



EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19:

Derecho constitucional comparado

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
DIEGO VALADÉS

Coordinadores

SERIE
OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL

20

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL, núm. 20

Dra. Nuria González Martín
Coordinadora de la serie

Lic. Mariana Ávalos Jiménez
Asistente de la serie

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Isidro Saucedo González
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Diseño de cubierta e interiores



EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19:

Derecho constitucional comparado

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
DIEGO VALADÉS
Coordinadores

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 10 de junio de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional: 978-607-30-1256-0

ISBN electrónico: 978-607-30-4918-4

*En testimonio de admiración y cariño
al eminente jurista y gran amigo
Héctor Fix-Fierro*

Contenido

13

Introducción

21

PANORAMA INTERNACIONAL

Derecho internacional público y la respuesta frente a la pandemia de COVID-19

35

ARGENTINA

La emergencia por el COVID-19 en Argentina

45

Coronavirus y Estado de derecho en Argentina

55

BOLIVIA

La Constitución ante la pandemia del coronavirus

65

BRASIL

A pandemia e as restrições jurídicas à liberdade.
Uma visão preliminar

79

COLOMBIA

Los poderes excepcionales ante una desafiante
pandemia. Experiencias legislativas en estados
de excepción

91

EL SALVADOR

La libertad está sitiada

97

ESPAÑA

Dimensiones constitucionales de la crisis
del coronavirus en España: una crónica
de urgencia

107

ESTADOS UNIDOS

Reflexiones bajo la bruma. Notas sobre el federalismo
en Estados Unidos en tiempos de la pandemia

117

FRANCIA

El marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria
del COVID-19 en Francia

127

ITALIA

La pandemia de la Constitución: el impacto del COVID-19 en el sistema constitucional italiano

133

MÉXICO

Democracia en vilo —y Constitución también—

139

COVID-19 y Constitución en los Estados Unidos Mexicanos

147

PANAMÁ

La emergencia sanitaria por COVID-19 en la República de Panamá: ante la incertidumbre, el desconcierto y el miedo

157

PARAGUAY

Constitución, emergencia sanitaria y restricción de derechos en Paraguay en el inicio de la pandemia

167

PERÚ

La Constitución peruana frente al COVID-19

173

PUERTO RICO

Puerto Rico ante la pandemia

183

REPÚBLICA DOMINICANA

Limitación de los derechos fundamentales a causa del coronavirus

191

URUGUAY

La vía jurídica uruguaya

203

SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS

Sin excepción: la interamericanización como respuesta a la pandemia de COVID-19 en América Latina

213

ESTADO DE DERECHO

Los retos de la pandemia del COVID-19 para el Estado de derecho

221

Ollis salus populi suprema lex esto
en Cicerón

237

EPÍLOGO
La fuerza normativa de las crisis

Introducción

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), se constituye, por sí mismo, además de la labor propia de investigación, docencia y vinculación, en una editorial con reconocimiento no sólo nacional sino incluso internacional, con un alto estándar de calidad académica en sus publicaciones y con un impacto tanto por el número de ellas como por la divulgación de las mismas.

A esta labor editorial, el doctor Pedro Salazar Ugarte, director del IIJ-UNAM, en su plan de trabajo 2018-2022 incluyó un proyecto editorial especial titulado “Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional” coordinado por quienes suscriben estas líneas, el cual se hizo efectivo a partir de octubre de 2018.

La propia naturaleza de este proyecto especial habla por sí solo, al congregarse: i) temas de coyuntura con relevancia jurídica e incluso temas no estrictamente legales; ii) vinculados con la Agenda Nacional; iii) con una extensión breve; iv) dirigido a un público no necesariamente especializado; v) con una vocación informativa, es decir, no es un documento estrictamente doctrinal pero tampoco es divulgación *per se*, y vi) que amerita celeridad en su redacción y publicación para que consiga el impacto deseado, es decir, incidir en la opinión pública y eventualmente en la toma de decisiones públicas.

Por las razones de excepcionalidad por las que estamos transitando en 2020, con la emergencia sanitaria por COVID-19, creímos conveniente utilizar este canal de conocimiento para hacerle llegar a todos los interlocutores involucrados, información sencilla y veraz sobre

el estado del arte, las consecuencias y las proposiciones lanzadas desde diferentes áreas del conocimiento jurídico.

En este número incorporamos una perspectiva de derecho comparado que, por la naturaleza de una pandemia, también es de relevancia nacional. Se cuenta con la colaboración del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional cuyo presidente, Diego Valadés, es investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Los capítulos se presentan por el orden de los países a los que corresponden.

El acrónimo COVID-19 se utiliza en género masculino a pesar de que su composición corresponde a la expresión inglesa “coronavirus disease” (enfermedad por coronavirus). En las academias de la lengua se discute si corresponde al género femenino, pero la lingüista y filóloga Concepción Company ha explicado que en Hispanoamérica la tendencia en cuanto a la aplicación del género corresponde al agente que produce una enfermedad, en este caso un *virus*, el *coronavirus*, por lo que se justifica el uso dominante del género masculino. En cuanto a la escritura, en esta colección se utiliza el acrónimo con mayúsculas, aunque es posible que por su rápida lexicalización en un futuro cercano se escriba covid-19, en minúsculas, por tratarse de un nombre común.

Los 22 capítulos que integran esta obra se orientan a examinar las bases constitucionales de las medidas adoptadas con motivo de la pandemia y, en los casos específicos de sistemas federales (Argentina, Brasil, Estados Unidos y México), las facultades de los diferentes niveles de gobierno y sus relaciones entre sí. El capítulo inicial encuadra la pandemia desde la perspectiva del derecho internacional público, y al final de la obra se formulan reflexiones sobre derechos humanos y Estado de derecho, más un epílogo que plantea a grandes trazos algunos problemas previsibles para el Estado constitucional.

Salvo el primero y los cuatro últimos capítulos, los demás se presentan de acuerdo con el orden alfabético de los 16 países a los que se refieren.

Armin von Bogdandy y Pedro A. Villarreal analizan el papel de la Organización Mundial de la Salud (OMS) frente a la pandemia de COVID-19 desde una perspectiva de derecho internacional público. Exponen algunas de las obligaciones, facultades y procedimientos para dar respuesta a una pandemia, conforme al Reglamento Sanitario Internacional de 2005. La OMS desempeña una función técnica que se ve reflejada en la dimensión de los derechos humanos, pues orienta a los Estados hasta qué punto es necesario adoptar medidas restrictivas. El delicado balance entre diversas libertades y la protección de la salud pública debe estar sustentado en fundamentos científicos. Las directrices y recomendaciones de la OMS contribuyen a la ponderación que llevan a cabo los Estados.

Antonio María Hernández (Argentina) señala que para hacer frente a la crisis sanitaria se gobierna por decretos y se ha regresado al hiperpresidencialismo, con mengua del papel que incumbe al Congreso. El jurista subraya que el Congreso no está cumpliendo con sus funciones de control político. También indica que no se han respetado los principios del Estado federal, a pesar de que las competencias en una emergencia sanitaria corresponden a los cuatro órdenes de gobierno: gobierno federal, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios. Hace un llamado para mantener la vigencia de los principios del constitucionalismo, sometidos a una dura prueba con motivo de la pandemia.

Daniel Sabsay (Argentina) plantea las consecuencias que derivan de la emergencia institucional que suscita la pandemia, y observa su impacto sobre los derechos y la organización del poder. Considera que el comienzo de la pandemia y su tratamiento por parte del presidente fue auspicioso. Sin embargo, la parálisis del Congreso y el funcionamiento excepcional de la justicia han llevado a una expansión excesiva del poder presidencial y a una sostenida suspensión de derechos. La ausencia de controles permite que se perpetúe y se acentúe ese estado de cosas en oposición a lo que establece la Constitución. Analiza los hechos en el nivel nacional, en provincias y municipios. Le preocupa que este tipo de anomalías constituyan precedentes para tiempos normales.

José Antonio Rivera (Bolivia) aborda el análisis de las medidas excepcionales adoptadas por el gobierno boliviano para enfrentar la crisis sanitaria generada por la pandemia del COVID-19, partiendo de las previsiones constitucionales que sustenten la adopción de dichas medidas; asimismo, identifica las tensiones generadas por las medidas aplicadas en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Marcelo Figueiredo (Brasil) examina el impacto del COVID-19 en la sociedad brasileña y en su estructura política y social. El análisis incluye los reglamentos sanitarios de la Organización Mundial de la Salud y cómo se lleva a cabo el acoplamiento entre ellos y la Constitución. También aborda la resolución de los conflictos normativos y las aporías derivadas de los mismos.

Julio César Ortiz (Colombia) indica que la pandemia ha generado una constelación de decisiones legislativas y reglamentarias de carácter general que ha puesto a prueba las capacidades y las competencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Los confinamientos, el aislamiento y la distancia social han imposibilitado de manera temporal el ejercicio del control político por el Congreso. A pesar de ser un sistema unitario se han presentado choques políticos con las autoridades locales por el ejercicio de las facultades de policía. Se prevén conflictos entre las autoridades de elección popular y el gobierno nacional por la regulación de las libertades y derechos de las personas.

S. Enrique Anaya (El Salvador) expresa que algunas decisiones gubernamentales no se ajustan al marco constitucional y legal, llegando al extremo de desobedecer resoluciones expresas del tribunal máximo en materia constitucional y de disponer la detención ilegal de más de dos mil personas.

Miguel Revenga (España) describe los modos de defensa extraordinaria de la Constitución española para situar el contexto del estado de alarma vigente; analiza las implicaciones del confinamiento y sintetiza las principales medidas adoptadas para hacer frente a las consecuencias sociales de la pandemia.

Jorge Madrazo (Estados Unidos) analiza la forma en que el federalismo ha funcionado en medio de la pandemia. Diversas leyes de emergencia y declaraciones de desastre se han expedido en Washington D. C. y en la mayoría de los estados de la Unión. De acuerdo con la décima enmienda de la Constitución, las facultades originales pertenecen a los estados y las residuales, que deben constar en forma explícita, son de la Federación. El autor examina la tensión entre el presidente, que toma numerosas decisiones, y los gobernadores.

Renaud Bourget (Francia) señala que para responder a la situación sanitaria, Francia cuenta, entre otros, con el plan Organización de la Respuesta del Sistema de Salud en Situaciones Sanitarias Excepcionales (ORSAN). Desde su activación, el marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria ha evolucionado. Tras una primera etapa de decretos, fue promulgada la Ley núm. 2020-290 (23 de marzo de 2020) para hacer frente al COVID-19; esta Ley estableció el estado de emergencia sanitaria.

Luca Mezzetti (Italia) explica que la emergencia resultante de la pandemia ha causado profundas alteraciones en el funcionamiento de la forma de gobierno de su país, mismas que se han proyectado hacia el sistema de fuentes del derecho y al ejercicio de los derechos fundamentales.

Juan Jesús Garza Onofre, Sergio López Ayllón, Issa Luna Plá, Javier Martín Reyes y Pedro Salazar Ugarte (México), formulan un planteamiento conjunto. Señalan que las medidas adoptadas por la Secretaría de Salud de México con motivo de la contingencia producida por el COVID-19 pueden afectar algunos derechos fundamentales y sus garantías. Además, subrayan que el Congreso de la Unión dejó de funcionar por decisión de sus propios integrantes, marcando un contraste con otros sistemas constitucionales. Además de la reanudación de las actividades plenas de las dos cámaras del Congreso, proponen varias medidas concretas para hacer frente a la crisis sanitaria para que no se convierta también en una crisis institucional.

José María Serna (México) presenta tres temas que han estado en el debate mexicano en el contexto de la epidemia del COVID-19: el impacto de la crisis sanitaria en el principio de división de poderes; la discusión sobre a cuáles órganos corresponde atender la emergencia en el contexto del sistema federal mexicano, y el efecto de la emergencia en la conducción de los procesos electorales previstos para junio de 2020.

Sebastián Rodríguez Robles (Panamá) plantea que la reacción ante la pandemia produjo fuertes medidas de orden sanitario y de seguridad pública que impactaron los derechos humanos. La situación creada obliga a que en el futuro sean revisadas las instituciones democráticas para conseguir la tutela efectiva de los derechos humanos.

Diego Moreno (Paraguay) aborda los problemas de encuadre constitucional que se han suscitado en su país con motivo de las medidas de restricción de derechos destinadas a hacer frente a la pandemia del COVID-19 en su etapa inicial. A pesar de las dificultades indica que las restricciones adoptadas fueron necesarias y han tenido soporte constitucional.

Ernesto Blume Fortini (Perú) sustenta que la Constitución peruana prevé mecanismos institucionales para enfrentar situaciones como la que se presenta a raíz del COVID-19 y agrega que el problema no es normativo sino humano.

Efrén Rivera Ramos (Puerto Rico) describe la respuesta del gobierno de Puerto Rico ante el COVID-19 y los problemas constitucionales y de derechos humanos suscitados por las medidas adoptadas. Se detallan las diversas disposiciones emitidas por la gobernadora para imponer cuarentenas, decretar toques de queda e imponer acciones cautelares. Se analiza también el papel de los poderes Legislativo y Judicial, así como la ambigüedad y amplitud de los decretos, la posible violación de los derechos políticos y civiles, así como el menoscabo de los derechos económicos y sociales.

Hermógenes Acosta (República Dominicana) comenta las medidas excepcionales tomadas por el gobierno dominicano para ralentizar la propagación del coronavirus y evitar el

colapso del sistema sanitario. Dichas medidas han tenido un impacto significativo respecto de la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, en particular, en lo que concierne a la libertad de tránsito, la libertad de empresa, el derecho al trabajo y los derechos políticos. La limitación de estos últimos derechos obedece a que la pandemia llegó al país cuando terminaba un proceso electoral municipal y dejó pendiente el presidencial y el legislativo.

Eduardo G. Esteva Gallicchio (Uruguay) estudia la situación que se produjo al comprobarse los primeros casos positivos de COVID-19 en Uruguay; reseña el marco constitucional disponible para enfrentar la pandemia; sintetiza las medidas adoptadas por el gobierno y concluye caracterizando el modelo aplicado y el esbozo de tránsito a una nueva normalidad.

Mariela Morales explica que ante el “estado de excepción regional” que se ha configurado a partir de las declaratorias de estado de excepción en un alto número de países latinoamericanos, las medidas adoptadas para enfrentar la pandemia de COVID-19 deben cumplir el test democrático y los estándares de derechos humanos, en particular los desarrollados por la Comisión y la Corte interamericanas de Derechos Humanos.

Carlos Ayala Corao subraya que, para enfrentar la grave situación creada por la pandemia, la mayoría de los Estados del mundo han declarado estados de excepción o de emergencia sanitaria, o bien, sus equivalentes. La pandemia ha afectado instituciones fundamentales del Estado de derecho y de la democracia, como la celebración de elecciones, el funcionamiento de los poderes legislativos y de los tribunales de justicia. Esta situación representa un reto. Para responder, las instituciones jurídicas deben reinventarse y así enfrentar la pandemia de manera efectiva desde la Constitución y el derecho internacional.

Diego Valadés presenta un panorama referido al impacto de la crisis en el sistema representativo y en el Estado laico.

Con este volumen continuamos la tarea de ofrecer opiniones muy calificadas de manera que permita su lectura rápida. Al exponer el panorama de varios países, regidos por

sistemas políticos distintos, es posible tener una idea clara de la generalización de las respuestas ante el desafío planteado por la pandemia. En las páginas que se verán a continuación será posible advertir qué soluciones están en marcha y cuáles problemas están haciéndose evidentes para el funcionamiento de los Estados constitucionales.

