado a ser conseguido o a ser realizado. Que la Persona sea fin significa que ella está llamada a ser realizada. La realización de la Persona tiene que ver con lo que ella es. La Persona es una realidad esencialmente imperfecta que tiende a la perfección. En su esencia ella presenta una serie de carencias y necesidades, cuya satisfacción significará ir adquiriendo grados de realización. Si el bien es aquello que perfecciona al ser, entonces, las carencias o necesidades humanas esenciales se irán satisfaciendo a través de bienes humanos esenciales, cuya consecución o goce significará la superación de la necesidad o carencia y la consiguiente generación de grados de realización en la Persona. Desde lo que ella es, entonces, se pueden concluir una serie de bienes humanos esenciales llamados a satisfacer necesidades humanas esenciales.

Si se reconoce que la Persona vale como fin en sí misma o que vale como fin supremo, entonces, se debe reconocer también que se le adeudan los bienes humanos esenciales. En efecto, la Persona está llamada a su realización o perfeccionamiento por el valor que tiene atribuido. Una tal realización solo es posible a través de los bienes humanos esenciales, de modo que esos se convierten en una realidad debida, adeudada a la Persona. De esta manera, su valor (su dignidad) justifica el carácter debido de los bienes humanos esenciales y, consecuentemente, justifica reconocerles naturaleza jurídica, desde que el derecho es la cosa debida.

De esta manera, desde el ser y valor de la Persona se puede sostener un concepto material de derechos humanos: son el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la Persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le depara grados de realización. El calificativo "humanos" que se añade a "derechos", no tiene por finalidad significar que tales derechos son titularizados por la Persona humana, sino que tiene por finalidad significar que existe un grupo de derechos que están directa y fuertemente vinculados a ella, y algo está vinculado de esa manera cuando se le vincula al ser (naturaleza) y valor (dignidad) humanos. Según este concepto, el derecho humano se edifica sobre un determinado bien humano esencial, un tal bien define a su vez la esencia del derecho humano o, dicho de otro modo, define su contenido esencial.

Los derechos humanos una vez que son constitucionalizados suelen ser denominados como derechos fundamentales, para significar que por provenir del ser y valor de la Persona, son de especial importancia tanto para su concreto titular, como para la comunidad política de la que forma parte. La constitucionalización de los derechos humanos significará la constitucionalización de su contenido esencial, así, al reconocimiento de los derechos fundamentales se ha de añadir el reconocimiento del contenido constitucional de sus derechos fundamentales.

Con base en esta definición de derechos humanos y, consecuentemente, de derechos fundamentales, que les vincula directa y fuertemente al ser y valor de la Persona, se puede justificar su valor jurídico y político. En efecto, si la Persona vale como fin en sí misma y los derechos humanos se definen del modo que aquí se ha propuesto, entonces, los derechos humanos se convierten también en fin en si mismos, en fin supremo, y como tales comparten el mismo valor absoluto que se reconoce a la Persona: los derechos humanos constitucionalizados no se sacrifican ni se niegan, sino que se reconocen y se cumplen, asegurando y garantizando su contenido esencial constitucionalizado. Consecuentemente, los poderes públicos adquieren, en palabras del Constituyente peruano, el deber primordial de promover su plena vigencia (artículo 44), más precisamente, de promover la plena vigencia del contenido constitucional de los derechos fundamentales.

El valor absoluto del contenido constitucional de los derechos fundamentales se condice con el carácter limitado del mismo. El bien humano esencial desde el que se construye el derecho fundamental, ayudará a iniciar la delimitación del alcance razonable y, por tanto, limitado, del contenido constitucional del derecho fundamental, delimitación que concluirá en las concretas circunstancias que rodeen el ejercicio singular del referido derecho.

De lo que se lleva dicho, por tanto, puede ser concluido que la Persona vale como fin supremo lo que reclama reconocerle un valor absoluto; este mismo valor se ha de reconocer a los derechos humanos definidos desde el ser y valor de la Persona. Ella, como fin supremo que es, está llamada a su plena realización, la cual se consigue a través de la plena vigencia de sus derechos humanos. Una vez constitucionalizados estos, tal plena realización deberá ser conseguida a través de la plena vigencia del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Se trata de un contenido

que no puede ser sacrificado ni negado, sino asegurado y cumplido. En este escenario, a más vigencia del contenido constitucional de los derechos fundamentales, mayor grado de realización de las personas.

Así las cosas, y como se anunció en la introducción, resulta decisivo saber si este valor de la Persona y de sus derechos fundamentales se mantiene en los regímenes de excepción como el que ha provocado en el Estad peruano la lucha contra la pandemia. Para ello resulta necesario referir, aunque sea brevemente cuáles son los regímenes de excepción previstos en la Constitución peruana.

III. Los regímenes de excepción

El Constituyente peruano ha reconocido la existencia de dos regímenes excepcionales: "El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente", el estado de emergencia y el estado de sitio (artículo 137). La decisión del Presidente es una decisión discrecional[1], lo que significa que él tiene un amplio margen para valorar las circunstancias a fin de concluir si ameritan o no la instauración de un régimen de excepción, de modo que su decisión solo podrá ser inválida si es que resulta manifiestamente irrazonable, es decir, que no pueda ser reconocida ninguna razón a su favor (por eso es que, a más discrecionalidad, menos carga argumentativa, menor deber de justificación).

Las causas que habilitan al Presidente de la República a decretar un estado de emergencia es la perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. Así instaurado, el Presidente "puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie". Por ser excepcional, su duración es determinada en el tiempo: no excede de sesenta días y su prórroga requiere nuevo decreto. Mientras que el Presidente puede decretar un estado de sitio en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se

1 EXP. N.° 00002-2008-PI/TC, fundamento 42.

produzcan, "con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende". Lo que no significa que cualesquiera derechos pueden ser restringidos, pues, la CADH prohíbe que los estados, como el peruano, suspendan sus obligaciones de protección de determinados derechos fundamentales como a la vida, a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, entre otros (artículo 27.2 CADH). Su duración no excede de cuarenta y cinco días.

También ha dispuesto el Constituyente peruano que durante la vigencia de cualquiera de estos dos regímenes de excepción "El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución" (200 CP penúltimo párrafo). Además, "Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio" (artículo 200 CP último párrafo).

En este escenario normativo, una cuestión decisiva es averiguar qué significa la restricción y suspensión de derechos fundamentales a las que habilita el texto de la Constitución peruana durante los regímenes de excepción. Para conseguirlo se empleará el concepto de derechos fundamentales aquí justificado, y por situaciones de excepcionalidad se entenderán "aquellas 'competencias de crisis' que la Constitución otorga al Estado con el carácter de extraordinarias, a efectos de que pueda afrontar hechos, sucesos o acontecimientos que, por su naturaleza, ponen en peligro el normal funcionamiento de los poderes públicos o amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política"[2].

IV. El significado de *restricción* de derechos fundamentales

Cuando el constituyente emplea la expresión "restringir" derechos fundamentales, lo hace para referirla del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Con base en el valor de la Persona y sus derechos fundamentales, así como en el carácter limitado y delimitable del contenido constitucional de los derechos fundamentales aquí justificados, se ha de

2 EXP. N.º 0017-2003-AI/TC, fundamento 15.

sostener que las medidas restrictivas que la instauración de un estado de emergencia (y de sitio) trae consigo, son medidas destinadas a delimitar el alcance razonable del derecho fundamental en las concretas circunstancias excepcionales, como es la pandemia generada por el COVID 19. Si efectivamente tales medidas cuentan con una justificación que permite reconocerles validez material, serán medidas razonables que delimitan el alcance razonable del derecho fundamental concernido.

Por ejemplo, supongamos que en las concretas y excepcionales circunstancias de pandemia en el Perú, y como consecuencia del Estado de emergencia instaurado, se aprobase la medida M1 según la cual "Está ordenado a los ciudadanos no transitar por las vías públicas; excepcionalmente podrán hacerlo cuando haya una justificación para ello, por ejemplo, para compra de víveres, o medicina, o para acudir a laborar en una actividad económica esencial".

Si es posible dar razones para sostener que M1 es razonable, entonces, significará que M1 delimita el alcance razonable de la libertad personal, en su manifestación de libertad de tránsito, en las concretas y excepcionales circunstancias de pandemia, es decir, que el contenido constitucional de la libertad de tránsito no da derecho a transitar por las vías públicas, salvo situación justificada, mientras duren las concretas y extraordinarias circunstancias de expansión del virus COVID 19. La restricción no puede significar sacrificio del contenido constitucional de la libertad de tránsito, desde que, como ya se justificó, los derechos fundamentales comparten el valor absoluto que se reconoce a la Persona; y desde que nadie puede sacrificar lo que no tiene, y lo que se tiene depende de lo que el contenido constitucional atribuya en unas concretas circunstancias. Si, por el contrario, no pueden ser dadas razones a favor de M1, entonces, significará que es una medida irrazonable que, en su intento de delimitar el contenido constitucional de la libertad personal, se ha excedido y con ello lo ha vulnerado, incurriendo en inconstitucionalidad.

Este mismo razonamiento puede ser formulado respecto de una medida M2 según la cual "Está prohibido las reuniones presenciales, públicas o privadas". Si M2 es razonable, significará que delimita el alcance razonable del contenido constitucional del derecho fundamental de reunión en las concretas y excepcionales circunstancias de pandemia, es decir, que el contenido constitucional de este derecho fundamental no da derecho a llevar a cabo reuniones presenciales, ni públicas, ni privadas,

mientras duren las extraordinarias circunstancias de pandemia. Si, por el contrario, M2 es irrazonable, significará una vulneración del contenido constitucional de la referida libertad fundamental.

Así entendida la restricción de derechos fundamentales, el Decreto supremo a través del cuál se declara el régimen de excepción significa la oficialización (si acaso para alguien había duda), de que existen ciertas circunstancias de relevancia jurídica y además excepcionales, que deben ser tomadas en cuenta por los operadores jurídicos a la hora de, en los casos o controversias concretas, delimitar el alcance razonable de un derecho fundamental. A partir de aquí es necesario advertir dos asuntos complementarios.

El primero es que hay que diferenciar la medida restrictiva o delimitadora en abstracto, de su ejecución concreta. Tanto la formulación abstracta como su concreta aplicación son pasibles de control constitucional, porque tanto en un nivel como en el otro es posible que se verifique una extralimitación que vulnere el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, una medida M1 puede ser una medida constitucional que, al ejecutarse, por ejemplo, por la autoridad policial, se incurra en inconstitucionalidad. Sería una aplicación inconstitucional de M1, por ejemplo, si se pretende sancionar a alguien por haber salido a la vía pública a sacar la basura al contenedor que está a 100 metros de la casa, o a sacar al perro a pasear alrededor de la casa; y sería una aplicación inconstitucional de M2, por ejemplo, si se prohíbe que una familia que cumple el confinamiento en su casa, celebre el cumpleaños de uno de sus miembros.

Y el segundo asunto es que, bien vistas las cosas, la enumeración de derechos restringibles a los que alude la Constitución cuando se trata del estado de emergencia, es una lista enunciativa. En efecto, lo decisivo es que ningún operador jurídico podrá desatender la existencia de circunstancias excepcionales a la hora de delimitar el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Es verdad que esas circunstancias impactarán más relevantemente en unos derechos que en otros (por ejemplo, en el estado de emergencia se podrá impactar más sobre la libertad de tránsito que sobre el derecho al honor), pero también es verdad que es posible que impacte razonablemente en derechos distintos a los expresamente referidos en el artículo 137 de la Constitución.

Por ejemplo, la referida disposición constitucional no ha mencionado expresamente a la libertad informática como un derecho "restringible". Pero puede ser posible reconocer que unas determinadas circunstancias excepcionales como la actual pandemia, puedan delimitar y contraer el contenido constitucional de la libertad informática (artículo 2.6 de la Constitución) y, por ejemplo, justificar alguna medida de geolocalización. Una tal medida no podrá ser rechazada por el solo hecho de afectar a una libertad no mencionada expresamente en el artículo 137 de la Constitución, sino que su rechazo reclamará una justificación que desnude su irrazonabilidad.

V. ¿Suspender derechos fundamentales?

1. Suspensión como completa ineficacia del contenido constitucional

El texto constitucional no solo hace literal referencia a la "restricción" de derechos, sino también a la "suspensión" de derechos. Si hay que diferenciar una y otra, la suspensión derechos fundamentales debe ser entendida como la ineficacia total de su contenido constitucional. Un entendimiento distinto que lleve a reconocer la eficacia de una parte del contenido constitucional, la asemejaría a la restricción. En efecto, si por suspensión se entendiese una situación en la que, por las concretas circunstancias, alguna o todas atribuciones que el contenido constitucional del derecho fundamental depara a su titular, justificada y razonablemente se contrajese en su alcance ordinario, estaremos ante una situación de justificada y razonable restricción.

Por ejemplo, la arriba formulada medida M1, es una prohibición que, asumida su validez material, contrae el contenido constitucional de la libertad personal, en su manifestación de libertad de tránsito, prácticamente a su mínima expresión. La Persona mantendrá a su favor la atribución que el derecho le depara, pero en una medida y alcance muy contraído. Así, se seguirá pudiendo desplazar con libertad en el interior de su casa, o en el exterior si se trata de las zonas comunes de un condominio[3], y también en la vía pública, pero solamente cuando haya una justificación atendible que no ponga en riesgo su salud ni la de los demás. Pero esa contracción es consecuencia de una restricción o limitación que, como se explicó ya,

3 EXP, N.° 01413-2017-PA/TC, fundamento 8.

delimita el alcance razonable de la libertad de tránsito en las concretas y excepcionales circunstancias. Al permitir las circunstancias, en alguna medida, la eficacia de alguna o de varias de las atribuciones en las que consiste el contenido constitucional, el derecho fundamental no se habría realmente suspendido, continuará como un contenido eficaz, aunque con limitado alcance, exigido y justificado por las circunstancias.

Así, los derechos que se declaren suspendidos serían derechos que no dejan de existir, pero su contenido constitucional sería completamente ineficaz por un lapso de tiempo. Sin embargo, así entendida la suspensión tiene serias dificultades. La primera se relaciona no solo con la esencia del Estado constitucional de derecho, sino con la misma razón de ser del derecho y del Estado, ambas realidades que justifican su existencia en el servicio que deben prestar a la Persona y a su plena realización. La Persona, como se justificó arriba, siempre vale como fin supremo: solo es necesario comprobar que existe para que inmediatamente surja la obligación moral y jurídica de tratarla como fin; y a su servicio se hallan realidades como el Estado. Esto significa que los poderes públicos siempre serán una realidad de valor relativo: vale en relación a la Persona y sus derechos.

La segunda dificultad, consecuencia de la primera, es que aun en situación de excepcionalidad, no puede estar justificado que la Persona valga como medio y que la posición de fin sea ocupada por el Estado o por alguna razón de Estado: "aun en casos extremos el derecho no puede retroceder a fin de hacer prevalecer el Estado (o la razón de Estado)"[4], sobre la Persona y sus derechos. Aun en esas circunstancias de excepcionalidad, el Estado no se convierte en un poder absoluto, sino que continuará existiendo como un poder limitado: "en vía de excepción, legislativamente es admisible la suspensión o limitación de algunos de ellos [derechos fundamentales], sin que ello signifique llegar al extremo de consagrar un estado de indefensión ciudadana y proscripción de la actuación del Estado con sujeción a reglas, principios y valores que justifican su existencia y finalidad"[5]. En esta misma línea, la Corte IDH ha establecido que los regímenes de excepción no significan "la suspensión temporal del Estado de Derecho que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento

4 EXP. N.° 00002-2008-PI/TC, fundamento 25.

5 EXP. N.º 0017-2003-AI/TC, fundamento 19.c.

deben ceñirse[6]. Si el poder público sigue siendo un poder limitado incluso en situaciones de excepcionalidad como la pandemia que atravesamos, entonces, ¿cuáles serán esos límites? Tales límites no pueden provenir más que de aquello a cuyo servicio existe el Estado: la Persona y sus derechos fundamentales en su contenido constitucional, un contenido móvil, cuya medida razonable depende de las concretas circunstancias.

Una tercera dificultad para aceptar la suspensión de los derechos fundamentales como ineficacia completa, la constituye el artículo 200 de la Constitución que dispone que durante los regímenes de excepción mantienen su vigencia los procesos constitucionales de hábeas corpus y de habeas data, procesos constitucionales destinados precisamente a defender la plena vigencia del contenido constitucional de los derechos fundamentales a través del examen de razonabilidad "del acto restrictivo", dice el Constituyente. La referencia al acto restrictivo permite concluir que el contenido constitucional del derecho fundamental subsiste, con un alcance razonablemente comprimido, y que, consecuentemente, no ha sido suspendido.

En estricto, pues, si la suspensión significa algo distinto que la restricción, solo puede significar que el contenido constitucional de un derecho fundamental es completamente ineficaz para atender una situación excepcional. Sin embargo, un tal significado no es posible de ser recibido por las razones que se acaban de expresar.

2. Suspensión como restricción

Lo que quedaría, entonces, es equiparar la suspensión a la restricción de derechos fundamentales, para significar, que se trata de limitaciones que delimitan el alcance razonable del contenido constitucional de los derechos fundamentales en determinadas y excepcionales circunstancias concretas. Este uso impropio de la expresión suspensión que lo equipara a la restricción, por ejemplo, puede ser encontrado en la ley de desarrollo constitucional de los procesos constitucionales. En efecto, en el artículo 23 del Código Procesal Constitucional se ha regulado solamente la "suspensión" de derechos fundamentales para disponer el control de razonabilidad de las medidas restrictivas de derechos. Esta referencia expresa exclusiva a la suspensión, no significa que la restricción a la que se refiere el Constituyente quede descartada, sino que significa referida implícitamente.

6 CorteIDH OC-6/86, fundamento 32.

Así se ha dispuesto en la mencionada disposición legal que cuando las demandas de amparo y de habeas "se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, atendiendo a los siguientes criterios: (…) 2) Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o, 3) Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez".

Esta misma equiparación entre restricción y suspensión de derechos es posible hallarla en las interpretaciones vinculantes que de la CADH ha establecido la Corte IDH. Por ejemplo, cuando ha dicho que "Estando suspendidos los derechos, algunos de los límites legales de 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"[7].

Una ley de desarrollo constitucional de los regímenes de excepción se impone como necesaria. Es una necesidad ya advertida por el Tribunal Constitucional hace más de una década, sin que la exhortación que entonces hiciera al Congreso de la República haya sido atendida[8]. En una tal ley de desarrollo constitucional deberá quedar determinado el significado de la suspensión de los derechos, la cual, en el mejor de los casos, como aquí se ha puesto de manifiesto, adquiera un significado semejante al de la restricción de los derechos, y en ningún caso se permita la completa ineficacia, por temporal que sea, del contenido constitucional de los derechos fundamentales.

VI. Conclusiones

El valor (dignidad) de la Persona y el de sus derechos humanos constitucionalizados, es un valor absoluto, para significar que no pueden ser sacrificados ni negados en ningún momento ni en ninguna circunstancia, por muy excepcional que ésta fuese. El contenido constitucional de los

7 Ibidem.

8 EXP. N. 00002-2008-PI/TC, fundamento 31.

derechos fundamentales, es un contenido que se delimita en las concretas circunstancias, éstas pueden llevar a comprimir la medida y alcance de las atribuciones que el derecho fundamental depara a su titular. Así, las medidas limitativas de derechos fundamentales que se hayan adoptado en el seno de un régimen de excepción decretado para hacer frente a la pandemia originada por el COVID 19, significan medidas delimitadoras del alcance razonable del contenido constitucional de los derechos fundamentales directamente comprometidos por las excepcionales circunstancias. No son medidas que sacrifican o niegan el contenido constitucional, tampoco son medidas que signifiquen la completa ineficacia del contenido constitucional de los derechos fundamentales, porque de serlo, serían medidas inconstitucionales, debido a que el constitucionalizado valor de la Persona sería infringido. Y ese es el gran reto que el Constituyente peruano nos impone a todos, particularmente al Gobierno: superar la situación excepcional en beneficio de la Persona y su plena realización, consecuentemente, sin negar la condición de fin de la Persona y sus derechos fundamentales.

EL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA DENTRO DEL CONTEXTO DEL MODELO CONSTITUCIONAL PERUANO.

ALCANCES E INSUFICIENCIAS

*Luis R. Sáenz Dávalos**

Dadas las circunstancias por las que actualmente atravesamos, conviene ocuparnos, así sea brevemente, de lo que representa el llamado estado de emergencia sanitaria y reflexionar en torno de su ubicación en el marco del modelo constitucional por el opta nuestro país. Ello supone, entre otras cosas, interrogarse sobre lo que son los estados de excepción desde una perspectiva más bien general para, a renglón seguido, verificar si la figura en mención se ubica dentro de alguna de sus modalidades. Finalmente y habida cuenta de la evidente constatación de este último en el terreno de los hechos, comentar las características que ha venido asumiendo así como los problemas que ha venido planteando.

LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL MODELO CONSTITUCIONAL PERUANO

Lo primero que corresponde indicar es que los estados de excepción, a contrario sensu de lo que algunos analistas no precisamente

* Director de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura.

muy informados en Derecho vienen sosteniendo, son figuras perfecta y plenamente constitucionales, pues los mismos se encuentran previstos en casi todas las Constituciones del mundo[1], incluyendo por supuesto, a la nuestra.

Tan evidente resulta dicha afirmación que en el plano de los tratados internacionales, se les acepta pacíficamente como legítimos, bien es cierto que sujetos a ciertos estándares elementales[2].

La razón fundamental que justifica su reconocimiento reside en la necesidad de hacer frente a circunstancias graves o extremas. De esta forma y como el Derecho es creado para regular contextos de plena o absoluta normalidad, ante una eventual alteración radical de las mismas, lo excepcional se convierte en la única fórmula posible para hacerle frente. Algunos y por lo mismo, recuerdan la famosa frase "a situaciones graves, poderes extraordinarios"[3].

Ahora bien, en el caso de nuestra norma fundamental, el régimen jurídico aplicable a los estados de excepción lo encontramos contemplado en el artículo 137 que establece dos modalidades o variantes de ellos, el de emergencia y el de sitio. En ambos casos se adoptan por el Presidente de la República, con el acuerdo del Consejo de Ministros.

En el caso del estado de emergencia (inciso 1), las causalidades se encuentran asociadas a la perturbación de la paz o del orden interno, catástrofes o graves circunstancias que afectan la vida de la nación. Mientras que en el estado de sitio (inciso 2), la figura se encuentra asociada a los casos de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzcan, es decir, eventuales amenazas o situaciones de peligro que involucren cualquiera de las antes mencionadas hipótesis.

---

1 Un interesante inventario muy útil para su época y con abundantes datos sobre los estados de excepción y sus variantes en el caso de los Estados latinoamericanos lo tenemos desarrollado en García Belaunde, Domingo.- "Regímenes de Excepción en las Constituciones Latinoamericanas" en *Normas Internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Interno*; Comisión Andina de Juristas; Lima 1984; Págs. 77 y ss.

2 Ver al respecto el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos o el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3 Cfr. Quispe Correa, Alfredo.- *El Estado Peruano*; Gráfica Horizonte, Lima 2002; Pág. 103.

En el estado de emergencia los derechos que pueden verse restringidos (no suspendidos, que no es precisamente lo correcto[4]) son la libertad y seguridad personales (es decir la regla de que nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito), la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión y la libertad de tránsito, en otras palabras, solo cuatro derechos. En el Estado de sitio, por su parte, no se dice que derechos quedan restringidos, sino que el decreto que lo establece, precisara de cuales atributos o libertades se trata. Ello no obstante, en ambos supuestos, pero por sobre todo en el último de los citados, ha de estarse a lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos cuyo artículo 27 prevé que hay derechos que bajo ninguna circunstancia pueden afectarse (la vida, la integridad personal o las garantías judiciales, por ejemplo).

De una rápida lectura del precepto constitucional en mención están claras varias cosas.

a) Cualquier estado de excepción implica por un lado el aumento (o franco crecimiento) de las facultades de la autoridad y por el otro, la restricción de específicos derechos fundamentales. Ello en otras palabras supone, que quienes asumen el control ven acrecentado su poder y quienes venían ejerciendo sus derechos de una determinada manera, verán parcialmente limitados dichos atributos, facultades o libertades.

b) El estado de emergencia implica medidas extremas, pero mucho menos radicales, que las de un estado de sitio. Esta premisa de basa en la constatación de los niveles de restricción temporal que en uno y otro caso se van a producir en relación con los derechos involucrados. Si bien en el estado de emergencia se puede alcanzar un máximo de sesenta días (siendo prorrogable por nuevo decreto), en el estado de sitio, habida cuenta de ser mucho más restrictivo, el periodo de duración puede abarcar cuarenta y cinco días, exigiendo la presencia

4 En efecto, más allá de que nuestra Constitución establezca que los derechos pueden verse restringidos o suspendidos, lo cierto es que sólo resulta legítimo lo primero, pues mientras restringir, solo es limitar uno o varios derechos, suspender supone convertir en ineficaces en sentido absoluto los derechos y esto último de ninguna forma puede darse. Prueba de ello es que el control constitucional existe como instrumento para verificar que las restricciones no sean las indebidas. Ello sería imposible dentro de una concepción de estricta suspensión.

del Congreso en pleno ejercicio de sus funciones (la prórroga de este último requerirá necesariamente la aprobación de aquel).

c) En ningún caso, se acepta la eliminación de todo el orden constitucional, y prueba de ello es que los derechos que garantizan el control jurisdiccional (como la tutela jurisdiccional y el debido proceso) no pueden verse afectados bajo ninguna circunstancia. En dicho contexto y acorde con las previsiones contenidas en los dos últimos párrafos del artículo 200 de nuestra Constitución, podrán ejercitarse los procesos constitucionales de habeas corpus y de amparo y a través de los mismos el juez verificara la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas adoptadas.

Esta última consideración resulta de suyo muy importante porque permite evaluar dos cosas muy claras. Por un lado, que solamente puedan verse afectados los derechos específicamente considerados en la declaratoria del estado de emergencia o no mencionados en la declaratoria del estado de sitio y, por el otro, que los derechos que incluso si pueden ser restringidos, lo sean dentro de parámetros estrictamente necesarios, nunca de modo excesivo o injustificado.

En este sentido sería pues inconstitucional que en un estado de emergencia se limiten derechos distintos a los cuatro que menciona la Constitución (libertad y seguridad personal, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y libertad de tránsito) o que se limiten en el caso del estado de sitio, aquellos que expresamente se establecieron como no susceptibles de restricción.

De igual manera sería contrario a la carta fundamental que las razones que legitimaron la posibilidad de limitar derechos no tengan nada que ver con las limitaciones que se impusieron para decretar cualquiera de los estados de excepción. Lo que sucedería, por ejemplo, de prohibirse reuniones privadas en lugares cerrados cuando las razones de la excepción se establecieron por alteraciones al orden interno o situaciones anómalas producidas en el ámbito de las calles o vías de tránsito general.

EL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA

Ahora bien, aunque los descritos son los criterios elementales con los que en principio deberían entenderse los estados de emergencia y de sitio reconocidos en nuestra Constitución, la pregunta inmediata que

corresponde hacerse, es si lo que se ha venido en denominar como estado de emergencia sanitaria, tal y cual se viene suscitando y conforme a las características que viene adoptando, se encuadra o no dentro de los parámetros de nuestra norma fundamental.

De acuerdo a lo que lo que hasta la fecha se ha venido discutiendo existen dos posiciones sobre el tema.

Para un primer sector de juristas el estado de emergencia sanitaria calza perfectamente dentro del supuesto "graves circunstancias que afecten la vida de la nación" al que se refiere el inciso 1 del ya citado artículo 137 y es en ese marco que deben analizarse las medidas de gobierno adoptadas al igual que las limitaciones a los derechos hasta ahora producidas.

Para un segundo sector de juristas, el estado de emergencia sanitaria no puede basarse en la simple invocación de las graves circunstancias, pues tratándose de una figura restrictiva ha de estarse al principio de taxatividad, a lo que cabe agregar que en la práctica vienen siendo restringidos no sólo los cuatro derechos a los que se refiere la norma constitucional para los casos de una emergencia estricta sino un número mucho más amplio de otros derechos, como ocurre por ejemplo con la libertad de comercio, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la sepultura o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sólo por mencionar algunos cuantos.

En este contexto lo que resulta evidente y parece difícil de ocultar es que la Constitución, por lo menos si nos atenemos a su texto expreso, no ha previsto un estado de emergencia sustentado en razones específicamente sanitarias. No hay pues una norma directamente alusiva a dicha situación.

Ahora bien ¿significará esto que el Estado viene procediendo de manera inconstitucional?

A título personal consideramos que no necesariamente; no porque no seamos conscientes de la insuficiencias de nuestra norma constitucional y que seguramente deberán ser corregidas en el futuro, sino porque dado el actual estado de cosas y la grave situación de salud que experimentamos, debe actuarse buscando fórmulas que de alguna forma permitan enfrentar dicho contexto sin tener que oficiar como excesivamente ortodoxos.

A este respecto conviene tomar nota que en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM[5] que precisamente estableció el estado de emergencia sanitaria al igual que en sus posteriores prórrogas, se ha reconocido que la base jurídica en la que se apoya la actuación del Estado, es no sólo el consabido artículo 137 de la norma constitucional, sino otras normas pertenecientes a la misma, como sucede con los artículos 7 y 9 (que reconocen el derecho a la salud y los imperativos del Estado frente a dicho atributo) al igual que el 44 (que reconoce como uno de los deberes primordiales, también del Estado, el de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad). Por otra parte y a esta normativa específicamente constitucional, cabe agregar la invocación expresa que se hace del Título Preliminar de la Ley General de Salud N° 26842, en sus artículos II y VI (referidos al interés público de la salud y a las obligaciones del Estado) y sobre todo, su artículo XII (donde se contempla la posibilidad de restringir diversos derechos fundamentales, incluso, más allá del repertorio constitucional establecido para la emergencia convencional).

El soporte normativo que ha sido consignado, no lo ha sido pues en vano ya que si bien nos encontramos con una Constitución deficitaria desde una perspectiva taxativa en relación con el estado de emergencia sanitaria, si puede ser posible arribar a una construcción similar, si se toma en cuenta no sólo las previsiones completas de la norma constitucional que aquí se ha citado sino la Ley General de Salud que es de aquellas normas pertenecientes al llamado bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, el hecho de que se acepte la legitimidad constitucional del estado de emergencia sanitaria, bien que como una figura no del todo prevista, aunque si pasible de ser deducido interpretando sistemáticamente el ordenamiento, no significa que no pueda analizarse las peculiaridades que viene presentando y que lo hacen distinto de un estado de emergencia convencional. Tampoco y por cierto, que no pueda repararse en eventuales problemas que viene presentando.

DISTINCIONES ENTRE LA EMERGENCIA SANITARIA Y LA EMERGENCIA CONVENCIONAL. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN

En relación a lo primero y aunque del recuento de los últimos periodos de nuestra historia republicana, puede decirse que hemos tenido amplias

5 Publicado con fecha 15 de marzo del 2020 en el Diario Oficial El Peruano.

experiencias con relación a los estados de emergencia declarados a instancias de la perturbación de la paz o del orden interno, como ocurrió durante buena parte de la década de los años ochenta y noventa (del siglo pasado), en esta ocasión nos encontramos ante un estado de emergencia mas bien atípico, pues las razones o circunstancias que han conducido a declararlo tienen que ver con la consabida pandemia que nos afecta y que dista de ser un problema únicamente local, sino que se proyecta a escala internacional. No en vano se ha declarado una evidente cuarentena en nuestro país, al igual como ha sucedido en la mayoría de los otros estados.

Esta constatación por de pronto nos permite afirmar que aunque las medidas que se han adoptado han supuesto en principio la restricción o limitación de los cuatro derechos a los que se refiere el artículo 137 de nuestra Constitución (libertad y seguridad personales, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y libertad de tránsito), el nivel de intensidad en la citada afectación sobre los referidos atributos, no tiene porqué ser exactamente igual al que se presenta cuando el estado de emergencia se establece por una alteración a la paz o el orden interno.

Naturalmente lo dicho no significa y es bueno volver a reiterarlo que los derechos queden suspendidos del todo o peor aún, inutilizados por completo, pero es un hecho que si nos atenemos a la gravedad o magnitud de la situación por la que atravesamos la incidencia termina siendo mucho más radical que la que se ha venido presentando en escenarios propios de otro tipo de emergencias.

A modo de ejemplo, pueden citarse algunas hipótesis gráficas.

En una emergencia convencional, la libertad de tránsito puede verse limitada pero definitivamente es mucho más radical la figura cuando nos encontramos en una cuarentena, pues en tal contexto no sólo queda prohibido el libré tránsito por determinados espacios o lugares, sino que esta abarca el cierre total de fronteras y la propia restricción sobre prácticamente la totalidad de departamentos de nuestro territorio.

Lo mismo hemos podido apreciar que sucede en el caso del derecho de reunión. Mientras que en una emergencia simple, lo que se prohíbe son esencialmente las concentraciones públicas y las movilizaciones con similares características, en las actuales circunstancias el riesgo sanitario ha provocado que incluso se desaliente por completo y hasta se prohíba

implícitamente algunas variantes de reuniones privadas cuando están supongan una pluralidad excesiva de personas.

Una pregunta que evidentemente muchos se han hecho es si la regla relativa a la libertad o seguridad personales que impone que nadie pueda ser detenido sino por mandamiento judicial escrito y motivado o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito (y todas las garantías que a la misma le acompañan, como no estar detenido sino por un periodo no superior a las cuarenta y ocho horas más el término de la distancia en casos de delitos simples, o de no ser detenido sino por un máximo de quince días naturales más el término de la distancia en casos de delitos calificados) se ha visto virtualmente desbordada, con detenciones eventualmente mucho más amplias o con la propia habilitación de arrestos por miembros de las Fuerzas Armadas y no sólo de la Policía Nacional.

La discusión es sin duda interesante y en buena medida se encuentra aún abierta pues de lo que se trata es verificar que tanto de la restricciones producidas devienen en legítimas y que otras en cambio pueden resultar totalmente cuestionables.

Otro tanto sobre el que vale la pena interrogarse es lo que sucede en relación a aquellos otros derechos que a título de las previsiones contempladas en la Ley General de Salud, también se han visto afectados por eventuales limitaciones.

En este último supuesto el debate consistirá en conocer la intensidad de cada medida restrictiva a fin de evaluarla en su real dimensión, pues siendo diversos los derechos que hoy se encuentran comprometidos, aún no se sabe a ciencia cierta hasta donde habrá de llegar el ámbito de tamaña limitación. Basta con observar lo que sucede con la libertad de comercio (no todos los negocios están funcionando), con el derecho al trabajo (las relaciones laborales vienen siendo objeto de modificaciones), con el derecho a la educación (no funcionan con normalidad los servicios educativos en colegios y universidades), con el derecho a la salud (no hay atenciones ambulatorias), con el derecho a la sepultura (se ha prohibido el entierro de quienes fallecieron producto del contagio), con el libre desenvolvimiento de la personalidad (solo se puede salir a la calle portando mascarillas entre otras imposiciones), para así corroborarlo.

En resumidas cuentas, la ausencia de experiencia en un estado de emergencia tan extraordinario como el que vivimos, nos ha colocado

en un profundo dilema pero también ha impuesto nuevos escenarios de reflexión en el que habrá que hilvanar muy fino a fin de distinguir con prudencia y moderación la delgada línea entre lo permitido y lo realmente prohibido.

Reto final aunque no por ello menos importante, es el que habrá de asumirse por el legislador cuando toda esta etapa quede finalmente superada, pues esta claro que la norma constitucional definitivamente ha sido sobrepasada por la realidad y en dicho contexto, aquella tendrá que necesariamente ser modificada por su propio bien y el de la sociedad en la que la misma aspira ser aplicada.

LA EMERGENCIA SANITARIA Y EL IMPACTO EN LA EVALUACIÓN DE DERECHOS DE NATURALEZA FAMILIAR EN EL PERÚ

*Manuel Bermúdez-Tapia**

Introducción

La pandemia provocada por el Covid-19 en el Perú ha provocado una serie de situaciones que permiten ejecutar varios niveles de evaluación, en la cual es posible detallar aspectos a nivel macro social como también a nivel micro social, especialmente porque los cimientos que regulaban los derechos de las personas se han visto afectados tanto en su fundamentación como también en su aspecto práctico.

En este sentido, es necesario detallar que más allá de un panorama que impone evaluar el contexto sociopolítico respecto de la vigencia de un *Estado de excepción*, de una *Emergencia sanitaria*, o de un *estado en crisis,* es necesario resaltar que muchas premisas de carácter legal y judicial se han visto afectados, en particular porque la población ha asumido un costo social y económico que resultará complicado de determinar pasada la cuarentena sanitaria.

* Abogado graduado en la PUCP, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Profesor Investigador en la UPSJB. Asesor de Bancada Parlamentaria en el Congreso de la República.

1. La emergencia sanitaria y el del Estado en la defensa de la población

La idea filosófica-constitucional que sustenta la relación entre el Estado y la población, que proviene de Hobbes, Kant, Bentham, Locke y Rousseau, ampliada y actualizada en base a los pensamientos de Foucault, Habermas, Dworkin y Rawls ha tenido que ser evaluada en función a la necesidad contemporánea de legitimar la institucionalidad del Estado para que así se pueda garantizar los derechos de la población, en particular respecto de sus derechos más esenciales: la vida, la seguridad y el acceso a la salud.

En tal sentido, los postulados jurídicos, filosóficos, sociológicos y políticos que sustentan la legitimidad del *Contrato Social* y la relación de *gobernabilidad* que surge de modo natural entre el Estado y la población se han debido flexibilizar en cuanto a su contenido teórico para ser ejecutivos y aplicables a una realidad que ha superado las proyecciones iniciales, conforme se va registrando el número de personas infectadas a mayo del 2020.

Por ello resulta importante detallar que pese a las diferencias materiales que se han registrado en países de Asia, Europa y América, la gran mayoría de países han adoptado acciones que procuraban salvaguardar la salud de la población y por ello los Gobiernos Nacionales han optado por ejecutar acciones de conformidad a su legislación, para lo cual han debido hacer uso de acciones extraordinarias.

La limitación de actividades de naturaleza productiva, económica, laboral, social y cultural se han justificado en particular por las condiciones propias de la propagación del Covid-19 a nivel mundial, generándose la interiorización en la psiquis colectiva los términos del *distanciamiento social* y el *aislamiento voluntario.*

Igualmente, la limitación en la *movilidad* personal se ha tenido que restringir con lo cual surgen elementos de evaluación que superan el contexto jurídico, por cuanto involucran una condición sociológica, económica y también socio-cultural.

2. El impacto del Covid-19 en la sociedad

La cuarentena impuesta por el Gobierno Nacional a consecuencia de la propagación del Covid-19 en todo el territorio nacional ha provocado

una situación sumamente delicada en el ámbito de las relaciones interpersonales y sociales en el país, en particular porque no toda la población ha podido asumir una misma situación ante esta medida del Estado.

Los problemas en este sentido, se pueden representar en una serie de situaciones, que permiten detallar una condición particular esencialmente porque algunos *derechos* superan un panorama "individual", al tener una naturaleza jurídica que puede ser "colectiva o social" y que también puede ser evaluado desde una perspectiva "difusa".

También es posible detallar que algunos derechos tendrán una evaluación múltiple, porque se podrá detallar una condición que permite identificarlas como un derecho natural, como también una condición que la identifica como un derecho humano, un derecho fundamental o un derecho de naturaleza constitucional.

Esta multiplicidad de situaciones responde a la condición propia de la progresividad de los Derechos Humanos y que merece ser detallada porque el contexto contemporáneo impone un deber de ejecutar una *progresividad, interdependencia y imprescriptibilidad,* entre otras características esenciales que no necesariamente se veía reflejada en la realidad práctica de la población, especialmente de aquellos cuya condición socio-económica o étnica no les garantizaba la *accesibilidad* a dichos derechos.

3. Un país complejo, multicultural, diverso y disperso en cuanto a su población

Uno de los grandes problemas del Perú, ad portas al Bicentenario de la proclamación de su independencia está vinculado al poco análisis de la *población,* en particular porque esta no ha sido relacionada con las Políticas de Estado que configuran *políticas públicas y políticas de gobierno.*

Prueba de ello es que los artículos 4º, 5º y 6º no logran tener un efecto práctico en las acciones de los diferentes gobiernos en el país y acredita la necesaria reformulación del alcance material de la Política de Estado detallada en la Constitución, respecto de la *tutela de grupos vulnerables o en situación de riesgo, protección de la familia* (artículo 4º), la *protección de las relaciones interpersonales que generan relaciones familiares* (artículo 5º), y planificación de la *política nacional de población* (artículo 6º), con lo cual es posible evaluar la escasa efectividad o acreditación de logros objetivos de las políticas públicas implementadas, en términos históricos, en el país.

Los Gobiernos no han tomado en cuenta esta realidad y por ello es que la *violencia social* es un factor tangible, objetivo y directo que se acredita constantemente en las estadísticas oficiales y judiciales y permite detallar que la *realidad familiar nacional* está en una condición de crisis severa, que permite detallar una situación especial respecto del Covid-19, porque ha logrado demostrar:

a) Las políticas públicas asistenciales en el país, no alcanzan a toda la población nacional, y esto es porque los mecanismos para identificar las condiciones particulares de cada grupo poblacional no han sido debidamente identificados.

   El acceso a los *bonos* económicos que ha otorgado el Gobierno acreditan esta afirmación, en la cual mucha población no se ha visto favorecida pese a tener las condiciones para acceder a dicho beneficio.

b) Las políticas vinculadas al ámbito laboral, imponen una condición de *formalidad* y esa característica es la menos visible en la realidad nacional, motivo por el cual resulta complicado generar una línea de acción uniforme en todo el territorio nacional porque este factor hace mucho tiempo quedó en una condición sujeta a una formalidad.

   En este punto, al evaluarse las *fases de reinicio de actividades,* por ejemplo no se ha incluido al *sector agrícola y al sector pesquero artesanal* pese a que son las actividades económicas que se vinculan con la protección de la salud alimentaria de la población y las que pueden generar el suministro necesario de vivieres a los mercados.

   La *informalidad* del sector económico-laboral lamentablemente exige una evaluación que supera al contexto del Covid-19 y permite detallar que de no atenderse este punto de referencia, la propia realidad económica nacional puede verse perjudicada.

c) Las acciones vinculadas a la protección de grupos vulnerables, resulta contradictorio en el país, especialmente porque si se analizan los presupuestos públicos, no todos los *grupos vulnerables, en vulnerabilidad o en situación de riesgo* reciben la misma atención o nivel de acción a nivel de *políticas de gobierno,* especialmente porque existen elementos de naturaleza política y económica que inciden en las decisiones ejecutadas.

La mejor manera de acreditar esta referencia se puede detallar en el ámbito de la tutela de las poblaciones nativas en el país, especialmente porque son las que no registran acciones directas, programáticas o progresivas para atender sus necesidades, pese a ser el conjunto que aglutina al mayor número de personas frente a otros grupos vulnerables, los cuales inclusive cuentan con una acción de mayor difusión en la materialización de sus derechos.

Un panorama sumamente complejo que permite detallar el impacto de la pandemia a nivel social y familiar.

4. La pandemia y la crisis familiar

La *realidad familiar* en el Perú estaba en crisis desde antes de la pandemia del Covid-19, y este proceso ha ido incrementándose en el tiempo, provocando una serie de condiciones negativas que han ido extendiendo el ámbito negativo de un mal tratamiento a su naturaleza.

Se suele considerar que la *violencia familiar* es sólo un factor contemporáneo sin tomar en cuenta que este es el resultado de varios contextos sucesivos, complementarios e interdependientes entre sí, que se identifican desde fines de la II Guerra Mundial hasta la actualidad, en la cual se detallan:

a) La migración masiva del ámbito rural al urbano en las décadas de los años cincuenta y sesenta del siglo pasado, especialmente para generar el proceso productivo que permitía ampliar la industrialización del país. Prueba de esta situación es el crecimiento urbano y demográfico desordenado de las ciudades de la costa peruana, en particular Lima, Chimbote, Trujillo, Lambayeque y Piura.

b) La Reforma Agraria de 1969 que provocó una crisis económica y social sumamente significativa en la realidad nacional que provocó la ampliación negativa de la *estigmatización* de la población indígena, a la cual se le cambió de denominación para así convertirlos en "campesinos" y que permite detallar un error conceptual en el artículo 149º de la Constitución, por cuanto las "comunidades nativas" son preexistentes al Estado y las "comunidades campesinas" son reguladas en el gobierno de Velasco Alvarado y por tanto detallar un orden correlativo equivocado incide en una mala visión del pluralismo jurídico en el país.

c) La crisis de los años ochenta del siglo pasado que complementó el terrorismo con la crisis económica aguda que sumergió al país en una crisis total, al nivel de que se generó una nueva realidad social.

A partir de este contexto temporal la realidad *familiar* en el país fue transformándose no sólo porque se promulgó un Código Civil (1984) que procuraba atender una nueva realidad social, económica y familiar, pero que en esencia en los ámbitos de los Libros de Familia y Sucesiones mantenía una condición histórica.

El surgimiento de nuevos tipos de *relaciones familiares* se hicieron más notorios en esta época, donde se registraron las familias *amplias, extendidas, separadas, divididas, paralelas, ensambladas y monoparentales* debido a que la propia sociedad se estaba adaptando a una situación sumamente crítica en lo social, económico y político.

d) La crisis del Estado durante los años noventa del siglo pasado, que generó el cambio del modelo económico tanto a nivel de Política de Estado como a nivel de referencia en los gobiernos que se sucedieron desde 1995 a la fecha.

Todos estos elementos son incidentales en la realidad familiar contemporánea y permiten detallar una situación que supera los parámetros formales del derecho de familia y de las sucesiones y que ha permitido una progresiva complementariedad temática con las especialidades del derecho civil, derecho penal y sobre todo el derecho constitucional.

5. **La constitucionalización del derecho de familia**

La necesidad de evaluar el alcance constitucional y especialmente del contenido de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, ha permitido que la práctica judicial genere una acción positiva en la interpretación de los alcances del Derecho de Familia desde inicios del nuevo milenio, siendo la referencia más importante la sentencia del caso Reynaldo Shols en el Tribunal Constitucional, que reguló la *familia ensamblada* y permitió detallar la importancia del *vínculo familiar y de las nuevas realidades socio familiares en el país* (Exp. Nº 09332-2006-PA/TC)

La importancia de este fallo resulta tan referencial que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emplea algunos de sus elementos para fundamentar su decisión en el Caso Fornerón e Hija vs. Argentina

(2012) y con ello, el proceso de *constitucionalización* del derecho de familia permite analizar el impacto del Covid-19 en la realidad peruana, en la cual se requiere atender cada elemento siguiente, en forma particular:

a) La evaluación de los derechos y obligaciones en el ámbito de las relaciones paterno filiales requiere de una reforma estructural en el ámbito del Código Civil, porque esencialmente los conflictos familiares en la actualidad constituyen la mayor carga procesal en el Poder Judicial, al nivel de superar en conjunto, las causas de naturaleza penal.

b) El volumen de la carga procesal en la especialidad familiar permite detallar que el Código Procesal Civil también debe ser reformulado porque la *naturaleza jurídica* del conflicto es diferente al contexto civil y por eso la ejecución de procedimientos en un ámbito formal no resultan válidos ni tampoco efectivos.

   Este punto se acredita con el hecho de que las *sentencias* no logran tener el alcance que deberían tener y esto se puede acreditar en la complementación del Decreto de Urgencia Nº 008-2020 (Conversión de pena) y el Decreto Legislativo Nº 1459 (Excarcelación) que anula los alcances prácticos del *delito de omisión de asistencia familiar,* que detalla la existencia de dos procesos judiciales para evaluar el derecho que le asiste a todo alimentista.

   Situación similar se observa cuando se analiza el alcance de la *ejecución de Acta de Conciliación,* la omisión del *régimen de visitas* o las acciones de violencia familiar en lo psicológico respecto de las denuncias por *alienación parental,* que son muy recurrentes y permiten detallar que se desarrollan procesos en las especialidades judiciales civil, penal y de familia, con lo cual el *conflicto familiar* se amplía.

c) La necesidad de revaluar el *trámite judicial* por cuanto el conflicto familiar al tener una naturaleza subjetiva exige que la evaluación de las condiciones personales, sociales, económicas, laborales y familiares de las partes en conflicto sean evaluadas en forma *paralela* a la evaluación de la denuncia o demanda judicial, según sea el caso, porque si el trámite judicial continua tal cual es en la realidad, las partes procesales generarán una mayor situación de violencia que puede resultar fatal.

6. La realidad familiar en crisis

La situación social en el país está en crisis y se agudizó cuando se registró la pandemia del Covid-19, especialmente porque no se atendieron derechos y obligaciones vinculadas a un contexto familiar, como por ejemplo el pago de una pensión de alimentos, pero no es el único problema de carácter constitucional y familiar registrado, debiéndose detallar:

a) La suspensión de clases ha provocado el deterioro del año académico escolar y universitario en el país, provocando la necesidad de una educación bajo el formato digital o a distancia. Sin embargo, la calidad del servicio a ser brindado generará una condición que ampliará la brecha de diferenciación entre la educación privada de la brindada por el Estado.

b) La atención de casos de violencia familiar va a incrementar la *cifra negra* que es un elemento muy característico en este tipo de situaciones y que incide sobre todo en la poca atención a la salud psicológica de la población que permite detallar la importancia del registro de varios hechos históricos que han ido generando una percepción de admisibilidad a la violencia, que ha provocado la ampliación de los márgenes de exclusión, discriminación y racismo que inciden en el comportamiento agresivo de las personas y que finalmente no puede ser excluyente de la realidad familiar nacional.

c) La atención a los derechos vinculados al ámbito laboral y de asistencia familiar de la gran mayoría de ciudadanos que forma parte de la realidad económica familiar.

d) La accesibilidad a servicios básicos como el suministro de agua potable, de energía eléctrica, de acceso al internet y de provisión de servicios de transporte, atención de la red de desagüe, entre otros servicios permiten detallar varios tipos de condiciones que impide materializar la condición de *dignidad* de la persona humana.

7. El Covid-19 ha permitido visualizar una realidad que permitirá ejecutar cambios estructurales

La pandemia del Covid-19 si bien ha generado muchos problemas en el ámbito de nuestra realidad también ha permitido detallar un elemento referencial en el contexto de la legitimidad del Estado.

El Gobierno Nacional, siguiendo una línea de acción casi a nivel mundial, han tomado la importancia de atender las necesidades de la población respecto de la ampliación de los servicios públicos básicos que permiten detallar la materialización de los *derechos programáticos,* los cuales tenían una condición negativa sujeta a la disposición presupuestaria de los Estados.

Dicho patrón de referencia será ejecutado en los próximos años porque se ha tomado en cuenta la importancia de garantizar servicios públicos a favor de la población y con ello, la reforma de la visión político-económica del manejo de la administración pública tendrá que reformularse y eso es importante.

Varios juristas y filósofos opinan que el proceso de cambio será inevitable y configurará una nueva realidad constitucional especialmente porque se enfatizará en la importancia de atender a la población y ello implica necesariamente evaluar la realidad familiar peruana, porque el Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Tribunal Constitucional y los órganos del Gobierno Nacional no estaban logrando atender estas necesidades de forma oportuna, diligente o eficientemente.

La importancia de este cambio responde a la imperiosa necesidad de revalorar principios jurídicos como el de dignidad, de acceso a un proceso judicial que permita desarrollar la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la presunción de inocencia, la doble instancia, entre otros, y en particular el *plazo razonable* para atender necesidades de orden fundamental porque se trata de la propia supervivencia de las familias y personas en el país.

BREVES APUNTES SOBRE LA INCIDENCIA DEL COVID-19 EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y OTRAS RAMAS DEL DERECHO

*Manuel Miranda Canales**

Cuando comenzamos a estudiar la carrera profesional de Derecho, nuestros profesores nos dicen que el mundo está en constante cambio. De hecho, cuando me ha tocado la encomiable labor de ser docente, también he sostenido aquello. Hoy más que nunca, esas palabras parecen cobrar vigor: El Derecho cambia constantemente y en esta pandemia del COVID-19, lo hace aún más rápido, situación sin precedentes desde cualquier punto de vista.

Así, ejerciendo sus competencias constitucionales, el Gobierno Central ha cerrado los viajes internacionales e interprovinciales, salvo para casos humanitarios. De igual manera, ha prohibido que restaurantes y bares atiendan a su público, además de cerrar gimnasios, teatros, cines y cualquier otro lugar que sea de entretenimiento público. De hecho, la principal medida adoptada por el Gobierno es que las personas se queden en casa y únicamente salgan si es absolutamente necesario.

En términos de salud pública, "cuarentena", se refiere a la separación de personas o incluso comunidades, que han estado expuestas a una enfermedad infecciosa. Por el contrario, el "aislamiento" se aplica a

* Magistrado del Tribunal Constitucional

la separación de personas que se tiene certeza están infectadas. Ambas medidas, como se puede observar, implican limitaciones al derecho fundamental a la libertad, por lo que la discusión sobre la proporcionalidad de la medida está sobre la mesa.

En el derecho constitucional comparado, es justo resaltar que el Tribunal Constitucional de Bosnia ha dictaminado que la prohibición de salir a los menores y adultos mayores constituye una vulneración a su derecho de libertad de tránsito. La decisión del mencionado Tribunal destaca por el análisis de proporcionalidad, el cual no supera el análisis de necesidad en tanto no se consideraron otras medidas menos restrictivas que limiten en menor tiempo la restricción a la libertad personal. Toda esta problemática a nivel internacional, ameritan análisis por parte de todos los órganos jurisdiccionales a efectos de verificar si se encuentran dentro de los límites constitucionalmente aceptables.

Así las cosas, el impacto al ámbito jurídico que está ocasionando la pandemia del COVID-19 se puede verificar en todas las disciplinas jurídicas. A propósito de ello, daremos cuenta brevemente de los cambios que están ocurriendo en el Derecho constitucional, laboral y penal, para terminar resaltando las medidas adoptadas para los adultos mayores y las personas en estado de discapacidad.

En el ámbito constitucional, la expedición de Decretos de Urgencia por parte del Ejecutivo han sido objeto de varios cuestionamientos por presuntos vicios de constitucionalidad, que el Tribunal Constitucional evaluará en su oportunidad. Los documentos normativos que se están dictando tanto por el Ejecutivo como por el Congreso, seguramente serán objeto de control constitucional, pues precisamente en eso consiste la democracia deliberativa: Todas las opiniones, disidentes o no, deben ser tomadas en cuenta para la expedición de las leyes, lo cual se materializa en el cuestionamiento de ciertas disposiciones normativas.

A nivel de la magistratura constitucional, este órgano constitucional se ha visto en la necesidad de adaptarse a los cambios, pues la justicia constitucional y la defensa de los derechos fundamentales no puede detenerse por ningún motivo. Por ello, se han celebrado los primeros plenos virtuales, así como la primera audiencia pública virtual, donde se han dejado al voto varias causas. En ese sentido, estoy en condiciones de decir que el Tribunal Constitucional está respondiendo a las exigencias de

esta nueva coyuntura, máxime si se están priorizando procesos de habeas corpus y previsionales.

El Derecho Laboral es una de las disciplinas que mayor impacto está recibiendo por la actual situación mundial, pues las relaciones laborales a como la concebíamos hace algunas semanas, ahora ha cambiado. En efecto, el nuevo escenario laboral prioriza el denominado teletrabajo o trabajo remoto sobre el trabajo presencial, pues este último sólo será considerado para las actividades esenciales de conformidad al Decreto Supremo Nº 041-2020-PCM. De igual manera, se ha ordenado identificar a trabajadores que se encuentran en condiciones especiales, es decir que forman parte de un grupo de riesgo: los mayores de 60 años, quienes sufran dolencias como hipertensión arterial, diabetes, enfermedades cardiovasculares, enfermedades pulmonares crónicas, estados de inmunosupresión, por mencionar algunas. Por último, conviene recordar los subsidios por el gobierno; así, mediante Decreto de Urgencia Nº 0126-2020 se autorizó excepcionalmente para que ESSALUD asuma los primeros 20 días de incapacidad temporal de los trabajadores con COVID-19.

El Derecho Penal también ha sido puesto en el ojo de la tormenta, sobretodo con la problemática de los penales en el país. Ello se advierte, lamentablemente, en las recientes revueltas que han ocurrido en penales de todo el país, pues ellos conviven en una sobrepoblación que los hace más propenso a contraer el COVID-19. Asimismo, se ha cuestionado las prisiones preventivas que requieren un pronunciamiento inmediato de las autoridades jurisdiccionales, máxime si verían seriamente afectado su derecho a la salud y en el peor de los casos el derecho a la vida. Incluso, el gobierno ha propuesto un proyecto de ley que establece medidas excepcionales para el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus COVID-19. El Tribunal Constitucional, no ha sido ajeno a esta peligrosa situación, por tal razón, el esfuerzo de todos sus magistrados se ha concentrado en resolver los procesos de hábeas corpus que se encuentran en su sede jurisdiccional.

Como mencionábamos líneas atrás, los grupos especialmente vulnerables lo constituyen los adultos mayores y también a las personas en estado de discapacidad. Para lograr la adecuada protección de estos grupos vulnerables, se han emitido el Decreto de Urgencia Nº 026-2020 y el Decreto Supremo Nº 005-2020-MIDIS, los cuales tienen como objetivo a las siguientes poblaciones: a) Las personas adultas mayores con alto

riesgo son aquellas personas de 60 años a mas que presentan al menos una comorbilidad de la lista descrita por el Ministerio de Salud en el Documento Técnico de Atención y Manejo Clínico de casos de COVID-19, Escenario de Transmisión Focalizada, aprobada por Resolución Ministerial Nº 084-2020-MINSA, o norma que la modifique, complemente o sustituya; b) Las personas con discapacidad severa son aquellas que tienen dificultad grave o completa para la realización de sus actividades cotidianas, requiriendo para ello del apoyo de dispositivos o asistencia personal permanente o la mayor parte del tiempo. Asimismo, en el caso que encuentren adultos mayores en situación de abandono en la calle, se comunica al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para que evalúe el dictado de una medida de protección temporal, en el marco de sus competencias. Si la medida de protección temporal concluye en la necesidad de que la persona adulta mayor ingrese a un centro de atención residencial, el Ministerio de Salud o el Seguro Social de Salud-EsSalud, según corresponda, facilitan los exámenes médicos necesarios para el ingreso a dicho centro en el más breve plazo.

Comenzamos este artículo con la frase "el derecho está en constante cambio", en la situación actual que vive el país y el mundo, el derecho está cambiando radicalmente en poco tiempo. Esta transformación se hace evidente en todas las ramas jurídicas, pero este cambio también merece ser analizado tanto por los ciudadanos como por las autoridades jurisdiccionales. Si nos encontramos en una democracia deliberativa, eso quiere decir que todos los integrantes de la sociedad deben aportar para las medidas legislativas que se adopten y más aún si estas tienen que ver con limitación de los derechos fundamentales.

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN CONTEXTOS DEL ESTADO DE EMERGENCIA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19

*María Candelaria Quispe Ponce**

I. Introducción

El 15 de marzo de 2020, el Presidente de la República ha emitido el Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM que declara estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. La finalidad de esta disposición es proteger la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad de incremento del número de personas afectadas por la enfermedad[1]. No obstante, esta medida excepcional representa un peligro sumamente grave para la mitad de la población: el incremento exponencial de la violencia contra las mujeres (Onu Mujeres, 2020).

En efecto, el estado de emergencia que implica el confinamiento obligatorio de la población en sus hogares ha supuesto instalar a las mujeres en uno de los lugares más peligrosos. De hecho, el lugar

* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Docente en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 El estado de emergencia fue prorrogado mediante: el Decreto Supremo N.º 051-2020-PCM, Decreto Supremo N.º 064-2020-PCM, Decreto Supremo N.º 075-2020-PCM y el Decreto Supremo N.º 083-2020-PCM.

más peligroso para la vida de las mujeres es su hogar. Una realidad vigente en todo el mundo, también en el Perú, de la que dan cuenta el «Estudio global sobre homicidios. Asesinatos de mujeres y niñas por motivos de género», realizado por Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), publicado en 2019; y, la «Síntesis Estadística de feminicidio 2011-2018», elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), sobre la base de la información proporcionada por el Ministerio Público, el Poder Judicial y el Instituto Nacional Penitenciario.

La violencia contra las mujeres es un problema global preexistente a la expansión de la pandemia por el coronavirus (COVID-19). Fue catalogada por el Secretario General de Naciones Unidas como una pandemia mundial (Guterrez, 2018). El Perú se encuentra entre los países con mayor índice de violencia contra las mujeres en el mundo (Hernández, 2019, p. 9). Desde esta premisa, las mujeres peruanas deben hacer frente a dos pandemias: una, surgida recientemente, declarada como tal, reconocida y afrontada por el Estado –ha supuesto la restricción de algunos derechos fundamentales en el marco del estado de emergencia–; la otra, de larga data, no declarada oficialmente –esto es, una pandemia en la sombra– aunque reconocida normativamente y afrontada insuficiente e ineficazmente.

En un país como el Perú, fragmentado por desigualdades sociales y económicas extremas, el impacto de esta doble pandemia –aunado al incremento sustancial de la carga de trabajo de cuidados no remunerado (Cepal, 2020)– es devastador para la salud y la vida de las mujeres. Dada la diversidad y desigualdad estructural persistente, evidentemente, el impacto no es igual para todas las mujeres. En este contexto, es un imperativo incorporar el enfoque interseccional y la perspectiva de género en todas las respuestas del Estado destinadas a contener la pandemia del Covid-19, y la violencia contra las mujeres. Como recomienda la Comisión IDH, la respuesta estatal debe tener en cuenta los distintos contextos y condiciones que potencializan la vulnerabilidad a la que están expuestas las mujeres, como la precariedad económica, la edad, la condición de migrante, la condición de discapacidad, la privación de libertad, el origen étnico-racial, la orientación sexual, identidad y/o expresión de género, entre otras (CIDH, 2020, párr. 49).

El presente artículo, sin embargo, no tiene la pretensión de abordar ni analizar la dimensión de género interseccional, ni el impacto de género del derecho de excepción emitido por el Estado. Me limito a esbozar las obligaciones que el *derecho* de las mujeres a una vida libre de violencia genera para el Estado en el contexto del Estado de emergencia sanitaria. Derecho reconocido en un tratado de Derechos Humanos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres, que ha sido traspuesto en el ordenamiento jurídico a través de la Ley N.º 30364 y ha dado lugar, a su vez, a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

(ii) El Estado de emergencia y la restricción de los derechos fundamentales

El estado de emergencia es una figura jurídica prevista en la Constitución de 1993. Conforme al diseño institucional configurado por el constituyente, el Presidente de la República –con acuerdo del Consejo de Ministros y dando cuenta al Congrego o a la Comisión Permanente– tiene la atribución de declarar un estado de excepción, que puede adoptar dos modalidades: estado de emergencia (artículo 137.1) o estado de sitio (artículo 137.2). El régimen de excepción adoptado mediante el Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, es el que establece el inciso primero de la precitada disposición constitucional.

El supuesto fáctico que habilita la declaratoria de estado de emergencia puede ser, como prevé la Constitución: (i) un caso de perturbación de la paz o del orden interno, (ii) una catástrofe; o (iii) graves circunstancias que afecten la vida de la Nación (artículo 137.1). El brote de la COVID-19 fue el supuesto de hecho invocado en la decisión constitucional de excepción (Garrido, 2017, p. 45) más concretamente, las circunstancias graves que afectan a la vida de la Nación a consecuencia del brote de la COVID-19 (Decreto Supremo N.º 0044-2020-PCM).

La crisis sanitaria mundial fue el escenario en el que se instaura el régimen de excepción. Cuatro días antes –11 de marzo– la Organización Mundial de la Salud había declarado que el virus SRAS-CoV-2 es una pandemia que presenta unos niveles alarmantes de propagación y letalidad (OMS, 2020). Situaciones como esta, de peligro y extrema gravedad, constituyen lo que en la doctrina constitucional y la jurisprudencia se catalogan como circunstancias de «anormalidad constitucional» (STC 00017-2003-AI/TC, fundamento 19), y son las que justificarían

constitucionalmente la declaratoria del estado de emergencia (Troper, 2017)[2]. Se trata de situaciones, advierte Fernández, de «emergencia constitucional que, por razón de su extrema gravedad exigen la adopción de medidas extraordinarias de cara a una pronta restauración del orden público, del monopolio del derecho y, en definitiva, de la normalidad constitucional» (2020, p. 122).