Dejamos constancia de reconocimiento a la totalidad del personal del Instituto, encabezado por el director Pedro Salazar, por mantener el ritmo de trabajo incluso en condiciones tan adversas. La imaginación y el temple han sido características de este Instituto, al cual nos enorgullecemos en pertenecer.

Bajo el sello de la serie “Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional” seguirán apareciendo otros volúmenes, como una aportación a la reflexión y al debate propios de una sociedad libre y plural.

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN
Diego VALADÉS

PANORAMA INTERNACIONAL

Derecho internacional público y la respuesta frente a la pandemia de COVID-19*

En diciembre de 2019, fue identificado un nuevo virus que circulaba en la población de la ciudad de Wuhan, China, causando lo que entonces se diagnosticó como “neumonía atípica”. Después de unos días, comenzó a extenderse por todo el mundo. El virus, más tarde designado como SARS-CoV-2, se convirtió efectivamente en una pandemia. Apenas tres meses después de su primera identificación, el patógeno ha engendrado una verdadera crisis global. Hasta la fecha ha cobrado cientos de miles de vidas. Aunque no es comparable con la pandemia de gripe de 1918-1919 con sus más de 50 millones de muertes, el fantasma de este evento se vislumbra.

A medida que la pandemia de coronavirus se agudiza, las naciones de todo el mundo se esfuerzan por mejorar sus respuestas. Diversas medidas han traído un amplio espectro

* Elaborado por Armin von Bogdandy y Pedro A. Villarreal; son director e investigador senior, respectivamente, en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg. Se extiende un agradecimiento especial a Paula Alejandra González Mateus por la traducción y revisión del texto original. La presente contribución está basada en una publicación previa en inglés de ambos autores, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650.

de restricciones: desde alertas generales hasta acordonamiento de ciudades y, en algunos casos, de países enteros. Muchos gobiernos han declarado estados de emergencia, asumiendo así poderes o facultades excepcionales. Se han visto impactados tanto los derechos humanos como la separación de poderes.

Del mismo modo, el tipo de respuestas de los gobiernos ha variado considerablemente. Mientras que algunos han adoptado restricciones a nivel comunitario desde el principio, otros han retrasado la implementación de tales medidas también debido a sus devastadoras consecuencias económicas. Incluso entre aquellos países con restricciones en toda la comunidad, existen diferencias notables entre cuarentenas nacionales totales y parciales. Las autoridades nacionales parecen tener un amplio margen de maniobra en términos de cómo responder a la pandemia. Esto ha llevado a una comparación inevitable entre países, para ver cuáles han reducido la propagación del virus de manera más efectiva y cómo. Las medidas exitosas se discuten, y a veces se implementan, en diferentes contextos legales.

En medio de este contexto de contrastes nacionales en la respuesta frente a la pandemia de COVID-19, la Organización Mundial de la Salud (OMS) es actualmente la institución internacional el centro de atención. Actúa, por un lado, como el proveedor de la información técnica relativa al virus proporcionada por los Estados miembros y, por otro, emite pautas y recomendaciones sobre “cómo combatir la pandemia”. Pero ¿cuál es la base legal para esto? ¿Cuáles son las obligaciones, facultades y procedimientos relevantes según el derecho internacional público para la respuesta ante una pandemia? ¿Han sido cumplidos? ¿Qué papel ha desempeñado hasta ahora el derecho internacional, a través de sus instituciones y, en particular, de la OMS?

El derecho internacional y la geopolítica del reporte de enfermedades

La OMS es la principal institución internacional en el área de supervisión y respuesta internacional a enfermedades.¹ Emplea a más de 7,000 personas y dirige más de 150 oficinas en distintos países. En comparación con otras organizaciones internacionales, goza de amplios poderes. Puede emitir reglamentos vinculantes para todos los Estados miembros y lo ha hecho, por ejemplo, en 2005 con la versión más reciente del Reglamento Sanitario Internacional (RSI). Las obligaciones del RSI reflejan una comprensión condensada de las prácticas desarrolladas a través de muchas décadas de negociaciones diplomáticas, aportes de expertos y operaciones sobre el terreno en campañas de salud pasadas. Abarca los 194 Estados miembros de la OMS, incluidos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. El RSI es un instrumento jurídico amplio y detallado, con 66 artículos, 9 anexos y 2 apéndices.

El papel de la organización como agencia técnica internacional capaz de evaluar informes separados de los intereses nacionales, al menos en papel, tiene sentido. Pero la organización sigue dependiendo principalmente de la información proporcionada por los Estados miembros. Es por eso que el artículo 6o. del RSI obliga a los Estados a notificar a la OMS dentro de 24 horas de “todos los eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública de interés internacional”. La información faltante, demorada o no totalmente confiable no es sólo un infortunio, sino un asunto legal. Las acusaciones continuas de demoras y encubrimientos se refieren directamente a esta obligación jurídica.

Esta obligación ha creado recientemente controversias entre los gobiernos de los Estados Unidos y China. Cuando la etapa inicial del brote en China se informó por primera

¹ Véase a este respecto Petrova Georgieva, Virdzhiniya, “Los retos de la Organización Mundial de la Salud. Lecciones del brote de COVID-19”, en González Martín, Nuria (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: reflexiones desde el derecho (I)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

vez a la OMS en diciembre de 2019, ello permitió que el resto del mundo tomase nota de la amenaza emergente. Pero las acusaciones de encubrimientos iniciales por parte del gobierno chino ponen en duda su pronta denuncia. La pregunta que plantean diversos medios, autoridades públicas y estudiosos del derecho es si, en ese caso, China podría (y debería) asumir la responsabilidad internacional en sentido legal. Por ejemplo, en declaraciones recientes, el presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, acusó al gobierno chino de un encubrimiento en las etapas iniciales de la pandemia. Tal decisión habría evitado que la comunidad internacional reaccionara desde antes. El reclamo sigue a varios informes periodísticos de retrasos iniciales por parte de funcionarios chinos y sus intentos de minimizar la gravedad del brote. Las acusaciones de encubrimientos y demoras adquieren relevancia legal a través de las obligaciones de reportar conforme al RSI.

La lucha contra la pandemia también se está transformando en una competencia entre regímenes políticos. Aquí, a algunos les preocupa que los regímenes autoritarios como China, donde el poder de toma de decisiones y, por ende, la información, puedan ser más concentrados y verticales, puedan responder de manera más eficiente que sus contrapartes más democráticas, como Italia, España o Francia. Como está claro que cualquier régimen tiene un gran interés en demostrar su éxito, existe un incentivo evidente para alterar el número de contagios y muertes. Sin embargo, esto puede ser más difícil en regímenes democráticos con mayor transparencia. Aunque siempre es posible tergiversar los números, los controles adicionales ayudan a proporcionar otras fuentes o referencias. Aquí, las disposiciones aparentemente técnicas de la Parte II del RSI muestran su naturaleza verdaderamente fundamental para sortear temas geopolíticos. La fiabilidad y precisión de la información se convierte en una cuestión de derecho internacional.

Por lo tanto, el artículo 9o. permite a la OMS tomar en cuenta tanto los informes oficiales como “otros informes”. Dado que la información en las redes sociales también documenta lo que está sucediendo, la OMS podría confrontar legalmente los datos oficiales

con los “otros informes”, determinar las discrepancias y pedir aclaraciones a las autoridades chinas. De hecho, el artículo 10 del RSI otorga a la OMS el poder de solicitar a un Estado parte una verificación de dichos informes. Prevé de modo explícito que la OMS puede compartir activamente información de otros informes si el Estado afectado no coopera. En consecuencia, la OMS puede desempeñar un papel estrictamente técnico, pero, al mismo tiempo, crucial en la incipiente discusión sobre la competencia entre regímenes políticos. Por supuesto, podría ser difícil para la OMS confrontar al gobierno chino, que puede a su vez negarse a compartir información esencial para combatir la pandemia. Pero esa falta de cooperación también sería perjudicial para China porque: uno, demostraría cuán poco confiable son sus autoridades respecto a cuestiones de hecho, y dos, ponen en duda cualquier éxito que afirmen sobre sus medidas contra el coronavirus. En consecuencia, las normas del RSI sobre la notificación de enfermedades tienen un papel directo que desempeñar en la situación geopolítica en curso.

Precisamente con respecto a la competencia política, la OMS se encuentra en el medio de los Estados Unidos y China. Los recientes anuncios del presidente Trump en el sentido de retener las contribuciones financieras previamente autorizadas del país a la OMS se basan en la creencia de que la organización es demasiado indulgente con China y no respondió de manera rápida y efectiva a la crisis. Por supuesto, uno puede preguntarse si este uso político de la crisis está destinado a justificar los propios retrasos del gobierno de los Estados Unidos. Desde que la OMS declaró desde el 30 de enero de 2020 que la propagación del coronavirus (SARS-CoV-2) es una emergencia de salud pública de preocupación internacional, el mundo entero al menos estaba al tanto de los efectos potencialmente devastadores de este evento, temores que luego se confirmaron. Por lo tanto, aunque la OMS tendrá que explicar su alto nivel de deferencia a China, el alcance total de las consecuencias resultantes difícilmente sería atribuible a su respuesta.

Más allá de la autoridad técnica

La función de la OMS no se limita al intercambio de información. También puede emitir orientación sobre las mejores medidas para enfrentar la propagación internacional de la enfermedad. Aquí es donde se refleja su autoridad técnica. En este sentido, el artículo 18 del RSI proporciona una lista de medidas que la OMS puede recomendar a los Estados, desde las menos hasta las más restrictivas. Estas recomendaciones pueden consistir, por ejemplo, en colocar a las personas infectadas en aislamiento, implementar procedimientos de detección complementarios en aeropuertos y puertos marítimos, o incluso prohibiciones de viaje, si bien la OMS hasta ahora ha recomendado no implementar estas últimas durante la pandemia de COVID-19.

La disposición en cuestión no especifica qué modos de implementación serían aceptables. Además, la redacción “puede incluir lo siguiente” deja la puerta abierta a otras nuevas medidas no consideradas de antemano. Como se dijo en otra parte, el avance tecnológico conduce a la creación de nuevas herramientas para la vigilancia epidemiológica que ni siquiera existían al redactar el RSI. Un ejemplo notable a este respecto es el uso de datos personales tomados de teléfonos móviles con el fin de rastrear contactos de personas afectadas. Singapur y la República de Corea los han adoptado, tras lo cual el gobierno de China siguió su ejemplo. Recientemente se discutió en Alemania, pero se descartó por el momento y su implementación está sujeta a revisión ante los tribunales en Israel. Esto podría estar incluido en el marco general de “localización de contactos” en el artículo 18 del RSI.

Además, el artículo 43 aclara que la ley de la OMS no prohíbe las “medidas de salud adicionales” que van más allá de las recomendaciones de la OMS. Esto pone de relieve cómo la inobservancia puede no ser ilegal *per se*. Sin embargo, los Estados deben: a) informar sus acciones a la organización, y b) justificar el mayor grado de restricción. Lo más importante, estas “medidas adicionales” deben basarse en evidencia científica. A medida que las prohi-

biciones de viaje se multiplican, y dado que la OMS ha recomendado contra ellas en varias ocasiones, surge la pregunta de si tales medidas adicionales están científicas y, por lo tanto, legalmente justificadas.

Un choque de derechos humanos

Una de las principales preocupaciones frente a las medidas para responder ante una pandemia es cómo pueden afectar los derechos humanos. Aunque los artículos 3o. y 32 del RSI exigen que se respeten los derechos humanos, no hay más especificaciones sobre cuáles están en juego, ni se explica cómo deben ser respetados en situaciones concretas. El artículo 32 del RSI, que exige el respeto de la “dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales” de los viajeros, es una disposición muy abierta. En este contexto de pandemia, los pactos internacionales tanto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) son directamente relevantes.²

En el caso del PIDCP, las intervenciones no farmacéuticas “clásicas”, como los aislamientos y las cuarentenas obligatorios, así como las medidas de distanciamiento social comunitario, tienen una relación directa con los derechos consagrados en este instrumento legal. Dichas medidas se consideran necesarias principalmente cuando no hay remedios farmacéuticos. Consisten en obligar a las personas a permanecer en un espacio cerrado durante un periodo de tiempo determinado, que puede tener distintas características. De acuerdo con las definiciones del artículo 1o. del RSI, el aislamiento es para personas con una infección confirmada. En cambio, las cuarentenas son para personas que no tienen un diagnóstico de infección, pero se sospecha que lo están porque, por ejemplo, han estado en contacto con

² Véase también Villarreal, Pedro A., “Las medidas de respuesta a la pandemia de COVID-19: derechos humanos en tensión”, en González Martín, Nuria (coord.), *op. cit.*

otras personas cuya infección ha sido confirmada, o bien han estado presentes en zonas de alta transmisión. Ambas medidas limitan la libertad de circulación de las personas. En sus modalidades más estrictas, incluso pueden constituir una restricción de la libertad debido a condiciones que equivalen a detención, específicamente cuando las personas se ven obligadas a permanecer encerradas en habitaciones de hospital o instalaciones especializadas. Por ejemplo, el gobierno cubano colocó a pacientes con VIH/SIDA en aislamiento obligatorio en los denominados “sanatorios” entre 1986 y 1989. Cabe mencionar que dicho país aún no es Estado parte del PIDCP.

En entornos que no son de emergencia, los derechos humanos requieren una evaluación de riesgos específica para cada persona al decidir si imponer el aislamiento obligatorio o la cuarentena. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que tales aislamientos y cuarentenas individualizados están justificados, aunque en circunstancias delimitadas. Pero cuando la transmisión ocurre a nivel comunitario, la capacidad de los Estados para realizar evaluaciones individualizadas puede ser rebasada. Las autoridades públicas pueden recurrir al despliegue de las restricciones de movimiento más amplias: cuarentenas comunitarias o masivas que, dependiendo de su implementación, pueden incluir los llamados cordones sanitarios. Debido a la gradualmente menor incidencia de enfermedades infecto-contagiosas a nivel mundial, tales medidas fueron vistas como una posibilidad remota y han sido poco investigadas.

En el pasado, las recomendaciones de la OMS ya han incluido poner a las personas en aislamiento o en cuarentena, aunque no en cuarentenas masivas. Tal escenario ocurrió en Sierra Leona, Guinea y Liberia en 2014 a la luz del catastrófico brote de ébola que afectó a los tres países. En medio de la pandemia de coronavirus, la lista de países de todo el orbe que imponen cuarentenas masivas aumenta día a día. Aunque la OMS no las ha recomendado de manera explícita hasta el momento, el artículo 18, párrafo 1 del RSI, prevé esta posibilidad. Además, la OMS, y su actual director general, Tedros Adhanom Ghebreyesus, han elogiado a los gobiernos que deciden imponerlas.

Las cuarentenas a nivel comunitario crean un gran desafío para los derechos humanos, toda vez que es muy difícil imponer restricciones a un individuo si no se evalúa un peligro o riesgo concreto en su caso. Es revelador que los gobiernos que han impuesto cuarentenas masivas no han basado tales medidas en los fundamentos legales normales, sino que han considerado necesario invocar poderes de emergencia. Por ejemplo, países de distintas regiones del mundo, como Italia, Francia, España, Hungría, Argentina, Chile o Perú, lo han hecho en la actual pandemia de COVID-19. Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, dicha declaración es relevante en términos del artículo 4(1) del PIDCP, que prevé lo relativo a derogaciones durante emergencias. Sin embargo, para justificar la restricción de los derechos del PIDCP, el artículo 4(3) del PIDCP exige que los Estados parte notifiquen al secretario general de las Naciones Unidas.