Las consecuencias de la declaratoria de estado de emergencia presentan una magnitud ciertamente relevante para el orden constitucional. Afectan, fundamentalmente, los pilares sobre los que se asienta el Estado Constitucional de Derecho, a saber: (i) el imperio de la ley elaborada por el Parlamento; (ii) el principio de división de poderes; (iii) la sujeción de la Administración al principio de legalidad; y, (iv) la eficacia de algunos derechos fundamentales, mediante la adopción de medidas restrictivas. Desde esta óptica, a juicio de Siles, el estado de emergencia constituiría uno de los desafíos fundamentales al Estado Constitucional, más aún si tenemos en consideración que los regímenes de excepción han sido una constante en la historia constitucional del Perú (Siles, 2017, p. 126).

En relación con el cuarto pilar afectado por el estado de emergencia: la restricción de los derechos fundamentales, cabe precisar que, conforme con lo dispuesto por el artículo 137.1 de la Constitución, el Decreto Supremo N.º 0044-2020, establece la restricción del «ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo de la Constitución Política del Perú». Esta disposición también se encuentra conforme con el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente STC 01805-2007-PHD/TC, fundamento 8. En consecuencia, en el marco del estado de emergencia, el derecho fundamental de las mujeres *a una vida libre de violencia* es un derecho plenamente vigente y debe ser garantizado.

2 En el caso Zambrano y otros vs. Ecuador, la Corte IDH establece que para que se justifique un estado de excepción es necesario: a) que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; b) que ésta afecte a toda la población, y c) que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad. (Corte IDH, párrafo 46)

(iii) El derecho fundamental de las mujeres a una vida libre de violencia

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia como categoría jurídica específica, fue reconocido en un tratado del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su vigésimo cuarto período ordinario de sesiones celebrado en Belém do Pará, Brasil en junio de 1994.

En concordancia con lo preceptuado, a escala universal, por la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw), la Convención Belém do Pará, recoge los criterios establecidos por el Comité Cedaw en las Recomendaciones Generales RG12 y RG19, y reafirma aspectos sustanciales dispuestos por la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la Mujer de Naciones Unidas. Desde esta óptica, reconoce, en esencia, que la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que constituye una violación de los derechos humanos.

Contiene una definición amplia de violencia contra las mujeres, entendiendo como tal, «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado» (art.1°). En ese sentido, trastoca el paradigma de la división público privado –e incorpora la propuesta teórica del feminismo radical: lo personal es político–, que ya había sido puesta en cuestión por la RG 12, al señalar la obligación de los Estados de "proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia que se produzca en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social" (Comité Cedaw, 1989, párr.1 º).

El sustrato de la Convención Belém Do Pará se sitúa, sin embargo, en el reconocimiento del *derecho de las mujeres a una vida libre de violencia* (artículo 3). Este reconocimiento específico obedece a la distinta *posición* fáctica en que se encuentran hombres y mujeres en su condición de género. La relevancia del reconocimiento del *derecho de las mujeres a una vida libre de violencia* en un tratado de derechos humanos reside en las obligaciones que genera para los Estados Parte. El Perú ha

ratificado la Convención Belém do Pará[3], en consecuencia, prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres es una obligación cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad internacional, «una violación a los derechos humanos» (Pinto, 2017, p. 281), más aún si tenemos en cuenta que, de acuerdo con el intérprete supremo de la Constitución, los tratados de derechos humanos no sólo forman parte del derecho nacional (artículo 55 de la Constitución), «sino que, además, detentan rango constitucional» (STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamento 26).

Las obligaciones que los Estados contraen al suscribir la Convención Belém do Pará se encuentran acotadas en el artículo 7 del tratado. Tres de las cuáles cabe destacar como esenciales para el tema que nos ocupa. En primer lugar, la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (inciso b); en segundo lugar, la obligación de tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (inciso e); en tercer lugar, la obligación de establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (inciso f).

La obligación del Estado de actuar con la debida diligencia, cobra especial relevancia en contextos de excepcionalidad constitucional. Ello, si tenemos en consideración dos cuestiones alertadas por ONU Mujeres. La primera, que «las medidas de prevención y de mitigación de la propagación del COVID-19, tales como la cuarentena, el aislamiento o distanciamiento social, y las restricciones de movilidad, exacerbarán la violencia contra las mujeres y niñas que ocurre en los hogares porque las víctimas se encuentran encerradas con sus perpetradores con oportunidades muy limitadas de salir de sus hogares o de buscar ayuda». La segunda, el confinamiento genera barreras adicionales en el acceso de las víctimas a servicios esenciales que pueden salvar vidas. Estas barreras están relacionadas con la

3 Aprobada por Resolución Legislativa N.º 26583 de 22 de marzo *de* 1996. Ratificada *por* el Estado Peruano el 02 de marzo de 1996.

restricción de movilidad y la suspensión del sistema de justicia (ONU Mujeres, 2020).

En la emblemática sentencia González y otras («Campo Algodonero») vs. México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), precisa dos aspectos esenciales relacionados con la obligación de debida diligencia para erradicar la violencia contra las mujeres. En primer lugar, extiende la frontera de la responsabilidad del Estado a los actos de los particulares. Así, reafirma que desde 1992, el Comité CEDAW, estableció que «los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas» (párrafo 254). En segundo lugar, advierte que el deber de debida diligencia se deriva de la obligación general contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1.1.). Ahora bien, la Corte IDH pone de relieve que en los casos de violencia contra las mujeres los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la CADH, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará (párrafo 258).

La Corte IDH, precisa, asimismo que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. Sostiene que, en particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias (párrafo 258).

Si en periodos de normalidad constitucional las obligaciones de debida diligencia contraídas por el Estado a partir de la suscripción de la Convenció Belém do Pará son reforzadas, en periodos de anormalidad constitucional como la situación generada por la expansión de la pandemia del Covid-19, devienen en doblemente reforzadas y, en consecuencia, deberían propiciar la producción de una legislación de excepción y medidas de protección especiales que respondan adecuadamente a la situación de anormalidad constitucional. Desde esta óptica, cabe destacar que en algunos países del continente americano se ha expedido legislación de excepción sobre la materia y, además, se ha adoptado medidas especiales. En Argentina, por ejemplo, el gobierno decretó excepción de la cuarentena obligatoria para mujeres y personas LGBTI en situación de violencia. En Colombia, el gobierno expidió un

decreto para garantizar la prestación ininterrumpida de servicios de las comisarías de familia, pero de forma virtual para reducir riesgos de contagios (Decreto N.º 460, de 22 de marzo de 2020). En Canadá, el gobierno incluyó 50 millones de dólares para refugios y albergues para victimas-sobrevivientes de violencia de género como parte de su respuesta al COVID-19. Es relevante también citar las medidas adoptadas en países europeos como Italia, en el que la Fiscalía dictaminó que, en casos de violencia doméstica, el perpetrador es el que tiene que dejar el hogar, no la víctima, y Francia que ha generado alianzas con los hoteles para que brinden espacios gratuitos a las mujeres víctimas/sobrevivientes y sus hijas/hijos (ONU Mujeres, 2020).

Finalmente, es preciso destacar la obligación de los Estados Parte, de adoptar las disposiciones legislativas que sean necesarias para hacer efectiva la Convención (artículo 7, inciso h). El Estado peruano ha promulgado la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar[4], cumpliendo de este modo, no sólo la obligación de adecuar su legislación interna sobre violencia a los estándares fijados por el Derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres, sino también a la obligación contraía al suscribir la Convención Belém do Pará.

La Ley N.º 30364 es, en esencia, es trasunto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer. Así, reconoce explícitamente el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (artículo 9). Desde esta óptica, debe hacer frente a uno de los problemas más acuciantes que aquejan al Estado peruano: la violencia contra las mujeres, un problema respecto del cual, en la actualidad, existe cierto consenso político-social en torno a la necesidad de ponerle fin. No obstante, la respuesta normativa del Estado –diseñada por el legislador/a– ha sido materia de cuestionamiento tanto en el ámbito de la doctrina como en el de la jurisprudencia.

Uno de los aspectos recurrentemente cuestionados es el diseño procesal configurado por la Ley –que contempla dos etapas: (i) de protección, y (ii) de sanción–. En concreto, se cuestiona el «proceso especial de tutela», cuyo objetivo central es brindar protección a las mujeres víctimas de violencia (artículo 16). Quienes cuestionan la norma alegan que su diseño

4 Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 23 de noviembre de 2015

"vulneraría" el derecho fundamental de defensa de los denunciados. De ahí que, este cuestionamiento y, las dudas que genera entre los jueces y juezas que interpretan y aplican la disposición normativa, haya dado lugar a un Pleno Jurisdiccional Distrital en materia de Familia, en el que se debatió sobre la materia –Corte Superior de Justicia de Lima Este (Acta del Pleno, 2017)–; y, a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Se trata de la sentencia recaída en el expediente N.º 03378-2019-PA/TC, publicado en el portal web institucional el 7 marzo del año en curso.

En efecto, en la demanda de amparo que motivó el precitado fallo, el demandante alegaba la vulneración de su derecho fundamental de defensa y, en consecuencia, solicitaba la nulidad de las resoluciones judiciales que concedían medidas de protección. La vulneración de su derecho de defensa se habría producido, en tanto fue excluido de participar de la diligencia de elaboración de la «ficha de valoración de riesgo en mujeres víctimas de violencia», y de la audiencia de otorgamiento de las medidas de protección, dictadas sin que se le haya escuchado, ya que se prescindió de su realización.

El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda. El sentido de la decisión se sustenta básicamente en los siguientes argumentos: En primer lugar, el derecho de defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14 de la Constitución y el derecho de toda persona a ser oído ante los Tribunales, reconocido por el inciso 1 del artículo 8 de la CADH, rigen en todos los procesos, también en el proceso especial de medidas de protección frente a la violencia contra las mujeres. En segundo lugar, las medidas de protección dictadas sin audiencia y sin oír al demandante, inciden sobre una serie de sus libertades. En consecuencia, el Tribunal advierte que existe una intervención sobre el derecho de defensa. Se trata de una intervención judicial efectuada al amparo de los artículos 16, inciso "b"; 18 y 25 de la Ley N.º 30364 (FJ 25).

En tercer lugar, el derecho *fundamental de las mujeres a una vida libre de violencia* es el fin constitucional que existe detrás de la intervención sobre el derecho de defensa cuando la judicatura dicta medidas de protección prescindiendo de la audiencia donde el agresor habría podido ser escuchado (FJ 38). El propósito perseguido por las medidas de protección es detener la violencia ejercida contra la víctima o prevenir que esta se vuelva a suscitar (FJ 41). Así, en los casos calificados de «riesgo severo», la medida contemplada por los artículos 16, inciso "b"; 18 y 25 de la Ley

30364, es plenamente constitucional, sobre todo, si se toma en cuenta que el agresor no ha quedado en un estado de indefensión al no ser oído, sino que su oportunidad para hacerse escuchar ha sido desplazada a otra etapa procesal. Por tanto, la decisión de dictar medidas de protección prescindiendo de la audiencia para el efecto es una medida *idónea* para alcanzar el fin constitucionalmente perseguido, esto es, salvaguardar la integridad psicológica y física de la denunciante (FJ 43).

En cuarto lugar, el resultado de la aplicación de la «Ficha de valoración de riesgo» –diligenciada sin la presencia del agresor, a fin de preservar la objetividad y evitar la revictimización de la denunciante–, junto a la existencia de medidas de protección dictadas con anterioridad a favor de la denunciante, hicieron que el juzgado de familia decida otorgar tutela con carácter urgente prescindiendo de la audiencia (opción contemplada en el artículo 16 de la Ley). El Tribunal advierte que, en caso de autos, la judicatura *no tenía otra alternativa* que aquella que le facilitara actuar rápidamente y cumplir su rol de garante de la integridad personal, esto es, prescindir de la realización de la audiencia (FJ 50).

En quinto lugar, el contexto de violencia contra las mujeres existente en el Perú justifica las distintas medidas (preventivas o sancionadoras) que desde el Estado se adoptan para combatirla. En ese sentido, garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia es de suma importancia para el Estado y es por ello por lo que ha regulado las medidas de protección como un mecanismo idóneo para alcanzar ese objetivo. En consecuencia, la intervención que se produce en el derecho de defensa del agresor cuando la judicatura dicta tales medidas de protección es menor si se compara con la satisfacción del derecho a una vida libre de violencia que se alcanza. Para el Tribunal Constitucional, la intervención en el derecho de defensa del agresor *no resulta desproporcional ni irrazonable* (FJ 93).

Como se advierte, el Tribunal Constitucional sitúa «el derecho fundamental de las mujeres a una vida libre de violencia» en un nivel reforzado de protección. (FJ 37). Enmarca su decisión, asimismo, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la materia y en las Recomendaciones emitidas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Ello, a fin de poner de relieve la protección reforzada, que a través de medidas eficaces y céleres está obligado a proporcionar el Estado, a las mujeres en contextos de violencia de género.

(iv) Medidas adoptadas por el Estado para tutelar el derecho fundamental de las mujeres a una vida libre de violencia en contexto del Estado de emergencia sanitaria

Entre las medidas adoptadas por el Estado peruano para tutelar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en el contexto de anormalidad constitucional generado por la expansión de la pandemia del Covid-19, se podrían destacar dos. Ambas relacionadas con el acceso a la justicia. En primer lugar, el servicio de atención y orientación especializado a través de la línea 100, a través del cual se brinda información, orientación, consejería y soporte emocional a las mujeres víctimas de violencia y personas afectadas o involucradas en hechos de violencia familiar o sexual[5]. Este servicio se ha mantenido activo desde el inicio del Estado de emergencia.

En segundo, la emisión del Decreto Legislativo N.º 1470, publicado el 27 de abril. El objeto de esta disposición normativa es «establecer medidas específicas para reforzar la actuación del Estado a fin de garantizar la atención de casos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar durante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19» (artículo 1). Desde esta óptica, se centra básicamente en dos aspectos: (i) en el acceso a la justicia durante el estado de emergencia, y (ii) en las medidas de protección y/o cautelares configuradas por la Ley N.º 30364.

(i) En cuanto al primer aspecto, el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia se virtualiza, las denuncias y las actuaciones judiciales pueden ser realizadas a través de los medios tecnológicos. Una disposición complementaria a esta disposición es la Resolución Administrativa 000140-2020- CE-PJ, emitida el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el 11 de mayo. Esta resolución dispone el uso de las cuentas de correo institucionales (correos electrónicos, teléfonos, celulares o cualquier otro medio donde quede constancia de la recepción de la comunicación) para la recepción de denuncias.

Otra medida adoptada en este marco es el Protocolo Interinstitucional suscrito el 23 de abril del año en curso, por Presidentes de Juntas de

5 La línea 100, que mantiene su servicio durante el periodo de emergencia, atendió un total de 27 mil 997 entre el periodo de 16 de marzo a 10 de mayo. Esta información fue proporcionado por la Ministra de la Mujer en la sesión virtual extraordinaria de la Comisión de la Mujer y la Familia del Congreso de la República.

Fiscales, el Comandante General de la Policía Nacional del Perú y la Directora General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia, para el uso de herramientas tecnológicas en la investigación preliminar de los delitos –entre los que se contempla la violencia contra las mujeres–, que faciliten la comunicación, coordinación y trámite documentario virtual entre los fiscales de turno y pos turno de los Distritos Fiscales de Lima, Lima Sur, Lima Este, Lima Norte, Lima Noreste, Callao y los operadores de justicia; en forma excepcional y durante el Estado de Emergencia Sanitaria por el Covid-19.

(ii) El segundo aspecto fundamental del Decreto Legislativo N.º 1470 recae en el dictado de medidas de protección y/o cautelares configuradas por Ley N.º 30364 que, en el estado de emergencia, quedan rediseñadas. Pueden ser dictadas a través de los recursos tecnológicos, la ficha de valoración de riesgo se aplica únicamente cuando sea posible. Así, independientemente del nivel de riesgo, el juez/a de familia u otro con competencia material en el periodo de emergencia, debe emitir medidas de protección y/o cautelares prescindiendo de la audiencia. Las medidas deben ser las más idóneas en atención al riesgo en que se encuentra la víctima, en cualquier caso, se priorizará aquellas que eviten el contacto entre la víctima y la persona denunciada, el patrullaje constante del domicilio de la víctima, así como el retiro de la persona denunciada del hogar. Finalmente, el plazo previsto para el dictado de las medidas es de 24 horas desde que se produce la denuncia y deben ser ejecutadas de inmediato.

(v) A modo de conclusión

El estado de emergencia es un régimen de excepción regulado por la Constitución. Responde a situaciones de anormalidad constitucional como las generadas por la expansión de la pandemia por el Covid-19. Una de las consecuencias de la declaratoria de estado de emergencia es la restricción de la eficacia de algunos derechos fundamentales, pero se trata de una restricción sumamente acotada, de modo tal que, el derecho fundamental de las mujeres a una vida libre de violencia es plenamente vigente y debe ser protegido por el Estado con una debida diligencia reforzada.

Conforme advierte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las obligaciones de debida diligencia contraídas por el Estado a partir de la suscripción de la Convenció Belém do Pará son reforzadas. En situación de anormalidad constitucional como la generada por la pandemia del

Covid-19, esta obligación resulta doblemente reforzada. Así pues, el Estado debe adoptar medidas también excepcionales para afrontar la violencia contra las mujeres.

Como hemos podido advertir, el Decreto Legislativo N.º 1470 es una medida idónea para contextos del estado de emergencia en la medida que virtualiza el acceso a la justicia de las mujeres y rediseña las medidas de protección, cuya constitucionalidad fue avalada por el Tribunal Constitucional. No obstante, fue adoptada muy tardíamente. En ese entendido, desde el inicio del estado de emergencia se debió asegurar que los servicios de atención y respuesta a la violencia contra las mujeres –sistema de justicia, servicios de asesoría jurídica y servicios sociales– se consideren servicios esenciales.

(vi) Bibliografía

CEPAL (2020). "La pandemia del COVID-19 profundiza la crisis de los cuidados en América Latina y el Caribe". Santiago: Naciones Unidas. Disponible en: https://bit.ly/3dTAFSJ

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020). "Pandemia y derechos humanos en las Américas". Resolución N.º 1/2020

Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205

Fernández De Casadevante, P. (2020). El derecho de emergencia constitucional en España: una nueva taxonomía. En: Revista de Derecho Político, (107), pp. 111-145.

Garrido, C. (2017). Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción. En: Revista Española de Derecho Constitucional, (110), pp. 43-73.

Guterres, A. (19 de noviembre de 2018). Mensaje del Secretario General con motivo del Día Internacional de la violencia contra la Mujer. Naciones Unidas. Disponible en: https://bit.ly/2z4t2tY

Guterres, A. (9 de abril de 2020) *Mensaje sobre la pandemia de la COVID-19 y las mujeres*. Naciones Unidas. Disponible en: https://bit.ly/3dPO8Lp

Hernández Breña, W. (2019). "La necesidad de un doble plural". En: *Violencias contra las mujeres. La necesidad de un doble plural*. Lima: Grupo de Análisis para el Desarrollo.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018). *Perú: Estadísticas de Feminicidio 2011-2018.* Lima: INEI.

Mlambo-Ngcuk, P. (6 de abril de 2020). *Violencia contra las mujeres: la pandemia en la sombra*. ONU MUJERES. Disponible en: https://bit.ly/2AEEcGp

ONU Mujeres (2020). Prevención de la violencia contra las mujeres frente a covid-19 en América Latina y el Caribe. Disponible en: shorturl.at/ipD14

Siles Vallejos, A. (2017). Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: algunas cuestiones fundamentales. En: *Estudios constitucionales,* (15), pp. 123-166.

Troper, M. (2017). El estado de excepción no tiene nada de excepcional. En: *Revista de derecho constitucional europeo,* (27). Disponible en: https://bit.ly/2z9FlFf

UNODC (2019). Global Study on Homicide Gender-related killing of women and girls. Viena: Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

ESTADO DE EMERGENCIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DE PANDEMIA COVID-19

Mario G. Chavez Rabanal[*]

El presente ensayo tiene como finalidad reflexionar sobre el estado de emergencia sanitario decretado en Perú y los derechos fundamentales en el contexto del estado de emergencia sanitaria declarada por el gobierno por la pandemia COVID-19.

El gobierno peruano mediante Decreto Supremo declaró en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dictó medidas de prevención y control del COVID-19, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, dado el 11 de marzo del 2020, restringiendo el ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como el ejercicio del derecho de reunión, a fin de salvaguardar del derecho a la vida y la salud de los habitantes del territorio peruano.

Debe entenderse que por razones del tema sólo nos estamos refiriendo al estado de emergencia regulado en el inciso 1° del art. 137° de nuestra Constitución y no a los otros tipos o situaciones de excepción que se producen o se presentan en la vida de una Nación.

---

* Abogado y Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la UNMSM. Docente de Derecho Constitucional y Teoría de los regímenes políticos en la UNMSM. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ESTADO DE EMERGENCIA

Las situaciones de excepción que se presentan en el devenir de un determinado Estado, están reconocidas y reguladas en su constitución o norma fundamental. Ésta configura los supuestos o causales que determinan la imposición de un régimen de excepción. Los regímenes de excepción tienen origen constitucional, nacen y quedan determinados por ella. Es la constitución y sólo ella la que faculta a un determinado órgano o institución del Estado el establecimiento o imposición de un régimen de excepción; para ello señala taxativamente los casos en que procede, las medidas que se pueden tomar, el plazo de duración, así como la necesidad y urgencia de la misma. En relación a esto último es necesario detenernos un momento.

Un régimen de excepción es respuesta a una determinada realidad, es consecuencia de un hecho o suceso. Este hecho o suceso tiene el carácter de ser un peligro actual para la vida o existencia de una nación (como lo señala nuestra Constitución). ¿Pero ¿qué significa esto? Entendemos que la situación concreta por la cual está atravesando un Estado (cuando nos referimos al Estado se habla de una comunidad organizada bajo principios y valores supremos que han sido objetivizados en su Constitución por un poder constituyente; y no de un gobierno, o de una de las instituciones o entes del Estado, o un grupo o sector de la sociedad) es tal, que el normal ejercicio de sus competencias o funciones es imposible o que el ejercicio normal de las mismas significan para el Estado su propia destrucción.

Es decir, la realidad concreta pone en peligro directo la existencia del Estado, su organización y funcionamiento; pero, la regulación y consagración de los regímenes de excepción no son tratados en la constitución con la finalidad de proteger al Estado en o por sí mismo; sino, esto se debe fundamentalmente a la finalidad y función que tiene el Estado en relación a la persona humana y sus derechos inherentes.

El ser humano tiene en el Estado (un Estado Constitucional que tiene como base y principios fundacionales a los derechos fundamentales, la supremacía constitucional, el control de las competencias y funciones reconocidas a sus órganos e instituciones, democracia participativa, jurisdicción constitucional) la mejor garantía para que realice la personalidad, proyecto de vida del ser humano libre y autónomamente.

Se protege al Estado en tanto que hace viable y eficaz una vida digna y libre de todos sus ciudadanos mediante los derechos fundamentales. Es por ello, que al imponerse los estados o regímenes de excepción se está protegiendo la plena vigencia de los derechos fundamentales en el presente y en el futuro, a través de la protección y defensa del Estado Constitucional.

En este entendido y siguiendo la línea de lo mencionado, los regímenes de excepción buscan garantizar la plena protección y eficacia de los derechos fundamentales y de sus instituciones, mediante la toma de medidas excepcionales, las cuales tienen la única y primordial finalidad de terminar con aquella situación de peligro o destrucción. En otros términos, la finalidad es garantizar la vigencia de los derechos humanos en el presente y en el futuro y para ello se requiere de medidas extraordinarias las cuales sólo son tomadas y aplicadas en caso que no exista otro modo o medio eficaz que solucione la crisis dentro del Estado o situación de normalidad.

La implantación o imposición del estado de excepción es la última alternativa que se tiene dentro de un ordenamiento constitucional; ya que, sólo éste debe y debería de operar cuando habiéndose tomado todas las medidas necesarias o adecuadas o cuando se tenga correcta y adecuadamente fundada que la toma de otras medidas no solucionaría nada; sino que ello agravaría la situación, entonces y sólo entonces procedería la implantación de un régimen de excepción como última alternativa.

Esto se debe, principalmente, al significado de régimen de excepción, régimen donde un órgano o ente del Estado (como es el Ejecutivo en nuestro ordenamiento jurídico) aumenta o reúne mayores competencias y atribuciones de las que normalmente le reconoce la Constitución, por un lado, y, por otro, la relación que existe entre estas mayores o nuevas atribuciones que reúne el Ejecutivo con los derechos fundamentales. Es en sí mismo, el segundo aspecto el que más importa y el que mayores y graves consecuencias tiene, siempre que no se regule y controle adecuadamente.

Ya señalamos anteriormente, que la finalidad de los regímenes de excepción, en esencia, es garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales en el presente y en el futuro y a esto se suma que el medio tomado para lograr tal finalidad en los regímenes de excepción, es el reconocimiento de mayores o nuevas facultades a un ente u órgano del

Estado, facultades que repercuten directamente sobre algunos derechos fundamentales, configurándose de este modo un alto índice de probabilidad de afectación o vulneración de los mismos.

Todo ello a primera vista parecería una absoluta contradicción; ya que, se estaría buscando garantizar un fin mediante el sacrificio del fin mismo; es decir, se estaría buscando garantizar los derechos fundamentales en el ahora y en el mañana mediante la restricción o limitación de los mismos a través de una concesión de atribuciones a un ente del Estado. Medidas que estarían dirigidas a limitar y restringir los derechos fundamentales en salvaguarda de un bien mayor, como es en el presente caso el derecho a la vida y a la salud, restricciones que no serían permitidos en las situaciones de normalidad verbigracia una cuarentena obligatoria, cierre de locales comerciales, cierre de aeropuertos, detenciones por no usar mascarillas o por ir a buscar el pan de cada día, o ir al mercado, etc.

Esta aparente contradicción de proteger mediante la desprotección que pone en evidencia los regímenes de excepción, es como tal, una aparente contradicción, en tanto los derechos fundamentales no quedan desprovistos de medios eficaces que garanticen su vigencia dentro de un régimen de excepción. En ningún aspecto la Constitución faculta al Ejecutivo o autoridad, a vulnerar los derechos fundamentales ni tampoco deja desprovisto a éstos de una eficaz protección, los derechos fundamentales quedan "vivos" en todo momento, como también las garantías judiciales eficaces para su defensa. Sólo se da, que en los regímenes de excepción los derechos fundamentales pueden ser restringidos con menor rigurosidad que en los estados de normalidad, pero, pero jamás quedan desamparados.

En relación a los supuestos de hecho que señala el inciso primero del artículo 137º de la Constitución, estos no bastan en sí mismos para que se decrete el estado de emergencia; sino que, tienen que revestir el carácter de poner en peligro la vida de la Nación, es necesario que se configuren esos y que además no exista otro medio alternativo adecuado para resolver o solucionar esta crisis.

En la época de la pandemia COVID-19 el peligro de la vida de la Nación recayó en la vida de sus ciudadanos y habitantes, el virus COVID-19 atacó a los ciudadanos, y la paradoja es que el enemigo no es un fenómeno social (perturbación de la paz o del orden interno) o un fenómeno natural (catástrofe), sino por sus propios habitantes, los propios habitantes

eran el peligro y la víctima al mismo tiempo, como el mismo régimen de excepción, ataca derechos para protegerlos.

LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO DE EMERGENCIA

Los límites o restricciones a los derechos fundamentales son el producto del equilibrio, de la ponderación o concordancia entre éstos y otros bienes jurídicos, motivo por el cual, los límites o restricciones tienen que estar justificados, motivados y llenos de rigurosidad. En el presente caso los derechos restringidos se hacen a fin de salvaguardar los derechos a la vida y a la salud, en la época de la pandemia la biopolítica referida a la primacía de la vida y la salud se impuso frente a las libertades civiles y patrimoniales restringiéndolas en un límite que no habían sido imaginados como la economía, libertades, las prácticas religiosas, etc.

En las circunstancias o situaciones "normales", se establecen un conjunto de mecanismos o procedimientos minuciosos, rigurosos a aquellos medidas que tengan por finalidad la restricción o limitación de uno u otro derecho fundamental, hecho que es muy distinto en los llamados regímenes de excepción; en estos casos los procedimientos por los cuales se va a restringir o limitar un derecho fundamental, en la mayoría de los casos no están sujetos a un procedimiento tan minucioso o exhaustivo como en las situaciones "normales".

Y se explica porque los regímenes de excepción no tienen otra finalidad que la de retornar o regresar a las condiciones adecuadas para el correcto ejercicio y protección de los derechos fundamentales; es decir, la situación que se presenta en los regímenes de excepción es una donde se pone en peligro la eficacia y protección de éstos valores superiores que fundamentan a toda organización jurídica y que mediante los regímenes de excepción se busca como finalidad principal lograr un contexto donde se pueda y se haga viable la plena vigencia de los derechos fundamentales y de sus instituciones inherentes a ellos.

En época de pandemia por COVID-19 los habitantes de Perú han renunciado al ejercicio de sus derechos fundamentales como por ejemplo libertad de tránsito, de reunión, libertades patrimoniales, de inviolabilidad de domicilio, libertad personal con el fin de evitar el contagio del coronavirus COVID-19 y poner en peligro su salud y vida personal y familiar,

la protección de la vida y la saluda, como expresión de la biopolítica, el orden de la vida, lo han justificado y legitimado.

La restricción de los derechos fundamentales por emergencia sanitaria es adoptada como medida de última ratio, es de necesidad extrema, es respuesta a una situación que significa la destrucción y vulneración de los valores y/o principios inherentes a la persona humana que fundamentan y se constituyen como la base de la organización jurídico, político, social y cultural del país, en este caso el derecho a la vida y salud de los habitantes del territorio peruano.

Frente a las restricciones de derechos los procedimientos judiciales destinados a la protección derechos fundamentales se relativizan en su "rigurosidad" (no se entienda arbitrariedad, abuso de poder, ni absoluta discrecionalidad) y se disminuyen los mecanismos de protección (en relación a los procedimientos para restringirlos) de algunos derechos o valores fundamentales, aun cuando los órganos jurisdiccionales suspendieron atención presencial.

Esta relativización no implica la anulación del elemento o aspecto del contenido de los derechos fundamentales; ya que, si bien es cierto, los procedimientos para su restricción no son observados con tanta rigurosidad como lo son en los estados o situaciones de "normalidad", dichos derechos cuentan con otros mecanismos o instrumentos para su protección, como son los procesos constitucionales o aquellas garantías judiciales que están dirigidas principalmente a proteger de una vulneración o posible vulneración, y vinculadas íntimamente a ellas, el análisis jurisdiccional que realiza el juez sobre los actos realizados en función a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, temporalidad, territorialidad y necesidad con el fin de ejercer el control.

Y el Estado de Derecho en época de pandemia cuanta con los jueces para garantizar, en todo momento, la protección de los derechos fundamentales aun cuando tengan los órganos jurisdiccionales operar en plataformas virtuales, como casi toda la actividad humana social.

LOS DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA

*Miguel P. Vilcapoma Ignacio**

El corona virus, conocido como COVID-19 ha generado múltiples problemas, primero de salud, luego consecuencias de carácter económico, político, social, jurisdiccional, etcétera en los países que se han visto afectados por este mal, poco imaginado, menos calculado, tampoco previsto por ningún régimen político, menos por los países que conformar el denominado primer mundo.

La pandemia, por más que no se quiera señalar, ha evidenciado la situación de diferencia abismal entre países; es decir, los que disponen de recursos suficientes para afrontarlas y los que carecen del mismo. Con respecto a esta realidad tan cruda, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución número 01, adoptada con fecha 10 de abril del presente año, describe la escena de extremas necesidades que patentiza los niveles sociales en Latinoamérica. La resolución mencionada señala que las Américas es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región; así como por la falta o precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento. De igual forma señala que carecemos de inseguridad alimentaria, que las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado son situaciones irrefutables. A nuestro parecer, son realidades

* Ex presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

que nuestro territorio afronta por siglos, sin que los esfuerzos políticos los haya superado. Luego la resolución acotada del organismo supranacional indica que, también afrontamos altas tasas de informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios que afectan a un gran número de personas en la región y que hacen aún más preocupante el impacto socioeconómico del COVID-19. Luego, en esta parte, concluye que todo esto dificulta o impide a millones de personas tomar medidas básicas de prevención contra la enfermedad, en particular cuando afecta a grupos en situación de especial vulnerabilidad. La Resolución en referencia también describe otros aspectos del que padecen los gobiernos y las sociedades de América Latina como características propias que nos distingue de otras realidades.

La Comisión Interamericana ha descrito con objetividad la realidad que afronta muchos países, obviamente incluido el nuestro; por tanto, consideramos que dentro de este contexto se observará y comprenderá las medidas adoptadas por muchos gobiernos como también por el nuestro frente al mal pandémico.

Señalamos que; un ejemplo patético de esa diferencia entre países que señalamos anteriormente, es la capacidad tecnológica y económica demostrada por China que construyó, en sólo diez días todo un hospital para atender a los pacientes infectados por el COVID-19; mientras que en nuestra realidad los recursos públicos son dilapidados en menesteres subalternos por un sector de funcionarios públicos corrompidos distribuidos en el gobierno central, gobiernos regionales y locales por decir lo menos; en otros términos, los países carentes de recursos afrontan obras que se prolongan en el tiempo por años más allá del período proyectado desde su inauguración hasta su conclusión, sobre todo en obras públicas de carácter social, es decir, la construcción de locales escolares, colegios, hospitales, postas médicas. Es decir los recursos públicos han tenido otro destino, paralizando la construcción de obras públicas en favor de la comunidad. Desgraciadamente, realidades son realidades en la que la dimensión humana se encuentra de por medio, desde el cual pueden explicarse los hechos y acontecimientos históricos y la vida social. La pandemia genera y generará consecuencias funestas sobre todo con un sector de población; es decir, la vulnerable en que nos encontramos los mayores de sesenta años, los diabéticos, los que padecen de hipertensión arterial, etcétera y su propagación podía generar mayores consecuencias si no es por la emergencia y la inmovilización impuesta, por la limitada

capacidad de los centros hospitalarios con mínima capacidad para acoger y brindar atención y tratamiento sanitario a una voluminosa cantidad de pacientes infectados por el mal pandémico..

Dentro del marco constitucional establecido, los gobiernos no han tenido otro camino que recurrir a la emergencia como forma de afrontar la propagación de este mal pandémico, obviamente inmovilizando a los ciudadanos y obligándonos a que permanezcamos dentro de nuestros hogares estando prohibidos de circular por las calles y, en ciertas horas. con inmovilización absoluta, que nos hace recordar los toques de queda impuestos en la época del terrorismo generado por grupos fundamentalistas que fracasaron en su proyecto. Las medidas adoptadas por el gobierno obviamente nos han privado de muchos derechos más, haciéndonos recordar que los peruanos soportamos medidas extremas políticas y económicas como el recordado "Fujishock" (hiperinflación) con la esperanza de que las cosas mejoren; es así, que nos privamos de muchos aspectos que solíamos realizar en nuestra vida cotidiana normal, puesto que la transmisión del virus se produce de persona a persona.

Es lamentable también que el Congreso de la República, órgano que le brinda esencialidad a una democracia representativa y que, se reinstaló en plena pandemia con nuevos miembros, después de la muy discutida disolución, tampoco funciona cabalmente por la emergencia y por haber sido infectado algunos de sus miembros en la ceremonia de instalación, a quienes se les observó que en la mencionada ceremonia, no obstante que, los expertos en salud pública ya habían recomendado el uso de las mascarillas como forma de evitar el contagio o la transmisión pandémica, ninguno de ellos llevaba el mencionado protector. Este incorrecto funcionamiento del órgano congresal es una de las consecuencias muy notorias en el aspecto político a consecuencia de la pandemia.

Es cierto que por sí mismo, el virus que enfrentamos es totalmente peligroso para la vida, la salud y la integridad física con consecuencias que pueden generar en el cuerpo humano por no existir vacuna contra ella y como el contagio se produce en progresión geométrica generando un problema para su atención y cuidado inmediato en los centros hospitalarios y nosocomios privados por su poca capacidad por falta de infraestructura, equipos y materiales médicos, poniendo en prueba la capacidad de los gobiernos de afrontarlo por la multiplicación de infectados.

La revolución de la velocidad de las comunicaciones del transporte internacional para los viajes de turismo y del comercio internacional ha facilitado que este mal llegue con inmediatez del lugar de su origen a otras partes infectando a personas en muchos países del globo. Nadie pone en duda que hoy se viaja con más frecuencia que antes, accediendo a lugares muy remotos y a una velocidad muy impresionante, sobre todo cuando no existe ninguna restricción para viajar a otros lugares, a excepción de contados países que exigen visa.

El mismo gobierno Chino para combartir y limitar la propagación del mal pandémico ha ordenado el cierre de las fronteras de la provincia de Wuhan (mercado Mayorista de mariscos) prohibiendo la movilización de carácter social controlándolo su incremento aunque todavía no su total extinción. La mayoría de los países han tenido que recurrir a medidas similares adoptadas por el país de origen del COVID-19; obviamente también el nuestro, por no contar con especialistas en la materia, tampoco centros hospitalarios suficientes con capacidad adecuada en todo el territorio nacional.

A continuación queremos señalar brevemente las disposiciones que regularon y regulan estas medidas que se hallan en nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución de 1933, en su artículo 70°, Capítulo II (Garantáis Individuales) facultaba al Poder Ejecutivo para que, cuando lo exija la seguridad del Estado, suspenda total o parcialmente, en todo o en parte del territorio nacional, las garantías declaradas en los artículos 56°, 61°, 62°, 67° y 68°. Si la suspensión de garantías se producía durante el funcionamiento del Congreso, el Poder Ejecutivo estaba obligado a dar cuenta de la medida que había adoptado. Se señalaba que esta medida no podía exceder de treinta días; la prórroga requería nuevo decreto. Los artículos indicados en esta Constitución, posibles de ser suspendidos por la declaración de emergencia estaban referidos a la libertad personal y al mandato que nadie puede ser detenido sin mandato judicial; a la prohibición de ser condenado por conducta no tipificada (principio de legalidad); a la libertad de reunión; la libertad de prensa; el libre tránsito; al derecho de no ser deportado o extrañado del país. Esta medida era potestad del Presidente de la República, pero estaba obligado a dar cuenta al Congreso.

La Constitución de 1979 que se promulgó después de los doce años de dictadura militar, instituye el Régimen de Excepción en el Capítulo VIII, artículo 231°, dentro del Título IV, denominado De la Estructura del

Estado en el que adopta las dos modalidades de medida excepcional; es decir, el Estado de Emergencia y el Estado de Sitio. Mientras que en la Constitución vigente (1993) los legisladores constituyentes lo han copiado literalmente todo el texto del artículo mencionado de la Constitución de 1979, tanto el Estado de Emergencia como el Estado de Sitio. En la figura de la Emergencia, con excepción de sólo indicar los dispositivos factibles de suspensión o limitación en el nuevo texto (inviolabilidad del domicilio, libertad de reunión, de tránsito y libertad personal) y constituye el artículo 137° de la Constitución vigente, siendo copia de su original, lo que actualmente rige nuestro país. Desde ya, somos conscientes que la Constitución de 1993 fue copiada de su antecesora (1979) en su mayor porcentaje; sin embargo, los más jóvenes de la población peruana, este hecho lo pasan por desapercibo.

El legislador constituyente del 79º[2] ha dejado abierto las circunstancias que puedan generar esta medida extrema de Emergencia en nuestra vida constitucional y lo ha señalado con esta frase: "... o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación" (…), pues esa grave circunstancia justificaba que el gobierno podía tomar las medidas extremas limitando los derechos que la Constitución garantiza, pero con una interpretación restrictiva conforme ha reiterado el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias respecto al Estado de Emergencia[3]. Este dispositivo está reproducido en el artículo 137 de la Constitución 1993.

En este menester, no podemos olvidar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 27° autoriza en su primer numeral (1) a los Estados Partes "…adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en esta Convención…". En el siguiente numeral (2) del mismo artículo de la Convención se enumeran los diversos artículos que no pueden ser afectados o suspendidos en estado de emergencia; precisa el dispositivo que la excepcionalidad declarada no puede afectar derechos esenciales como: Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; principio de legalidad y de retroactividad;

2 Hago referencia a la Constitución del 1979, puesto que el texto de la Carta del 93 es copia literal de la del 79.

3 Por ejemplo en el EXP. N° 1805-2007-PHC/TC

libertad de conciencia y de religión; protección a la familia; derecho al nombre, etcétera.

Mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos en su artículo 4° y numeral 1, establece que los hechos que motivan una situación excepcional como señalamos deben poner en peligro la vida la nación.

La emergencia que afronta el Perú y otros países de América Latina no es decretada por motivos políticos como ocurrió en el Perú en épocas pasadas de las dictaduras o los autoritarismos con la finalidad de apartar o neutralizar a una oposición política obviamente por circunstancias esencialmente políticas con el propósito de imponerse frente a una oposición que rechazaba la gestión vertical y autoritaria.

Toda medida de excepción es restrictiva de derechos, puesto que esa es su naturaleza, hallándose instituida no solamente en las Constituciones sino también en las normas supranacionales como acabamos señalar. En el Perú está vigente el artículo 55 de la Constitución que a la letra establece: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". A esta disposición se agrega los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano que recupera o reivindica el espíritu del artículo 105 de la Constitución de 1979, el que no fue consignado en la Constitución vigente de 1993. En resumen las resoluciones del TC señalan que los tratados relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional[4]. Por las disposiciones acotadas y el pronunciamiento del TC, estamos obligados a observar los tratados.

La forma de enfrentar el virus es la contención de su expansión mediante el autoaislamiento, la cuarentena y el distanciamiento social. Estas medidas adoptadas por muchos gobiernos sobre todo el nuestro han tenido hasta el momento efectos positivos para la salud al aplanar la curva de su propagación mediante el contagio personal. Pero estas medidas adoptadas para impedir el contagio, implicó la desaceleración de la producción en otros casos su total interrupción, luego paralización del comercio nacional e internacional. Los expertos en materia económica señalan que las consecuencias inmediatas son percibibles, luego también señalan que dejará secuencias a corto, mediano y largo plazo.

4 El expediente acumulado N° 00025-2005-PI/TC y EXP. N° 00026-2005-PI/TC

Los problemas suscitados serán complejos y diversos en los diferentes sectores por cuanto cada uno ellos encierran ciertas particulares; es así que en alguno de ellos se viene aplicando el trabajo por internet en algunos centros laborales. Si no me equivoco los colegios estatales como privados vienen desarrollando sus actividades casi todos ellos utilizando plataformas virtuales, inclusive las universidades públicas como privadas han empezado a desarrollar sus actividades de enseñanza-aprendizaje mediante la utilización de plataformas en cumplimiento a la Resolución N°039-2020-SUNEDU-CD de fecha 27 de marzo del presente año concordante con la Resolución N° 0 85-2020-MINEDU de fecha 1 de abril de 2020. Disposiciones que regulan la educación universitaria.

Afrontaremos por un buen tiempo la pandemia con las consecuencias que se produzcan por los aciertos o desaciertos aplicados y podremos tener más elementos para hacer un análisis objetivo de la situación. Pero estamos convencidos que la recuperación de la normalidad será lenta y duradera.

Huancayo, 15 de mayo de 2020.

DEMOCRACIA, PARLAMENTOS Y DELIBERACIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA

*Milagros Campos Ramos**

La pandemia del COVID-19 ha planteado grandes problemas a las personas y a los estados. Estos últimos se han visto frente a una situación de emergencia inesperada, inédita que ha exigido acciones drásticas e inmediatas. Como consecuencia, la crisis sanitaria global ha llevado a los ejecutivos de 84 países en el mundo a recurrir a estados de emergencia, a 112 limitar el derecho de reunión y a aplicar acciones inmediatas en el marco de los recursos constitucionales con los que cuentan. La cuarentena ha tenido matices pero ha limitado el funcionamiento de instituciones públicas y privadas. Muchos han visto con preocupación una amenaza no sólo a los derechos relativos a la salud sino también a otros derechos fundamentales.

En este contexto, garantizar el funcionamiento de los parlamentos es esencial en el marco de las relaciones de control y colaboración con el ejecutivo. Supervisar las acciones del gobierno y legislar para la emergencia constituye una respuesta democrática para enfrentar institucionalmente la crisis. Pero, ¿cómo ejercer la representación política respetando el distanciamiento físico? ¿Cómo realizar sesiones con las dinámicas clásicas que permiten la deliberación para legislar y supervisar? De acuerdo con la Unión Interparlamentaria, la respuesta de los parlamentos fue diversa, mientras que algunos adelantaron el receso parlamentario, otros mantuvieron sus

* Pontificia Universidad Católica del Perú

sesiones presenciales con la participación de un número menor de parlamentarios –la mesa directiva y junta de portavoces. Una buena parte de ellos trasladaron sus sesiones a virtuales o mixtas.

El objetivo de este artículo es mostrar la relevancia de los parlamentos en las democracias a fin de responder a la emergencia sanitaria, como órgano representativo que expresa el pluralismo, apoyando y supervisando las acciones del ejecutivo. Se abordan las acciones del ejecutivo, en el caso peruano, a modo de ejemplo y se enfoca en los diversos obstáculos que han logrado vencer los parlamentos para sesionar en tiempos de coronavirus, manteniendo lo esencial de sus procedimientos: la deliberación y transparencia, así como el respeto al principio democrático.

El COVID-19 en el Perú

El 6 de marzo de 2020, el presidente Martín Vizcarra anunció, en conferencia de prensa, el primer caso de coronavirus detectado en el país. Días después, el 11 de marzo, se declaró en emergencia sanitaria a nivel nacional por la existencia del COVID-19. No fue hasta el 15 de marzo que se tomaron medidas extraordinarias: se anunció la declaratoria de estado de emergencia en el marco del numeral 1 del artículo 137 de la Constitución Política del Perú, el mismo que fuera publicado horas más tarde, en edición extraordinaria del Diario Oficial El Peruano. La cuarentena incluyó restricciones a la libertad de tránsito, cierre temporal de fronteras, el apoyo de las fuerzas armadas a la policía nacional para el cumplimiento de las medidas, entre otras disposiciones. Tres días más tarde, el 18 de marzo, se establece la inmovilización social obligatoria a nivel nacional entre las 8 de la noche y las 5 de la mañana. Estas medidas se mantienen dos meses más tarde.

Durante este período, el ejecutivo ha dictado 58 decretos legislativos, 26 decretos de urgencia, y 27 decretos supremos y más de cincuenta resoluciones ministeriales directamente vinculados a la crisis del COVID-19. En este mismo periodo, el Congreso, instalado durante el estado de emergencia ha dictado tres leyes específicamente para esta coyuntura. Una de ellas fue la de delegación de facultades legislativas al ejecutivo. Las otras dos fueron promulgadas por el presidente del Congreso, la primera por haberse vencido el plazo para promulgar u observar sin que el Presidente haya optado por hacerlo y la segunda, por insistencia ante las observaciones remitidas por el ejecutivo.

Tanto los decretos legislativos como los decretos de urgencia deben ser revisados por la Comisión de Constitución y Reglamento y remitidos al Pleno del Congreso. Asimismo, de la declaración de estado de emergencia debe darse cuenta al Congreso. La información que alcance el ejecutivo es fundamental para el control, pues como señala Aragón la información parlamentaria no tiene como objetivo el conocimiento "sino suministrar la base necesaria ara que el control parlamentario sea una realidad y no una apariencia" (Aragón, Estudios sobre el Parlamento, 2017)

Como en el Perú, los ejecutivos han recurrido a medidas constitucionales similares. La cuarentena y toque de queda se ha aplicado en varios países de la región, así como en Europa, con grados diferenciados. El necesario protagonismo del ejecutivo para dictar medidas que gestionen la crisis exige el acompañamiento del parlamento para garantizar el equilibrio entre poderes del estado y con ello la democracia.

Parlamentos y pandemia

La relevancia del control parlamentario está en el diseño mismo de los parlamentos en el estado liberal. Así, John Stuart Mill señalaba que "la verdadera misión de una asamblea representativa no es gobernar, porque es radicalmente impropia para ello, sino vigilar e intervenir el Gobierno; poner a luz todos sus actos; exigir su exposición y justificación, cuando le parezca oportuno" (Mill, 1878). El control es ejercicio de poder, responsabilidad frente a su ejercicio y garantía de libertad al impedir el abuso del mismo, es por ello garantía del sistema democrático. Como explica Valadés, solo controla quien tiene poder. "Controlar al poder es pues un acto de poder" (Valadés, 2000). Aun cuando el control parlamentario puede relajarse en momentos de crisis (Loewenstein, 1976) orientarlo a fin de "comprobar que los actos y disposiciones adoptados por la autoridad no transgreden, limitan o suspenden ninguno de los derechos reconocidos por el texto constitucional de manera desproporcionada o abusiva" (Fernandez Segado, 1981).

La pandemia ha develado los problemas de brecha digital y, en retrospectiva, la importancia de los procesos de modernización en los parlamentos. A finales del siglo XX se produjo una ola de reformas de modernización y fortalecimiento en los parlamentos. Las primeras tuvieron como objetivo la incorporación de nuevas tecnologías en el trabajo parlamentario; las segundas estuvieron enfocadas en la función de legitimar

el poder político en el ejercicio de sus funciones básicas de representar, legislar y ejercer el control político. En el Congreso peruano, el proceso de modernización de los años noventa ofreció información actualizada a través de la página web del Congreso. Las reformas continuaron en los periodos siguientes a través de comisiones de modernización y la gestión de instrumentos aplicando nuevas tecnologías, trabajo en redes y un canal de televisión, facilitaban las comunicaciones del Congreso con la ciudadanía. El impacto del internet en el trabajo parlamentario a pesar de las páginas web en la mayoría de parlamentaos debía ser explorada y potenciada (LESTON-BANDEIRA, 2007).

Como el Perú, otros parlamentos tenían avances en la infraestructura digital y prácticas en las que se habían incorporado sesiones virtuales, pero en la coyuntura del COVID- 19 debieron afrontar problemas jurídicos, tecnológicos y políticos para pasar de un momento a otro a sesiones virtuales.

Los problemas jurídicos se presentaron cuando el marco legal no habilitaba la posibilidad de contar con sesiones virtuales. En estos casos se procedió a realizar las respectivas modificaciones constitucionales o legales.

Brasil aprobó prontamente las correspondientes resoluciones[1] que permiten al parlamento trabajar de forma remota durante una emergencia de salud pública mediante videoconferencia y herramientas de gestión virtual. Ecuador [2] realizó el 24 de marzo su primera sesión virtual. Para ello, el Consejo de Administración Legislativa aprobó previamente un reglamento para las sesiones virtuales.

1 Mediante acto del comité director N.° 7 de 2020, el Senado aprueba sesiones virtuales, la Cámara de Diputados lo hace mediante resolución No. 14, 2020 ambas del 17 de marzo de 2020.

2 El Consejo de Administración Legislativa aprobó el 19 de marzo de 2020, la resolución por la que se suspenden las sesiones presenciales y se autorizan las virtuales en razón de la Declaratoria Nacional de Emergencia Sanitaria por la pandemia del COVID-19 …"con apego a lo determinado en la Ley Orgánica de la Función Legislativa y el Reglamento de las Comisiones Permanentes y Ocasionales, en cuanto a plazo de convocatoria, cuórum y formas de votación aplicables al caso, a través de medios telemáticos que serán provistos por la Coordinación General de Tecnologías de la Información y Comunicación, que contará con todo el apoyo de la Administración General de esta Legislatura. (…)";

Bolivia aprobó la Resolución Camaral 168/2019-2020[3] el 20 de marzo con la finalidad de habilitar sesiones virtuales a los diputados y diputadas para que efectúen de manera excepcional sesiones; sin embargo su primera sesión sería un mes después. Panamá[4] modificó el reglamento de la Asamblea regulando sesiones en línea. En Paraguay[5] ambas cámaras realizaron modificaciones para realizar sesiones virtuales. Chile modificó su constitución[6] que establece la posibilidad de funcionar por medios telemáticos. Señala que "El procedimiento telemático deberá asegurar que el voto de los parlamentarios sea personal, fundado e indelegable". Posteriormente dictó un protocolo.

El caso de Colombia es particular pues el gobierno, mediante Decreto Legislativo 491[7] autorizó a las cámaras a sesionar virtualmente. Tratándose

3 http://www.diputados.bo/prensa/noticias/diputados-aprueba-resolución-camaral-para-realizar-sesiones-virtuales

4 Ley 143 de 11 de abril de 2020

5 Mediante Resolución N° 1222, la Cámara de Diputados; el Senado mediante N° 1286 de fecha 25 de marzo aprobaron sesiones virtuales aunque se vienen llevando a cabo de manera mixta en la primera.

6 Ley núm. 21.219 publicada el 26 de marzo de 2020. La norma agrega la Trigésima Segunda Disposición: "Por el plazo de un año a contar de la publicación de la presente reforma, la Cámara de Diputados y el Senado podrán funcionar por medios telemáticos una vez declarada una cuarentena sanitaria o un estado de excepción constitucional por calamidad pública que signifique grave riesgo para la salud o vida de los habitantes del país o de una o más regiones, que les impida sesionar, total o parcialmente, y mientras este impedimento subsista.

Para ello se requerirá el acuerdo de los Comités que representen a los dos tercios de los integrantes de la respectiva cámara. Ellas podrán sesionar, votar proyectos de ley y de reforma constitucional y ejercer sus facultades exclusivas. El procedimiento telemático deberá asegurar que el voto de los parlamentarios sea personal, fundado e indelegable."

7 Artículo 12. Reuniones no presenciales en los órganos colegiados de las ramas del poder público. Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en las normas vigentes, los órganos, corporaciones, salas, juntas o consejos colegiados, de todas las ramas del poder público y en todos los órdenes territoriales, podrán realizar sesiones no presenciales cuando por cualquier medio sus miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado.

Las convocatorias deberán realizarse de conformidad con los respectivos reglamentos y garantizar el acceso a la información y documentación requeridas para la deliberación. Las decisiones deberán adoptarse conforme a las reglas de decisión previstas en los respectivos reglamentos, de todo lo cual deberá quedar constancia en las actas correspondientes a dichas sesiones, cuya custodia estará a cargo de sus secretarios.

de una modificación a la Ley Quinta de 1992 que regula al Congreso, se cuestionó su validez por interferir en su autonomía. A la fecha está pendiente el pronunciamiento de la Corte Constitucional. Poco después la Cámara de Representantes mediante resolución 0777 aprueba las sesiones virtuales.

En el Perú, debido a la disolución del Congreso, el nuevo se instaló al día siguiente de la declaratoria de emergencia. Se realizaron dos sesiones presenciales y se aprobó una modificación al reglamento del Congreso habilitando sesiones virtuales[8]. La modificación incluye una disposi-

Excepto los asuntos y deliberaciones sujetas a reserva, como las de los órganos colegiados de la rama judicial, las sesiones no presenciales deberán ser públicas, para lo cual se deberá utilizar únicamente los medios o canales habilitados para el efecto en el reglamento.

Lo dispuesto en el presente artículo tendrá vigencia hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

8 Mediante Resolución Legislativa del Congreso Nº 002-2020-2021-CR aprobada el 26 de marzo Artículo 3. El Congreso es soberano en sus funciones. Tiene autonomía normativa, económica, administrativa y política. En las situaciones en que se haga imposible el normal funcionamiento del Congreso de la República, la Mesa Directiva propondrá que las funciones parlamentarias puedan realizarse a través de medios virtuales, digitales o de cualquier otro medio tecnológico que permita su ejercicio acorde a los requisitos y garantías del presente Reglamento del Congreso".

"Funcionamiento virtual

Artículo 27-A. Cuando ocurran circunstancias de gravedad que impidan el normal funcionamiento del Congreso, los órganos mencionados en el artículo precedente podrán sesionar virtualmente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51-A.

Asimismo, los despachos congresales y los grupos parlamentarios podrán funcionar de manera virtual o remota, utilizando las herramientas tecnológicas que les facilitará la administración del Congreso.

Para efectos de la verificación del quórum y de la votación, se podrá considerar, salvo previsión contraria, que el portavoz traslade el voto nominal de los miembros que componen su grupo parlamentario.

Definición del modo en el que el servicio parlamentario cumple sus funciones

Acuerdo para disponer el desarrollo sesiones virtuales del Pleno y demás órganos

Artículo 51-A. En circunstancias de gravedad que impidan el desarrollo de sesiones presenciales, el presidente del Congreso, con acuerdo de la Junta de Portavoces representativo de tres cuartos del número legal de congresistas, puede disponer el desarrollo de sesiones virtuales del Pleno y de los demás órganos de la organización parlamentaria. La herramienta digital o tecnológica que se implemente para estos efectos debe garantizar el carácter público de los debates virtuales, salvo que se justificara su carácter reservado o secreto, así como la identificación y el ejercicio pleno de los derechos de los congresistas que integran los órganos parlamentarios, entre los que destacan los derechos de participación, deliberación y voto".

ción por la que el portavoz traslada el voto nominal de los miembros que componen su grupo parlamentario. Así, se han llevado a cabo tres sesiones virtuales.

En Inglaterra, España, Francia y Alemania han prevalecido sesiones mixtas en las que un grupo reducido y representativo de los grupos parlamentarios estuvieron presentes y otros representantes participaron mediante conexión remota. Así, el Primer Ministro Boris Johnson se ha presentado al *question time* en la Cámara de los Comunes, la Canciller Angela Merkel ante el *Bundestag*.

Un segundo problema fue el tecnológico y el consecuente de la seguridad informática. Adaptarse a nuevas tecnologías para un órgano esencial de la democracia fue un reto que se afrontó tímidamente porque no hubo, hasta ahora, una razón que lo haga inevitable. Se trata de analizar muchos factores sobre la marcha con la urgencia que demanda la crisis y la necesidad del acompañamiento del parlamento. Por ejemplo, determinar qué plataforma utilizar y la seguridad del sistema. El senado de Argentina[9] por ejemplo tuvo problemas técnicos en su primera sesión virtual. En los casos de Brasil y Chile se ha optado por la plataforma *Zoom* para el debate, garantizando el carácter público de las sesiones. Sin embargo, el registro de asistencia y la votación se realiza en una plataforma diferente a través de un aplicativo en el teléfono celular, a fin de garantizar el carácter indelegable del voto y facilitar que se realice simultáneamente.

Finalmente, la velocidad con la que se produjeron las reformas y se implementaron las plataformas tecnológicas respondió a los acuerdos políticos de cada uno de los parlamentos.

Los retos de las sesiones virtuales y voto remoto

Como en cualquier situación crítica las soluciones efectivas deben garantizar principios básicos. En el quehacer parlamentario al principio de separación y balance de poderes, así como el de democracia representativa, debe agregarse el de deliberación y certeza en el voto en la medida que afectan las decisiones de este importante poder del Estado. Por ello tan importante como elegir los medios tecnológicos adecuados para el debate es garantizar que el voto corresponda a la voluntad de cada congresista

9 https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-senado-inicio-primera-sesion-virtual-historia_0_QE0OOa2cF.html consultado el 13 de mayo de 2020

y se dé después del debate. Como señala De Vega (Vega, 1995) el parlamento es órgano deliberante y la esencia de la política es la deliberación. "Lo esencial del parlamento es la deliberación pública de argumento y contraargumento, el debate público y la discusión pública, parlamenta, sin tener en cuenta automáticamente la democracia" (Schmitt, 1990).

En ello se diferencia de las normas gubernamentales, como las que dicta el ejecutivo durante la emergencia en materia presupuestal por ejemplo. En el parlamento el procedimiento legislativo está dotado de las características de "contraste, publicidad y libre deliberación que le son propias y que lo diferencian sustancialmente del procedimiento de elaboración normativa gubernamental" (Aragón, LA EFICACIA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO, 1988).

En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia la importancia de la deliberación. En la STC N.° 0006-2017-PI/TC ha señalado que el Congreso es uno de los espacios idóneos y predominantes para materializar el proceso de deliberación. En efecto, "este es un auténtico ***órgano deliberante***". Así mismo que "la cuantificación de votos ha de ser, en todo caso, el resultado de las deliberaciones, en donde sean las razones de peso las que precedan al conteo de votos, de manera que dicho elemento no sea el determinante, sino las razones que se encuentran detrás de los mismos. Esta clase de deliberaciones, y no los votos en sí, son los que brindan legitimidad a una decisión y a la entidad que las emite". La deliberación se erige como un proceso indispensable para poder enriquecer el debate no solo en cuanto a lo referido a la información que se pueda brindar, sino también en cuanto a perspectivas y enfoques. Y es que es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa, de ahí que se afirme que una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general y no de la voluntad general" Fund. 4 y 5.

En la STC 001-2018-PI/TC "la deliberación debe realizarse, en el marco de ciertas condiciones favorables que favorezcan el intercambio, siendo un elemento primordial el plazo de debate, sobre todo cuanto este se realiza en el seno del Parlamento" Fund. 27.

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia C 252-12 vincula el principio democrático la deliberación en sede parlamentaria: "Como ya quedó explicado anteriormente [92], la deliberación o discusión de

los proyectos de ley y actos legislativos se corresponde con principios fundamentales de la Constitución de 1991 como el principio democrático, el principio de representación, de democracia participativa y de protección de minorías, que son presupuestos de la actividad legislativa y la conformación del poder político [93]. El Congreso se convierte en el gran mercado de las ideas en donde los representantes no solo cumplen el rol de llevar a cabo las propuestas legislativas en su función de órgano legislativo, sino también el de realizar la función de control político al Gobierno en las propuestas de ley que este lleve a cabo. La labor del Congreso se convierte, al menos teóricamente, en el último reducto legitimador del ejercicio del poder democrático bajo el principio de autonomía, en donde se podría llegar a cumplir con el ideal de que el ejercicio y conformación de la ley se explica a través del uso de la razón pública bajo unas reglas presupuestas que permitan el libre juego democrático" Fund. 4.3.1.1.

Con ello, se pone de manifiesto la importancia de garantizar la deliberación y el carácter indelegable del voto en las sesiones virtuales que realicen los parlamentos. De manera que las sesiones deben organizarse respetando y garantizando un debate informado para lograr una legislación oportuna pero también eficaz.

Reflexiones finales

Los parlamentos en tiempos de coronavirus se han visto imperativamente obligados a adaptarse, implementar tecnologías de información y entrar de manera definitiva a una nueva etapa. Para ello debieron solucionar problemas jurídicos relacionados con el marco normativo de las sesiones virtuales, problemas tecnológicos y lograr acuerdos políticos para realizarlas. Lo que está en juego en situaciones como las que la emergencia ocasionada por el COVID-19 plantea es la restricción del ejercicio de derechos fundamentales y un protagonismo mayor del ejecutivo por las medidas que debe tomar para enfrentar la enfermedad. El control parlamentario de estas medidas, que es fundamentalmente político, contribuye a la vigencia del sistema democrático. Por ello, el debate no puede centrarse en cómo organiza sus sesiones el parlamento sino en ejercer las funciones que se derivan de los *checks and balances,* propios del constitucionalismo democrático. Ello afectará positivamente en el balance de los efectos de la pandemia en la democracia.

Bibliografía

Aragón, M. (1988). La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista jurídica de Derecho Constitucional,* 9-46.

Aragón, M. (2017). *Estudios sobre el Parlamento.* México: UNAM.

Fernandez Segado, F. (1981). La ley orgánica de los estados de alarma, excepción y de sitio. *Revista de Derecho Político*, 83-116.

Leston-Bandeira, C. (2007). The Impact of the Internet on Parliaments: a legislative studies framework. *Parliamentary Affairs*, 655-674.

Loewenstein, C. (1976). *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ariel.

Mill, J. S. (1878). *Consideraciones sobre el gobierno representativo.* Sevilla: Libreria Visctoriano Suárez.

Schmitt, C. (1990). *Sobre el Parlamentarismo.* Madrid: Tecnos.

Valadés, D. (2000). *El Control del Poder.* México: Porrúa.

Vega, P. d. (1995). Democracia, representación y partidos políticos. *Pensamiento Constitucional*, 11-27.

Páginas web

Parlaméricas http://parlamericas.org/es/

Tribunal Constitucional www.tc.gob.pe

Unión Interparlamentaria https://www.ipu.org/

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONTEXTO DEL ESTADO DE EMERGENCIA POR EL COVID-19

*Nadia Iriarte Pamo**

1. Introducción

El Presidente de la República, mediante Decreto Supremo N.° 044-2020-PCM -publicado el 15 de marzo de 2020-, declaró el Estado de Emergencia Nacional (en adelante estado de emergencia) y dispuso el aislamiento social obligatorio, por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.

A los pocos días que se decretó el estado de emergencia, se detectó el primer caso positivo en un líder indígena. Lamentablemente, el número de indígenas con COVID-19 ha ido en aumento.

En nuestro país existen alrededor de 55 pueblos indígenas y 20 pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial. La pobreza, el bajo acceso a servicios de salud y agua potable, las barreras geográficas, el limitado acceso a medios de comunicación, entre otros; constituyen elementos que aumentan significativamente la vulnerabilidad de los pueblos indígenas. Siendo, más grave aún el caso de pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial, porque su sistema inmunológico no está apto para defenderse de algún virus, bacteria o enfermedad.

* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

En este artículo se analizará y reflexionará sobre los derechos de los pueblos indígenas en el contexto del estado de emergencia por el COVID-19.

2. Marco normativo sobre los pueblos indígenas y el COVID-19

2.1. Marco normativo internacional

El Convenio N.° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (en adelante Convenio 169) establece dos criterios objetivos y uno subjetivo para identificar a los pueblos indígenas. Los criterios objetivos son un hecho histórico -preexistencia de los pueblos a los estados- y un hecho actual -vigencia de sus instituciones propias-. El elemento subjetivo es la conciencia de la identidad indígena[1].

En consecuencia, se identifica como pueblos indígenas a aquellos que preexisten a los estados actuales (hecho histórico) y que en la actualidad conservan en todo o en parte sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas (hecho actual). El criterio subjetivo se refiere a la conciencia que tienen los pueblos de su identidad indígena, esto es, que descienden de pueblos originarios y que tienen instituciones propias.

Los derechos de los pueblos indígenas se encuentran consagrados en el Convenio 169, la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante DNUPI) y la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante DADPI).

La pandemia del COVID-19 implica una serie de riesgos para la vida, salud, integridad de los indígenas; asimismo, supone una serie de impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre los pueblos indígenas. En ese sentido, diversos derechos de estos pueblos están involucrados en la problemática abordada, mencionamos los siguientes: vida (art.7.1

1 Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Artículo 1. "El presente Convenio se aplica: (…) (b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio".

DNUPI, art. XXVI DADPI), integridad (art. 2 Convenio 169, art.7.1 DNUPI, art. XXVI DADPI), libertad y seguridad (art.7.1 DNUPI, art. XX DADPI), reunión (art. XX DADPI), salud (art. 25 Convenio 169, art. 24 DNUPI, art. XVIII DADPI), educación (arts. 26 y 27 Convenio 169, art.14 DNUPI, art. XV DADPI), trabajo (art. 20 Convenio 169, art.17 DNUPI, art. XXXVII DADPI), participación (art. 2 Convenio 169, art. 18 DNUPI, art. XXIII y art. XXVI DADPI), libre determinación (art. 7.1 Convenio 169, art. 3 DNUPI, art. III DADPI), autonomía (artículo 4 DNUPI, art. XXI DADPI), entre otros.

Destacamos que diversos organismos internacionales se han pronunciado sobre la materia. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) adoptó la Resolución N.° 1/2020 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas" sobre estándares y recomendaciones para los Estado miembros[2].

La Comisión, de manera acertada, enfatiza en la necesidad de considerar enfoques diferenciados al adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de los grupos en situación de especial vulnerabilidad. Enfoques que se deberían tomar en cuenta al momento de aprobar medidas de atención, tratamiento y contención de la pandemia del COVID-19; así como para mitigar los impactos que dichas medidas puedan generar.

En esa línea, de manera específica, sobre los pueblos indígenas recomendó:

a) Proporcionar información sobre la pandemia en su idioma tradicional, estableciendo cuando sea posible facilitadores interculturales que les permita comprender de manera clara las medidas adoptadas por el Estado y los efectos de la pandemia.

b) Respetar de forma irrestricta el no contacto con los pueblos y segmentos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, dados los gravísimos impactos que el contagio del virus podría representar para su subsistencia y sobrevivencia como pueblo.

c) Extremar las medidas de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el marco de la pandemia del COVID-19, tomando en consideración que estos colectivos tienen derecho a

2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N.º 1/2020 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", 10 de abril de 2020.

recibir una atención de salud con pertinencia cultural, que tome en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales.

d) Abstenerse de promover iniciativas legislativas y/o avances en la implementación de proyectos productivos y/o extractivos en los territorios de los pueblos indígenas durante el tiempo en que dure la pandemia, en virtud de la imposibilidad de llevar adelante los procesos de consulta previa, libre e informada (debido a la recomendación de la OMS de adoptar medidas de distanciamiento social) dispuestos en el Convenio 169.

Con fecha 6 de mayo de 2020, la Comisión adicionó lo siguiente:

- Garantizar el derecho a la salud de los pueblos indígenas en el contexto de la pandemia del COVID-19, desde los enfoques de interculturalidad, género y solidaridad intergeneracional.
- Asegurar la participación de los pueblos indígenas, mediante la inclusión de sus entidades representativas, líderes/as y autoridades tradicionales, en la formulación e implementación de políticas públicas orientadas a la prevención y atención médica de esta población.
- Adoptar medidas, incluyendo políticas sociales, orientadas a mitigar los efectos socioeconómicos que las acciones sanitarias que se implementen para la prevención y atención de la salud en el marco de la pandemia del COVID-19, puedan causar en las formas de vida y el sustento económico de los pueblos indígenas, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (en adelante FAO) advirtió que la pandemia del COVID-19 puede generar graves efectos en el buen vivir de los pueblos indígenas, así como en su salud y sus medios de vida.

En ese marco, recomendó lo siguiente: considerar a los pueblos indígenas en la toma de decisiones; proveer a los pueblos indígenas de información y materiales audiovisuales de prevención y contención, que deben ser traducidos en sus diferentes lenguas; incluir un enfoque intercultural; incorporar a dichos pueblos en la distribución de materiales de prevención, así como en los programas públicos de salud y en el porcentaje de personas a las que se les aplica la prueba

para detección de posibles casos de COVID-19; apoyar y reforzar las medidas de control para limitar el acceso a sus comunidades, si los pueblos indígenas así lo solicitan; e intensificar las medidas de protección para detener la invasión de los territorios indígenas por parte de productores externos, ganaderos, industrias, mineros, empresas privadas y otros actores, que pueden tomar ventaja de la presente situación de crisis.

El Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (en adelante PNUD) puso de relieve la necesidad de mirar la pandemia del COVID-19 desde el mundo indígena, con una visión intercultural que permita proteger sus territorios y garantizar el acceso a sus medios de vida.

Asimismo, advierte sobre la urgencia de tomar medidas para proteger el agro en esta emergencia, para no poner en riesgo el abastecimiento de alimentos y evitar que las brechas de desigualdad se acentúen. En ese sentido, sugiere una respuesta integrada e inclusiva para el agro a efecto de superar la crisis, pero también para construir un futuro más allá de la pandemia.

En suma, las exhortaciones y recomendaciones de los organismos internacionales para enfrentar al COVID-19 tienen como eje principal el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

2.2. Marco normativo emitido durante el estado de emergencia

La Constitución Política del Perú (en adelante Constitución) en su artículo 137 preceptúa que el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los siguientes estados de excepción: a) estado de emergencia -en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación- y b) estado de sitio -en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan-

El régimen de excepción declarado, mediante Decreto Supremo N.° 044-2020-PCM, fue el de estado de emergencia. Se dispuso que durante dicho estado queda restringido el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del

domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11, 12 y 24.f del artículo 2 de la Constitución[3].

Durante el estado de emergencia se han expedido diversas normas, centraremos nuestra atención en la Resolución Ministerial N.° 109-2020-MC y el Decreto Legislativo N.° 1489 referidas a los pueblos indígenas y el COVID-19.

2.2.1. Resolución Ministerial N.° 109-2020-MC

El Ministerio de Cultura es la entidad rectora en materia de pueblos indígenas u originarios; por ende, le corresponde dictar medidas necesarias para salvaguardar la vida, integridad, salud -ente otros- de tales pueblos.

Bajo este marco, se expidió la Resolución Ministerial N.° 109-2020-MC[4] que aprobó la realización de diversas acciones por parte del Ministerio de Cultura, a través del Viceministerio de Interculturalidad. Mencionamos las siguientes:

a) Mantener informadas a las organizaciones indígenas u originarias nacionales y regionales sobre las medidas extraordinarias adoptadas por el Poder Ejecutivo, dando cuenta y coordinando con el Grupo de Trabajo de Políticas Indígenas (GTPI).

   A nuestro juicio, si bien es importante mantener informadas a las citadas organizaciones, consideramos que se debe poner énfasis en su participación, aspecto que de manera reiterada ha sido mencionado en las recomendaciones de los organismos internacionales.

b) Coordinar con las entidades estatales correspondientes para que las medidas de prevención y atención por Covid-19 que se adopten e implementen sean cultural y lingüísticamente adecuadas, tomando en cuenta las prácticas y costumbres de los pueblos indígenas u originarios que habitan en el territorio nacional; garantizando el uso de

3 El Estado de Emergencia Nacional fue ampliado temporalmente mediante los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 075-2020-PCM y N° 083-2020-PCM; y precisado o modificado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM, Nº 046-2020-PCM, N° 051-2020-PCM, N° 053-2020-PCM, N° 057-2020-PCM, N° 058-2020-PCM, N° 061-2020-PCM, N° 063-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 068-2020-PCM y N° 072-2020-PCM.

4 La Resolución Ministerial N.° 109-2020-MC fue publicada, el 27 de marzo de 2020, en el Diario Oficial El Peruano.

metodologías y herramientas que permitan transmitir la información de manera clara y sencilla. Asimismo, debe identificar y traducir a lenguas indígenas u originarias la información prioritaria emitida por el Poder Ejecutivo relacionada con las citadas medidas.

Para garantizar la adecuación intercultural y lingüística de la información es necesario contextualizar culturalmente las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo. Tal contextualización implica el uso de conceptos, mensajes e indicaciones que sean pertinentes a la realidad sociocultural de los pueblos indígenas. También, usar la lengua indígena predominante en la región; y, un lenguaje sencillo, claro y directo en la información dirigida a los pueblos indígenas u originarios. Así como, utilizar los medios o soportes físicos y/o tecnológicos disponibles, de mayor uso y alcance por los pueblos indígenas u originarios, para difundir las medidas a implementar.

Al respecto, puntualizamos que el reconocimiento de la oficialidad de lenguas distintas -quechua, aimara- al castellano conlleva adoptarlas, en los lugares donde predominen, como instrumentos de comunicación de los poderes del Estado y reconocerlas, además, como las herramientas de relación de la ciudadanía con dichos poderes (art. 48 Const.). Asimismo, traemos a colación lo especificado por la Constitución en su artículo 2.19. "Toda persona tiene derecho: (…) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma".

c) Brindar facilidades para la interpretación remota en lenguas indígenas u originarias a los establecimientos de salud que lo requieran para la atención de procedimientos sanitarios a hablantes de lenguas indígenas u originarias.

d) Poner a disposición de las instituciones públicas y privadas, así como de la ciudadanía, la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI), con el objetivo de brindar información oficial sociodemográfica, geográfica y cualitativa sobre pueblos indígenas u originarios para garantizar la identificación de sus ámbitos y colectivos.

Sobre la prevención, contención y mitigación del COVID-19 en los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, la citada resolución dispuso la suspensión de la

emisión de autorizaciones excepcionales de ingreso a las reservas indígenas y territoriales establecidas a favor.

En relación con esta medida, observamos que la protección sólo incluye a aquellos pueblos que viven en reservas indígenas ya creadas, pero no a los que viven en las reservas indígenas que están en proceso de creación. Así, es necesario el establecimiento de medidas para la protección de estos últimos.

2.2.2. Decreto Legislativo N.° 1489

El Decreto Legislativo N.° 1489, publicado el 10 de mayo de 2020, tiene por finalidad asegurar que el Estado, en sus distintos niveles de gobierno, implemente acciones urgentes y extraordinarias para la atención de los pueblos indígenas durante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Todo ello, a efecto de: a**)** garantizar el cumplimiento de los derechos lingüísticos en sus dimensiones individual y colectiva; b) promover la prestación de servicios públicos en la lengua materna; c) asegurar mecanismos de articulación con entidades públicas que destinen servicios para la atención de la población indígena u originaria, con criterios de pertinencia, adecuación cultural y de género, oportunidad, eficiencia y calidad; y, d) salvaguardar la vida, salud e integridad de los pueblos indígenas u originarios, con especial atención en aquellos pueblos que se encuentran en situaciones de aislamiento y en situación de contacto inicial.

Los servicios y acciones que implementan las entidades del Estado para la protección y atención de los pueblos indígenas u originarios, se orientan a prevenir y responder a la propagación del COVID-19. En esa línea, el decreto legislativo establece que en dichas prestaciones se debe incorporar el enfoque intercultural. Así, como garantizar la participación y los mecanismos de coordinación y articulación con organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios.

Ponemos de relieve, que el citado decreto legislativo tomando en cuenta las recomendaciones de diversos organismos internacionales y el clamor de los pueblos indígenas incorpora el enfoque intercultural. Asimismo, hace hincapié en la participación y los mecanismos de coordinación y articulación con los pueblos indígenas Esperamos que estos

planteamientos se materialicen en la realidad y permitan afrontar de mejor manera la emergencia sanitaria.

De otro lado, se precisa que el gobierno central, en coordinación con los gobiernos regionales y locales, debe implementar estrategias de intervención culturalmente adecuadas para la protección y atención de los pueblos indígenas u originarios, de acuerdo a los siguientes ejes: respuesta sanitaria, control territorial, abastecimiento de bienes (productos o alimentos) de primera necesidad, información y alerta temprana, y protección de pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

En el marco de la emergencia sanitaria declarada por el COVID-19, los servicios y acciones que se brinden y estén dirigidos a ámbitos geográficos donde habitan pueblos indígenas u originarios, deben adecuarse a las realidades culturales de dichos pueblos. Para ello, según el Decreto Legislativo N.° 1489, se debe cumplir con lo siguiente: a) adaptar la prestación del servicio a las características geográficas, ambientales, sociales, lingüísticas y culturales de la población, de manera diferenciada entre mujeres y hombres; b) tomar en consideración las cosmovisiones, así como las concepciones de desarrollo, de concepciones de género, salud y bienestar de la población; y, c) garantizar el acceso a los servicios brindados, de manera equitativa y con un trato igualitario, considerando los aspectos de género, sin discriminación.

En el Decreto Legislativo N.° 1489 se indica que el Ministerio de Cultura es responsable de emitir los lineamientos técnicos que correspondan para que las entidades públicas brinden servicios y desarrollen acciones con inclusión de la pertinencia y adecuación cultural. Además, debe brindar la asistencia técnica requerida por las entidades.

Finalmente, el mencionado decreto preceptúa que las entidades públicas que desarrollen acciones que involucren a pueblos indígenas u originarios, deben realizan como mínimo los siguientes pasos: a) adecuar culturalmente las acciones dictadas por el Poder Ejecutivo usando conceptos, mensajes e indicaciones que sean pertinentes a la realidad social y cultural de los pueblos indígenas u originarios; b) prevenir y atender casos de discriminación y violencia que puedan presentarse durante la prestación de los servicios, con atención prioritaria a niñas, niños, adolescentes, mujeres y personas adultas mayores por su condición de mayor vulnerabilidad;

c) registrar la autoidentificación étnica y la lengua materna de el/la usuario/a de servicios en los registros administrativos físicos y/o virtuales de la entidad, contribuyendo con la mejora de los registros administrativos y la producción de estadísticas, a través de la variable étnica; d) coordinar acciones de intervención e identificación de necesidades para la atención de los pueblos indígenas u originarios en articulación con sus organizaciones representativas, considerando los mecanismos pertinentes en el marco de la emergencia sanitaria; y, e) en el caso de los pueblos indígenas en situación de contacto inicial, los mecanismos, medidas y acciones del Estado deben ser llevadas a cabo considerando las condiciones específicas de vulnerabilidad de cada grupo, en coordinación con el Ministerio de Cultura

3. El accionar de los Pueblos Indígenas ante el COVID-19

En el contexto de la emergencia sanitaria por el COVID.19, con la finalidad de proteger sus derechos a la vida, integridad y salud, los pueblos indígenas han tomado diversas medidas, siendo la principal el cierre de sus territorios y la prohibición del ingreso a terceros.

Consideramos que esta medida se ampara en los derechos de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas. La autonomía de los pueblos indígenas se manifiesta de diversas maneras, siendo una de ellas la forma en que usan y disponen de sus tierras, lo que incluye la determinación de quiénes ingresan a su territorio -en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC N.° 01126-2011-HC/TC (Caso Tres Islas)[5]-. La libre determinación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, así, se aprecia que en ejercicio de este derecho los pueblos indígenas han optado por protegerse del contagio del COVID-19 cerrando sus territorios.

Los citados derechos colectivos se encuentran consagrados en nuestra Constitución y en instrumentos internacionales ratificados por el Perú. El artículo 89 de nuestra Carta Magna, precisa que las comunidades campesinas y las nativas son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras.

Por su parte, el Convenio 169, en su artículo 7.1, señala que los pueblos indígenas tienen el derecho de decidir sus propias prioridades

5 Tribunal Constitucional. STC N.° 01126-2011-HC/TC, fundamento 42.

en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. En esa línea, la DNUPI y la DADPI mencionan que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud, de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural (art. 3 DNUPI, art. III DADPI). Además, en el ejercicio de su derecho de libre determinación, los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (art. 4 DNUPI)

La libre autodeterminación -según el Tribunal Constitucional- es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales[6].

De otro lado, ponemos de relieve la labor que están realizando las rondas campesinas. Siendo algunas de éstas las siguientes: a) el control y fiscalización del ingreso de personas y vehículos a sus comunidades para evitar que ingresen terceros que puedan trasmitir el coronavirus, b) coordinaciones con las autoridades, d) brindar seguridad a sus comunidades, e) elaboración de documentos informativos y protocolos de actuación frente al COVID-19.

Asimismo, evidenciamos que los pueblos están solicitando al Estado, lo siguiente: a) proveer de medicamentos a los puestos de salud, b) asegurar la cadena productiva de alimentos, c) implementar mecanismos de comunicación efectivos para brindar información oportuna sobre la propagación del COVID-19 y para establecer coordinaciones para la implementación de medidas de seguridad; d) asegurar el retorno seguro y ordenado de los indígenas que están regresando al campo; e) participar en el comando COVID-19, entre otros

6 Tribunal Constitucional. STC N.° 03343-2007-AA/TC, fundamento 32.

A nuestro parecer, en el abordaje de esta emergencia sanitaria por el COVID-19 es imperativo que se materialice un enfoque intercultural que permita proteger los derechos de los pueblos indígenas, evitando acentuar las desigualdades.

Finalmente, expresamos que esta emergencia abre la oportunidad de construir un Perú del siglo XXI en el que la diversidad se constituya en una riqueza que garantice un futuro sostenible.

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Óscar Díaz Muñoz[*]

Ante la grave crisis sanitaria causada por la pandemia de COVID-19, y en virtud de los poderes conferidos por el artículo 137 (inciso 1) de la Constitución Política del Perú, el Presidente de la República, mediante el Decreto Supremo 044-2020-PCM del 15 de marzo de 2020, declaró el estado de emergencia y dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena) por el plazo de 15 días, el cual ha sido sucesivamente ampliado (la última prórroga finaliza el 24 de mayo de 2020[1]).

Una de las disposiciones de dicho Decreto señala lo siguiente (artículo 7.5):

> […] se suspenden […] actividades civiles y religiosas, así como cualquier otro tipo de reunión que ponga en riesgo la salud pública.

La restricción del derecho de reunión que aquí apreciamos tiene respaldo en el artículo 137 (inciso 1) de la Constitución antes citado, pues es uno de los derechos que pueden ser suspendido para enfrentar las

* Doctor y Máster en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional y ex Secretario Relator del Tribunal Constitucional del Perú. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa y del *International Consortium for Law and Religion Studies* (ICLARS).

odiaz@tc.gob.pe

1 Decreto Supremo 083-2020-PCM.

"graves circunstancias que afecten la vida de la Nación", que justifican la declaración del Estado de Emergencia.

En el caso del derecho de libertad religiosa (artículo 2, inciso 3, de la Constitución), la suspensión de la libertad de reunión involucra la restricción de la *libertad de culto*, que es una de las expresiones de la libertad religiosa, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional al señalar lo siguiente:

> [L]a libertad de culto [es] entendida como la atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas vinculadas con su creencia religiosa. Así, formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se manifiesta socialmente, percibiéndose como la facultad de la concurrencia a lugares de culto y la práctica de los ritos de veneración o adoración a "su" divinidad, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, etc.). La existencia del culto religioso apareja la posibilidad de poder erigir construcciones sacras; el empleo de fórmulas y objetos rituales; la exhibición de símbolos; la observancia de las fiestas religiosas; y hasta la prerrogativa de solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario (STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 21).

Para el Tribunal Constitucional, "la libertad religiosa subsume a la libertad de culto, y dentro de la libertad de culto, quedan garantizadas constitucionalmente todas aquellas ceremonias que la expresan, como las relativas al matrimonio y los ritos. Dentro de estos últimos, se encuentra la sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos" (STC 256-2003-HC/TC, fundamento 16). Sobre esto último volveremos más adelante.

Entonces, en lo que a la libertad religiosa se refiere, con la suspensión de la libertad de reunión quedó restringido el culto religioso, entendido como participación en ceremonias en lugares públicos.

Sin embargo, las confesiones religiosas han sabido adaptarse a las circunstancias, aprovechado los medios de comunicación y las redes sociales para transmitir sus celebraciones o actos de culto.

Concluido el estado de emergencia, la libertad religiosa podría verse vulnerada si, so pretexto de que aún no se ha superado la pandemia, se continuara con la prohibición del culto en lugares públicos.

La prohibición de actos o ritos en iglesias o templos luce abusiva, pero podría encontrar razonabilidad si se focaliza en la "aglomeración" de personas. No debería prohibirse celebrar ritos, sino "aglomerar" personas, cosa que en la actual pandemia es razonable evitar[2]. Lo que deberá evitarse son las celebraciones multitudinarias o en las que los asistentes no guarden una distancia prudencial entre ellos, entre otras medidas de prevención, y para eso las distintas confesiones religiosas tendrían que elaborar sus correspondientes protocolos[3].

Otro tanto podríamos decir del derecho a la *asistencia religiosa*. El Tribunal Constitucional ha sido enfático en su reconocimiento especialmente tratándose de personas en regímenes de "especial sujeción". Así, el supremo intérprete de la Constitución ha dicho que es parte del contenido de la libertad religiosa "recibir la asistencia o consejería religiosa, necesarias para la tranquilidad espiritual de las personas que pudieran encontrarse dentro de un régimen especial de sujeción, como por ejemplo en hospitales, asilos, centros de rehabilitación, centros de formación militar, establecimientos penitenciarios, entre otros. Ello es así en la medida que existe íntima relación de la libertad religiosa con el principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), por lo que es un derecho que el Estado debe proteger, si bien dentro de los límites previstos en nuestra Constitución" (STC 2700-2006-PHC/TC, fundamento 14).

Coherente con ello, el artículo 3, inciso c), de la Ley 29635, Ley de Libertad Religiosa (LLR), reconoce que esta libertad comprende el ejercicio del derecho de la persona a "recibir asistencia religiosa por su confesión. Las instituciones públicas competentes adoptan las medidas y normas

2 Cfr. Navarro Floria, Juan G., "Estado, religión y ley en tiempos de emergencia sanitaria: ¿la libertad religiosa en cuarentena?", en *El Derecho - Diario*, Tomo 286; 08-04-2020. Cita digital: ED-CMXV-48.

3 Por ejemplo, en el caso de la Iglesia católica, la Conferencia Episcopal Peruana ha aprobado el "Protocolo para el culto religioso en tiempos de la pandemia", donde, entre otras medidas, se dispone que, terminada la cuarentena, los fieles podrán "asistir a los templos para las celebraciones eucarísticas dominicales y diarias, pero no de manera masiva, sino en grupos pequeños de acuerdo al espacio del templo, guardando el distanciamiento social requerido", que será de dos metros entre persona y persona; los fieles deben lavarse las manos con agua y jabón o desinfectarlas con alcohol antes de ingresar al templo, y, donde sea posible, se debe usar el medidor de temperatura infrarrojo. Disponible en: https://www.vaticannews.va/es/iglesia/news/2020-05/obispos-peru-presentan-protocolo-culto-religioso-tiempo-pandemia.html

necesarias para facilitar la asistencia religiosa en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en las prisiones, en los centros públicos hospitalarios, asistenciales y otros bajo su dependencia".

Precisamente, la pandemia de COVID-19 ha ocasionado que muchas personas se encuentren ingresadas en establecimientos de salud y, por tanto, en situación de especial sujeción. Frente a ello, el Estado, en cumplimiento de su deber de preservar todos los derechos fundamentes, debería garantizar que los pacientes internados en centros de salud puedan recibir, si lo solicitan, asistencia religiosa de su confesión por parte de sus respectivos ministros de culto, premunidos de las debidas medidas de protección sanitaria, como las que tiene el personal de salud[4].

Es ilustrativa al respecto, la declaración publicada por el Comité de Bioética de España "Sobre el derecho y deber de facilitar el acompañamiento y la asistencia espiritual a los pacientes con COVID-19 al final de sus vidas y en situaciones de especial vulnerabilidad", donde se señala lo siguiente:

> […] mediante esta Declaración, queremos hacer una invitación a estudiar el modo de mejorar el acompañamiento. En estas semanas, miles de pacientes han fallecido **sin sentir el afecto y la cercanía de sus seres queridos, así como sin contar con apoyo espiritual o religioso conforme a sus convicciones y creencias**. Las circunstancias forzadas por una infección con tan alta contagiosidad y letalidad hacen que sea imperativa la adopción de medidas muy estrictas para prevenir la transmisión de este virus. No obstante, también debemos reflexionar sobre el modo de facilitar un entorno más compasivo en el morir de estos pacientes, lo cual forma parte de la auténtica calidad asistencial[5] (énfasis añadido).

Por último, en una pandemia que, al momento en que escribimos estas líneas, ya ha causado más de 320,000 fallecidos en el mundo[6], es

4 Sobre los ministros de culto, ver el artículo 6, inciso c), de la LLR.

5 Comité de Bioética de España, "Declaración del sobre el derecho y deber de facilitar el acompañamiento y la asistencia espiritual a los pacientes con COVID-19 al final de sus vidas y en situaciones de especial vulnerabilidad", Madrid 15-04-2020. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/CBE_Declaracion_sobre_acompanamiento_COVID19.pdf

6 Cfr. https://www.worldometers.info/coronavirus/

pertinente referirnos al *derecho a la sepultura digna* de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos, que el Tribunal Constitucional incluye dentro de la libertad de culto, que a su vez subsume en el derecho de libertad religiosa[7]. Esto explica que la LLR reconozca que la libertad religiosa comprende el derecho de "recibir sepultura de acuerdo con las tradiciones y ritos de la propia confesión religiosa, respetando en todo caso las normas vigentes sobre salud e higiene públicas" (artículo 3, inciso "h").

El supremo intérprete de la Constitución ha llegado a decir que impedir el rito de una sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares, constituye una violación a la libertad religiosa (libertad de culto), que incluso linda con un trato cruel, inhumano o degradante, por el daño a la integridad moral de los familiares que esto significa (cfr. STC 256-2003-HC/TC, fundamentos 18 a 20).

En esto coincide el Tribunal Constitucional con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha condenado que se impida a las personas dar a sus familiares "una sepultura acorde con sus tradiciones, valores o creencias"[8], o al Estado que postergó o negó a los familiares de las víctimas la oportunidad de darles "una sepultura acorde con sus tradiciones, valores o creencias y, por lo tanto, intensificó sus sufrimientos"[9].

Todo esto nos lleva a concluir, con Navarro Floria, que en estos tiempos de pandemia, "salvo una situación extrema en que sean imperiosos enterramientos masivos e inmediatos, no se debería privar a las personas de un funeral conforme a sus convicciones religiosas, evitando también aquí las aglomeraciones pero permitiendo la presencia de algún familiar cercano y de un ministro de culto que celebre los ritos pertinentes. En lo posible, se deberían poder respetar los rituales de cada religión"[10].

En definitiva, consideramos que los derechos a los que nos hemos referido aquí: libertad de culto, asistencia religiosa y sepultura digna, podrán ser ejercidos en tiempos de pandemia siempre que se observen las

7 Cfr. STC 256-2003-HC/TC, fundamento 16.

8 Caso de las Masacres de Ituango *Vs*. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006, n.° 260.

9 Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *Vs*. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999, n.° 17

10 Navarro Floria, Juan G., "Estado, religión…", cit.

medidas de prevención dictadas por las autoridades sanitarias (distanciamiento social, uso de mascarillas, etc.). Esos derechos son expresiones de la libertad religiosa que, como todo derecho fundamental, es exigencia de la dignidad humana, la cual no puede ser puesta en cuarentena.

LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL PERÚ EN ÉPOCA DE COVID-19

Paola Brunet Ordoñez Rosales[*]

En las siguientes líneas nos dedicaremos a comentar la particular situación en la que se encuentran los integrantes de los pueblos indígenas (comunidades campesinas y nativas) del Perú ante la pandemia de la COVID-19, enfermedad que por su velocidad de expansión (contagio), por ser incurable pues no contamos con una vacuna, eleva su nivel de mortalidad al interior de los pueblos indígenas.

Iniciaremos por recordar que las comunidades campesinas y nativas tienen serias dificultades para acceder a la justicia constitucional por no tener al castellano como lengua originaria. Dicho obstáculo se repite en el legítimo acceso a los servicios de salud y educación con los cuales los pueblos indígenas debieran contar, especialmente en época de pandemia. Una vez realizado ello nos orientaremos a proponer algunas acciones y/o modificaciones legislativas para disminuir el dañino impacto. También, haremos referencia a las iniciativas del Poder Judicial y Tribunal Constitucional como ejemplos de democratizar el acceso al servicio público que constituye a la justicia constitucional.

---

* Abogada Titulada en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pro secretaria de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional y ex asesora de la Presidencia del Poder Judicial.

Resulta de suma preocupación que con el estado de emergencia nacional sanitario decretado la comunicación y difusión de las medidas adoptadas por el gobierno se hicieron en castellano y por medios de comunicación masivo en dicho idioma, además los decretos supremos no cuentan con las traducciones oficiales respectivas en aquellas zonas donde predominan las lenguas originarias, como tampoco se fomentó, menos se dispuso que las comunicaciones fueron transmitidas en radios locales en los idiomas originarios.

Advertimos con preocupación que solo se recurrió al castellano como código de comunicación en época de pandemia, es decir solo aquellos peruanos que dominan el idioma mayoritario se informaron de manera oportuna y eficaz de las restricciones de los derechos, del cierre de los aeropuertos, de la atención de los mercados, farmacias y las medidas de prevención y de atención ante la COVID-19. Por el contrario, los hermanos quechua hablantes, aimara hablantes y los que tienen una lengua amazónica como lengua materna no accedieron a información esencial para el ejercicio y defensa plena de sus derechos a la salud, educación, a la integridad, a la libertad personal. Dicha desventaja cobra mayor relevancia cuando de pueblos indígenas se refiere pues además del componente idiomático tampoco se consideró el cultural para la implementación de medidas sanitarias ni para la transmisión de estas.

Recordemos que la lengua es el código que utiliza una determinada colectividad de hablantes para comunicarse entre sí, resulta asimismo un sistema simbólico con el que interactúa un grupo humano constituida, siendo de esta manera un elemento identificador de una etnia[1]. Y por su parte, el idioma es el código de una colectividad que se identifica como nación o pueblo y pareciera por ello que tiene mayor incidencia jurídica. El idioma, al igual que la lengua, se desarrolla en un territorio más o menos amplio.

De lo expresado estimamos que el gobierno ha vulnerado el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete reconocido en el artículo 2, numeral 19, de la Constitución, potestad que beneficia también a los extranjeros residentes en el país, prerrogativa que

1 Zúñiga, Madeleine, citada en Bermúdez Tapia, Manuel: *Los derechos lingüísticos*, Segunda edición, Lima: Ediciones legales, 2002, pág. 39.

busca preservar la identidad cultural[2] de las personas. También constituye un elemento objetivo según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al momento de identificar a un pueblo indígena, comunidad campesina y nativa.

El gobierno al brindar un tratamiento diverso durante un estado de emergencia sanitaria a los pueblos indígenas, quienes han tenido que esperar a las traducciones o a los intérpretes de sus propias comunidades para que se informen de las medidas adoptadas por las instancias gubernamentales responsables, cuando el conocimiento de las medidas a tiempo determinará cuan vulnerables somos al virus o no evidencia un lesión al derecho de igualdad en el acceso a los servicios de salud.

Lo afirmado se sustenta en que la falta de una comunicación en las lenguas de los pueblos indígenas ha generado que sus integrantes, tanto los que se encuentran en aislamiento social permanente como aquellos que viven cerca a las urbes, se encuentren más vulnerables que cualquier peruano que domina el castellano y que accedió a la información, que a su vez le permite defenderse mejor de la enfermedad. Para los pueblos indígenas la exposición al contagio es más alta porque no se les informó en su idioma de la grave situación sanitaria que se inició en el país.