Invocar una derogación en virtud del artículo 4o. del PIDCP durante una pandemia encuentra apoyo además en los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Principios de Siracusa”), en particular en sus párrafos 25 y 26. La aprobación de medidas restrictivas por parte de la OMS es relevante, de acuerdo con el párrafo 26 de los Principios de Siracusa. La Observación general 29 del PIDCP también reconoce la posibilidad de restringir en general la libertad de movimiento en virtud del artículo 12 del PIDCP y la libertad de reunión en virtud del artículo 21 del PIDCP. En casos más extremos, incluso el derecho a la libertad en virtud del artículo 9o. del PIDCP puede estar restringido, aunque bajo la condición de un procedimiento judicial que valide la legalidad de las medidas.

En caso de que un Estado no haya utilizado el procedimiento del artículo 4o. del PIDCP, la conformidad de esas medidas con el Pacto será evaluada conforme a los fundamentos jurídicos normales. Según la Observación general núm. 29 del PIDCP, tal justificación parece posible. Lo más importante a este respecto es que los propios derechos humanos pueden requerir la implementación de políticas restrictivas. El derecho a la salud, como se formula en

el artículo 12.2(c) del PIDESC, puede exigir protección contra las epidemias. Los medios para hacerlo pueden incluir cuarentenas y aislamientos individuales, o incluso cordones sanitarios cuando no hay medios menos restrictivos disponibles y una amenaza se avecina. Por supuesto, la ponderación entre los derechos de libertad personal, libre circulación y reunión, por un lado, y el derecho a la salud, por otro, es muy difícil. En la doctrina contemporánea sobre derechos humanos, se acepta que los derechos civiles y políticos, por un lado, y los sociales, económicos, culturales y ambientales, por el otro, tienen el mismo valor jurídico. Tanto las obligaciones de salvaguardar las libertades como las de proteger contra las consecuencias de una pandemia, son cuestiones relativas a derechos humanos.³

En este ejercicio de ponderación, la evidencia científica, siempre y cuando esté disponible, es un factor decisivo. La justificación principal para la adopción de medidas restrictivas debe basarse en la ciencia, particularmente en la investigación médico-epidemiológica. Si desde un punto de vista científico, una medida restrictiva se considera efectiva y necesaria para lograr el objetivo principal, es decir, detener la propagación de una enfermedad, entonces está justificada a primera vista. Justamente otro propósito del RSI es disuadir la adopción de medidas restrictivas sin fundamentos científicos. El asesoramiento técnico de la OMS contribuye así a identificar qué medidas pueden ser aceptables.

¿Puede prevalecer una respuesta global basada en normas internacionales frente a la pandemia de COVID-19?

La propagación global del SARS-CoV-2 ha puesto al derecho internacional relativo a la respuesta a pandemias y los ámbitos jurídicos afines en el centro de atención. Por supues-

³ Villarreal, Pedro A., *op. cit.*

to, el derecho internacional no es el principal instrumento para combatir el virus. De hecho, el papel de las instituciones internacionales en general parece ser incierto durante esta crisis. La justificación desplegada por los Estados a menudo parece ser “mi país primero”. Al mismo tiempo, hay pruebas abrumadoras de que “estamos juntos en esto”. Como se dijo al principio: pocos problemas son tan globales como las pandemias. El que las respuestas nacionales tomen en cuenta esta dimensión global o no, es una cuestión diferente.

Las normas jurídicas relacionadas con la respuesta a la crisis de COVID-19 se demarcan aún más por la pericia técnica de la OMS, que se refleja en sus recomendaciones técnicas. Aunque no son legalmente vinculantes, permiten abordar una buena cantidad de problemas críticos. Las especificaciones de la OMS respecto de cuáles medidas son las más adecuadas contra la pandemia de coronavirus pueden tener ramificaciones legales significativas. Aun así, ¿se cumplen las normas jurídicas? No todos los países han observado todas las normas, todo el tiempo. Sin embargo, no hay evidencia de que el régimen de respuesta a la pandemia no tenga validez. ¿Qué papel ha jugado el derecho internacional público y sus instituciones hasta ahora? Parece seguro asumir que, sin el marco jurídico existente o la orientación proporcionada por la OMS, las respuestas nacionales serían aún más diversas y el grado de incertidumbre sería mayor.

Aunque de manera más discreta de lo que deseáramos como juristas, la OMS parece ser exitosa en mantener su papel de actor técnico relevante en aras de enmarcar una respuesta realmente global frente a la pandemia. Así, puede contribuir a un rol de clarificación en la competencia entre regímenes políticos, con el propósito de darle cauce al discurso global sobre cuál es la mejor estrategia de protección frente a esta y futuras pandemias. Para tal objetivo, debería tener una mayor capacidad de brindar estadísticas confiables sobre cuántas personas han fallecido a causa de la enfermedad en los distintos países. Como siempre, la OMS depende de los reportes de autoridades nacionales, y los gobiernos tendrán la referida

tentación de embellecer las cifras. Sin embargo, en atención a las posibilidades antes mencionadas de recurrir a “otros informes” en caso de que un gobierno no proporcione la información necesaria de manera transparente, un cambio en el enfoque de la organización frente a sus Estados miembros sería bienvenido. Dicha transparencia y visualización de los “puntos ciegos” favorecen los intereses de la salud global. En el pasado y hasta ahora, la OMS ha dependido en mayor medida de los reportes de autoridades nacionales, lo cual en ocasiones ha conducido a consecuencias trágicas. Por ejemplo, durante la etapa inicial de la crisis del ébola en África occidental en abril de 2014, la OMS basó su evaluación exclusivamente en la información errónea del gobierno de Guinea y se rehusó a considerar los reportes de ONGs, específicamente Médicos Sin Fronteras (*Médécins Sans Frontières*), respecto de la gravedad del brote. La demora en la declaración de una emergencia de salud pública de importancia internacional no ayudó a la credibilidad de la OMS.

Hasta ahora, buena parte de los especialistas y académicos en el ámbito de la salud global proporcionan una perspectiva positiva de la respuesta de la OMS, y en particular del papel del director general Ghebreyesus. Por supuesto, quedan aún temas por clarificar. Por ejemplo, hay duda respecto de cuáles fueron las razones por las que el director general no declaró una emergencia de salud pública de importancia internacional desde una primera reunión que tuvo lugar en Ginebra el 23 de enero de 2020, sino hasta el 30 del mismo mes y año. Una deferencia hacia China es ciertamente uno de los posibles factores explicativos. De manera similar, una falta de coherencia en el uso del término “pandemia” en distintas declaraciones del director general, específicamente del 25 de febrero y del 11 de marzo del año en curso, generó confusión entre los Estados miembros. Por éstas y otras razones, después de que finalice formalmente el punto más álgido de la pandemia, con fundamento en el artículo 50 del RSI, debe establecerse un comité de examen independiente que evalúe las decisiones de la OMS, como fue llevado a cabo después de la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010, y la crisis del ébola en África occidental de 2014-2016.

La OMS, como lo ha mostrado la pandemia actual, es una parte esencial del orden mundial multilateral. Por ello, se debe fomentar el cumplimiento del papel que le corresponde en dicho espacio multilateral, para lo cual se le debe apoyar en su actual predicamento financiero, ocasionado por la suspensión irresponsable de las contribuciones económicas de los Estados Unidos a dicha organización.

ARGENTINA

La emergencia por el COVID-19 en Argentina*

Ante la pandemia del coronavirus que afecta al país, *el presidente de la República, con el apoyo de autoridades legislativas y de gobernadores de distinto signo político*, anunció el 19 de marzo el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia núm. 297/2020, que implantó el *aislamiento social preventivo y obligatorio*, entre otras medidas. Posteriormente explicó que *no era necesaria la declaración del estado de sitio*, pues con la aplicación del Decreto y de la emergencia sanitaria declarada anteriormente por el Congreso, se contaba con los instrumentos jurídicos e institucionales suficientes.

Nosotros destacamos esta *“actitud de unión nacional y de prudente, adecuada y estricta aplicación de la Constitución Nacional en una cuestión tan decisiva y extraordinaria como la de esta emergencia, que exhibió marcadas diferencias con lo acontecido a lo largo de nuestra historia”*.

* Elaborado por Antonio María Hernández, profesor titular plenario de Derecho constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba, presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, miembro del Consejo Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ex Convencional Constituyente de la Nación.

Y agregamos:

En este contexto, ésta es una oportunidad para producir un cambio institucional que imperiosamente requiere el país. Las medidas frente a esta pandemia fueron dictadas con respeto de la ley suprema, y ahora se trata de hacer cumplir las normas, lo que obliga al mejor funcionamiento posible de los cuatro órdenes de gobierno: federal, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios. No se olvide que todos tienen competencias en materia de salud. Y que el poder de policía respectivo fue reconocido por la Corte Suprema en el célebre caso «Saladeristas de Barracas», de 1887. Y en este sentido, aunque los poderes ejecutivos sean los órganos que en la instancia tengan mayores competencias para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso y los otros cuerpos legislativos dejen de cumplir sus roles para la aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia utilizados. Además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional. Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática, el orden constitucional y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese es el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado.⁴

A casi treinta días de aquellas primeras medidas que mostraron una actitud plausible, con una adecuada comunicación del presidente con la oposición, y que abonaban la posibilidad de cambios que nos evitasen volver a las prácticas del pasado, *debemos ahora expresar que la realidad institucional indica lo contrario.*

Se gobierna por decretos y resoluciones y por muy pocas personas, como ocurriera en el pasado. No sesiona el Congreso y actúa de manera limitada el Poder Judicial, porque se ha declarado una Feria Judicial Extraordinaria por la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales

⁴ Cfr. Hernández, Antonio María, *Clarín on line*, del 23 de marzo de 2020. A los pocos días reiteré la necesidad de que el Congreso sesionase para cumplir con su rol institucional (también, *Clarín on line* del 27 de marzo).

Superiores de Justicia de las Provincias. En consecuencia, no hay adecuados controles sobre las diversas medidas de emergencia que pueden afectar los derechos individuales.

Hemos regresado al hiperpresidencialismo que padecemos, como expresión de una débil cultura de la legalidad y de una baja calidad institucional, caracterizada por los rasgos delegativos, corporativos y centralistas de nuestra democracia.

Debemos detenernos en el tema del Congreso, por su especial gravedad institucional, ya que su falta de funcionamiento afecta hondamente nuestra democracia republicana y federal.

El Congreso no está cumpliendo con las obligaciones constitucionales para el control de los institutos de emergencia que se están utilizando, especialmente de los decretos de Necesidad y Urgencia y de los decretos delegados,⁵ correspondientes a la emergencia sanitaria. No se reúne la Comisión Bicameral Permanente prevista por el artículo 99 inc. 3 para recibir dentro de los 10 días del dictado de cada uno de ellos al jefe de gabinete de ministros. Tampoco se cumple con la obligación posterior del tratamiento dentro de los 10 días por las respectivas cámaras del Congreso. Existen ya decenas de decretos dictados como hemos mencionado, a los que se suman resoluciones ministeriales, en una variedad de materias, sin el debido control legislativo y de constitucionalidad, como en el pasado que hemos descrito en el punto anterior.

Además, frente a la complejidad de la pandemia, con sus múltiples problemas no sólo sanitarios, sino incluso políticos, económicos, sociales, institucionales, éticos e internacionales, ¿cómo podemos prescindir del necesario debate y deliberación del órgano que representa la legitimidad popular en su más amplia expresión?

⁵ Aunque en los decretos dictados por el Poder Ejecutivo se menciona como fundamentación a los incs. 1 y 3 del artículo 99, correspondiente a decretos reglamentarios y de Necesidad y Urgencia.

La unión nacional que necesitamos frente a tan grave desafío no debe implicar un pensamiento único y centralista, sino la expresión plural de la sociedad abierta, para alcanzar el mayor consenso democrático posible en la emergencia.

Resulta inconcebible que no sesione el Congreso, que con sus dos cámaras representa al pueblo de la nación y de las provincias.

Si no lo hace con la presencia física de los legisladores, como otros congresos y parlamentos de países democráticos, podría hacerlo de manera virtual, como también ocurre en otros países.

Ante los reclamos por el funcionamiento del Congreso, la presidenta del Senado presentó una *Acción Declarativa de Certeza ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación* donde se pregunta “¿Es constitucionalmente posible que tal como lo dispone el artículo 30 del Reglamento del Senado sesione mediante medios virtuales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID-19?”.

Dicha presentación ha producido numerosos rechazos por una multiplicidad de razones jurídicas, institucionales y políticas, tanto por los propios legisladores como por profesores de derecho.

Por razones de extensión de este trabajo, enunciamos sintéticamente los argumentos, las razones por las que sostenemos la inconstitucionalidad e improcedencia de la acción presentada: *a)* no hay caso o cuestión federal, porque se trata de una consulta y la Corte históricamente no se ha expresado al respecto; *b)* tampoco corresponde la acción declarativa de certeza, ya que aquí no hay incertidumbre, puesto que la respuesta es evidentemente afirmativa; *c)* la Corte es incompetente, ya que no es una causa de competencia originaria, conforme al artículo 117 de la Constitución Nacional, que sólo admite las mismas cuando se trata de “asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que una Pro-

vincia fuese parte”; d) porque la sanción e interpretación de un reglamento es competencia exclusiva y excluyente de cada de las cámaras del Congreso, según lo dispuesto por el artículo 66 de la ley suprema; e) porque uno de los principios del control de constitucionalidad es que cada poder interpreta y aplica por sí mismo la Constitución, y f) porque importa desconocer la división y equilibrio de poderes, afectando gravemente a nuestro sistema republicano y federal.

Con relación a este tema, con fecha 21 de abril acaba de emitir su dictamen el procurador general de la nación, doctor Eduardo Casal, en la vista que le fuera corrida, expresando que conforme al criterio fijado en el precedente “Sojo”, entre muchos otros, *“opino que la cuestión planteada, aún en el marco de un proceso judicial, resultaría contraria a la competencia originaria de la Corte”*.

En definitiva, es urgente e imperioso que el Congreso se ponga en funcionamiento, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

Consideraremos seguidamente las cuestiones vinculadas al *federalismo*. En los artículos periodísticos de nuestra autoría citados inicialmente, señalamos que a diferencia de otras oportunidades, fue plausible que el presidente hubiera anunciado el Decreto de la cuarentena con el apoyo de los gobernadores. Pero también advertíamos que no debíamos volver a las prácticas pasadas, en que las emergencias sirvieron para la centralización del país.

Creemos que aunque se han producido consultas a los gobernadores y al jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, además de algunos intendentes, *no se han respetado en su plenitud los principios de nuestra Federación, que han establecido un federalismo moderno, de concertación, asentado en maduras relaciones interjurisdiccionales*.

En primer lugar, porque la *falta de funcionamiento del Congreso* durante esta emergencia afecta directamente a nuestra Federación. No se escuchan las voces, las ideas, las propuestas de los diputados del pueblo de la nación, ni la de los senadores de nuestras provincias, que son la representación genuina de un país tan extenso y diverso como Argentina.

En segundo lugar, porque debemos tener en cuenta que en esta emergencia sanitaria, las *competencias corresponden de manera concurrente* a los cuatro órdenes gubernamentales: gobierno federal, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios. Además, que los servicios públicos en esta materia están a cargo principalmente de las provincias, la CABA y los municipios. En consecuencia, debiera haberse adoptado una *participación conjunta y coordinada* de los diversos gobiernos en las grandes decisiones durante la emergencia, en lugar de las asumidas sólo por el Poder Ejecutivo mediante decretos. Asimismo hubiera sido conveniente un desarrollo más pronunciado de las relaciones interjurisdiccionales y una mayor decisión y ejecución a cargo de los gobiernos subnacionales. Creemos, no obstante, que la decisión principal que fue la de disponer la cuarentena, *fue acertada y ha logrado tener éxito, por contar con el apoyo de los gobiernos provinciales, de la CABA y municipales*. Estimamos que la Federación como sistema de Estado y de gobierno, ha resultado muy importante en esta oportunidad, como lo indican otros ejemplos en el derecho comparado, particularmente el de Alemania.