En estos tiempos de pandemia por la COVID-19 la ciudadanía en general ha visto impactada su modo y estilo de vida (ritmos de trabajo, estudio, el comercio) por las medidas adoptadas por el gobierno para enfrentar la citada enfermedad, se encuentran restringidos sus derechos fundamentales relativos a la libertad, a la seguridad personales, a la inviolabilidad de domicilio, a la libertad de reunión y a la libertad de tránsito. Creemos que lo descrito se complica y coloca en mayor situación de vulnerabilidad a los integrantes de los pueblos indígenas.

La COVID-19 ha puesto en peligro la vida de las personas y para enfrentarlo el Estado peruano siguiendo los lineamientos de la OMS y las experiencias orientales y europeas adoptó protocolos de prevención, atención y tratamiento ante el virus, el cual exige todo un desarrollo de actividades gubernamentales que implican medidas normativas, de

2 Tribunal Constitucional, STC 00872-1999-AA/TC "el derecho de las personas a tener su propia vida, y cultura, con todas sus manifestaciones, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a cultivarlos procurando la coexistencia de diversas culturas y el desarrollo de los pueblos en forma pacífica".

infraestructura, logística, medicamentos, servicios de salud y financiera, entre otros.

Una de las medidas adoptadas por el gobierno fue cerrar aeropuertos y prohibir transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial en el territorio nacional y también el tránsito sino es para adquirir alimentos o medicamentos o se trate de una emergencia sanitaria, con estas medidas se buscó evitar la propagación del virus. Este tipo de medidas son hechas para una ciudadanía que tiene un modo de vida uniforme y con condiciones similares para adquirir los medios suficientes y necesarios para satisfacer sus necesidades y vivir colectivamente organizados.

Las medidas dispuestas por el gobierno no reflexionaron en relación al modo de vida de las minorías como los pueblos indígenas, con este tipo de medidas se pretendió defender al país y a sus ciudadanos del virus covid-19, pero el gobierno en ejercicio de su potestad para instaurar medidas excepcionales buscó defender a los ciudadanos con acciones uniformes y unívocas, es decir, no tuvo en cuenta que la población peruana es diversa.

La omisión en divulgar en idiomas originarios las medidas adoptadas durante el régimen de excepción sanitaria es un proceder distante del dispuesto por la Constitución, toda vez que ella reconoce la diversidad étnica, lingüística y cultural, dicha diversidad genera en los órganos que conforman el sistema de gobierno un compromiso histórico con lograr la igualdad en materia de derechos lingüísticos con enfoque intercultural[3] entre todos los peruanos, en especial de aquellos que integran pueblos indígenas u originarios. Por más que el camino resulte complejo, en atención a la pluriculturalidad y el multilingüismo presentes en el Perú, creemos en la necesidad de adoptar medidas diferenciadas, pues pertenecer a una de las diversas culturas que coexisten en nuestro país, en especial a la de los pueblos indígenas, que tienen una lengua materna diferente al castellano no debe ser sinónimo de discriminación y marginación por parte del Estado y de sectores de la sociedad, menos en época de pandemia por la

3 Ministerio de Cultura, La Guía de lineamientos denominada Servicios Públicos con Pertinencia Cultural, Guía para la Aplicación del Enfoque Intercultural en la Gestión de Servicios Públicos aprobada mediante Resolución Ministerial 124-2015-MC, *el enfoque intercultural es un marco de análisis y de acción que se basa en el reconocimiento y la valoración positiva de las diferencias culturales, con el objetivo de construir relaciones recíprocas y equitativas entre los diferentes grupos étnico-culturales*. pág. 21.

COVID-19, pues en este contexto la discriminación puede ser sinónimo de muerte.

Reafirmamos que las medidas implementadas fueron tomadas para la generalidad y desde la uniformidad, no se consideraron, evaluaron y trataron acciones diferenciadas, así como un protocolo especializado por covid-19 para los pueblos indígenas, en palabras del representante y presidente Lizardo Cauper de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesep) expresó "durante las tres primeras semanas de cuarentena hemos insistido para ser visibles ante el gobierno", y esta frase expresa de forma clara lo que experimentan los pueblos indígenas durante el estado de emergencia sanitario, durante la coyuntura se los ha olvidado, no han existido, como si no pudiesen contagiarse o contagiar a los ciudadanos de la república.

El hecho de que los mismos integrantes de los pueblos indígenas aún se consideren invisibles ante los ojos del gobierno y de la ciudadanía en general no solo confirma la situación de abandono en la que se encuentran hasta la actualidad, próximos a celebrar el bicentenario de la República, sino que es evidencia de la falta de la comunidad en general de valorar su trascendencia histórica, tradicional, espiritual, cultural y de conocimientos, que en esta era de pandemia, con lo que significa el peligro mismo de la vida y la salud de los seres humanos, sin la más mínima valoración se los ha olvidado.

El estado de emergencia sanitario en Perú inicio el 16 de marzo de 2020, semanas después el presidente de la República en su habitual mensaje del mediodía refirió que el gobierno está elaborando un plan específico para las comunidades indígenas y amazónicas, "como Estado debemos tener una propuesta integral de atención", manifestó. Creemos que si bien existió una preocupación por los pueblos indígenas, esta no se ha visto plasmada en actos concretos como medidas diferenciadas o protocolos especiales para los dichos pueblos, parece que ni aun en época de pandemia donde se actúa en salvaguarda de la vida, de todas las vidas, los pueblos indígenas son visibles.

A la fecha se esperan los protocolos de la COVID-19 y a la fecha de la redacción del presente artículo aún no los tenemos, lo que se tiene son propuestas, recomendaciones de instituciones no gubernamentales para enfrentar la COVID-19 por los pueblos indígenas entre lo que se encuentra

la propuesta de la CooperAcción, organismo que ha propuesto el Plan COVID-19 para los pueblos indígenas del Perú, a partir de la síntesis de los planes y documentos presentados por diferentes organizaciones indígenas y organizaciones campesinas a nivel nacional y regional, de fecha 24 de abril de 2020[4]. Así también tenemos las recomendaciones desde la FAO, Mauricio Mireles[5], sobre la necesidad de accionar un plan de respuesta indígena para enfrentar la COVID-19 por el cual entre medidas se recomienda en beneficio de los pueblos indígenas adecuar los sistemas de protección social existentes, aplicar la Política Nacional de Igualdad de Género, accionar el Plan Nacional de Agricultura Familiar 2019-2021, fortalecer la Política Nacional para la Transversalización del Enfoque Intercultural y diseñar un plan de respuesta indígena en conjunto con un comité de líderes las comunidades.

Como se observa tanto desde el Estado como desde los sectores no gubernamentales han mostrado un preocupación de la situación de los pueblos indígenas frente a la COVID-19; sin embargo han sido las mismas comunidades con su organización ancestral y conocimientos que han adoptado las respuestas para proteger a su integrantes, medidas que se deben de reforzar desde el gobierno respetando la diferencia y la cultura de cada una de ellas, las comunidades al dar respectivas colectivas en base a sus tradiciones están enfrentando un amenaza más, pero con la peculiaridad que la tienen que enfrentar ante una situación de crisis económica y sanitaria, donde obtener alimentos y medicamentos es tan difícil no solo por los costos que han significado, sino por la usencia de los mismos o la lejanía de los lugares de su expendio.

Una crisis trae consigo oportunidades, confiamos que durante la crisis de la COVID-19 los pueblos indígenas puedan ser atendidos por el gobierno y la sociedad.

4 CooperAcción (2020). Plan COVID-19 -Pueblos indígenas de Perú. Propuesta. Recuperado de http://cooperaccion.org.pe/publicaciones/plan-covid19-pueblos-indigenas-de-peru/

5 Mauricio Mireles. Los pueblos indígenas y afroperuanos y el covid-19. Diario El Peruano, de fecha 1 de mayo de 2020. Recuperado de: https://elperuano.pe/noticia-los-pueblos-indigenas-y-afroperuanos-y-covid19-95235.aspx

PERÚ 2020: LA REFORMA POLÍTICA/ELECTORAL EN EL MARCO DE LA LUCHA CONTRA EL COVID-19

*Rafael Rodríguez Campos**

¿Por qué tomarse la molestia de hacer elecciones? Es la pregunta que abre el libro escrito por el profesor de Ciencia Política Adam Przeworski (Editorial Siglo Veintiuno:2019). En este libro, el autor resume en qué consisten las elecciones: "Elegimos a nuestros gobiernos por medio del voto. Los partidos proponen políticas y presentan candidatos, nosotros votamos; según reglas prestablecidas, se declara un ganador, este ocupa su cargo y el perdedor se va a su casa. A veces hay fallas en el sistema, pero por lo general el proceso funciona sin sobresaltos. Durante unos años sus integrantes nos gobiernan y luego tenemos la opción de decidir si los prorrogamos en sus cargos durante otro periodo o bien si echamos a esos canallas". Todo esto es tan rutinario que lo damos por sentado", afirma el profesor.

Asimismo, el profesor profundiza el análisis respondiendo dos de las preguntas más complejas que tanto el Derecho Constitucional como la Ciencia Política han intentado resolver. La primera: ¿Por qué deberíamos valorar las elecciones como un método para decidir quién

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad Castilla-La Mancha. Post Grado y estudios de Maestría en Ciencia Política y Gobierno en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Candidato a Master en Derecho Constitucional en la Universidad Castilla-La Mancha. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

y cómo va a gobernarnos? Y, la segunda: ¿Cuáles son los límites de las elecciones?

Sobre la primera, el autor señala que "el mayor valor del mecanismo eleccionario, que, en su opinión, basta para que lo apreciemos, es que al menos en ciertas condiciones nos permite procesar con relativa libertad y paz civil los conflictos que surgen en la sociedad: previene la violencia". Al fin de cuentas, precisa el profesor, "las elecciones son apenas un marco dentro del cual las personas en cierto modo iguales, en cierto modo efectivas, hasta cierto punto libres pueden luchar en paz para mejorar el mundo de acuerdo con sus diferentes visiones, valores e intereses".

Esta es, para el autor, una perspectiva "churchilliana", de mínima intervención, una mirada que admite que las elecciones no son buenas, nunca son muy "justas", resultan impotentes contra algunos de los obstáculos que enfrentan ciertas sociedades específicas y están lejos de concretar los ideales que las hicieron surgir y que todavía algunas personas sostienen como criterios para evaluarlas. Pero, subraya el profesor, "no existe otro método para elegir a nuestros gobernantes que funcione mejor".

Sobre la segunda, el autor parte por reconocer que "ningún sistema político puede otorgar total efectividad a la participación política de cada cual. Ningún sistema político puede lograr que los gobiernos sean agentes perfectos de la ciudadanía. En las sociedades modernas, precisa, ningún sistema político puede generar y sostener el grado de equidad económica que muchas personas querrían que prevaleciera. Y si bien el mantenimiento del orden civil y la no interferencia en la vida privada nunca coexisten de manera sencilla, ningún otro sistema político se acerca más a hacerlo".

He creído oportuno compartir ambas reflexiones, pues si reconocemos que la política, de cualquier formato y modalidad, tiene sus límites para configurar y transformar la sociedad, entonces asumiremos que reconocer estos problemas debe servir para dirigir y concentrar nuestros esfuerzos en identificar qué reformas (en este caso electorales) son posibles. Esto es relevante porque tanto en el Perú como en Latinoamérica, muchas de las reformas electorales no se implementan debido a que ponen en riesgo determinados intereses.

Las Reformas Políticas/Electorales aprobadas

Al respecto, resulta necesario recordar que en el Perú el Proceso de Reforma Política/Electoral (en adelante, Reforma PE) se inició el 21 de diciembre de 2018 con la publicación, en el Diario Oficial El Peruano, de la Resolución Suprema N° 228-2018-PCM, suscrita por el Presidente de la República, Martín Alberto Vizcarra Cornejo, y refrendada por el otrora Presidente del Consejo de Ministros, César Villanueva Arévalo, mediante la cual se creó la Comisión Consultiva denominada "Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política (en adelante, Comisión)".

La referida Comisión, el 04 de marzo de 2019, entregó su Informe Final denominado "Hacia la democracia del Bicentenario", en el cual, además de realizar un diagnóstico de la política peruana, presentó un total de doce (12) Proyectos de Ley sobre Reforma PE (4 de Reforma Constitucional y 8 de Reforma Legal)[1].

Luego, el 10 de abril de 2019, mediante el Oficio N° 092-2019-PR, dirigido al otrora Presidente del Congreso de la República, Daniel Salaverry Villa, el Gobierno, sometió a consideración del Parlamento, doce Proyectos de Ley de Reforma PE, los mismos que fueron elaborados sobre la base de las propuestas formuladas por la Comisión. Fue así como el 27 de agosto de 2019 fueron publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuatro (4) Leyes de Reforma PE. Estas Leyes fueron las siguientes: 30995, 30996, 30997 y 30998, respectivamente.

La primera (Ley N° 30995) modificó la Ley de Organizaciones Políticas (en adelante, LOP) sobre inscripción, afiliación, comités partidarios, suspensión, cancelación, integración y renuncia a las Organizaciones Políticas. Esta Ley (ver Proyecto de Ley N° 4188/2018-PE), busca la modificación y optimización de los requisitos para la inscripción y las causales para la cancelación de Organizaciones Políticas para mejorar el Sistema Político y disminuir el ingreso de personas que solo buscan un lucro a costa del Estado; ya que al contar con autoridades que pertenecen a Organizaciones Políticas bien estructuradas se reduce la posibilidad de que se presenten estos actos de corrupción.

1 Ver Informe Final en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/300957/Comisi%C3%B3n_Informe_Completo-compressed_compressed.pdf.

La segunda (Ley N° 30996) modificó la Ley Orgánica de Elecciones (en adelante, LOE), respecto al Sistema Electoral Nacional. Esta Ley (ver Proyecto de Ley N° 4186/2018-PE), busca mejorar la institucionalidad del Sistema Político (específicamente del Sistema de Partidos Políticos), fortalecer la representatividad de las minorías dentro del Legislativo, y optimizar los procesos electorales: eliminación del voto preferencia, y paridad y alternancia (50% mujeres y 50% hombres -de manera alternada-) en las listas parlamentarias.

La tercera (Ley N° 30997) modificó el Código Penal e incorpora el Delito de Financiamiento Prohibido de Organizaciones Políticas. Esta Ley (ver Proyecto de Ley N° 4189/2018-PE), busca proponer una adecuada vía para que se canalicen los recursos económicos para las Organizaciones Políticas y las campañas electorales, así como reducir las desigualdades en la captación de recursos, y los riesgos de la vulnerabilidad de las Organizaciones Políticas ante las fuentes del dinero ilícito. Además, busca crear mecanismos más efectivos para la supervisión de fondos partidarios, incrementando y ampliando las sanciones contra las organizaciones que violan la Ley.

La cuarta (Ley N° 30998) modificó la LOP para promover la Participación Política y la Democracia en las Organizaciones Políticas. Esta Ley (ver Proyecto de Ley N° 4187/2018-PE), busca establecer el Sistema de Elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias (PASO) para la selección de candidatos a cargos de elección popular, en tanto permite que la decisión de qué candidaturas presentar por las Organizaciones Políticas salga del ámbito de su dirigencia y de un número reducido de militantes, y las acerca a las preferencias de los ciudadanos (por eso son Abiertas).

En esa línea, es preciso recordar que el Parlamento también aprobó dos Proyectos de Ley de Reforma Constitucional (en primera votación), los mismos que siguiendo el mecanismo de Reforma Constitucional previsto en el artículo 206° de la Carta Política deberán ser ratificados por el nuevo Congreso:

El primero (ver Proyecto de Ley N° 4190/2018-PE) busca la modificación del artículo 34° de la Constitución Política para que no puedan postular a cargos de elección popular las personas que cuenten con

sentencia condenatoria en primera instancia por delitos dolosos cuya pena sea mayor a cuatro años.

El segundo (Proyecto de Ley N° 4416-2018-PE) busca la modificación del artículo 93° de la Constitución Política eliminando incentivos para que la Inmunidad Parlamentaria sea percibida como impunidad, especialmente para quienes pretenden obtener representación política para evadir el proceso penal que tuvieran pendiente al momento de la elección, ya que estas conductas han generado un costo para el Congreso porque sus miembros deben dedicar horas de trabajo para fundamentar lo que es evidente: la ausencia de persecución política.

Las reformas políticas/electorales que el nuevo Parlamento debería aprobar

Sobre el particular, es importante precisar que el Proceso de Reforma PE en el Perú se paralizó ya que el 30 de setiembre de 2019, mediante Decreto Supremo N° 165-2019-PCM, publicado en el diario oficial El Peruano, el Presidente de la República, con el refrendo Ministerial del actual Presidente del Consejo de Ministros, señor Vicente Zeballos Salinas, dispuso la disolución del Congreso de la República por haber negado la confianza a dos Consejos de Ministros del gobierno elegido para el periodo 2016-2021, y convocó a elecciones para un nuevo Parlamento, para el día domingo 26 de enero de 2020, para que complete el periodo constitucional del Congreso disuelto.

En esa línea, corresponde precisar que la instalación de este Congreso Extraordinario, denominada también "Proceso de Constitución del Congreso", se llevó a cabo recién el 16 de marzo de 2020, pero se desarrolló en privado debido a las medidas adoptadas por el Estado peruano para luchar contra el COVID-19. Este apunte es relevante ya que, como es de suponer, el Proceso de Reforma PE, en la práctica, se ha paralizado porque las entidades públicas, entre ellas el Parlamento, están completamente avocadas a luchar contra el COVID-19, y, por ende, no se ha podido aprobar ningún otro Proyecto de Ley (Constitucional y/o Legal) sobre materia Reforma PE.

Sin embargo, dado que el 27 de marzo de 2020, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Ley N° 31010 (Ver Proyecto de Ley N° 4851), mediante la cual se le otorgó al Parlamento seis (6) meses (es decir, entre el

28 de marzo y 28 de setiembre de 2020, respectivamente), para que pueda aprobar las propuestas de Reforma PE pendientes, las mismas que se aplicarán en las Elecciones Generales 2021, considero necesario señalar que, en el marco de la lucha contra el COVID-19, los Grupos Parlamentarios, en un escenario de pandemia, deben presentar y aprobar Proyectos de Ley sobre Reforma PE que busquen lo siguiente: a) Consolidar la Reforma PE avanzada; b) Optimizar la participación ciudadana; y c) Ofrecer seguridad sanitaria a los electores.

Sobre consolidar la Reforma PE avanzada

Al respecto, primero es necesario que en el caso de la Ley N° 30995, que regula la inscripción y cancelación de partidos políticos, se precise con claridad que se pierde la inscripción por las causales señaladas en la ley, para cualquier tipo de elección parlamentaria, sea en elecciones generales o no.

Segundo, para el caso de la Ley N° 30996, que regula el Sistema Nacional Electoral, resulta fundamental la eliminación del voto preferencial, la mantención de la cifra repartidora e incorporar el párrafo eliminado -por error- sobre el voto de los peruanos en el extranjero. Además, en lo concerniente al tema de la paridad y alternancia de género, se debe eliminar la disposición transitoria que lo hace progresivo hasta el 2031, para que ambas sean aplicables de manera cabal en las Elecciones Generales 2021 (50% mujeres y 50% hombres -de manera alternada- en las listas parlamentarias).

Tercero, con relación a la Ley N° 30997, referida al financiamiento de las organizaciones políticas, además de haber incorporado tres nuevos artículos en el Código Penal: 1) Financiamiento prohibido de organizaciones políticas (Artículo 359-A); 2) Falseamiento de la información sobre aportaciones, ingresos y gastos de organizaciones políticas (Artículo 359-B); y 3) Fuentes de financiamiento legalmente prohibidas (Artículo 359-C), es necesario regular lo referido al control, fiscalización y transparencia, para que la ONPE cuente con las herramientas necesarias que le permitan realizar una supervisión efectiva de los fondos partidarios.

Cuarto, sobre la Ley N° 30998, que regula la democracia interna en los partidos políticos, es necesario que se elimine la segunda disposición complementaria y transitoria, para que la norma sea aplicable a todos los

partidos políticos que decidan participar en las Elecciones Generales 2021, y no como ocurre ahora, tan sólo a los nuevos partidos, generando ventajas en favor de los ya inscritos, y problemas para los electores quienes tendrán que usar una cédula de votación tremendamente confusa[2].

Del mismo modo, creo importante que el Parlamento apruebe (esta vez en segunda votación), los Proyectos de Ley de Reforma Constitucional antes mencionados: a) El primero que busca la modificación del artículo 34° de la Constitución para que no puedan postular a cargos de elección popular las personas que cuenten con sentencia condenatoria en primera instancia por delitos dolosos cuya pena sea mayor a cuatro años; y b) El segundo busca la modificación del artículo 93° de la Constitución eliminando incentivos para que la Inmunidad Parlamentaria sea percibida como impunidad.

Sobre optimizar la participación y ofrecer seguridad sanitaria a los electores

Al, respecto, lo primero que debería hacerse, en caso las condiciones sanitarias no sean las óptimas, sería suspender las PASO para las Elecciones Regionales y Municipales 2022. Ahora bien, para las elecciones internas, aquellas en las que se eligen a los candidatos parlamentarios de las organizaciones políticas, estas deberían contar con la participación obligatoria de los organismos electorales. Así, bajo la única modalidad de un militante un voto (ya no por delegados), evitaremos que las cúpulas "a dedo" decidan quién o quiénes son los candidatos. Naturalmente, en esta etapa, la ONPE podría, como lo postula el profesor Fernando Tuesta, implementar el Voto Electrónico No Presencial, permitiendo la participación, sin riesgos sanitarios, para la militancia. En esa misma lógica, se debe impulsar el voto postal (figura ya reconocida en la legislación electoral vigente) para los peruanos residentes en el extranjero en aquellos países en los cuales el correo sea confiable.

Segundo, para la jornada electoral presencial, esta podría llevarse a cabo en dos o tres días para evitar las aglomeraciones en los centros de votación. Esta medida también debería estar acompañada de una ampliación

2 Siempre y cuando, los resultados obtenidos en la lucha contra el COVID-19 así lo permitan. Es decir, solo se insistirá en Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias, para todas las organizaciones políticas, si ello no pone en riesgo la salud de los electores.

de la jornada electoral que pasa de 8 horas (lo normal) a 10 horas (por vez extraordinaria). Y que los miembros de mesa ya no sean elegidos por sorteo (cualquier ciudadano), sino que sean seleccionados, como ocurre en otros países, de la Administración Pública y la Educación (como ocurre en Colombia y Uruguay), los mismos que deberán recibir una adecuada compensación y/o incentivos por los días trabajados. Ahora, con respecto a los electores, el uso de mascarillas y guantes debe ser obligatorio, por lo que el Estado debe invertir los recursos económicos necesarios para garantizar dicho propósito.

Tercero, teniendo en cuenta que un proceso electoral no se limita a la realización de la jornada electoral, resulta necesario que todos los procedimientos previos, sean administrativos o jurisdiccionales, pasen de la modalidad presencial (audiencias, por ejemplo) y física (entrega de escritos, por ejemplo), a la modalidad virtual, haciendo uso de las tecnologías de la información más avanzadas que permitan cumplir con el distanciamiento social recomendado por la Organización Mundial de la Salud para luchar contra el COVID-19.

Cuarto, siguiendo lo expuesto en el párrafo precedente, y dado que ya no serán posibles las grandes concentraciones, caravanas, mítines, y demás eventos de campaña, pues en un contexto de pandemia el derecho al libre tránsito y el derecho de reunión, entre otros, se restringen, resulta necesario que se hagan los ajustes normativos correspondientes para que la franja electoral se amplié (horas y días) y para que los medios de comunicación (públicos y privados) difundan (mucho más que antes) la información, propaganda y propuestas de las diferentes organizaciones políticas.

Ahora bien, si uno revisa la página web del Congreso de la República podrá encontrar una serie de proyectos de ley de Reforma PE que podemos clasificar de la siguiente manera: a) Los que frenan el Proceso de Reforma PE (los más); y b) Los que rescatan los avances de la Reforma PE. En el primer grupo encontramos un denominador común: eliminar las elecciones PASO. En el segundo, es justo reconocer el esfuerzo desplegado por el Partido Morado, al presentar el Proyecto de Ley N° 5031/2020-CR, que además de recuperar el voto de los peruanos residentes en el extranjero e implementar un distrito electoral para ellos con dos escaños, en palabras de su vocero, el señor Francisco Sagasti, busca "rescatar y avanzar en la paridad y alternancia, eliminar el voto preferencial, e impulsa la idea de elecciones primarias y de no ser posible las primarias abiertas, por lo

menos la realización de elecciones internas obligatorias, un militante un voto, organizadas por la ONPE".

Asimismo, encontramos otro tipo de iniciativas de Reforma PE, como el Proyecto de Ley N° 5080, presentado por el Partido Acción Popular, que propone posponer la jornada electoral al quinto domingo de mayo del próximo año (30 de mayo) y que el Presidente de la República sea elegido con un porcentaje no menor al 40% de los votos válidamente emitidos.

Al parecer, esta iniciativa pretende recoger las propuestas de quienes consideran que debido al COVID-19 resulta necesario alejar -lo más posible- la fecha de la jornada electoral, acercándola al próximo 28 de julio, fecha en la que debe instalarse el nuevo gobierno, además de buscar que la elección se defina en una sola vuelta, para evitar que 25 millones de peruanos concurran dos veces a las urnas (tres si acaso el Parlamento no decide suspender las PASO, como lo hemos propuesto), garantizando la salud de los electores y ahorrando recursos económicos que deberían servir para luchar con el COVID-19. Sin embargo, parece olvidarse que en 2001 (36%), 2006 (30%), 2011 (31%) y 2016 (39%), ningún candidato que ganó la primera vuelta, como lo demuestran los porcentajes expuestos, logró el 40% de los votos válidamente emitidos, con lo cual, es muy posible que volvamos a tener una segunda vuelta.

Entonces, si lo que realmente se busca es evitar que 25 millones de peruanos concurran a las urnas en más de una oportunidad en las próximas Elecciones Generales 2021, además de suspender las PASO, debe eliminarse la segunda vuelta, y señalar que el Presidente será elegido en una vuelta como ocurrió en nuestro país entre 1931 y 1980. O, la otra opción, si lo que se quiere es reducir al máximo los riesgos sanitarios (ganando tiempo), sería programar la primera vuelta para el mes de junio y la segunda vuelta para el primer domingo de julio, respectivamente. Más, cuando tres bancadas: Somos Perú, Partido Morado y Frente Amplio, respectivamente, han rechazado la propuesta de eliminar la segunda vuelta. Este dato es importante ya que para ello se requiere reformar el artículo 111° de la Constitución, en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas (es decir, 87 votos).

Lo cierto es que aplazar o no la fecha de la elección, o eliminar la segunda vuelta, o aprobar cualquier otra iniciativa dependerá de los

intereses de los actores políticos. Entonces, lo importante será el consenso en torno a la Reforma PE. Sin olvidar, que estamos contra el reloj, y que los organismos electorales necesitan reglas de juego claras para sacar adelante el próximo proceso electoral. Al final, la pelota está en la cancha del Parlamento. Esperemos que el COVID-19 no nos gane este partido.

ALGUNOS DESAFIOS DEL CONSTITUCIONALISMO EN LATINOAMERICA SOBRE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

*Ricardo Velásquez Ramírez**

1. A modo de presentación

La pandemia del Covid–19 nos plantea una serie de temas en el ámbito del Derecho Constitucional que, dada su aparición sorpresa y su expansión inmediata a nivel global, ha tenido un impacto determinante en todos los Estados naciones; sin embargo, vale hacer mención especial en aquellos Estados democráticos constitucionales. Aquí prestaré atención a modo de ensayo, al ejercicio del poder público en el marco del estado de excepción, así como unas breves líneas sobre la necesidad de dar un viraje en el orden mundial, estableciendo una nueva relación entre la persona, las sociedades y los Estados con el medio ambiente.

* Abogado por la UNSLG, Maestro en Derecho Constitucional por la UNFV, Doctor en Derecho por la UANL (México), con Doctorado en Filosofía en la UNMSM, con estudios de postgrado en Derecho Constitucional, Transnacionalidad y Producción del Derecho en la UNIVALI (Brasil); miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Director de CEDDAL; Docente de pregrado de la UIGV, Docente de pregrado de la Universidad Autónoma del Perú, Docente del Doctorado de la UCV (Tarapoto), Docente de la Maestría de Derecho Constitucional de la UNFV, Docente de la Maestría y Doctorado de la UNPRG.

2. La política en tiempos de Coronavirus

La política es inherente a la naturaleza del ser humano. Lo haces de forma consciente o de forma inconsciente, igual está presente en tu ser. La política en términos generales es la acción dirigida al bien común; o, dicho de otra manera, es todo aquello que afecta a una colectividad, a un grupo humano, a una sociedad, a una comunidad, a una población, etc. De tal forma, debemos asumir que existen políticas y acciones buenas y malas, que afectan a todos o a gran parte del grupo social, acciones que provienen de quienes tienen la potestad de tomar acuerdos o decisiones y hacerlos cumplir. Dependiendo del régimen político y de la forma de gobierno, esa potestad recaerá en una persona, en un grupo de personas o en la mayoría de personas. De ahí que se distinguen distintas formas de hacer política, y en casi todos los casos gozan de cierto grado de legitimidad y consentimiento del grupo social. Así tenemos, por ejemplo, como regla general la política en su forma autocrática, aristocrática y democrática. En cualquiera de dichas formas, en tiempos de normalidad, lo que haga y disponga el poder tendrá la aceptación expresa o implícita de los gobernados. El problema se da en tiempos de anormalidad, llámese de guerra interna, guerra externa, catástrofe natural, epidemia o pandemia, etc.

En el primer caso, en la forma política autocrática, no es brusco el cambio al momento de afrontar estos momentos de anormalidad, pues el poder al concentrase en una persona, suele tener una respuesta inmediata. Lo certero o no de la decisión política recién se sabrá al final de la implementación de la misma, sobre todo a través de los resultados que obtenga. En el segundo caso, en la forma política aristocrática, pueda que tenga dificultades en el mando al momento de tomar decisiones, siempre y cuando se encuentren con crisis de liderazgos, que muchas veces terminan debilitando la decisión y distrayendo el foco de atención. En el tercer caso, en la forma democrática, quizá sea mucho más compleja y en algunos casos con reflejo tardío, sin embargo, la Constitución dispone de situaciones excepcionales, que suelen llamarse estado de sitio y estado de emergencia, según el caso específico. Aquí la Constitución dota al poder político central (poder ejecutivo), en tiempos de anormalidad, de todas las facultades y herramientas procesales e institucionales, por tiempo limitado, para afrontar el momento crítico; y en otros casos, el poder político central comparte su facultad con el poder legislativo. De igual forma, lo certero

o no de la decisión en tiempos de anormalidad se sabrá al momento de evaluar los resultados de la medida tomada.

Dicho esto, los Estados del mundo hoy se vieron obligados a reconocer que estamos frente a una pandemia provocada por el Coronavirus. Esta enfermedad del Covid-19 se ha expandiendo rápidamente en el hemisferio, teniendo respuesta desde diversos ámbitos de la política y poniendo al descubierto la fragilidad de los sistemas que hasta hoy se construyeron en todo el planeta. La transmisión del virus es tan rápida como rápida es la comunicación en el mundo global, sobre todo por la facilidad de las personas de desplazarse de forma inmediata a cualquier parte del mundo, poniendo de esta manera en riesgo a la población mundial, dadas las carencias sanitarias de muchos Estados y la falta de articulación de las políticas sanitarias nacionales en el ámbito internacional.

Esta situación de vulnerabilidad cuestiona las políticas de los Estados del mundo y de la propia comunidad internacional respecto a la seguridad sanitaria, donde cada Estado viene haciendo por su lado lo que puede. Del mismo modo, la naturaleza y/o dimensión social del Estado que había sido algo desatendida, hoy se enfrenta a una situación sanitaria crítica que hace que revise sus fundamentos y resurja con fuerza el principio de solidaridad y subsidiaridad, como fórmula para garantizar aspectos básicos y a la vez sustanciales de la población nacional, regional y mundial.

El Estado como concepto angular de la sociedad política y jurídicamente organizada, a raíz de este episodio que estamos padeciendo, no puede seguir siendo el mismo. Esa razón que justifica la protección de sus miembros e individuos, así como a la totalidad de ellos, no puede quedar en segundo plano, es pieza determinante para comprender el origen y el propio fin del Estado. La protección de la persona y el medio ambiente es sustancial para comprender el Estado en el ámbito nacional y en la propia comunidad internacional.