Deteniéndonos en la importancia de un *federalismo de coordinación*, indicamos que en algunos decretos de Necesidad y Urgencia como el núm. 355/2020, en el artículo 3o. se hace adecuada referencia a la coordinación con los diversos órdenes de gobierno para la ejecución de diversas medidas. Pero en ese mismo decreto, en el artículo 2o. se dispone prácticamente una *subordinación* de los gobiernos subnacionales, ya que sólo la Jefatura de Gabinete está facultada para disponer excepciones en cuanto a la salida ordenada de la cuarentena, a pedido de aquellos gobiernos. Y lo propio ocurrió con el Certificado Único Habilitante para Circulación en todo el país, correspondiente sólo al Ministerio del Interior, con muy alto grado de centralización.

Creemos que las decisiones con respecto a estas últimas cuestiones referidas *deberían corresponder a los gobiernos provinciales y municipales*, sobre todo en esta etapa en que se trabaja en la extensión de la cuarentena hasta mayo, pues la diferente realidad que

presenta la pandemia en las provincias y en los municipios así lo amerita. En las provincias de Catamarca y Formosa no hubo ningún contagio y en las de Jujuy, Salta, Entre Ríos y La Pampa muy pocos, por lo que la reanudación de actividades y la mayor circulación puede resolverse anticipadamente a otros lugares del país, como la Provincia de Buenos Aires, la CABA, con los mayores focos de contagio. Pero incluso en una provincia como la de Córdoba, se observan distintas realidades, y cerca de 30 gobiernos municipales han solicitado avanzar en la salida de la cuarentena ante la ausencia de casos. Creemos que la concentración de todas las decisiones en el gobierno central, o incluso en los provinciales, debe ceder ante las ventajas evidentes de la descentralización, como verdadera técnica de vida social, en un país tan extenso.

Hacia el futuro esperamos que se avance en las mejores prácticas institucionales y de relaciones interjurisdiccionales, de acuerdo con el proyecto federal de la Constitución, asentado en las autonomías provinciales, de la CABA y municipales.

Continuando con este análisis, debemos considerar brevemente cómo ha sido el *funcionamiento institucional de los gobiernos subnacionales* en la emergencia. Y en este aspecto también se ha observado el fenómeno del hiperpresidencialismo, con falta de funcionamiento de legislaturas y de concejos deliberantes, aunque con las excepciones que seguidamente indicamos. En efecto, han sesionado de manera virtual las legislaturas provinciales de Córdoba, Mendoza y Salta y los concejos deliberantes de Córdoba, Mendoza, Rivadavia, Maipú, Godoy Cruz, Guaymallén y Santa Rosa.

En cuanto al ejercicio de sus competencias en esta materia, se puede señalar que más allá de algunas cuestiones que analizaremos en relación con los derechos afectados, *en el país hubo plena coincidencia de los diversos gobiernos* en aplicar el distanciamiento social obligatorio como principal medida de lucha contra la pandemia.

En cuanto al breve análisis de los *derechos fundamentales restringidos o lesionados* por esta emergencia, señalamos en primer lugar la libertad física o de locomoción, la de reunión,

los de trabajar y ejercer industria lícita, como consecuencia del aislamiento preventivo y obligatorio. Pero por excesos cometidos, en algunos casos se han lesionado o intentado lesionar los derechos a la igualdad, a la privacidad, al derecho de informarse y a la libertad de prensa, consagrados por la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales con esa jerarquía.

Con respecto a los primeramente mencionados, la constitucionalidad del DNU fue así resuelta por un fallo de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, sala integrada de hábeas corpus, que rechazó un hábeas corpus presentado al respecto.

Sin embargo, en un hábeas corpus colectivo admitido en Chubut, la jueza Del Valle Moreno sostuvo que hubo excesos policiales en el cumplimiento de las medidas dispuestas, que habían incluido un virtual toque de queda en poblaciones, entre otras medidas que iban más allá del DNU núm. 297/2020.

Otra norma que fue declarada inconstitucional fue la Resolución Conjunta del Ministerio de Salud y de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la CABA núm. 16/2020, en sus artículos 2o. y 3o., que habían dispuesto la obligación para los adultos mayores de 70 años de efectuar un aviso a la autoridad pública antes de salir de sus viviendas, en el marco de lo dispuesto por el DNU 297/2020, y que tenía una duración de 48 horas. La intención inicial del gobierno había sido que dichos adultos mayores solicitasen permiso para salir, pero ante las críticas recibidas, emitieron la referida Resolución. Pero aun así fue declarada inconstitucional en una sentencia de extensa argumentación que consideró que se violaba el principio de igualdad de los mismos, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la CABA.

En relación con las posibles violaciones de la privacidad de las personas, debe mencionarse la declaración efectuada por la ministra de Seguridad de la Nación, de que se efectuara un ciberpatrullaje para medir el humor social en las redes por parte de las fuerzas de seguridad, lo que originó inmediato rechazo opositor.

Por último mencionamos lo ocurrido en la Provincia de San Luis, donde el gobernador resolvió impedir la distribución de diarios y revistas nacionales desde el 14 de abril de 2020. Se trata de una grosera violación de los derechos a la información como de la libertad de prensa, reconocidos por el Bloque de Constitucionalidad Federal y por la propia Constitución Provincial.

Propuestas y reflexiones finales

Pensamos que las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, democrático, liberal y republicano. En consecuencia, aunque los poderes ejecutivos sean los órganos que tengan mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso, las legislaturas y los concejos deliberantes dejen de participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse. Además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial por los poderes judiciales federal y provinciales, para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional.

Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese es el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de nuestra cultura constitucional y de la legalidad.

En tal sentido, queremos recordar especialmente las pautas de limitación y control, señaladas desde hace años por Germán J. Bidart Campos:⁶

- a) Previamente a la puesta en vigor de un instituto de emergencia o a la adopción de las medidas respectivas, el órgano de poder competente debe efectuar una

⁶ Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1972, pp. 166 y 167,

declaración formal sobre la situación de emergencia. b) Es menester que esa declaración así como la puesta en vigencia del instituto de emergencia queden sujetos a control judicial de constitucionalidad. c) Conviene que el órgano de poder exprese los motivos que fundamentan el acto declarativo de tales medidas, para que el control opere de manera objetiva y razonable. d) Debe fijarse la extensión temporal y territorial del instituto o de las medidas de emergencia. e) Debe subsistir integralmente el funcionamiento de los tres poderes del Estado y mantenerse el control de constitucionalidad pues la violación de derechos producida por la emergencia tiene que ser judicialable, a fin de respetar la tutela judicial efectiva.

Asimismo, el reconocido publicista agregaba: “Logrado este delineamiento, hace falta todavía dejar establecido que: a) ninguna emergencia ni instituto de emergencia confiere poderes superiores o ajenos a la Constitución; y b) ninguna emergencia ni instituto de emergencia significa suspender la vigencia de la Constitución”.

Insistimos además en la necesidad de respetar especialmente los mandatos constitucionales de un federalismo de coordinación y concertación entre los cuatro órdenes gubernamentales: federal, provinciales, de la CABA y municipales, con un mayor desarrollo de relaciones interjurisdiccionales.

Finalmente, esta emergencia mundial por la pandemia nos ha planteado dos grandes opciones, según lo expresan Yuval Noah Harari y Byung Chul-Han: o una actitud solidaria y multilateral a través de las Naciones Unidas y de las organizaciones regionales, o la correspondiente a nacionalismos agresivos; y la segunda opción, entre las respuestas de sistemas democráticos o las de sistemas autocráticos o totalitarios.

Nosotros creemos que la respuesta consiste en aferrarnos a los grandes valores del constitucionalismo y del humanismo, con una lucha permanente por la democracia, la libertad y la dignidad humana.

Coronavirus y estado de derecho en Argentina*

Súbitamente el mundo se ha visto afectado por una pandemia producto de la aparición de un virus desconocido, el coronavirus (COVID-19). Su desconocimiento y por ende la inexistencia de vacuna para hacerle frente a lo que se agrega la velocidad de su expansión —en pocos meses casi la totalidad de los países ha sufrido las consecuencias de la infección— llevaron a la necesidad de imponer el confinamiento de miles de millones de personas. Frente a esta situación extrema, resultó necesaria la toma de decisiones urgentes capaces de encauzar el fenómeno. Se trató de impedir que de golpe un número importante de personas contrajeran la enfermedad y en consecuencia de evitar que las capacidades hospitalarias colapsaran. De ahí la necesidad de conseguir un “amesetamiento” del número de contagiados que permitiría fortalecer la estructura sanitaria susceptible de hacer frente a la situación e ir logrando la atención paulatina de los enfermos. Este es el principal argumento para proceder a aislar a las personas impidiéndoles la salida de sus casas. Una medida tan drástica produce serias consecuencias en el mundo del trabajo, de la empresa; en suma, de la economía en general dado que sólo se permite el funcionamiento de las actividades más esenciales. Así las cosas, los gobiernos se ven obligados a enfrentar un serio dilema consistente en decidir a si se le da prioridad a la salud o a la economía. Apostar a favor de la salud aparece *prima facie*

* Elaborado por Daniel A. Sabsay, profesor titular y director de la carrera de posgrado de Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

la respuesta más adecuada; sin embargo, la cuarentena provoca rápidamente consecuencias gravísimas en los planos económico y social. Cierre de pequeñas y medianas empresas, desempleo masivo, parálisis de los sectores más dinámicos, como son el turismo, la construcción, la gastronomía, entre muchos otros, plantean problemas no sólo para el presente sino también para el futuro.

Este planteamiento que hemos recorrido a “vuelo de pájaro”, desde el ángulo del derecho constitucional nos obliga a analizar lo sucedido, hacer balances provisorios y repensar el trazado de las instituciones.

Otra vez resulta necesario observar el concepto y el alcance de la emergencia que como fenómeno de la realidad invade la esfera jurídica, en particular la del derecho constitucional. La emergencia modifica las instituciones, pone en suspenso partes de la Constitución. Pero esto no puede ser un vale todo, no puede penetrar abusivamente en la esfera de los derechos, tampoco dejar a las personas indefensas frente a posibles abusos. Los poderes del Estado deben funcionar y, si bien las fuerzas centrífugas generarán un fortalecimiento del Ejecutivo, ello no debe adormecer al Legislativo ni a la justicia. Rápidamente estos últimos deben retomar su actividad e impedir que se esfumen los *cheks and balances*. Cuáles deben ser las respuestas según los países que tengan una estructura centralizada o descentralizada. Cuáles son los límites a la autoridad en la emergencia en materia de derechos humanos. Éstas son las cuestiones que nos proponemos desarrollar a continuación a partir de la observación de lo ocurrido en mi país, Argentina.

La noción de emergencia ha servido a los gobernantes argentinos y de muchos otros países de América Latina como justificativo para saltar el marco constitucional y tomar medidas que superen el ámbito de sus respectivas competencias. Los golpes de Estado según sus protagonistas han sido realizados para superar circunstancias excepcionales, esto es, emergencias. Pero no sólo la discontinuidad constitucional ha ido de la mano de estos argumentos. También en tiempos normales se la ha invocado para tomar medidas que han

quebrantado numerosos derechos. La emergencia económica ha sido una de las especies más recurrentes y que con mayor severidad ha afectado libertades y derechos.

Consideramos situación de emergencia a aquella circunstancia absolutamente excepcional y súbita que se interpone al normal desarrollo de las instituciones, y que obliga a mitigar de manera transitoria el carácter imperativo de las normas de derecho público contenidas en la ley fundamental. Esta rápida conceptualización de la noción jurídica de emergencia destaca sus elementos fundamentales. Son ellos, la excepcionalidad, la transitoriedad, la necesidad de impedir males mayores en resguardo del interés general de la comunidad, el acaecimiento de una situación imprevisible que se impone a la voluntad de los protagonistas, quienes no la han provocado en modo alguno. No dudamos en afirmar que la emergencia sanitaria presenta estas características a diferencia de la gran mayoría de las que sucedieron en el pasado.

En nuestro país, la emergencia es y ha sido uno de los elementos fundamentales de su accidentada vida institucional. Así, de manera transversal y desde muy larga data prácticamente las instituciones de fuente constitucional han sido afectadas toda vez que la autoridad ha recurrido a ella para modificar el marco constitucional vigente. Lo preocupante para el Estado de derecho es que se produce su debilitamiento cada vez que se la invoca, en tanto ello importa la imposición de fuertes restricciones a los derechos consagrados en la Constitución en aras de hacer frente a esa situación de carácter extraordinario.

Las situaciones de emergencia que históricamente tuvieron recepción en el texto constitucional son aquellas de origen político, que se derivan de conflictos internacionales o de graves disturbios internos que afectan el desenvolvimiento normal de las instituciones. En el texto originario de la Constitución sancionada en 1853, los mecanismos diseñados por el Constituyente para dar respuesta a estos acontecimientos, son el estado de sitio y la intervención federal, según se trate de las situaciones previstas en el artículo 23 o en el artículo 6o. de la norma fundamental.

Con la reforma constitucional de 1994 se aceptaron dos nuevos tipos de emergencia: a) la delegación legislativa por causa de emergencia pública, regulada en el artículo 76, y b) los decretos de necesidad y urgencia, regulados en el artículo 99, inciso 3, de la ley suprema. Estos institutos ya formaban parte de la Constitución material, a raíz de una tendencia cada vez mayor de nuestros gobernantes de invocar la emergencia para ejercer el poder. Esta fue, precisamente, la razón que llevó al Constituyente de reforma a regular su ejercicio en el texto constitucional, mediante el diseño de controles que permitieran encauzar su utilización dentro de los límites impuestos por el Estado de derecho. Sin embargo, hasta el presente no se ha conseguido cumplir con este objetivo.

Frente a la amenaza creciente de la pandemia, en territorio argentino se imponía la toma urgente de decisiones a efecto de establecer medidas de prevención que impidieran la expansión desmedida del virus y por ende el crecimiento de los infectados. Así las cosas, en el seno del Ejecutivo se barajaron dos medidas posibles, la declaración del estado de sitio que requiere de una ley del Congreso o el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. Un sector de la doctrina consideró que el instrumento adecuado era el estado de sitio, que es un instituto de emergencia que regula la Constitución para permitir la defensa de las instituciones democráticas frente a situaciones extraordinarias y transitorias de carácter político. Consideramos junto a una buena parte de opinión constitucional que el remedio no tenía que ver con las circunstancias a las que se debía hacer frente ya que no estaban en juego las situaciones ni los objetivos que contempla el artículo 23 de la Constitución. Por ello, la decisión del presidente de dictar un decreto de necesidad y urgencia (DNU) nos pareció acertada. No sólo a través del estado de sitio se pueden establecer restricciones a la libertad de circulación, sino que también lo puede hacer una ley dentro de los límites que contemplan la Constitución y los tratados internacionales. Un DNU ajustado a la ley fundamental tiene el mismo valor que una ley, siempre que luego sea convalidado por el Congreso. Estimamos que por primera vez las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 99, inciso 3, se encontraron reunidas. Se requería una decisión inmediata para cuyo dictado el Congreso, a

pesar de la materia, no podía reunirse y deliberar con la celeridad necesaria para hacer frente a la emergencia. Así las cosas, el 12 de marzo pasado el presidente Alberto Fernández dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia núm. 260/220, que establece fundamentalmente una cuarentena que debía extenderse por catorce días y faculta al ministro de Salud como autoridad sanitaria para la toma de decisiones en las áreas que precisa el artículo 1o. La decisión principal fue el aislamiento obligatorio y las acciones preventivas que debían llevarse a cabo por el término mencionado.

La decisión fue comunicada en el marco que creemos más propicio, conjuntamente con la oposición. Así, el presidente lo hace rodeado de dos gobernadores del partido oficial y dos de la oposición. De este modo se transmitió una imagen de unión nacional por demás oportuna en función de la importancia de las medidas a tomar y de la percepción de concordia y aquiescencia de las principales fuerzas políticas, lo que facilitaría enormemente el acatamiento de las medidas de parte de la población. Esas señales permitieron que la imagen positiva del presidente creciera enormemente. A partir de allí hemos asistido a una evolución que en muchos aspectos genera gran preocupación para quienes tememos un eventual debilitamiento del Estado de derecho. Al primer DNU le han seguido otros veinte en áreas muy diversas si bien vinculadas con la pandemia. Esta escalada en el ejercicio de potestades legislativas por parte del presidente no tiene antecedentes desde 1983, año del retorno a la democracia. En gran medida se debe a la parálisis del Congreso de la Nación que se ha visto acompañada por la decisión de la Corte Suprema de Justicia de declarar en receso al Poder Judicial hasta el 26 de abril. Es decir, que sólo unos pocos jueces en algunos juzgados permanecen en funciones y sólo entienden en casos de suma gravedad. De modo tal que el país es gobernado desde hace más de un mes por una sola persona. De prolongarse esta situación entraríamos en una etapa de “hiperpresidencialismo” pocas veces visto en nuestro pasado. La ausencia de controles, la falta de deliberación en la toma de decisiones no puede perpetuarse bajo la excusa de la necesidad de hacer frente a la emergencia.

El argumento que se invoca para no reunir al Congreso se funda en la necesidad de modificar el reglamento de las cámaras a efecto de posibilitar que las sesiones se lleven a cabo a través de alguna modalidad no presencial. Dicha enmienda requeriría de una sesión presencial. Este razonamiento no nos parece válido pues desconoce precisamente la emergencia como fuente para evitar la parálisis del Poder Legislativo. Ante circunstancias excepcionales son necesarios remedios también excepcionales para evitar que se dañe el interés general. Entonces, cabe remover escollos de orden procedimental que impidan el normal funcionamiento del Legislativo con el grave riesgo de afectar derechos fundamentales que ello conlleva. Sorprende que se celebren reuniones de comisiones no presenciales sin que se haya modificado ningún reglamento. Aun si se considerara que la reunión plenaria de cada una de las cámaras podría acarrear futuros pedidos de inconstitucionalidad de las normas que se sancionen, ello no es óbice para celebrar una reunión presencial con todas las prevenciones relativas a la distancia entre legisladores y demás medidas encaminadas a protegerlos, que tenga como objeto exclusivo la modificación del reglamento agregando al artículo que establece la modalidad presencial de las sesiones la alternativa de que éstas puedan ser virtuales. El Congreso tiene a su cargo el desarrollo de una función fundamental para la dinámica institucional de una República. Su letargo, lejos de facilitar la vida durante la pandemia y la cuarentena, es susceptible de provocar la violación de derechos, la falta de información, el surgimiento de un pensamiento único, so pretexto de que las voces disonantes entorpecen la búsqueda de soluciones y el ejercicio excesivo del poder presidencial.

El artículo 99, inciso 3, de nuestra Constitución exige, como modalidad de control, que los DNU's que sean enviados por el jefe de gabinete, inmediatamente después de su dictado, a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso para que ésta decida a través de un despacho, su ratificación o su rechazo en el plazo de quince días. Asimismo, el jefe de gabinete de ministros debe concurrir mensualmente al Congreso, de manera alternativa al menos una vez por mes al Senado y la siguiente a la Cámara de Diputados, para dar un informe sobre la marcha del gobierno. La inacción del Congreso impide que se cumplan estas exigencias

constitucionales que importan controles básicos del accionar del presidente y de sus ministros. En particular fiscalizar el uso de sus facultades excepcionales en lo que hace al dictado de decretos de contenido legislativo.

Encontramos también este estado de cosas en las provincias y en los municipios. A esta altura de nuestro desarrollo queremos destacar la importancia del Estado de derecho en tiempos de coronavirus o de emergencias en general. Lo ocurrido en China alerta sobre las consecuencias nefastas de un sistema policial que cercena la circulación de la información, la oculta, miente y amenaza o agrede a quienes propalan informaciones que se oponen al discurso oficial. Ello, más allá de la eficacia que podría ofrecer en lo que hace al cumplimiento de las exigencias derivadas de la pandemia sobre la población. La experiencia histórico-institucional a nivel mundial demuestra que generalmente la autocracia no va de la mano de la eficacia, más bien ocurre lo contrario. En democracia la deliberación permite el logro de decisiones consensuadas, con una comunicación permanente con la población. Impide que la prevención y el cuidado de las personas se transformen en represión en aras de salvaguardar las necesidades de la autoridad.

En otro orden de cosas, nos parece importante observar las consecuencias a nivel de gobernanza que se derivan de la forma de organización del poder en el territorio para asegurar la mayor eficacia en el tratamiento de las crisis. En otras palabras, de qué manera responde una estructura centralizada o una descentralizada ante una emergencia. En tal sentido nos parece interesante un artículo reciente, publicado en el diario *El País* de España en el que se comparan los modelos, centralizado de Francia con una tradición de Estado unitario, con la descentralización de Alemania, que posee un sistema federal muy particular y eficaz. El destacado que anuncia el artículo expresa, a modo de síntesis, que “La prueba del estrés del virus retrata virtudes y defectos de las dos potencias europeas y sus sistemas. La gestión alemana destaca, de momento, por su eficiencia”. Más adelante subraya, que

... la descentralización alemana, fundada en la cooperación entre los miembros de la Federación, traslada el peso de las medidas sanitarias a los *länder*, que se ponen de acuerdo con el gobierno federal para pactar las líneas generales de las restricciones y los centros de investigación científica se reparten por todo el país... La centralización francesa, que concentra el poder en París en el presidente, ha permitido la toma de decisiones rápida, pero la omnipotencia del Estado puede hacer elevado los costes de los errores y la imprevisión.

Se ponen de manifiesto los argumentos que se alinean a favor o en contra de cada uno de los dos sistemas.

La pandemia nos da la posibilidad de analizar y hacer un balance de las experiencias ocurridas en América Latina al calor de la emergencia. Ello nos permitirá observar de qué manera ha respondido cada uno de los sistemas imperantes en nuestro subcontinente y cómo sus particularidades han incidido en el logro de soluciones. En Argentina hasta ahora ha sucedido algo curioso. Por una parte, la actuación nacional ha tendido a fortalecer las fuerzas centrípetas a favor de una autoridad presidencial que siempre apunta a concentrar la toma de decisiones dejando muy poco lugar a los gobiernos provinciales y municipales.

Sorprendentemente en el seno de buena parte de las provincias y de los municipios en lo que va de la crisis, se han tomado decisiones propias de niveles de gobierno soberanos. Así, varias provincias cerraron sus fronteras cuando la Constitución no admite la existencia de barreras interprovinciales. Declararon el aislamiento antes que el gobierno nacional y esto también ocurrió en numerosos municipios. Incluso en algunos de ellos el intendente o alcalde estableció el toque de queda dentro de un determinado horario y cerró el ejido municipal con montículos de tierra. Es decir, un cercenamiento casi total de la libertad ambulatoria. La municipalidad de Dolores en la provincia de Buenos Aires creó un impuesto inmobiliario a ser aplicado sobre los campos existentes dentro del partido homónimo en nombre de la solidaridad que impone la emergencia. Muchas provincias han endurecido las exigencias tomadas

a nivel nacional a través de restricciones irrazonables. Por ejemplo la colocación de fajas en los domicilios de los infectados o el bloqueo de las rutas a manera de impedir la entrada en sus territorios. Recientemente el jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires impuso la obligación a los mayores de 70 años de solicitar un permiso para poder ausentarse de sus domicilios, asimismo en la provincia de Chubut desde el gobierno se alentó la toma de medidas abusivas por parte de la policía sobre la población. Afortunadamente estas decisiones se judicializaron y lograron que jueces locales las dejaran sin efecto. Lo que demuestra la importancia de la justicia durante una emergencia. Esto no sólo ha ocurrido a nivel provincial y municipal, también ha sucedido en la nación. Por ejemplo, la pretensión de la ministra de Seguridad de realizar operaciones de ciberespionaje en las redes sociales para controlar el “humor social”. Esta pretensión provocó la alarma de muchos sectores y aparentemente ha sido desechada.

Dedicamos estos últimos párrafos para hacer un balance provisorio. El comienzo de la pandemia y su tratamiento por parte del presidente han sido auspiciosos tanto por las medidas tomadas como por sus efectos. Los especialistas sostienen que se ha logrado achatar la curva de crecimiento de los infectados por el virus. Sin embargo, la parálisis del Congreso y el funcionamiento excepcional de la justicia han llevado a una expansión excesiva del poder presidencial y paralelamente a una sostenida suspensión de derechos. Una democracia en la que no rigen los controles de ninguna manera desemboca en ese estado de cosas. Es preocupante que este tipo de anomalías o de excesos puedan resultar precedentes para tiempos normales una vez que se haya terminado la emergencia. En Argentina esto ha sido lo que ha pasado salvo excepciones. Lo decidido en épocas excepcionales perdura en tiempos normales.

Vivimos una época en la que los estados de excepción tienden a multiplicarse. Y esto no sólo sucede en las dictaduras sino también en muchas democracias. Los factores son múltiples, el reverdecer de los nacionalismos, la reaparición del racismo y la discriminación, el temor a la pérdida de las identidades, los enfrentamientos, el terrorismo, entre muchos otros.

Desgraciadamente los remedios que se proponen la mayoría de las veces se enfrentan con el Estado de derecho, cuyas exigencias institucionales para muchos no sirven para hacer superar las crisis. La opinión de Giorgio Agamben, el filósofo que tal vez más se ha ocupado de los estados de excepción, lleva a la reflexión. El 26 de febrero el destacado pensador italiano calificaba como frenéticas, irracionales y totalmente inmotivadas las medidas que han provocado un verdadero y propio estado de excepción. Y continuaba, podría decirse que, una vez agotado el terrorismo como causa de procedimientos de excepción, la invención de una epidemia puede ofrecer el pretexto ideal para ampliarlos más allá de cualquier límite. Y el 17 de marzo sostuvo que nuestra sociedad no cree en nada más que en esa vida biológica desnuda; disponiéndose a dejar de lado, para no perderla, la amistad, los afectos, las convicciones. Entonces, se preguntaba: “¿qué es una sociedad que no tiene otro valor que el de la sobrevivencia?”. Podemos o no coincidir con sus afirmaciones, pero creo que pueden servir como guía en la búsqueda de remedios que desde el derecho constitucional sirvan para reconducir y renovar una institucionalidad democrática que no puede ser abandonada en favor de modelos que asfixian nuestros derechos y que pueden abrir la puerta a regímenes que creíamos enterrados en el pasado.

BOLIVIA

La Constitución ante la pandemia del coronavirus*

Introducción

El brote del COVID-19, conocido popularmente como coronavirus, y su propagación rápida y exponencial, al extremo de convertirse en una pandemia, ha generado para toda la humanidad una situación excepcional de crisis extrema.

Tal situación de crisis ha obligado y obliga a los gobiernos de los Estados a adoptar medidas de excepción para prevenir la expansión o contagio comunitario y prestar atenciones médicas a los infectados. Las medidas redundan en gran parte en la preservación del orden público, administrativo y económico, constituyéndose limitaciones o restricciones al ejercicio de ciertos derechos fundamentales.

* Elaborado por José Antonio Rivera S., ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho constitucional en la Universidad Mayor de San Simón, de Cochabamba. Presidente de la Sección Nacional Bolivia del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

En condiciones de normalidad las medidas extraordinarias o de urgencia se adoptan con sustento en la Constitución, pero en situaciones excepcionales, como las que está atravesando el mundo entero, no siempre existen previsiones constitucionales, lo que de un lado obliga a realizar interpretaciones creativas y prácticas de la Constitución y, de otro, puede generar algunas tensiones por excesos del gobierno.

En el presente trabajo realizamos un análisis descriptivo de la situación constitucional y las medidas aplicadas en el Estado boliviano.

Las imprevisiones constitucionales

En el constitucionalismo contemporáneo, muchas Constituciones, entre ellas la de Colombia,¹ otorgan facultad al presidente del Estado para adoptar medidas excepcionales de emergencia con el fin de conjurar situaciones extraordinarias que pongan en riesgo el orden social, económico o ecológico, donde se puede encuadrar la situación de una pandemia grave, como la que enfrenta la humanidad en general. Sin embargo, en otros Estados no existe la previsión constitucional para que el gobierno actúe en una situación de anormalidad.

En el sistema constitucional boliviano, la Constitución no tiene previsión alguna que faculte al presidente del Estado adoptar medidas excepcionales de urgencia para enfrentar situaciones de anormalidad como una crisis sanitaria extrema.

La Constitución vigente, en sus artículos 137 al 140, solamente prevé la declaración del estado de excepción, con medidas extraordinarias, en los siguientes casos: a) amenaza

¹ El artículo 215 de la Constitución de Colombia de 1991 faculta al presidente del Estado a declarar estado de emergencia en aquellos casos en los que se presente una situación grave que perturbe o amenace perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país.

externa a la integridad territorial y la soberanía nacional, que podría generarse con un conflicto armado; b) grave conmoción o convulsión interna, que ponga en riesgo la paz y la tranquilidad social, y c) desastre natural.

Como se podrá advertir, en las causas que motivan la declaración de estado de excepción, no se encuentra la situación de anormalidad generada por la crisis sanitaria extrema, que pone en riesgo la salud y la vida de la población en general.

Frente a esa imprevisión y dada la gravedad de la crisis sanitaria, lo que corresponde es realizar una interpretación sistemática y proactiva de la Constitución con la finalidad de aplicar medidas excepcionales que encaren la situación de crisis, para lo que existen normas orgánicas y dogmáticas, como las que se detallan.

El artículo 1o. define a Bolivia como un Estado social, lo que significa que el papel del Estado no debe reducirse a resguardar el orden público y no interferir ni vulnerar las libertades de las personas, sino principalmente a contrarrestar las desigualdades sociales existentes y ofrecer a toda su población las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y superar las necesidades materiales.

De otro lado, el artículo 9o. define como fines y funciones esenciales del Estado, entre otros, el de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, así como el acceso de las personas a la salud; lo que significa que el Estado debe y tiene que adoptar medidas orientadas a garantizar el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la salud y la vida.

El artículo 15 reconoce el derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual, imponiendo obligaciones negativas y positivas para el Estado a efecto de resguardar y proteger este derecho frente a omisiones o acciones que podrían afectarle.

Por su parte, los artículos 18, 35 y 37 tienen que ver con aspectos de la salud. El 18 reconoce el derecho a ésta y establece obligaciones positivas para el Estado con el fin de garantizar su ejercicio efectivo; el 35 impone la obligación de proteger el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud, y el 37 impone la obligación indeclinable de garantizar y sostener el derecho a la salud.

Finalmente, el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que forma parte del bloque de constitucionalidad, legitima a los Estados parte a limitar o restringir el ejercicio de los derechos humanos para armonizar el derecho de una persona con los derechos de las demás personas, y así resguardar la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común.

Ahora bien, ante una situación de crisis sanitaria extrema que pone en riesgo evidente la salud y la vida de la población en general, pese a la imprevisión constitucional, es posible que el gobierno del Estado pueda adoptar medidas excepcionales para superar esa crisis, sustentando su determinación en una interpretación sistemática y proactiva de las normas constitucionales y convencionales referidas; ello, en aras de lograr el fin supremo de resguardar y proteger el derecho colectivo de la salubridad, así como los derechos a la salud y la vida de la población en general. Cabe advertir que la aplicación de las medidas excepcionales no suponen la suspensión del ejercicio de todos los derechos fundamentales y humanos, ni las garantías judiciales indispensables; simplemente debe restringirse el ejercicio de algunos derechos, y en ningún caso se podrá limitar o restringir el ejercicio de los derechos nombrados por el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²

² Cabe recordar que en relación con las medidas que los Estados vienen adoptando, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fecha 14 de abril de 2020, ha emitido una Declaración titulada "COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales".