Por lo mismo, todo ello debe llevar a los Estados del mundo, con distintos signos, a reformular sus políticas públicas de seguridad sanitaria, ciudadana, ambiental, etc. Es hora de poner límite al desarrollo desenfrenado y sin control, pues no se trata de procurar ganancias a cualquier costo, sin importar la sostenibilidad y el futuro del planeta, sin importar la persona humana y el resto de seres vivos.

Hoy tenemos la oportunidad de encontrar en los errores que hemos cometido la posibilidad de revertir esta situación tomando conciencia del daño que hemos provocado y que pone en riesgo la propia vida humana. Los Estados tienen que recuperar su esencia, respondiendo a la totalidad de sus miembros y brindándoles seguridad integral.

En ese sentido, los Estados democráticos tiene una doble responsabilidad, sobre todo aquello que tiene que ver con la responsabilidad social y la capacidad de dar respuestas rápidas frente a problemas sustanciales que comprometen a toda la comunidad o grupo humano; así como liderar a nivel mundial una propuesta de consenso para la protección del medio ambiente y la seguridad integral de la comunidad mundial.

3. El peligro inminente del poder público de reforzar posturas autoritarias

Tratándose de sistemas democráticos frágiles, como ocurre con la mayoría de los países de Latinoamérica y el Caribe, salvo honrosas excepciones, esta situación de la pandemia ha llevado a que los gobiernos de todos los países tomaran medidas excepcionales, en el marco de las potestades que les otorgan sus respectivas constituciones. Sin embargo, la medida de emergencia, dada la naturaleza del fenómeno que afecta la salud, es propiamente una emergencia sanitaria, que se diferencia sustancialmente de aquellas por motivo de perturbación de la paz o el orden interno, o como sucede con el estado de sitio que se aplica en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente que se produzcan; pues, en este caso se trata de una circunstancia que afecta la vida y salud de la sociedad estatal. Por lo mismo, la acción de la autoridad, antes que ser una intervención de fuerza o dominio (militar) para afrontar el problema, debe ser principalmente una acción de competencia (persuasión y capacidad de gestión), y de forma complementaria debe ser de orden interno y/o militar.

En estos casos, si bien la potestad de la medida es atribuida al Poder Ejecutivo, en la figura del Presidente de la República, sin embargo, si esta no va acompañada del control y contrapeso del Poder Legislativo, incluso de la Defensoría del Pueblo, se puede incubar en el seno del poder posturas autoritarias que pueden terminar afectando a la persona y a la sociedad entera, amenazando de esta manera el núcleo duro de los derechos fundamentales, los mismos que están vinculados con la vida, la dignidad e integridad personales.

En momentos donde se pone en riesgo la vida de la comunidad es propio de los individuos recurrir al poder. Ya Carl Loewenstein (1982: 24), decía que no es menos cierto en el hombre el amor al poder y la fe en el poder, lo que hoy se llama el consentimiento al poder. Sin embargo, si ese poder político no está controlado o limitado, tiende a excederse y cometer actos arbitrarios en perjuicio de la persona. El control del poder político, en los sistemas democráticos, en ningún supuesto puede estar ausente, incluso en estado de excepción, sobre todo para proteger a la persona de cualquier abuso contra su integridad y su propia vida. De ahí que las garantías constitucionales como el hábeas corpus y el amparo se deben constituir en los medios idóneos de los cuales deben valerse los ciudadanos/as para que la medida de la autoridad sea proporcional a la falta cometida por la persona, sobre todo protegiendo este núcleo duro de los derechos fundamentales, ya antes mencionado.

Desde luego, hablando de esta emergencia sanitaria, el llamado del gobierno a la unidad nacional para cerrar filas contra el mal que nos asecha, no pasa necesariamente por imponer la autoridad de la fuerza sino más bien la autoridad de la persuasión, a fin de que la población cierre filas en torno a las medidas mesuradas y responsables que debe surgir desde el poder y de ser el caso de la propia población. No se trata de dar órdenes orientadas a la supresión de las libertades de transito y del trabajo, cuando paralelamente no se garantiza los medios de supervivencia -llámese alimentación-, sobre todo para las personas y familias de extrema necesidad, al estar en juego la dignidad y vida de la persona, que debe gozar de protección plena, al ser el fin supremo del Estado y la sociedad.

Todo Estado democrático, reconoce en su Constitución derechos y libertades fundamentales a las personas, del mismo modo obliga al poder público a respetarlas y protegerlas; de igual forma, dota a las personas de garantías constitucionales para hacer uso de ellas recurriendo a los órganos jurisdiccionales competentes con la finalidad de hacer prevalecer estos derechos y libertades. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos y libertades no puede ir más allá de lo que dispone la propia Constitución y la ley, lo que debe entenderse que por ningún motivo deben transgredir los derechos de los demás. Pues, aquella libertad sin límite que no se funda en la dignidad humana, no es sino perversidad, ya que destruye al otro y a todo aquello que encuentre a su paso, sólo para saciar de forma egoísta y absurda una libertad incontrolada, que no solo le hace asumir que es

dueño de su vida -que es lo correcto-, sino que va más allá, al creer que es amo y señor del mundo. La libertad sin control es anarquismo puro y destrucción de todo tejido social, es una especie de vida arcaica y salvaje que tarde o temprano logrará el objetivo de destruir a una sociedad o grupo humano. Por ello, la democracia concilia solidariamente libertad con igualdad, permitiendo que una fuerza superior basada en la dignidad humana garantice reglas básicas para una convivencia ajustada a derecho. Por lo mismo, la intervención y límite del poder público en un Estado democrático constitucional, tiene que estar ajustado al derecho, la misma que se funda en los principios de dignidad de la persona y de supremacía constitucional.

Por ello, si bien en el estado de emergencia, algunos de estos derechos y libertades se restringen y otros quedan suspendidos temporalmente, en tanto dure la medida de emergencia y en tanto así lo exprese la Constitución; sin embargo, el poder no se puede exceder, ya que de ocurrir ello, estaríamos frente a una medida arbitraria, que muy bien puede frenarse con un habeas corpus o un amparo, en el sentido que existan órganos jurisdiccionales autónomos y jueces probos e imparciales.

4. Fragilidad y distorsión de la democracia en Latinoamérica

Momentos duros y difíciles pasa la democracia en la gran mayoría de los Estados latinoamericanos y caribeños, pues es una crisis que nos debe alertar, ya que no comienza con la pandemia, sino que viene mucho antes. Por lo mismo, el peligro reside, en que algunas posturas que hoy disfrutan del poder público, valiéndose del momento provocado por esta pandemia, y de las medidas de excepción tomadas por los gobiernos de muchos de estos Estados, puedan aprovecharse de esta situación para afirmar medidas autoritarias que busquen cruzar las fronteras de la democracia, postulando como globos de ensayo propuestas como la reelección presidencial, la continuación de las fuerzas del orden y las fuerzas armadas después de las medidas de excepción para garantizar la seguridad ciudadana contra el crimen organizado, entre otros.

Estas medidas son alimentadas por posiciones que le dan una interpretación a la Constitución a tono con las "demandas sociales", apartándose del verdadero sentido de lo que es una Constitución democrática, una democracia constitucional y un Estado democrático constitucional. Pues hablan de la Constitución dinámica, no para respetarla sino para

desacreditarla en algunos de sus valores, principios, reglas y procedimientos. La Constitución dinámica debe significar reforzar principios elementales como la dignidad humana; la división, equilibrio, autonomía y control de los poderes públicos; la soberanía y supremacía constitucional; la inviolabilidad y fuerza normativa de la Constitución; el respeto de los derechos fundamentales (sustantivos y adjetivos), entre otros. La Constitución dinámica está vinculada a la rigidez para los cambios que esta debe tener, pero también al concepto de Constitución abierta para recoger las demandas de la sociedad, sobre todo aquellas demandas de la generación vigente, a través de las fórmulas de la reforma constitucional y de la mutación constitucional.

No se trata de acceder a ojos cerrados a la presión apasionada de la mayoría de la población o de una minoría que, aprovechándose de las tensiones sociales, en algunos casos, y en otros de las tensiones políticas, buscan desacreditar la democracia como sistema político, como modelo de Estado y como forma de gobierno. Con ello, tampoco se trata de limpiar a la clase política dirigente responsable de esta crisis de legitimidad democrática, pues son tan responsables como lo son aquellos que abiertamente se oponen para destruir al sistema democrático constitucional.

La "Constitución dinámica" si va dirigida a reforzar posturas autoritarias y/o totalitarias en el seno del poder público, pues se aparta no solo del constitucionalismo clásico sino también del constitucionalismo contemporáneo, ya que en ninguno de los casos se justifica la concentración del poder en uno de los órganos públicos.

La democracia en el tiempo ha sufrido cambios, se ha desarrollado, ha evolucionado. De una democracia directa, se ha dado paso a una democracia representativa y participativa, para llegar hoy en día a una democracia constitucional. Esta democracia constitucional traza una línea clara frente a las aparentes democracias de las mayorías, que, al desconocer los derechos fundamentales, la división y equilibrio de poderes, así como la supremacía constitucional, evita que la democracia se desvirtúe convirtiéndose en un sistema totalitario de las mayorías, que en palabras de Aristóteles sería un sistema basado en la demagogia, o en el populismo. Sin embargo, el riesgo aún es mayor, cuando el gobierno incrustado en el sistema democrático, carente de sentido de responsabilidad y conciencia democrática, da paso a lo que Polibio en la antigua Grecia, denominada oclocracia, para referirse al gobierno de la muchedumbre, carente de dirección y sentido democrático,

donde la acción emotiva y desenfrenada de la masa impone lo que se debe hacer o no hacer, apartándose sustancialmente de la democracia y de sus objetivos y valores supremos.

El constitucionalismo de nuestros días, así como en el pasado, frente al fascismo y otras posturas totalitarias, tiene la enorme responsabilidad y misión de deslindar frente estas posturas que hoy adquieren un nuevo ropaje, que buscan distraer y confundir para justificar la concentración del poder. El constitucionalismo, debe reafirmarse en aquellos valores e ideales por los que se fundó y en aquellos que se han sumado para consolidarlo y lograr la legitimidad que hoy goza, los mismos que son: la libertad, la igualdad, la dignidad humana, la solidaridad, la democracia y la supremacía constitucional, por citar algunos.

5. Una necesaria y urgente Constitución global

Es evidente que nada será igual en el mundo después de esta pandemia del Coronavirus; sin embargo, nada garantiza por ahora que las cosas puedan cambiar a favor de la humanidad, de la persona y su dignidad, del medio ambiente y su recuperación; pues no se trata que el actual orden y sistema de vida global, que es controlado por un reducido grupo de Estados con poder económi TQB'TGCHX L ual

EL ESTADO DE EMERGENCIA EN EL PERÚ POR EL COVID-19

*Susana Ynes Castañeda Otsu**

I. INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2019, en Wuhan, provincia de Hubei (China), se produjo un brote epidémico de neumonía, cuya causa era desconocida. Tres meses después de la aparición de este virus, específicamente el 11 de marzo de 2020, como se sabe, la Organización Mundial de la Salud calificó el brote del Coronavirus (COVID-19) como una pandemia, al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea.

Ese mismo día, el presidente de la República de Perú, mediante Decreto Supremo N.° 008-2020-SA, declaró en emergencia sanitaria a todo el país, por el plazo de noventa (90) días calendario y dictó medidas de prevención y control del COVID-19. Por ejemplo, en cuanto a la libre circulación de las personas, se dispuso que toda persona (proveniente de países con antecedentes epidemiológicos, tales como Italia, España, Francia y República Popular de China) que ingrese al territorio nacional debe sujetarse a un periodo de aislamiento domiciliario por catorce (14) días.

* Abogada. Magister en Derecho, mención en ciencias penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctora en Derecho Constitucional y Especialista en Derechos Humanos, ambos por la Universidad Complutense de Madrid. Jueza suprema provisional de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Integrante del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Cinco días después, el lunes 16 de marzo de 2020, el mandatario, con acuerdo del Consejo de Ministros, mediante Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, declaró el estado de emergencia, con base en el supuesto habilitante de graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.

En este artículo efectuaremos unas breves reflexiones sobre el estado de emergencia, regulado en el inciso 1, artículo 137 de la Constitución vigente desde 1993, por ser el que actualmente rige, específicamente en lo relativo a las restricciones de los derechos y su control jurisdiccional.

II. EL ESTADO DE EMERGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

En el caso de Perú, desde la Constitución de 1826 (artículos 123 y 150) hasta la de 1933, se reguló el Régimen de excepción, bajo la denominación de circunstancias extraordinarias, situaciones críticas, en las cuales el Congreso otorgaba, al titular del Poder Ejecutivo, las facultades necesarias para salvar a la Nación, o para que declare bajo qué circunstancias esta se encontraba en peligro. Durante la vigencia de esta situación extraordinaria, la propia norma fundamental permitía la suspensión de las garantías individuales, es decir, de los derechos en su acepción actual.

En la Constitución de 1979, el Constituyente optó por la denominación de Régimen de Excepción y consagró en el artículo 237, dos estados de excepción: de emergencia y de sitio. Se reguló que durante la vigencia del estado de emergencia, se puede suspender las garantías constitucionales relativas a la inviolabilidad del domicilio, y las libertades de reunión, tránsito en el territorio, libertad personal. Mientras que, en el estado de sitio, cuyos supuestos habilitantes eran de mayor gravedad (invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan) se especifican las garantías personales que continúan en vigor.

El constituyente peruano, utilizó la denominación "suspensión de garantías", es por ello que el legislador, con base en el mandato constitucional, en la Ley de Hábeas Corpus y Amparo de octubre de 1982, estableció la improcedencia de estos procesos respecto de las "garantías y derechos señalados en el artículo 231 de la Constitución Política, durante el tiempo de su suspensión". Esta situación se aclaró con la Ley N.° 25398, de febrero de 1992, complementaria de la Ley antes mencionada,

la que en su artículo 29 dispuso el control jurisdiccional de los derechos "suspendidos", vía amparo y hábeas corpus.

Es evidente la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a través de las opiniones consultivas: la **OC-8/87**, el hábeas corpus bajo suspensión de garantías; y la **OC-9/87**, garantías judiciales en estados de emergencia, conforme con las cuales el derecho a un recurso sumario, sencillo y eficaz, y el hábeas corpus, consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la CADH, no pueden ser suspendidos, conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición[1].

En la Constitución de 1993, al igual que la Constitución de 1979, se mantiene la denominación de Régimen de excepción y la regulación es similar en algunos aspectos. En el artículo 137, consagra dos estados de excepción: estado de emergencia y de sitio.

En relación al tema que nos ocupa, el inciso 1 del artículo 137 regula el estado de emergencia bajo las siguientes reglas:

- Es una atribución del presidente de la República, quien lo decreta con acuerdo del Consejo de Ministros, y da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente. En este caso, se optó por el modelo de autoinvestidura, a diferencia de otros ordenamientos, en que el Poder Legislativo lo autoriza.
- La declaratoria comprende todo el territorio o parte de él.
- Los supuestos habilitantes son: a) perturbación de la paz o del orden interno, b) catástrofe, y c) graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.
- Los derechos fundamentales cuyo ejercicio se restringe o se suspende son cuatro: la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito (consagrados en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2) y la libertad y seguridad personales. Respecto a esta libertad, solo en cuanto al plazo máximo temporal de 48 horas de la detención

1 En la segunda opinión consultiva comprendió al amparo, que junto al hábeas corpus, constituyen garantías judiciales esenciales, que deben ser ejercidas en el marco y a la luz de los principios del debido proceso legal, contemplado en el artículo 8 de la citada convención..

preventiva o policial, regulado en el literal f), inciso 24, del citado artículo 2.

- El plazo de la declaratoria no debe excederse de los sesenta días[2]. No obstante, puede ser prorrogado, en cuyo caso requiere nuevo decreto, lo cual también se da cuenta al Congreso.
- Las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el presidente de la República.

Unos breves apuntes en relación al artículo 137, en primer lugar, nos conduce a la necesaria vinculación con lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 200 de la norma fundamental. Y es que ambos deben ser interpretados de manera conjunta, ya que el segundo garantiza que, durante la vigencia de los estados de excepción, no se restringe o suspende el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo, y corresponde al juez competente examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo.

Sin duda, esta regulación constituye un aspecto diferenciador y cualitativo en relación a la Constitución de 1979, ya que aclara que no se suspenden las garantías. En el Código Procesal Constitucional (CPConst.), se reitera que los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción, esto es, el amparo y hábeas corpus[3]. Y si bien, en la Constitución se consigna "restricción o suspensión de los derechos", y en el CPConst. solo "derechos suspendidos", a nuestro criterio, se trata de la restricción del ejercicio de los cuatro derechos mencionados anteriormente.

En segundo lugar, es necesario precisar que el Poder Legislativo no ha dictado una ley orgánica que desarrolle el artículo 137, como sí

2 "La Corte IDH ha señalado reiteradamente que la suspensión de garantías **no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario** y que resulta ´ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción´. Las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a "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 adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella". [La negrita es nuestra]. Caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 109 y 10).

3 A nuestro criterio, también incluye el hábeas data, porque el artículo 23 es una disposición general de los procesos de libertad.

lo ha hecho con el artículo 200, que consagra seis acciones de garantía constitucional[4]. Esta omisión del legislador es patente y se mantiene desde la Constitución de 1979, lo que significa que han transcurrido aproximadamente cuarenta años y no se ha cumplido con regular un aspecto de especial relevancia en el sistema constitucional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional abordó lo relacionado al régimen de excepción en tres sentencias, en las que se discutió el papel de las Fuerzas Armadas, sobre todo en estado de emergencia, al igual que el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú. Así, en el fundamento 18 de la STC 017-2003-AI/TC, estableció las características del régimen de excepción, pero solo para los efectos de resolver los cuestionamientos contra diversos artículos de la Ley N.° 24150, modificada por el Decreto Legislativo N.° 749, que regulan el papel de las Fuerzas Armadas durante esta situación excepcional[5].

Posteriormente, en la STC 02-2008-PI/TC, la demanda de inconstitucionalidad nuevamente estuvo vinculada a la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia (Ley N.° 29166). En esta sentencia, en el fundamento 31, exhortó a1 Congreso de la República a que adopte una legislación que desarrolle, el artículo 137 de la Constitución, tomando como base los criterios establecidos en la referida sentencia, sin embargo, lo cierto es que no desarrolló ningún criterio, sólo los enunció, pese a que tuvo la oportunidad de hacerlo.

Finalmente, en 1a STC 022-2011-PI/TC, se demandó la inconstitucionalidad de tres normas, una de ellas, el Decreto Legislativo N.° 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas

4 Relativas a las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data, inconstitucionalidad, popular, y de cumplimiento. En el Código Procesal Constitucional, han sido denominadas procesos constitucionales.

5 Los excesos por parte de alguno de 1os miembros de las Fuerzas Armadas, durante la vigencia del estado de emergencia, han merecido pronunciamientos de la Corte IDH, entre ellos, el caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, donde estableció que la posibilidad de otorgar a las Fuerzas Armadas funciones dirigidas a la restricción de la libertad personal de civiles debe responder a criterios estrictos de excepcionalidad y debida diligencia en la salvaguarda de las garantías convencionales, teniendo en cuenta que el régimen propio de las fuerzas militares no se concilia con las funciones que le son propias a las autoridades civiles (sentencia de 26 de noviembre de 2013, párr. 122).

Armadas en el territorio nacional. En los fundamentos 348 a 352 reiteró lo expuesto en la STC 00002-2008-PI/TC.

De modo que es una tarea pendiente del Poder Legislativo, emitir la ley de desarrollo constitucional de los estados de excepción, que considere las decisiones de la Corte IDH y el Derecho comparado. Se debe tener en cuenta los principios de temporalidad, proporcionalidad y no discriminación, y determinar con precisión los supuestos habilitantes entre otros aspectos, que precisan de gran concreción, toda vez que la Constitución es una norma abierta que contiene conceptos indeterminados. Si en situaciones de normalidad constitucionalidad se requiere de una legislación precisa, con mayor razón cuando el país enfrenta una grave situación de crisis. De ahí la necesidad de una regulación integral de los dos estados de excepción que contempla nuestra norma fundamental.

Asimismo, estimamos que en un proceso de reforma constitucional, y con vista de lo ocurrido, debe incluirse un estado de alarma, vinculado a situaciones de fuerza mayor (cataclismos, maremotos, emergencias sanitarias) o a crisis económicas (inflaciones, deflaciones), distintos a los supuestos de naturaleza político-social, que, de acuerdo a la gravedad de la situación, permita decretar un estado de emergencia (motines, subversión, terrorismo), o un estado de sitio (guerra exterior y guerra civil). Otros ordenamientos jurídicos, como es el caso de España y Colombia han regulado tres regímenes de excepción[6].

III. EL ESTADO DE EMERGENCIA EN PERÚ POR EL COVID-19

Como hemos indicado, el 16 de marzo de 2020, el presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros, mediante Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, declaró el estado de emergencia, con base en el supuesto habilitante de graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.

Dicha declaratoria de estado de emergencia ha sido objeto de cuatro prórrogas sucesivas, la última a partir del 11 de mayo hasta el 24 de mayo de 2020, sin que se pueda establecer si cumplida este plazo no se

6 En el caso de España, el artículo 116 de la Constitución de 1978, establece los estados de alarma, de excepción y de sitio. En Colombia, en los artículos 212-215 de la Constitución de 1991, establece el estado de guerra exterior, el estado de conmoción interior y el estado de emergencia.

prorrogue nuevamente, pues las severas medidas adoptadas para evitar el contagio no han sido suficientes, ya que a la fecha en que se concluye este artículo el número de infectados y fallecidos continúa en aumento[7], sin visos de llegar a la "meseta" (momento del máximo crecimiento en el que el número de casos ya no es una pendiente sino una línea).

El citado decreto supremo y los otros cuatro que declararon las sucesivas prórrogas tuvieron como fundamento legal, además del artículo 137 de la Constitución (recuérdese que no hay ley de desarrollo), los artículos 7 y 9 del acotado texto fundamental. El primero relativo a la protección de la salud, del medio familiar y de la comunidad, y el segundo, a la política nacional de salud. Además, el artículo 44 que consagra los deberes primordiales del Estado, entre ellos, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

3.1. Las restricciones de derechos durante el estado de emergencia por el COVID-19

Con base en las citadas disposiciones constitucionales y la Ley N.° 26842-Ley General de Salud, se han establecido restricciones a otros derechos: libertad de trabajo, de empresa, comercio o industria (salvo la cadena de producción con servicios públicos y bienes y servicios esenciales). Así, la libertad de tránsito se vio afectada con motivo de la inmovilización social y el cierre temporal de las fronteras y del transporte interprovincial, entre otros. El distanciamiento social como medida para evitar el contagio ha supuesto restricciones a la libertad de reunión, con el cierre temporal de restaurantes, cines, locales de diversión, entre otros, y con la instauración de la modalidad educativa *online* y de teletrabajo, que supone la afectación de otros derechos, como el derecho a la educación y libertad de enseñanza y el derecho al trabajo; asimismo, otros derechos como la libertad de culto. Se trata de derechos interrelacionados o indirectos.

Ahora bien, cabe preguntarse si resulta justificado que en este estado de emergencia, de carácter muy singular, por las características de la pandemia y sus dimensiones –de repercusión nacional e internacional– se restrinjan no solo los derechos que contempla el artículo 137 de la Constitución, sino también los otros derechos que hemos mencionado.

7 Total de contagiados: 84 495 y fallecidos: 2392.

Para dar respuesta a esta interrogante, debemos tener en cuenta que tres de los derechos que pueden ser objeto de restricción, son la inviolabilidad de domicilio, libertad de tránsito y de reunión, los cuales tienen como uno de sus límites, las razones de sanidad. Al respecto, en el artículo XII del Título Preliminar de la Ley General de Salud se señala que el ejercicio de estos tres derechos, a los que se agregan el derecho a la propiedad y las libertades de trabajo, empresa, comercio e industria, están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública.

Consideramos que los límites a los derechos establecidos en el artículo 137 de la Constitución y a los que alude la Ley General de Salud, en principio, se encontrarían justificados por las graves circunstancias generadas por el COVID-19 y la necesidad de evitar su propagación, lo que se demuestra de modo objetivo con el gran número de infectados y de fallecidos, no solo en nuestro país, sino en diversos países del mundo. Se trata de limitaciones razonables al ejercicio de estos derechos en relación a otros cuya salvaguarda se pretende: la salud, la integridad y, en última instancia, el derecho a la vida.

Sin embargo, es preciso considerar que el respeto de los derechos fundamentales se constituye en límites para el Poder Ejecutivo y, en ese sentido, la normativa del COVID-19, expresada a través de decretos supremos, decretos de urgencia, decretos legislativos y normas infralegales, no debe contravenir los valores, principios y derechos consagrados en nuestra carta magna, de modo explícito o implícito. Durante la vigencia del estado de emergencia, los derechos que se restringen siguen siendo los mismos, porque son consustanciales a la persona humana. La normativa debe estar orientada a enfrentar la grave crisis en resguardo de derechos esenciales como la vida, la integridad y la salud, de modo que las restricciones al ejercicio de los otros derechos deben ser adecuadas, necesarias y estrictamente proporcionales a los fines que se pretende lograr.

Sobre lo anotado, algunas normas no cumplen con lo señalado. Por ejemplo, en el Decreto Supremo N.° 044-2020-PCM, que declaró el estado de emergencia nacional y la cuarentena, en relación a la libertad de tránsito, se dispuso que las personas únicamente podían circular por las vías de uso público, entre otras acciones, para el retorno al lugar de residencia habitual (inciso *e* del artículo 4.1) y, a la vez, se dispuso que el Ministerio del Interior cierre o restringa la circulación por las carreteras por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico; y la suspensión del transporte interprovincial de pasajeros (artículos 4.4 y 9.2).

Era evidente que una regulación de esa naturaleza traería lamentables consecuencias, pues muchos ciudadanos no tuvieron el tiempo necesario para desplazarse en al interior del país. Y hasta la fecha, no pueden retornar a sus lugares de origen, excepto que hayan conseguido vuelos humanitarios, que evidentemente no abarcan a todas las personas. Lo mismo ocurrió con quienes, de nuestro país, viajaron al extranjero o estaban en Perú y debían retornar a sus respectivos países, pues el cierre temporal de las fronteras entró en vigencia desde las 23.59 horas del lunes 16 de marzo de 2020[8].

Estimamos también que la ejecución de las medidas que restringen derechos debe estar orientada a los fines que se pretenden lograr. Resulta contrario al diseño constitucional (que tiene como norma de apertura la dignidad de la persona) una aplicación arbitraria y desproporcionada de esta normativa de emergencia por parte de quienes se les ha encargado la implementación y ejecución de las medidas, en gran proporción, a la Policía Nacional del Perú y a las Fuerzas Armadas. Cabe indicar que valoramos el esfuerzo que los integrantes de estas instituciones vienen realizando desde el 16 de marzo de 2020; sin embargo, hay acciones que son desproporcionadas, como la difusión del video que dio cuenta de una reunión familiar, en el que el padre de familia festejaba su cumpleaños con su esposa e hijos, y la policía, ante el llamado de los vecinos, ingresó al inmueble y los condujo a la dependencia policial. En este caso, si las cuatro personas viven en ese domicilio, no había necesidad de la intervención, pues se trataba del entorno familiar que día a día habitan el mismo inmueble.

3.2. El control jurisdiccional durante el estado de emergencia por el COVID-19

Como ya se ha señalado, el penúltimo párrafo del artículo 200 de la Constitución permite el control jurisdiccional de los actos restrictivos vinculados a la afectación de los derechos restringidos o suspendidos, a

8 Artículo 8, inciso 1.- Durante el estado de emergencia, se dispone el cierre total de las fronteras, por lo que queda suspendido el transporte internacional de pasajeros, por medio terrestre, aéreo, marítimo y fluvial. Esta medida entra en vigencia desde las 23.59 horas del día lunes 16 de marzo de 2020. Si bien luego se ha venido resolviendo el problema de ciudadanos peruanos y extranjeros por intervención de las respectivas embajadas, se produjo una afectación a la libertad de entrar y salir del territorio nacional.

través del hábeas corpus y del amparo[9]. A nuestro criterio, la expresión "o suspendidos" constituye un uso indistinto de la primera acepción. Hemos optado por la posición de que se restringe el ejercicio de los derechos, los que no se suspenden al igual que sus garantías, hábeas corpus, amparo y hábeas data.

La disposición en mención alude al "órgano jurisdiccional competente". La normativa constitucional desarrollada por el CPConst. otorga competencia a los jueces del Poder Judicial que pasan a ser jueces constitucionales en la tramitación y resolución de los procesos de la libertad, en primera y segunda instancia. Los magistrados del Tribunal Constitucional conocen de las resoluciones denegatorias, en última instancia (inciso 2, artículo 200 de la Constitución). Entonces, estamos ante una jurisdicción compartida, en ese sentido, los primeros llamados a otorgar la tutela de los derechos, cuyo ejercicio se restringe durante los estados de emergencia, son los jueces constitucionales del Poder Judicial.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (CEPJ), órgano de gobierno de este poder del Estado, emitió la R. A. N.° 115-2020-CE-PJ[10], la cual, entre otros puntos, dispuso la suspensión de los plazos procesales, y el funcionamiento de órganos jurisdiccionales de emergencia. En relación al tema que se analiza, en cada Corte Superior de Justicia se debe designar un juez penal para conocer temas urgentes, entre ellos, los hábeas corpus; y un juez no penal, también para conocer asuntos urgentes, entre ellos, admisión y medidas cautelares de amparos. En sede de apelación, conoce una sala mixta.

No disponemos de una estadística que dé cuenta de los amparos y hábeas corpus que se han interpuesto y resuelto desde el estado de emergencia (16 de marzo de 2020), pero sí se conoce que el 23 de marzo

9 Ya lo ha dicho la Corte IDH: "Los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 de la CADH y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática". Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, y Caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Sentencias de 8 de julio de 2004, párr. 97; y de 16 de agosto de 2000, párr. 106.

10 Con base en la Disposición Final del Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, que establece: En el marco de su autonomía, los otros poderes del Estado y los organismos constitucionalmente autónomos adoptan las medidas para dar cumplimiento al presente decreto supremo.

de 2020 se dictó el primer rechazo liminar en una demanda de hábeas corpus correctivo, interpuesta por un interno del centro penitenciario de Piedras Gordas contra el juez que le decretó 36 meses de prisión preventiva, y contra el jefe del Instituto Técnico Penitenciario y otro. Los derechos afectados serían la vida, la integridad y la salud, por tratarse de una persona vulnerable al COVID-19 (se le diagnosticó tuberculosis pulmonar MDR –multidrogo resistente–), y se alegó que el hacinamiento de los penales agravaría su estado de salud y que se debía considerar que ya había cumplido 35 meses de prisión preventiva[11].

Luego de este resultado negativo, los procesados optaron por presentar solicitudes de cese o variación de prisión preventiva, ante la jurisdicción ordinaria, y a diferencia de lo resuelto en la jurisdicción constitucional, en algunos casos han obtenido una decisión positiva con la variación de la medida por comparecencia con restricciones o por arresto domiciliario. La argumentación diferente acerca de la protección de los derechos a la salud, la integridad y la vida de los presos preventivos, por parte de los jueces penales en las dos jurisdicciones, es un tema que sin duda generará debate. Además, los distintos criterios para abordar la problemática también se observó en relación a la suspensión de los plazos procesales, pues algunos jueces entendieron que la suspensión también se aplicaba a los privados de libertad y otros que los plazos seguían computándose. Esta situación varió en parte cuando el CEPJ estableció que la suspensión de plazos procesales, no se aplica para el cómputo del plazo de detenciones preliminares y prisiones preventivas u otra medida similar, emitidas por los órganos jurisdiccionales a nivel nacional[12].

En relación a los privados de libertad –procesados y condenados–, es evidente que uno de los principales problemas generados por el COVID-19 es el potencial riesgo del contagio y la imposibilidad del distanciamiento social debido al grave problema del hacinamiento en los penales, lo cual urge una pronta respuesta del

11 El 6 de abril de 2020, se presentó otra demanda de hábeas corpus, entre otros, contra el presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, por la emisión de la R. A. N.° 131-2020-P-CSJLI-PJ, que, a criterio del demandante, impide que se lleve a cabo la audiencia de cese de prisión preventiva, pese a tener las características de urgente e imprescindible.