Las medidas adoptadas por el gobierno para prevenir y enfrentar la pandemia

La referida crisis sanitaria extrema genera la necesidad de adoptar medidas excepcionales para: a) prevenir la propagación de la infección por contagio comunitario; b) controlar su propagación tratando médicamente a los infectados y rehabilitarlos; y, c) regularizar las actividades estatales y particulares.

El gobierno nacional del Estado boliviano ha adoptado un conjunto de medidas excepcionales para evitar que se expanda la infección por medio del contagio comunitario, controlar su propagación y mitigar sus efectos; medidas que concretan el poder de policía administrativa para garantizar el orden público; por lo tanto, restringen el ejercicio de algunos derechos fundamentales.

Por Decreto Supremo (DS) núm. 4196 de 17 de marzo, el gobierno nacional declaró la emergencia sanitaria nacional y aplicó la medida de la cuarentena³ en todo el territorio del Estado, con duración hasta el 31 de marzo. Se dispuso que todos los estantes y habitantes en el territorio del Estado permanecieran en sus domicilios a partir de las 17:00 hasta las 5:00 horas del día siguiente, con excepción de las que pertenecen a los servicios de salud del sector público y privado, la Policía Boliviana, las Fuerzas Armadas y otras instituciones, empresas de servicios públicos e industrias públicas y privadas que, por la naturaleza de sus funciones, debieran desarrollar actividades en ese horario; se estableció como horario de trabajo de 08:00 a 15:00; se dispuso el cierre de fronteras y suspensión de viajes; con esas medidas se restringió

³ El mencionado Decreto Supremo define a la cuarentena como la restricción de las actividades y la separación de personas enfermas o personas identificadas como sospechosas de portar la enfermedad del resto de la población, o de equipajes, contenedores, medios de transporte, mercancías sospechosas y otras, de forma tal que se prevenga la posible propagación de la infección o contaminación, sin especificar periodos de tiempo, los que dependen del brote de cada infección.

el ejercicio del derecho a la circulación; también se prohibió la realización de reuniones y actividades sociales, culturales, deportivas, religiosas y otras que implicaran aglomeración de personas, restringiendo el ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública; se determinó la aplicación de medidas laborales preventivas. Por DS núm. 4197 se complementaron las medidas con la asignación del Bono de Familia, para las niñas y niños del nivel de educación primaria comunitaria vocacional de las unidades educativas fiscales y de convenio (fiscales) del subsistema de educación regular, pagadero por una sola vez con la finalidad de mitigar el impacto que generara la cuarentena en los sectores sociales vulnerables; asimismo, se dispuso la reducción del 30% en la facturación mensual de abril de 2020 de tarifas eléctricas para los consumidores de la categoría domiciliaria del país. El 12 de marzo, el presidente determinó la suspensión de las actividades educativas en todos los niveles.

Mediante DS núm. 4198, el gobierno nacional dispuso medidas de flexibilización tributaria para atenuar los impactos económicos de la cuarentena.

Por DS núm. 4199 de 21 de marzo, se ampliaron los alcances de la cuarentena, modificando parcialmente el Decreto Supremo núm. 4196; disponiendo medidas de distanciamiento social con la suspensión de actividades públicas y privadas a partir del 22 de marzo hasta el 4 de abril y la permanencia en domicilio o residencia de toda la población, permitiendo la circulación y desplazamiento indispensable de una persona por familia en el horario de 07:00 a 12:00 del mediodía, a fin de abastecerse de productos e insumos necesarios para la alimentación y salud, así como la prohibición absoluta de circulación en los fines de semana; dispuso la prohibición de circulación de vehículos motorizados públicos y privados, con las excepciones establecidas; prohibición de portar armas; y se estableció un régimen de sanciones para los infractores; de otro lado, se garantizó la estabilidad laboral y se dispuso el pago de salarios a los trabajadores del sector público y privado; finalmente se tomó la previsión de la producción y distribución de productos para la alimentación, higiene y medicamentos.

Por DS núm. 4200, de 25 de marzo, se amplió la cuarentena hasta el 15 de abril; se reforzaron y fortalecieron las medidas de distanciamiento social restringiendo más la circulación, permitiendo el desplazamiento mínimo e indispensable de una persona por familia, en el horario de 07:00 de la mañana a 12:00 del mediodía, a fin de abastecerse de productos e insumos necesarios, según la terminación del último dígito de su Cédula de Identidad; además de medidas para garantizar la producción y provisión de productos alimenticios; asimismo, se determinó la distribución de una canasta familiar para las familias con menos ingresos.

Mediante Ley núm. 1293 del 1o. de abril, la Asamblea Legislativa declaró de interés y prioridad nacional las actividades, acciones y medidas necesarias para la prevención, contención y tratamiento de la infección por el coronavirus (COVID-19); dispuso que el Órgano Ejecutivo emitiera la declaratoria de cuarentena nacional como medida de prevención y contención de la infección; asimismo, en coordinación con las entidades territoriales autónomas, en el marco de sus atribuciones y competencias, implementara las actividades, acciones y medidas necesarias y oportunas para la prevención, contención y tratamiento de la infección. Con esa Ley se dio soporte legal a las decisiones adoptadas por el Órgano Ejecutivo.

Mediante DS núm. 4214 se amplió la cuarentena hasta el 30 de abril. Además, por decretos supremos se ampliaron las medidas económicas de apoyo a las familias y personas que no percibieran un salario o no contaran con suficientes recursos económicos. También se adoptaron medidas económicas para atenuar los efectos de la cuarentena en los sectores sociales vulnerables, creando al efecto el Bono Universal y ampliando los alcances del Bono Familia. Finalmente, se creó el Programa Especial de Apoyo a la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, con el fin de asegurar recursos para precautelar las fuentes de empleo, el funcionamiento del negocio y sus operaciones, consistente en la concesión de créditos a cinco años de plazo y uno de gracia con tasa de interés baja; y el Plan de Emergencia de Apoyo al Empleo y Estabilidad Laboral, con el fin de otorgar recursos a las empresas legalmente constituidas, consistente en la otorgación de créditos.

Tensiones en los derechos fundamentales

Las medidas excepcionales aplicadas por el gobierno para proteger los derechos a la salud y la vida alteran la normalidad de las actividades sociales, las administrativas y el orden económico, lo que genera tensiones en la sociedad, ya que constituyen una restricción del ejercicio de algunos derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de circulación; los derechos de industria, comercio y de realizar una actividad económica lícita; el derecho de reunión y manifestación pública; derechos sociales de un amplio sector poblacional, como el derecho a la educación, derecho a la alimentación; el derecho a la vida digna de la población indigente o de aquellas personas que generan recursos para su sustento y el de su familia a través de actividades diarias; el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, al haberse suspendido las actividades judiciales; el derecho a la libertad empresarial, al haber suspendido las actividades privadas, pero con la aplicación de la inamovilidad laboral y el pago de sueldos y salarios como los pagos de aportes para el sistema de seguro de salud; los derechos de las personas privadas de libertad, al existir superpoblación en las cárceles que no reúnen las mínimas condiciones para evitar que la infección se propague.

De otro lado, las medidas aplicadas generan conflictos entre los derechos a la inamovilidad laboral y pago de salarios en la cuarentena con los derechos de los empleadores a la libre iniciativa empresarial y a la propiedad privada, ya que están obligados a suspender actividades productivas, pero manteniendo a todos sus trabajadores y cancelando sus salarios, además de cumplir con las cargas sociales y tributarias, con un riesgo de generación de pérdidas económicas y disminución patrimonial.

Sin embargo, cabe señalar que tanto los conflictos generados en relación con los derechos antes mencionados como la fuerte restricción del derecho a la libre circulación, con una cuarentena que en la práctica constituye un verdadero confinamiento, aunados a la restricción del ejercicio de otros derechos, se justifica y también se acepta en un Estado constitu-

cional de derecho, en razón de que la pandemia del COVID-19 supera todos los paradigmas del garantismo constitucional y encuentra como única vía de solución el distanciamiento social para prevenir la propagación de la infección.

Finalmente, también es importante tener presente que la adopción de esas medidas excepcionales debe regirse por los principios de necesidad y proporcionalidad, lo que supone fortalecer el sistema de salud y mitigar los efectos económicos que se generan con el distanciamiento social y las restricciones establecidas con medidas complementarias que atenúen las consecuencias generadas por la restricción del ejercicio de derechos, de manera que el costo de la crisis sanitaria extrema sea asumido de manera proporcional por el Estado y la población. Lamentablemente no existe en el mundo entero una fórmula que ayude o aclare el procedimiento exacto a seguir en cuanto a las medidas a ser tomadas en todos los ámbitos que afectan a una sociedad; sin embargo, el Estado deberá estudiar, trabajar y desarrollar las medidas más acertadas posibles para luchar contra la pandemia que afecta al mundo, tratando de garantizar el ejercicio pleno de la mayoría de los derechos fundamentales posibles, aplicando e interpretando las normas de la Constitución y el bloque de constitucionalidad; aspecto que, hasta el momento, se ha tratado de hacer en el Estado boliviano, pero que se deberá seguir trabajando.

Cochabamba, Bolivia, abril de 2020

BRASIL

A pandemia e as restrições jurídicas à liberdade. Uma visão preliminar*

Introdução

Com o advento da pandemia do coronavírus (COVID-19), fomos obrigados ao isolamento social, sem que saibamos exatamente quando será seguro voltar as nossas atividades diárias sem medo de contágio e de contrair ou transmitir o vírus.

O fato desse específico vírus ser “novo” e, portanto, desconhecido da comunidade científica, nos traz enorme insegurança porque tudo ou quase tudo ligado a ele está por ser descoberto.

Não há, como anunciado, vacinas a curto prazo (fala-se em ao menos um ano, desde a sua propagação), medicamentos comprovadamente eficazes contra o vírus, salvo alguns

* Elaborado por Marcelo Figueiredo, catedrático y ex director de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Presidente de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas y vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. mfigueiredo@mfaa.com.br.

ensaios (protocolos) em pequena escala de outros medicamentos já existentes no mercado que *talvez* tenham algum efeito positivo quando empregados na fase inicial da doença (até o momento menciona-se a cloroquina e da nitazoxanida como algumas das drogas potencialmente promissoras).¹

Nada ainda é certo.

Do mesmo modo, pouca ou nenhuma experiência possa talvez ser invocada de um evento sanitário de tão grandes *proporções*, salvo a denominada “gripe espanhola” (que de espanhola não tinha nada), pandemia que aconteceu entre 1918 e 1919, dizimando 35 mil brasileiros e 70 milhões de pessoas. Mesmo essa pandemia gravíssima, ocorrida há mais de um século pouco conhecimento científico nos aporta para os dias contemporâneos.

Nosso objetivo é singelo.

Procuraremos demonstrar que tipo de normas jurídicas se sobressaem nesses momentos, que normas são invocadas e aplicadas, e de que maneira devemos compreendê-las e interpretá-las. Parece natural que tudo pareça novo ao intérprete ou operador jurídico, até porque, não é todo dia —felizmente— que vivemos uma pandemia dessa magnitude e letalidade.²

Como sabemos vivemos na contemporaneidade o fenômeno da mundialização, inclusive jurídica que se entrecruza com a existência da pluralidade de fontes normativas no cenário regional, internacional e supranacional.

Ademais, especificamente no que tange a pandemia, é útil recordar o relevante e di-
ríamos até imprescindível papel da Organização Mundial da Saúde no seu enfrentamento global.

¹ Vide www.clinicaltrials.gov.

² Até o momento (abril de 2020) registra-se quase dois milhões de casos confirmados com mais de 123 mil mortes sendo que a Europa tem cerca de metade do total global de notificações da doença.

Temos a impressão de que as organizações internacionais são ou parecem ser algo distante de nós, e que foram forjadas após as guerras mundiais tendo um papel limitado ou simplesmente menos relevante nos cenários estatais nacionais. Nada mais equivocado. A pandemia do Corona desfaz essa impressão imediatamente.

Ninguém pode duvidar hoje do relevantíssimo papel (internacional) que desempenha a OMS (Organização Mundial da Saúde). Agora milhares de pessoas no mundo podem saber o que efetivamente faz essa agência internacional especializada em saúde, fundada em 7 de abril de 1948, com sede em Genebra, na Suíça.

Ela tem a nobilíssima missão de, com suporte científico sólido orientar todo o mundo e os Estados (seus associados), no planejamento e combate as epidemias, dentre outros aspectos.

A Constituição e as normas e organizações internacionais

O direito internacional sanitário está ligado historicamente à busca de segurança sanitária. Desde os primeiros documentos registrados sobre o assunto, produzidos em Veneza, no século XIV, sobre regras de quarentena, até a criação da Organização Mundial da Saúde, em 1948, a ênfase foi a busca da maior proteção possível contra a disseminação das moléstias infecciosas associada à menor interferência possível com o fluxo internacional de bens e pessoas.

A criação da OMS, ligada ao contexto histórico do pós-guerra, modificou significativamente este quadro, objetivando auxiliar a comunidade internacional a alcançar o mais alto nível possível de saúde, entendida como um direito humano fundamental.

A OMS é uma organização de cooperação técnica, denominada também de organização especializada. Ela (s) descartam em princípio a interferência em assuntos de natureza política e restringe-se unicamente a aproximar posições e tomar iniciativas conjuntas em áreas específicas. Estas são delineadas pela natureza dos problemas que só podem ser enfrentados com a ação do coletivo internacional.

Além da OMS, outras organizações internacionais participam direta ou indiretamente da elaboração de políticas internacionais de saúde, tais como outras agências da Organização das Nações Unidas (UNICEF, UNDP, UNPF), Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e mais recentemente a Organização Mundial do Comércio.³

A OMS pauta suas políticas pela necessidade de uma distribuição equânime dos recursos da saúde, com preocupação pelos mais carentes. Na elaboração de suas políticas, não distingue entre o setor público e o privado, considerando que ambos devem seguir os mesmos princípios gerais. São eles:

- 1) Integração entre saúde e desenvolvimento humano nas políticas públicas.
- 2) Garantia de acesso equânime aos serviços de saúde.

A sua função central da OMS é zelar para o bom funcionamento dos “serviços primários de saúde”, entendidos como os cuidados essenciais de saúde, baseados em métodos e tecnologias práticos, científicos e socialmente aceitáveis, universalmente acessíveis a indivíduos e famílias através de sua participação ativa e custos ao alcance da comunidade e do país.

³ Conforme Antonio Gelis Filho, “Globalização, serviços de saúde e direito internacional”, Trabalho elaborado como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista em direito sanitário na Universidade de São Paulo, publicado nos *Anais do VII Congresso Internacional de Direito da USJT – O Brasil e o Mundo*, 24 a 28 de maio de 2010, FAPESP e Universidade São Judas, disponível no site *Signature=86dcbd29c38dff6548128f70eb2a-9518d5cb54e2b746ff0e7f460c6dd283b61d#page=41*, acesso em abril de 2020.

Na visão da OMS, é a sua função central e principal foco de atenção do sistema de saúde de um país, o primeiro elemento de um processo continuado de cuidados de saúde.

Baseia-se em oito elementos:

- Educação sobre os problemas prevalentes de saúde e sobre os métodos de preveni-los e controlá-los;
- Provisão de adequados suprimentos de alimentos e nutrição adequada;
- Suprimento adequado de água e saneamento básico;
- Cuidados com as crianças e com as mães, incluindo-se planejamento familiar;
- *Imunização contra as principais doenças infecciosas;*
- *Prevenção e controle de doenças endêmicas;*
- Tratamento adequado de doenças e lesões comuns e
- *Fornecimento de medicamentos essenciais*⁴.

No atual momento vê-se claramente o esforço internacional para que tais competências sejam efetivamente exercidas. Forçoso convir que sem a atuação forte e decisiva dos Estados a ela associados, pouco ou nada seria feito.

Creemos ademais que o principal instrumento jurídico de que dispõe a OMS para coordenar e definir suas ações seja o seu Regulamento Sanitário (R.S.I) adotado pela Assembleia da Saúde em 1969, de acordo com o anterior Regulamento Sanitário Internacional adotado na Quarta Assembleia Mundial de Saúde de 1951.

⁴ Conforme Antonio Gelis Filho, Ob. Cit. p. 65.

O Regulamento de 1969, que inicialmente abarcava seis moléstias sujeitas à quarentena, foi modificado em 1973 e 1981, fundamentalmente para reduzir de seis para três o número de moléstias compreendidas (febre amarela, peste e cólera) e para procurar erradicar mundialmente a varíola.

Depois de um extenso trabalho inicial sobre a revisão realizada pela Secretaria da OMS em estreita colaboração e consultas aos Estados-membros (seus Estados-membros), e outras organizações internacionais, aproveitando o aparecimento da síndrome respiratória aguda severa (primeira emergência de saúde pública de alcance mundial do século XXI), a Assembleia da Saúde estabeleceu em 2003, um Grupo de Trabalho Intergovernamental aberto a participação de todos os Estados-membros para examinar um projeto de revisão do Regulamento e recomendou-o a Assembleia da Saúde (Resolução WHA 56.28).

O Regulamento Sanitário Internacional (2005) foi adotado pela 58ª Assembleia Mundial de Saúde de 23 de maio de 2005 e entrou em vigor em 15 de junho de 2007.

A finalidade e o objetivo do Regulamento Sanitário Internacional é o de prevenir a propagação internacional de enfermidades, proteger as pessoas contra essa propagação, controlá-la e dar uma resposta de saúde pública proporcional e restrita a fim de que haja o menor risco possível a saúde da população, evitando-se interferências desnecessárias ao tráfego e comércio internacionais.

Segundo o prefácio do Regulamento Sanitário Internacional de 2005 da OMS:⁵

El RSI (2005) presenta una serie de novedades, entre las que cabe citar: a) un alcance que no se limita a tal o cual enfermedad o modalidad de transmisión en concreto, sino que abarca toda dolencia o afección médica, cualquiera sea su origen o procedencia, que entrañe o pueda entrañar un daño importante para el ser humano;

⁵ www.who.int/ihr.

b) la obligación de los Estados parte de instalar un mínimo de capacidades básicas en materia de salud pública; c) la obligación de los Estados parte de notificar a la OMS los eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional de acuerdo con criterios definidos; d) disposiciones que autorizan a la OMS a tomar en consideración las noticias oficiosas acerca de eventos de salud pública y solicitar a los Estados parte la verificación de esos eventos; e) procedimientos para que el director general determine la existencia de una «emergencia de salud pública de importancia internacional» y formule las recomendaciones temporales correspondientes, después de haber tenido en cuenta la opinión de un Comité de Emergencia; f) la protección de los derechos humanos de los viajeros y otras personas, y g) el establecimiento de centros nacionales de enlace para el RSI de contacto de la OMS, encargados de tramitar las comunicaciones urgentes entre los Estados parte y la OMS.

O Brasil é parte da OMS e, portanto, voluntariamente vincula-se às duas decisões e deliberações. Não apresentou qualquer Reserva ou Restrição às suas deliberações, ao contrário de alguns outros países, como EUA, Índia, Irã, etc.

Não é o caso de descermos a detalhes, mas é importante compreender que a OMS define em suas várias normativas internacionais conceitos como os de “quarentena”, “descontaminação”, “desinfecção”, etc. para orientar os Estados ao combate global efetivo das moléstias contagiosas e infecciosas. E nem poderia ser diferente se quisermos combater doenças graves com alcance mundial.

A Constituição brasileira dispõe de inúmeras normas de abertura ao direito internacional humanitário. Veja-se por exemplo, o artigo 4o., IX, 5o. § §, 2o. e 3o., 6o., 7o. XXII, 196 a 200, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, esses últimos alusivos ao direito à saúde.

Paralelamente temos um complexo e intrincado sistema de distribuição de competências na área da saúde. Ressalte-se que, de maneira geral o Brasil sofreu influências na ma-

téria das Constituições da Alemanha, Espanha, Portugal, além naturalmente da Constituição norte-americana, desde a República.

O resultado foi esse. Um sistema de competências legislativas e administrativas organizadas sob a ótica de um federalismo cooperativo. O artigo 23 de nossa Constituição é explícito. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Já o artigo 24: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII- previdência social, proteção e defesa da saúde e o artigo 30 contempla a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual no que couber (respectivamente incisos I, II do artigo 30).

José Afonso da Silva, em sua 38ª Edição de seu reconhecido *Curso de direito constitucional positivo*,⁶ sobre o direito à saúde, disserta:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelos princípios de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

O tema não era de todo estranho ao nosso Direito Constitucional anterior, que dava competência à União para *legislar sobre defesa e proteção à saúde*; mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate à endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de um direito do homem.

⁶ Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 3a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 311.

Pois bem, não vislumbro *a priori*, nenhum problema jurídico de incompatibilidade entre o que dispõe a OMS e suas determinações e o que a Constituição brasileira disciplina em relação ao direito à saúde. Até porque, ressalte-se o Brasil aderiu livre e soberanamente àquela importante organização internacional e, nela não há normas ou princípios que disputem ou contrariem o que se encontra em nossa Constituição.

O problema maior, a nosso juízo está na ausência de um planejamento, coordenação e cooperação entre todos os entes federados e a União em situações de calamidade pública ou do que podemos denominar de emergência sanitária nacional a obrigar todos os poderes públicos a atuarem em defesa da vida.

Afinal de contas, responsável pelas ações e serviços de saúde, segundo a Constituição, é o poder público, é dizer, todos, União, estados e municípios.

Claro que em situações específicas podemos isolar a competência federal como por exemplo uma medida alusiva as fronteiras internacionais onde sobressai altaneira à competência da União e só dela.

Mas na maioria das situações todos têm competência concorrente para atuar e aí pode estar um problema prático de quem deve atuar e em que extensão e intensidade.

Outra linha de raciocínio possível é invocar os conceitos previstos nos artigos 136 e 137 da Constituição, respectivamente estado de defesa e estado de sítio para por meio deles, vislumbrar uma comoção à ordem pública incluindo a saúde.

Não cremos que tais institutos tenham sido imaginados para o combate a um estado de urgência sanitária (nacional) como é o caso das epidemias.

Aliás, não há qualquer impedimento para a edição de medida provisória ou lei nacional que contemple a hipótese e resguarde a saúde de todos os brasileiros e estrangeiros que aqui habitam.

Aliás, não foi por outra razão que foram editadas as Medidas Provisórias nºs 905 e 927/2020 e a Lei nº 13.979, de 6 de Fevereiro de 2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e no Estado de São Paulo, v. gr. o Decreto nº 64.979/2020 que “reconhece o estado de calamidade pública, decorrente da pandemia do COVID 10, que atinge o Estado de São Paulo e dá outras providências”.

De *lege ferenda* podemos lamentar a inexistência de uma lei nacional compreensiva que conseguisse articular e coordenar nacionalmente o combate à epidemia, deixando espaço livre as realidades regionais e locais como recomenda a política pública geral em um federalismo cooperativo.

Façamo-nos mais claros. Entendemos que os estados podem suplementar as diretrizes gerais sobre saúde estabelecidas pela União, porém as regras estaduais não podem contrariar as normas federais.

Assim, por exemplo, problemas de saúde pública que tenham alcance mundial como as pandemias atraem o combate nacional e assim sendo exigem regras federais gerais.

Seria mesmo impossível e totalmente indesejável, diríamos, que Estados e Municípios pudessem legislar sobre o controle de doenças letais transmissíveis de modo a termos 5000 leis municipais para o combate à AIDS, ou por exemplo o COVID-19, ou mesmo 27 leis estaduais sobre a matéria.

Como combater com eficácia a pandemia em um país continental sem uma coordenação firme da União para determinar por exemplo quando é possível flexibilizar o isolamento social.

Ou em outras palavras, o que ocorrerá se cada um dos 5.000 Municípios brasileiros decidir isoladamente sobre essa matéria. Será o completo caos.

Não é esse o espírito do federalismo, mesmo cooperativo. Há matérias e situações que somente a União pode enfrentar com eficácia e com alcance nacional.

É evidente que cada Estado, de acordo com o seu desenho e modelo (Unitário ou Descentralizado, em maior ou menor escala), terá uma maneira própria de gerir as competências de saúde entre suas autoridades centrais, regionais ou locais.

Outro bom exemplo é a alusivo à Vigilância Sanitária e a antiga Lei 6.259/1975 e a atual Lei 9.782/1999. Há um sistema nacional de vigilância sanitária e uma cooperação entre União, Estados e Municípios na regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária.

A maioria das ações no Supremo Tribunal Federal (STF) invocam o direito à saúde, o direito à vida, à igualdade, bem como o valor fundamental da dignidade humana e ainda o propósito constitucional de construir uma sociedade justa, igualitária, abrigados nos artigos 1º., III, 3º., 5º. caput, 6º., 23, II, 24, XII, 194, 196, 197, 198, 199, 200, 227 e 230, todos da Constituição brasileira.

Há pedidos de partidos políticos⁷ que relatam providências insuficientes do Poder Executivo, requerendo

- a) que o Supremo (STF) autorize a requisição compulsória de bens e serviços privados voltados à saúde pelas autoridades federais, estaduais e municipais para enfrentar a pandemia; (pedido indeferido) ou
- b) ação promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o Presidente da República⁸ para declarar que sejam observadas as compe-

⁷ ADPF 671-DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, de 3/4/2020.

⁸ ADPF 672/DF, Relator Min. Alexandre de Moraes, de 8/4/2020.

tências constitucionais concorrentes na matéria assegurando aos governos estaduais e municipais suas atribuições no combate a pandemia; sem prejuízo da competência geral da União; (pedido atendido);

- c) A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341-DF,⁹ requerente o Partido Democrático Trabalhista contra o Presidente da República para ver declarada a inconstitucionalidade da Medida Provisória 926/2020. Pedido atendido em parte para declarar a competência constitucional concorrente da União, estados e municípios;
- d) A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.357-DF,¹⁰ requerente o presidente da República para que o Supremo desse interpretação conforme à Constituição a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, artigo 114 e seguintes, para, durante a emergência da saúde pública afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da pandemia (deferido);
- e) O Poder Judiciário do Estado de São Paulo determinou que as operadoras de planos de saúde devem custear o tratamento médico de beneficiários, em caso de suspeita ou confirmação de COVID-19, ainda que não tenham cumprido o prazo de carência de 180 dias, exceto o prazo de 24 horas, previsto na Lei 9656/1998, a lei dos planos de saúde. O descumprimento pode gerar multa de R\$ 50 mil Reais (aproximadamente U\$D 12,000.00) para cada paciente que vier a ter cobertura recusada.

⁹ ADI 6341MC-DF, Relator Min. Marco Aurélio, de 24 de março de 2020.

¹⁰ ADI 6357-MC-DF, Relator Min. Alexandre de Moraes, 29/3/2020.

Por fim em relação a restrição de direitos fundamentais, lembramos que no Brasil, sendo um Estado democrático de direito, vigora o princípio da legalidade estrita, da proporcionalidade, do devido processo legal, em sentido substancial e processual.

Nenhuma prisão ou restrição de direitos pode ser efetivada se não estiver conforme os princípios e regras constitucionais, não importa o tipo de emergência ou calamidade em que vivamos.

COLOMBIA

Los poderes excepcionales ante una desafiante pandemia.

Experiencias legislativas en estados de excepción*

EL 17 de marzo de 2020, el presidente de la República de Colombia, Iván Duque Márquez, como cabeza de la unidad nacional y jefe del gobierno nacional, en el Decreto Legislativo 417 declaró la existencia de hechos sobrevinientes que perturbaban y amenazaban perturbar en forma grave e inminente el orden económico y social del país; en la parte de motivaciones del mencionado decreto, se hace una muy larga relación de los hechos sobrevinientes y estructurales que en su concepto amenazaban perturbar de forma grave e inminente el orden económico y social; parte de ellos se concentraban en las consecuencias de la expansión pandémica del COVID-19 en Colombia y el cierre total de la economía.

Muchas de dichas motivaciones corresponden, como presupuestos fácticos de la declaratoria, a los anuncios y las proyecciones generadas en la Organización Mundial de la Salud y en los organismos nacionales de salud como el Ministerio de Salud Pública y Protección Social, dentro de las que se establecía una tasa de afectación probable y progresiva del 34.2%

* Elaborado por Julio César Ortiz-Gutiérrez, catedrático de Derecho constitucional en la Universidad Externado de Colombia. Presidente de la Sección Colombia del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

del total de la población, con afectaciones al sistema económico y social de magnitudes impredecibles e incalculables en nuestro país. De igual modo, allí se asentó que las debilidades del orden económico y del régimen laboral y de seguridad social afectarían los ingresos de la mayor parte de la población trabajadora y a las empresas en sus flujos de caja, con lo cual se afectaría de modo estructural el régimen de las finanzas públicas y privadas. También se incluyó como motivación adicional la ruptura imprevista del acuerdo de reducción de producción del crudo de la OPEP+ y la abrupta caída del precio del petróleo que impactaría radicalmente las finanzas públicas nacionales. Se incluyeron como motivaciones de la declaratoria de este nuevo estado de excepción, la necesidad de restringir la movilidad y la circulación de personas e imponer el distanciamiento social y la suspensión de términos administrativos y jurisdiccionales, entre muchas otras. Cabe observar que antes de dicha declaratoria del gobierno nacional, ya se habían decretado por las autoridades nacionales varias disposiciones reglamentarias de carácter general relacionadas con el orden público, como el cierre de fronteras terrestres, además de las importaciones de equipos y elementos sanitarios, entre otras.

En esta oportunidad el gobierno nacional declaró la existencia del *estado de emergencia económica, social y ecológica* en los términos previstos en el artículo 215 de la carta política de 1991, para rodear al presidente de la República de amplias y extraordinarias facultades legislativas con el fin de que con ellas se pudieran enfrentar las más duras consecuencias económicas y sociales que se comenzaban a sentir a raíz de la llegada al país del COVID-19 y de su muy probable expansión pandémica.

En la declaración del estado de emergencia no aparecen motivaciones relacionadas con la supuesta emergencia ecológica que también se invoca como elemento del estado de excepción por emergencia, pero respecto del que no existe proyección normativa alguna. Esencialmente, dentro de las demás motivaciones, el gobierno nacional encuentra indispensable realizar movimientos de la Hacienda Pública y de la macroeconomía tanto para asegurar liquidez y recursos económicos al gobierno como garantizar los movimientos

presupuestales que permitan atender a la población desamparada y desprotegida económicamente.¹

En rigor, se trata de la autoatribución presidencial de facultades legislativas extraordinarias, constitucionalmente permitida como parte de los tres estados de excepción delimitados y regulados en la carta política de 1991, cuya finalidad es dictar decretos legislativos que tienen la misma fuerza de la ley y que pueden suspenderla o incluso derogar normas legales preexistentes. Aquellos estados son *guerra exterior*, *conmoción interior* y los cuatro tipos de estados de emergencia que en una interpretación razonable serían *económica*, *social*, *ecológica* y de *calamidad pública*.