12 R. A. N.° 121-2020-CE-PJ, del 17 de abril de 2020.

Poder Ejecutivo, pues es un problema estructural en el país[13]. Ante esta situación, el 5 de mayo, el Poder Ejecutivo remitió al Congreso de la República el Proyecto de Ley N.° 5110/2020-PE, que establece medidas excepcionales para el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio del Covid-19, el cual fue acumulado a cuatro proyectos más, cuyos dictámenes fueron rechazados por el Pleno del Congreso el 17 del mismo mes. Lo que implica que es un problema latente, y corresponderá a los jueces ordinarios y constitucionales del Poder Judicial, y eventualmente al Tribunal Constitucional, dar una respuesta a las peticiones que se formulen.

Finalmente, cabe preguntarse si el control jurisdiccional solo se limita a verificar la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo de los derechos fundamentales, o tiene una dimensión más amplia. Al respecto, el último párrafo del artículo 200 de la Constitución, textualmente prescribe: "No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio". A nuestro criterio, si bien formalmente se optó por la tesis del contralor judicial parcial, ello no impide que los jueces controlen las diversas normas que vienen emitiendo los ministerios y las entidades públicas en sus respectivos ámbitos de competencia, con base en el mandato del Decreto Supremo N.° 044-2020-PCM y los que declararon las sucesivas prórrogas. Se trata de normas de alcance general y si infringen a la Constitución o a la ley, procede el control abstracto vía el proceso de acción popular. Ante ello, el CEPJ debe facultar a los presidentes de Corte para incluir en los órganos de emergencia a las salas competentes para cumplir esta función de control, que es fundamental en este contexto de crisis.

Quedan muchas interrogantes en relación al control jurisdiccional, entre ellas, y de singular relevancia, si el Decreto Supremo que instauró el estado de emergencia o los que declararon las sucesivas prórrogas, pueden ser controlados, no obstante la prohibición expresa del último

13 Mediante Decreto Legislativo N.° 1325, del 5 de enero de 2017, se declaró en emergencia el Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario, y se dictaron medidas para su reestructuración, cuyo factor principal de la crisis es la sobrepoblación de internos, así como la falta de recursos humanos, logísticos, presupuesto y servicios penitenciarios para el tratamiento, salud y seguridad penitenciaria.

párrafo del artículo 200 de la Constitución; y de ser así, ¿Quién es el órgano competente para hacerlo?, ¿La Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima –si se acepta que formalmente son normas infralegales–?, ¿O el Tribunal Constitucional –si se acepta que por su contenido, materialmente pueden ser controlados a través del proceso de inconstitucionalidad–?.

Lima, 15 de mayo de 2020.

EL SISTEMA PREVISIONAL EN EL PERÚ EN TIEMPOS DE COVID-19

HACIA UNA URGENTE REFORMA

*Susana Távara Espinoza**

El presente trabajo pretende hacer algunas reflexiones sobre los regímenes previsionales en el marco del respeto de las libertades económicas pero más que eso, poner sobre la mesa la real importancia de que exista una tendencia hacia una prestación en condiciones de dignidad humana, piedra angular de la sociedad y del derecho[1]. El derecho a la pensión está protegido constitucionalmente en los artículos 11[2] y 44[3] de nuestra Carta de 1993. El Estado, en contraparte, juega un papel promotor, administrador, regulador y supervisor.

Pues bien, el sistema de seguridad social en el Perú desde sus inicios ha pasado por varias fases y, en su mayoría por algún tipo de

* Abogada, maestría en Derecho de la Empresa por la PUCP, Directora Académica del CEC del Tribunal Constitucional, docente universitaria, miembro de la APDC.

1 La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

2 El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz su funcionamiento.

3 Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación…

control constitucional. En esta oportunidad, como ya adelanté, no me voy a referir a la seguridad social en salud, lo haré con respecto a la materia pensionaria la que justamente a raíz de una norma legal expedida por el nuevo Congreso de la República ha puesto en el tapete una serie de críticas serias y sostenidas sobre la situación del aportante y pensionista peruano. Debo adelantar que la dación de este tipo de normas no dan solución el problema de fondo, son solo paliativos de un sistema colapsado ya sea público o privado y que ha perdido de vista a su principal actor, el futuro pensionista.

Como venía sosteniendo, el sistema previsional peruano tiene problemas sustanciales que no han aparecido hoy, son ya, de larga data. Como saben, actualmente contamos con ciertos regímenes, los más importantes son dos: el público y el privado.

Respecto al sistema público de pensiones regulado por el D. Ley 19990 (1973) y varias modificatorias, se caracteriza por ser de carácter solidario, esto es, que el dinero aportado para fines de jubilación va a una "bolsa común", vale decir, que lo que invertimos hoy, no me va a beneficiar directamente, pues estará dirigido a cubrir la pensión de quienes cumplan los requisitos para recibirla inmediatamente. Este sistema, es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), y claramente, no está exento de críticas, muy por el contrario, es justamente el colapso del mismo, el que llevó a los entonces gobernantes, a decidirse por nuevo sistema de salud, en este caso, privado. Esto significa que en el Perú contamos con dos sistemas disímiles.

El sistema privado de pensiones aparece por allí por 1993, cuando el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social quebró, las razones van desde que el Estado no es buen administrador, malas políticas públicas en el sistema de reparto hasta temas de mala administración e hiperinflación. La problemática para la reforma giraba y sigue girando en que el crecimiento poblacional ha cambiado, la joven ya no en tan numerosa -para aportar- y, por otro lado, las personas viven más años, lo que obliga al Estado a poner de sus arcas la diferencia para cumplir con el pago de dichas prestaciones creando crisis fiscales, debo señalar que este no es solamente problema en el Perú, sino, además en todo el mundo.

Así, ante este panorama, nace entre 1993 y 1994 el sistema privado de pensiones, que tiene otra lógica, pues cada afiliado tiene un fondo

personal denominado cuenta individual de capitalización (CIC), administrado por las entidades privadas denominadas administradoras de fondos de pensiones (AFO), las que no se benefician de nuestro fondo pero a las que les pagamos una comisión de aproximadamente 2% de nuestra remuneración, dando un total de 12 a 13% para fines previsionales, se trata de un monto nada desdeñable y, que, en rigurosidad, debería ser correctamente administrado.

La idea de las AFP es hacer inversiones a largo plazo las que, lógicamente tendrán rendimiento en un período también prolongado. Actualmente contamos con 4 entidades gestoras (AFP) que compiten muy poco entre ellas, pues al tener una comisión asegurada que reciben mes a mes, además de ello, la cartera de inversión es bastante limitada, inclusive contando con límites invertir en el extranjero. Hoy existen hasta 4 tipos de fondo del menos al más riesgoso, ello, en relación directa con la edad del futuro pensionista, con esto, quiero decir, que quién tiene 60 años no puede invertir, pues no le conviene en un fondo con gran riesgo a diferencia de un aportante de por ejemplo 30 años.

En los últimos días y a razón de la pandemia del Covid-19, que ha generado una crisis de salud sin precedentes, también ha transformado los mercados globalizados y causado graves estragos, iniciando, no solamente en el Perú, sino en todo el mundo, tal y como lo ha informado la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), a la que nuestro país es candidato para integrarla y que, justamente, es una organización cuya misión es diseñar políticas para una vida mejor promoviendo reglas que favorezcan la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el bienestar para todas las personas en materia económica, creación de empleos y la lucha contra la evasión fiscal.

Volviendo a nuestra realidad nacional, como efecto de la crisis sanitaria mundial, ya desde el mes de febrero de este año la bolsa de valores empezó a caer, el precio del petróleo y los comodities también corrieron la misma suerte y resurgió para todos los actores la problemática de la "reforma de los sistemas previsionales", particularmente los ciudadanos reclaman que en el caso de las AFP hay una constante de abuso, de asimetría en la información, baja rentabilidad entre otros. La consecuencia de ello ha sido recibir pensiones de hasta 20, 30 o 50 soles, lo que, por lo menos debió merecer una concienzuda autocrítica por parte de estas empresas gestoras. Sin embargo, pasó todo lo contrario, pues los funcionarios de

las gestoras iniciaron una campaña francamente desalentadora respecto a la disposición del dinero de nuestro fondo.

Este sistema fue materia análisis en algunos extremos por parte del Tribunal Constitucional peruano partiendo de respetar el papel de Estado como regulador o supervisor, me refiero en particular a la STC 0013-2012-PI/TC que evalúa la constitucionalidad de la Ley 29903 y desarrolla el derecho a la pensión en relación con la libertad de contratación, terminando por declarar infundada la demanda, pronunciándose en tres extremos:

a) La comisión por saldo (o remuneración)

b) La centralización de procesos operativos de las AFP

c) La afiliación obligatoria por dos años a la AFP adjudicataria de la licitación en el caso de los nuevos trabajadores que elijan al sistema privado.

Lo relevante de la sentencia del Tribunal Constitucional para los fines de este artículo es que el Colegiado privilegia el derecho a la pensión (cuyo desarrollo ya había sido abordado en la STC 0050-2004-AI/TC) y su contenido constitucionalmente protegido en tres aspectos (libre acceso al sistema, obtención de una pensión y el mínimo vital) en contraposición con las libertades económicas. Es decir, tiene mayor importancia para el Estado una adecuada política pública en materia pensionaria considerando que esta debe ser adecuadamente prestada y en condiciones de dignidad.

Pues bien, los sistemas previsionales tal y como están diseñados en el Perú se basan en una lógica de que el ciudadano perteneciente a la PEA (población económicamente activa) no está acostumbrada a ahorrar o no tiene la cultura, ello, no ha sido demostrado por ningún estudio y menos divulgado, si fuera el caso. Todo lo contrario el trabajador formal evidencia un alto nivel de ahorro (urbano y rural). Es claro que la deducción del más del 10% en ambos sistemas es absolutamente alta, perjudicial y ha resultado ser un incentivo para la informalidad. En nuestro país el 70% de trabajadores son informales, es decir; la normativa en materia de sistemas previsionales en medio de esta crisis sanitaria solamente llegaría en el universo de este 30% aproximadamente, a quiénes están adscritos al sistema de las administradoras de pensiones o al de la Oficina de Normalización Previsional.

Adicionalmente, debe considerarse que la mitad de la PEA que tiene más de 65 años está trabajando actualmente.

La regulación estatal debe recoger todas estas particularidades y sobretodo informar al futuro pensionista, no olvidemos que esta normativa fue creada en los años 90, ante un problema social que exigía urgentes cambios, en una supuesta "economía de mercado". La labor de las AFP representaría un sistema que competiría entre sí, lo cual está muy alejado de la realidad y estaríamos más bien frente a una especie de "concertación", donde todo el pasivo es asumido por el ahorro del futuro pensionista ya que todas las gestoras invierten en casi lo mismo (minería, banca, entre otros), todas a largo plazo.

Tal vez la solución sería buscar formas de ahorro más adecuadas e inteligentes. En lo que definitivamente estamos de acuerdo es en que ambos sistemas requieren una profunda reforma con una mesa de discusión en la que participen todos los actores, organismos reguladores, expertos en temas de inversión, constitucionalistas, expertos en derecho bancario, lógicamente los representantes de las gestoras y de los aportantes, además de los actores políticos. Incido en que los aportantes deben tener una representación en el Comité de Inversiones de las administradoras de fondos de pensiones para evitar situaciones como la ocurrida con la inversión en el banco nuevo mundo que luego quebró y los dueños de los fondos desconocían cuanto dinero se perdió en esa oportunidad. En realidad son pocas las veces en la que el titular de la cuenta conoce las subidas y bajadas de la bolsa, como fue en el 2008, ante la crisis económica generada en los Estado Unidos de Norteamérica.

A propósito del plan de Reforma del Sistema Previsional elaborada por el Ejecutivo con motivo de la normativa dada en la coyuntura del COVID-19 y que desarrollaremos a continuación, fue rechazada por el Legislativo el día de hoy (13 d mayo de 2020) sin ningún argumento de fondo válido, si no, más pareciese que se tratara de una respuesta equivalente a la que recibió este Poder del Estado cuando envió la norma del retiro del 25% del fondo de las cuentas individuales de capitalización y que fuera observada el último día del plazo por el Presidente de la República.

Normativa en materia previsional en la coyuntura del Covid-19:

1. *D.U. 033-2020 Norma que dispone la suspensión temporal y de manera excepcional del aporte de los trabajadores al sistema previsional de pensiones por abril y mayo de 2020.*
2. *D.U 038-2020 Medidas complementarias para mitigar los efectos económicos ante el Covid-19, disponiendo que los afiliados al sistema privado de pensiones puedan acceder a S/ 2000 de su CIC, previo cumplimiento de determinados requisitos y condiciones.*
3. *Ley 31017 Establece medidas para aliviar la economía familiar y dinamizar la economía nacional. Por este medio se aprueba el procedimiento operativo para nuevo retiro extraordinario del 25% de la CIC (cuenta individual de capitalización) con un monto máximo equivalente a 3 unidades impositivas tributarias (UIT).*

   La Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, cumpliendo lo establecido en la norma ha reglamentado por Resolución de SBS 1352-2020 el procedimiento operativo para que las AFP atiendan a los afiliados que soliciten el retiro de sus fondos hasta en 2 armadas.

   Según dicha norma, las solicitudes podrán presentarse desde el 18 de mayo de 2020 (hasta 60 días calendario), siendo responsabilidad de cada una de las AFP establecer y difundir los canales de información, debiendo tratarse de solicitudes sencillas y de fácil acceso.

   Las AFP entregarán el 50% del monto solicitado dentro de los 10 días calendario siguientes de presentar dicha solicitud, estaríamos hablando del 28 de mayo en adelante, el saldo restante, estará a disposición dentro de los 30 días calendario, computados a partir del primer desembolso.

   Si los afiliados tienen en su CIC un monto mayor o igual a S/. 4300 nuevos soles (valor de la UIT), se harán en una única entrega, dentro de los 10 días calendario.

   Las gestoras deberán de disponer del medio idóneo a fin de hacer efectivo el pago, buscando maximizar la cobertura de los afiliados que solicitaron el retiro extraordinario, atendiendo a las condiciones de emergencia. En este caso, debería evitarse el desplazamiento de las personas como ha sido el caso de las largas filas para el cobro de los "bonos" otorgados por el Estado a una serie de personas en estado de vulnerabilidad.

El monto retirado para efectos del D.U 034-2020 será deducido del total que le corresponda al afiliado en la Ley 31017.

Los procedimientos operativos para el retiro extraordinario de los fondos de pensiones, establecido por el Decreto Legislativo 034-2020 se estableció en la Circular de la SBS para las AFP 172-2020.

Así los procedimientos operativos para el retiro extraordinario de los fondos de pensiones, establecidos por el Decreto de Urgencia 038-2020, fueron desarrollados por la SBS con la Circular AFP 173-2020.

El Rol del Banco Central de Reserva y de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP:

Como ya se ha referido el artículo 11 de la Constitución señala que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones…Pues bien, existen dos organismos que juegan un rol preponderante para cumplir con la condición de prestaciones previsionales dignas, me refiero a la SBS y AFP y al BCR.

En cuanto a la Superintendencia de Banca y Seguros como órgano regulador y supervisor del sistema financiero y las administradoras de fondos y pensiones; así como de prevenir y detectar el lavado de activos y financiamiento del terrorismo ha tenido un papel muy importante en la relación entre las empresas gestoras y el aportante. En particular en tiempos de crisis sanitaria viene adoptando las medidas normativas en los plazos señalados y en consideración a criterios razonables y proporcionales.

Por su parte el Banco Central de Reserva de acuerdo a nuestra Constitución cumple la finalidad de preservar la estabilidad monetaria. Es decir, asegurarse que la inflación anual se mantenga dentro del rango meta (esto es, 2.0% con un margen de tolerancia de 1 punto porcentual en cada dirección). Con respecto a la aplicación Ley 31017, que establece medidas para aliviar la economía familiar y dinamizar la economía nacional. Por este medio se aprueba el procedimiento operativo para el nuevo retiro extraordinario del 25% de la CIC (cuenta individual de capitalización) con un monto máximo equivalente a 3 unidades impositivas tributarias (UIT). En torno a ello, el BCR apoyará con la compra de dólares directamente a las AFP si fuera necesario y solo por el período de la ley que permite el retiro del 25% de los fondos de las gestoras de pensiones. Adicionalmente, podrá

prestar a las AFP contra bonos del tesoro y con ello, brindarles la liquidez para el referido retiro. Estas medidas serán por el período de meses. Es decir, ha ayudado con la liquidez necesaria, dejando de lado cualquier vaticinio de quienes insistían en la pérdida de las inversiones.

A manera de conclusión:

1. Los sistemas previsionales en el Perú han colapsado, el privado y el público, necesitan de una reforma integral que no se trate de meras normas populistas, más bien se trata de medidas eficaces que solucionen el problema estructuralmente contando para ello con el concurso de todos los sectores y no, solamente el Estado y las gestoras, si no, incluir a expertos en derecho constitucional, bancario y financiero y a los representantes de los afiliados aportantes.
2. La SBS y el BCR deben actuar de manera imparcial cumpliendo con regular, supervisar y corregir la actuación de las gestoras de administradoras de fondos de pensiones con la finalidad de que la prestación previsional sea dada en condiciones de dignidad humana. Además, deben exigir a las AFP que informe continuamente a los aportantes sobre el destino de sus fondos.
3. Se han dado una serie de normas que permiten al afiliado al sistema previsional privado utilizar una parte de esos fondos para cubrir necesidades inmediatas que surgen de la actual crisis; sin embargo, el sistema público administrado por la ONP no viene siendo favorecido con ninguna medida idónea para sus aportantes en tiempos de Covid-19.
4. Es importante que el Perú conforme la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; con ello, contará con un buen referente para estar a la vanguardia en materia previsional.
5. El Tribunal Constitucional ha expedido una serie de sentencias poniendo en relieve el derecho a la pensión en relación con las libertades económicas.
6. Las gestoras privadas de pensiones a lo largo de 25 años no han podido lograr el objetivo para el que fueron creadas, obligando al aportante a acudir a organismos de protección de sus derechos e incluso a procesos judiciales, al tratarse de dinero que es producto

de su esfuerzo y trabajo. Debe tenerse muy en claro que quién pierde es el ciudadano aportante, pues las empresas tienen una comisión asegurada.

7. Sobre si es el mejor momento para hacer uso de estos fondos de naturaleza previsional, es cierto que, actualmente estamos frente a una crisis que ha causado pérdidas a nuestra cuenta individual de capitalización. Por ello, hay que evaluar si realmente debemos hacer uso de ese dinero, esto podría hacerse en el caso de que estemos ante cualquier supuesto de falta de ingresos con motivo de la crisis o se desee hacer alguna inversión.

8. La realidad de los años 80, donde existían muchos más jóvenes aportantes y menos jubilados ha desaparecido, estamos frente a una realidad inversa que requiere cambios sustanciales. De la PEA de personas de más de 65 años, aproximadamente un 50% actualmente se encuentra laborando. La expectativa de vida se ha alargado en todo el mundo.

9. La informalidad es un gran problema en nuestro país, cabe precisar que se trata del 70% de ciudadanos que no figuran como trabajadores formales, trayendo ello, una consecuencia directa en las inversiones y comportamiento del mercado. Un punto importante es que el 12% invertido es un monto muy alto para fines previsionales y ello, desincentiva la formalidad.

10. No debe perderse de vista que la Constitución y los derechos fundamentales deben ser la guía para toda prestación de carácter pensionaria en condiciones de dignidad.

Lima, mayo de 2020

ESTADO DE EMERGENCIA Y DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO EN TIEMPOS DEL CORONAVIRUS

Tula Luz Benites Vásquez[*]

1. Introducción

Los Estados democráticos en el mundo en coordinación con la Organización Mundial de la Salud han respondido de manera diversa frente a la pandemia causada por el coronavirus (Covid-19). La inmediata acción de los gobiernos fue la declaración del estado de emergencia. Así, en Perú el Presidente Martín Vizcarra declaró, al amparo del art. 137.1 de la Constitución, declaró el estado de emergencia el 15 de marzo (Decreto Supremo 044-2020-PCM), prorrogado para tres periodos de 15 días cada uno de ellos. Es importante señalar que el Estado de emergencia, tiene como base el Decreto Supremo 008-2020-SA que declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19.

Conforme señala Cotino Hueso (2020, p. 90), "(…) por lo general, los efectos generales de la excepcionalidad son una centralización de competencias a favor del Poder Ejecutivo y dentro del mismo, una concentración

* Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antenor Orrego, Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad UPAO.

dentro de un mismo poder, así como alteraciones de competencia entre diferentes organizaciones territoriales".

Al respecto, las medidas adoptadas dentro del período de cuarentena superan lo establecido literalmente en el artículo 137.1 de la Constitución. Así, el Gobierno peruano en el artículo 3 del Decreto Supremo 044-2020-PCM, establece que:

> Durante el presente Estado de Emergencia Nacional queda restringido el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo de la Constitución Política del Perú.

Por su parte el artículo 4 del Decreto Supremo 044-2020-PCM se refiere a la limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas, pero, nos preguntamos: ¿es posible limitar la libertad de tránsito empleando el confinamiento de las personas?, y sumado a ello se limita el derecho a la reunión.

En un determinado momento se prohibió que salgan a la calle parejas de distinto sexo, situación que oportunamente se corrigió, hoy en día toda salida es individual y documentada, lleva a pensar que la regla es la prohibición a transitar y la posibilidad de tránsito es una excepción.

Un sector de académicos en materia constitucional en el Perú justifica la medida del Gobierno en base a la necesidad de proteger la salud. Si bien es cierto, el Gobierno peruano sustenta la declaratoria del estado de emergencia en la necesidad; sin embargo, debemos señalar que este no es el único requisito para que la medida sea lícita pues pueden existir varias vías alternativas.

El toque de queda en el Perú, ordenado por el Gobierno es tomado como una medida única para paliar la pandemia del Covid-19, tal es el caso de la Región La Libertad el cual se inicia a las cuatro de la tarde y en vez de generar resultados positivos muy por el contrario permitió una mayor aglomeración de los ciudadanos en los mercados de abastos, en el transporte público y por ende aumentó el contagio de COVID-19. El Perú cuenta al 13 de mayo su día 59 de confinamiento social con 76.306 casos confirmados y 2.169 fallecidos a consecuencia del Covid-19. La curva no

ha logrado aplanarse y las medidas tomadas por el Presidente Martín Vizcarra, no han surgido los efectos esperados.

Por ello, en un Estado de derecho, previo al requisito de necesidad se tiene que determinar si son idóneas o proporcionales las medidas que se pretenden aplicar. Así, considero que el presupuesto de la necesidad debe tener varias vías alternativas que no han sido tomadas en cuenta oportunamente en nuestro país.

Al respecto, Castellá Andreú (2020), nos enseña que la situación de emergencia que se vive y el confinamiento resultante afectan de forma grave a la libertad circulatoria y al ejercicio ordinario o presencial de derechos como la libertad de culto o de reunión. Si bien es cierto, esta limitación es para proteger la salud pública, pero si se utiliza el virus para expandir de manera no proporcionada, éste debe ser susceptible de control judicial.

2. El derecho al libre tránsito según el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional en la STC 04083-2015-PHC/TC ha delimitado el derecho a la libertad de tránsito en los siguientes términos:

> El derecho a la libertad de tránsito, supone la posibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función a las propias necesidades y aspiraciones personales, a lo largo y ancho del territorio, así como a ingresar o salir de él, cuando así se desee. Asimismo, el derecho al libre tránsito es un elemento conformante de la libertad y una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona; y que esta facultad de desplazamiento se manifiesta a través del uso de las vías de naturaleza pública o de las vías privadas de uso público, derecho que puede ser ejercido de modo individual y de manera física, o a través de la utilización de herramientas tales como vehículos motorizados, locomotores, etc. Sin embargo, corno todo derecho fundamental, la libertad de tránsito no es un derecho absoluto, ya que puede y debe ser limitado, por diversas razones.

Es preciso señalar que en estado de emergencia se permite la restricción o limitación de ciertos derechos, entre ellos, la libertad de tránsito y para su garantía se pueden interponer procesos constitucionales como el habeas corpus y el proceso de inconstitucionalidad para determinar la razonabilidad y proporcionalidad de los actos del Gobierno.

3. ¿Es inconstitucional el confinamiento dispuesto en el artículo 4 del Decreto Supremo 044-2020-PCM?

Sin discutir la necesidad de las medidas sanitarias establecidas en el Decreto Supremo 044-2020-PCM, de 15 de marzo de 2020, mediante el cual se declara el estado de emergencia, resulta que gran parte de dichas medidas restrictivas sobrepasan los límites del marco constitucionalmente fijado para el estado de emergencia.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 137.1, establece expresamente el estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

Al respecto, al interpretar la norma constitucional en cuestión se pregunta Donayre Montesinos (2005), ¿es restricción o suspensión del ejercicio de algunos derechos fundamentales durante la vigencia de un estado de excepción?, sostiene este autor que si asumimos que durante un estado de emergencia el ejercicio de los derecho consagrados en el artículo 137.1 de la Constitución se suspende esto supondría que no podrán ser ejercidos durante el lapso que dure el régimen de excepción. En otras palabras una persona no podrá transitar libremente al interior de su domicilio. Sin embargo, lo que sucede en realidad es que los derechos se ven restringidos o limitados mientras dure el estado de emergencia. Es importante señalar, que en el estado de emergencia se tiene que respetar el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

Al referirse a la proporcionalidad Espinosa Saldaña (1995), manifiesta que las medidas de excepción a implantarse deben estar de acuerdo con la magnitud y características del fenómeno al que se quiere hacer frente y, la razonabilidad supone comprobar si las acciones adoptadas por el Ejecutivo para enfrentar una situación de emergencia guardan una relación de causalidad con aquellos hechos que motivaron las cosas. De verificarse que no existen estos niveles de vinculación, el órgano jurisdiccional amparará las pretensiones de quien o quienes se consideren perjudicados.

Al analizar el artículo 4 del Decreto Supremo 044-2020-PCM que declara el estado de emergencia encontramos que esta norma suspende materialmente la libertad de tránsito al decretar el confinamiento y aislamiento, al salir de manera individual, al suspenderse las labores y al afectar la libertad de reunión, ciertamente el Gobierno alega que es para evitar los contagios de la ´pandemia de Covid-19. En conclusión, este artículo 4 establece una prohibición general de transitar aunque permita algunas excepciones, con requisitos adicionales. De esto se advierte que es inconstitucional la norma bajo análisis. Esto nos suscita un comentario importante, el gobierno peruano ha interpretado la Constitución de conformidad con el Decreto Supremo, cuando debió interpretar el Decreto Supremo de conformidad con la Constitución**,** que es lo que realmente debió hacer, en el cual deben prevalecer los argumentos constitucionales y aplicar éstos a la comprensión del Decreto Supremo 044-2020-PCM y no al revés como ha actuado el Poder Ejecutivo.

En efecto, se debe tener en cuenta que más del 70% de la población económica activa es informal. La población vive del día a día, al decretarse el confinamiento la ciudadanía ha optado por desacatar las órdenes del gobierno, pues, no tienen ingresos para sobrevivir, la migración de Lima con retorno a sus ciudades de origen se ha hecho cada vez más notoria fruto del cierre de los centros de trabajo pues la crisis económica avanza muy rápidamente.

Según el Diario Gestión (2020), el Poder Ejecutivo con buen criterio otorgó un bono de S/ 380. Dicho monto fue destinado únicamente a las familias en condición de pobreza o pobreza extrema de zonas urbanas afectadas por el estado de emergencia y aislamiento social dispuesto por el gobierno para contener los contagios de coronavirus. Esta medida trajo buenas intenciones pero resultó insuficiente,

Por otro lado, es importante señalar lo acotado por Díaz Revorio (2020), al referirse a las estrategias adoptadas por Corea en el cual no necesitaron del confinamiento de las personas. Afirma este autor: "que la experiencia de algunos países que han luchado con buenos resultados contra el coronavirus, como por ejemplo Corea, apunta a la idea de que tal vez sea posible conseguir esos resultados sin el confinamiento obligatorio de la población, siempre que se pongan otra serie de medios y se adopten las medidas adecuadas, algunas de las cuales, obviamente, restringen la libertad de circulación".

En esta misma línea de ideas Arbós (2020), manifiesta que el confinamiento representa una medida extrema que no se adapta al nivel de limitación de la libertad de desplazamiento que únicamente sería admisible en el marco del estado de sitio**.** Cuando se trata del estado de emergencia ésta es posible para limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. Ciertamente no tiene sentido que deba declararse el estado de excepción por el grado de perturbación creada por la crisis del coronavirus**.** Si bien es cierto, la crisis sanitaria pone en riesgo el funcionamiento de un servicio público esencial, como el que presta el sistema de salud, no se debe declarar el estado de excepción si es posible restablecer el funcionamiento normal de los servicios públicos por procedimientos que resulten menos lesivos para los derechos fundamentales.

Finalmente, es importante añadir que de acuerdo al Martialay (2020), en España el Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido el miércoles 13 de mayo de 2020 a trámite el recurso de inconstitucional promovido por 52 diputados de Vox contra el Decreto del Estado. En una providencia, el Tribunal ordena dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno para que puedan personarse y formular las alegaciones que estimen convenientes.

A manera de balance

Los Estados democráticos en el mundo en coordinación con la Organización Mundial de la Salud han respondido de manera diversa frente a la pandemia causada por el Covid-19.

El Decreto Supremo 044-2020-PCM, de 15 de marzo de 2020, mediante el cual se declara el estado de emergencia en el Perú, en gran parte de dichas medidas restrictivas sobrepasan los límites del marco constitucionalmente fijados para el estado de emergencia.

En el estado de emergencia se permite la restricción o límites de ciertos derechos, entre ellos, la libertad de tránsito y para su garantía se pueden interponer procesos constitucionales como el habeas corpus y el proceso de inconstitucionalidad para determinar la razonabilidad y proporcionalidad de los actos del Gobierno.

Referencias bibliográficas

Arbós, Xavier, "Derechos fundamentales y crisis sanitaria", en *El Periódico,* 31 de marzo de 2020,

Castellá Andreú, Josep María, "Incidencia de la COVID-19 sobre la democracia constitucional: reflexiones desde España, en *Letras Libres,* 15 de abril de 2020.

Cotino Hueso, Lorenzo, "Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria", en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho,* nº 86-87, 2020, p.90.

Diario Gestión, ¿Puedo acceder al bono de S/ 380 habilitada para familias vulnerables? Mire aquí si le corresponde?, Gestión, Lima 22 de marzo de 2020.

Díaz Revorio, Francisco, A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales, en *Almacen de Derecho*, Madrid, 9 de abril de 2020.

Donayre Montesinos, Christian, "R de excepción", *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo: obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país,* [et al.]; dir. Walter Gutiérrez. Lima, 2005.

Espinosa Saldaña, Eloy, "Razonabilidad, temporalidad, proporcionalidad y necesidad en la resolución de hábeas corpus en los estados de excepción: el caso peruano", en *Revista Derecho y Sociedad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 10, 1995, Lima, pp. 68-82.

Martialay, Angela, El Constitucional tramita el recurso de Vox contra el decreto del estado de alarma, Diario El Mundo, 6 de mayo de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04083-2015-PHC/TC

COLABORACIONES

Alvarez Miranda, Ernesto
Benites Vásquez, Tula Luz
Bermúdez-Tapia, Manuel
Blume Fortini, Ernesto
Cajincho Yañez, Doris
Campos Ramos, Milagros
Castañeda Otsu, Susana
Castillo Córdova, Luis
Curaca Kong, Alfredo Orlando
Chávez Rabanal, Mario G.
Díaz Muñoz, Oscar
Dominguez Haro, Helder
Durand Avila, Frank Max Augusto
Eto Cruz, Gerardo
Figueroa Gutarra, Edwin
Galvez Adauto, José Luis
García Belaunde, Domingo
García Chavarri, Abraham
Hakansson Nieto, Carlos
Iriarte Pamo, Nadia
López Flores, Berly Javier Fernando
López Viera, José Reynaldo
Miranda Canales, Manuel
Miro Quesada Rada, Francisco
Novoa Campos, Bruno
Ordoñez Rosales, Paola
Palomino Manchego, José Félix
Pestana Uribe, Enrique
Quiroga León, Aníbal
Quispe Ponce, María Candelaria
Rodríguez Campos, Rafael
Sáenz Dávalos, Luis R.
Salomé Castro, Julio César
Sevilla Gálvez, Guillermo Martin
Távara Espinoza, Susana,
Velásquez Ramírez, Ricardo
Vilcapoma Ignacio, Miguel P.

adrus editores