Desde luego, esta situación constitucional genera profundos temores a las consecuencias del ejercicio de los poderes de excepción por la concentración del poder y las restricciones de libertades y derechos; por ello es indispensable profundizar en las competencias de la Corte Constitucional para evitar que haya abusos y desbordamientos de los poderes excepcionales del gobierno nacional. Lo cierto es que según los datos conocidos por las autoridades de la salud pública en Colombia, el gobierno nacional debía enfrentar las consecuencias económicas, sociales y ambientales y de calamidad pública de las dimensiones de una pandemia real y se encontraba avocado a asumir poderes de emergencia jurídica, con el riesgo de concentrar varios de los poderes del Estado y decretar muchas restricciones a las libertades y derechos de las personas que propiciaban la expansión del virus declarada como pandemia.

En tal sentido, es evidente que en la mayor parte de las democracias constitucionales de inspiración liberal y en casi todos los gobiernos liberales como el nuestro, resulta incompatible con el régimen constitucional el empleo abusivo y sin límites de todos los poderes de excepción en manos de los jefes de gobierno, como ocurre en los casos de grave afectación

¹ Disponible en: <http://www.regiones.gov.co/>.

de la salubridad pública y de la muy posible alteración del orden público y social; ello despierta desde siempre los mayores temores constitucionales por la concentración del poder y por las restricciones a las libertades y derechos ante la posible ausencia de verdaderos y graves motivos, causas o hechos reales y verificables, o por el alcance de las medidas a adoptar. Uno de los verdaderos problemas de este tipo de declaratorias y sus motivos es la necesidad de actuar desde el conocimiento de los hechos, pero en este caso se debe actuar desde la absoluta incertidumbre y el desconocimiento inicial sobre las posibles causas con sus inesperadas evoluciones.

De otra parte, en estas condiciones encontramos cuatro tipos de inmensas avalanchas de decisiones administrativas relacionadas con el tema de la salud y de la pandemia que surgen del mismo gobierno nacional, de partes o sectores de la administración nacional y de algunas autoridades territoriales y locales relacionadas. Aquellos grupos de normas tiene que ver con las libertades públicas y los derechos fundamentales de circulación, reunión manifestación y en ejercicio de ellas llegaron hasta cerrar autopistas, carreteras y caminos entre departamentos y municipios, lo mismo que para decretar toques de queda y reglas de acceso a los lugares públicos y al transporte de personas y de bienes.

Lo mismo se debe decir sobre las restricciones de circulación y de desplazamiento en razón del sexo y de la edad, las que afectan la unidad familiar y propician el alejamiento de los lugares de trabajo. En materias administrativas, aquellas autoridades comenzaron a expedir muchas de las actuaciones desde antes de la declaratoria del estado de excepción por el mismo presidente de la República, de sus ministros y todavía un mes después de su desarrollo, se siguen expidiendo órdenes y reglamentos con base en las condiciones de pandemia, lo que ha generado verdaderos archipiélagos de decisiones normativas y fuertes tensiones políticas entre aquellas autoridades. Es tal la proliferación de decisiones administrativas que el mismo Consejo de Estado, que en insólita providencia decidió extender sus competencias inmediatas sobre decretos que según la ley debían ser demandados por particulares. Además,

es muy posible que la Corte Constitucional asuma la competencia automática para examinar algunos decretos generales expedidos como simples reglamentos de las disposiciones del derecho de policía para darles tratamiento de decretos legislativos por su contenido material.

Desde luego, en estos juicios es indispensable reconocer las condiciones trágicas en las que se encuentran los gobernantes y se debe emplear, en su favor, una fuerte presunción sobre la buena fe de sus actuaciones, lo que supone que en todo caso se debe presumir el predominio del criterio del bien común perseguido; pero a partir de sus limitaciones y desconocimiento de la etiología y la patología con las que se expresa la pandemia, no se puede avalar toda clase de medidas y constelación de órdenes, lo cual resulta a veces incongruente por no hacer verdaderos juicios de constitucionalidad.

La limitación política concurrente consiste en que el decreto que declare la ocurrencia de los hechos sobrevinientes debe llevar la firma del presidente de la República y de todos sus ministros, lo que le asegura, en nuestro medio constitucional, el respaldo político de los partidos que tienen representación en los ministerios y que con el presidente hacen gobierno.

El *control político* del Congreso es inmediato y posterior, pero también automático; es un control político porque lo ejerce el Congreso de la República, que se debe reunir dentro de los diez días siguientes a su expedición para examinar el informe motivado que debe presentarle el gobierno sobre las causas que determinaron el *estado de emergencia* y sobre las medidas adoptadas con el fin de pronunciarse sobre la conveniencia y oportunidad de éstas. En el asunto colombiano no se ha podido realizar efectivamente dicho control político por la imposibilidad física de la instalación del Congreso porque, antes de su declaratoria, la alcaldesa de Bogotá había decretado un confinamiento obligatorio preventivo y se hizo imposible la reunión material y física de ninguna de las dos cámaras. El gobierno igualmente después declaró el estado de confinamiento obligatorio y por ello no hubo posibilidad de la reunión de los congresistas de modo presencial. Después de muchas dudas, el gobierno dictó un decreto legislativo de emergencia económica para habilitar la reunión virtual y no presencial de los con-

gresistas en sesiones plenarios, pero en este caso tampoco se ha realizado el *control político* en el Congreso de la República.

El más riguroso control sobre dicha declaración y de sus desarrollos legislativos es el *control judicial* que, de conformidad con la tradición colombiana, ahora ejerce la Corte Constitucional de modo automático y forzoso. Dicho control, que es deliberativo por la participación ciudadana y del procurador general en su condición de Ministerio Público, lo hace la Corte sobre aquellos dos tipos de decretos, es decir sobre el que declara y el que llegue a prorrogar, así como respecto de los decretos legislativos o de desarrollo del *estado de emergencia*, ya que el gobierno los debe enviar a dicha Corte al día siguiente de su expedición y porque la Corte debe resolver sobre ellos.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia, para el actual *estado emergencia económica, social y ecológica*, procedió a repartir entre sus nueve magistrados los 72 decretos legislativos de la declaratoria de ese estado y sus desarrollos. Además, decretó un número inmenso de pruebas que acreditarían la existencia de la pandemia y sus posibles efectos como si no se tratara de una situación que siempre ha producido y cada vez produce las más grandes incertidumbres científicas y que se debe enfrentar con la mayor fragilidad académica en todos los lugares del mundo donde surge.

Muchas de esas pruebas ya han comenzado a llegar a la Corte y varios de los organismos e instituciones públicas y privadas han pedido ampliación de los términos fijados para cumplir los requerimientos probatorios decretados. Incluyen conceptos de expertos y de universidades con facultades de derecho.²

En el decreto de declaratoria se descartó decir que los hechos que motivaban dicha declaración constituían *grave calamidad pública* y no se reconoció que se trataba de una ca-

² Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/decretos.php>.

lamidad pública causada por la extensión de la enfermedad en todo el territorio nacional y de la indispensable orden de confinamiento obligatorio que se debía impartir en principio en todo el territorio nacional, así como en la necesidad de impedir su expansión paralizando la vida social y muchas actividades productivas y de consumo. En la Presidencia de la República se siguió y se atendió una jurisprudencia cuestionable de la Corte Constitucional que reduce el concepto de *calamidad pública* a que ella sea causada por un acontecimiento extraordinario de la naturaleza, como un terremoto o un tsunami, y no se entendió, en medio de la incertidumbre científica, que una pandemia es y puede constituir una verdadera catástrofe sanitaria de millones de muertos y de consecuencias económicas desastrosas en el empleo, los negocios y la economía.

Lo que aparece en este caso se dirige a establecer como en la *edad media*, frenos materiales y jurídicos a las amenazas transfronterizas y a cumplir con obligaciones de extraterritorialidad entre los Estados para limitar, impedir y bloquear que el virus causante de la enfermedad se transporte y transfiera su devastador contagio a poblaciones y Estados vecinos. Además, se trata de una situación de excepción que se debe enfrentar y atender por las autoridades en medio de grandes fragilidades institucionales en nuestro medio, y supone la necesidad de establecer restricciones justificadas ante la necesidad de garantizar los derechos sociales ciertamente deficitarios.

En la evolución de dicha situación, el gobierno nacional se dedicó a desarrollar muchas materias relacionadas con la expansión de los efectos del virus y estableció regulaciones de múltiples materias vinculadas con el poder y la función de policía en cabeza de las autoridades políticas, territoriales y locales, lo cual generó inmensos enfrentamientos entre ellos. Además, el gobierno nacional se vio obligado a regular muchas materias de remota relación con las causas que originaron la declaratoria del estado de emergencia, como la extensión del servicio militar y las reglas para la excarcelación de las personas privadas de la libertad como muy posibles víctimas del contagio. En este sentido, al parecer, en medio de la incertidum-

bre científica de este tipo de fenómenos sanitarios y de orden público, para las autoridades públicas nacionales resultaba más elemental y eficaz —repito: en medio de la incertidumbre científica y de la extrema debilidad de los gobernantes competentes para hacerle frente a dicha realidad catastrófica— entender que la declaratoria era de emergencia económica y social, que contraerse a la definición de calamidad pública.

A manera de crítica jurídica sustancialmente relevante, varios profesores de derecho constitucional creemos que a pesar de visualizarse, en la ya avanzada experiencia inmediata de otros países que se trata de una indiscutible calamidad pública general, en el gobierno nacional se optó por contraer dicha declaratoria a la emergencia económica, social y ecológica para controlar las consecuencias económicas, sociales y ecológicas de la difusión del virus entre los habitantes del territorio nacional, y para proteger al régimen financiero, tributario y fiscal que amparara la estabilidad del sector financiero de los bancos y de las compañías de financiamiento comercial de la posible generación de cascadas por el impago de los créditos.³

En vez de ocuparse directamente de la pandemia y sus efectos directos a través de la figura de la *calamidad pública* y de la necesidad de asegurar el confinamiento social casi absoluto y del aislamiento recomendado globalmente, según las experiencias ajenas, lo mismo que de las condiciones de debilidad manifiesta de los sectores más pobres y desvalidos en salud, alimentación, vivienda y cobijo diario por vía del *estado de emergencia*, el gobierno nacional en general, se dedicó de modo directo y prevaeciente a tomar medidas legislativas relacionadas con la estabilidad macroeconómica del régimen social y, en esencia, por vía del *estado de emergencia económica*, se ocupó de decretar medidas económicas, financieras, tributarias y fiscales para enfrentar la muy segura parálisis de la mayor parte de las actividades económicas.

³ Disponible en: <http://www.desdeabajo.info/colombia/item/39210>.

Asimismo, en evolución del *estado de emergencia*, el gobierno nacional se ocupó de temas como los relacionados con el no pago de los arrendamientos, el aplazamiento de los pagos de los servicios financieros, refinanciación de créditos, liberación de trámites aduaneros y de aranceles para la importación de elementos médicos y clínicos cuya finalidad era y es atender a los contagiados y en general los servicios de salud entre otros muchos temas.

Por estos días y según la experiencia mundial y las referencias de los organismos especializados, resultaba muy segura y mortífera su inmediata expansión pandémica en todo el territorio nacional cuyas consecuencias eran imprevisibles, en todo caso con suficiente anticipación a la declaratoria del *estado de emergencia* económica fueron conocidas las cifras que indicaban su vigorosa y mortífera expansión en casi todas partes del planeta y la muy previsible expansión en nuestro territorio. Empero, aún hoy existe casi total incertidumbre y ausencia de certeza de la naturaleza y características químicas y físicas del virus y de su recorrido contagioso, salvo que se transmite por contacto humano y aéreo.

En esta materia, la Constitución colombiana de 1991 establece que el presidente de la República podrá declarar la emergencia con las motivaciones indispensables, y la duración constitucionalmente autorizada está fijada para periodos de hasta 30 días, lo que le da la posibilidad de decretar varias prórrogas sucesivas, las que no podrán sumar más de 90 días por año, o decretar dicho estado en una oportunidad posterior.

Dentro de las mencionadas motivaciones del decreto que declara turbado el orden económico, social y ecológico, debe expresar cuáles son los hechos que perturban o amenazan perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyen grave calamidad pública y con base en ellos la Corte Constitucional debe realizar los exámenes que limiten y contraigan dichos poderes exclusivamente para superar las causas y los hechos que sirven de motivo para su declaratoria. Esto también quiere decir que el presidente, con la firma de todos sus ministros, puede volver a decretarlo tantas veces como sea necesario, pero no podría pasar de 90 días por año calendario.

La estrategia de decretar estos estados de excepción por breves periodos y hasta 90 días calendario en el año también calendario, está prevista para que el Estado y el jefe del Poder Ejecutivo mantengan sus reservas institucionales y no se desperdicien las facultades legislativas sin necesidad, ya que las situaciones de emergencia pueden mantenerse, repetirse o agravarse en el año calendario. Obviamente estas facultades comprenden elementos tributarios, fiscales, presupuestales, administrativos, orgánicos y funcionales con la limitante sustancial de respetar la relación de causalidad y de la urgencia que exige el derecho constitucional.

Como para los casos de los poderes y facultades extraordinarias de carácter normativo, la Constitución Política también exige que en la declaratoria del *estado de emergencia* económica y social se defina el término dentro del cual el gobierno nacional ejercerá las competencias y facultades normativas extraordinarias; así, en dicha declaratoria el gobierno nacional señaló que mantendría dicho estado por el término de 30 días. A pesar de que dicha declaración puede prorrogarse o decretarse de nuevo por periodos que sumados no excedan de los 90 días calendario al año, el actual gobierno no prorrogó la mencionada declaratoria del estado de excepción y se terminaron las facultades legislativas que entregaba dicha declaratoria.

En tal sentido, las disposiciones dictadas durante su vigencia mantienen su vigor legislativo y seguirán produciendo efectos como cualquier ley. Ahora bien, el gobierno decretó una serie de decretos que no aparecen fundados en el decreto que declara el estado de excepción sino en ejercicio de sus competencias constitucionales como suprema autoridad administrativa y como jefe de gobierno para regular el ejercicio de las competencias de restricción de las libertades de circulación, tránsito, reunión y manifestación, lo cual ha generado problemas de competencia de los tribunales judiciales para ejercer control de legalidad y de constitucionalidad, como es el caso del Consejo de Estado y de la alcaldesa de Bogotá y de varios gobernadores de departamento, quienes quieren adelantar muchas de las órdenes de restricción, aislamiento, confinamiento, circulación, reunión y encuentro, lo cual ha golpeado de manera notable el comercio y las economías privadas.

Dentro del conjunto de limitaciones constitucionales a las facultades legislativas extraordinarias que le entrega la Constitución al gobierno nacional, se tiene que aquéllas deben emplearse exclusivamente para expedir decretos destinados a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, y deberán referirse a las materias que tengan relación directa y específica con el *estado de emergencia*.

El presidente Duque, con la firma de todos sus ministros, “estrenó” de modo intenso una nueva modalidad de la figura constitucional del *estado de emergencia económica, social y ecológica* incorporada en la Constitución Política siguiendo los principales elementos de la figura del anterior artículo 222 de la Constitución de 1886 en la versión reformada en 1968, por la cual se le separó de la omnicompreensiva y perversa institución del estado de sitio a la colombiana. A pesar de que en 2008 fuera decretada la *emergencia económica* para precaver las consecuencias económicas de la intervención y liquidar así varias estructuras piramidales de captación masiva y habitual de dineros del público, dicha declaratoria no comprendía el amplio espectro de materias ni limitaciones, restricciones o suspensiones de los derechos y de las libertades como en esta oportunidad. La Corte Constitucional en su oportunidad juzgó los decretos de declaratoria del *estado de emergencia económica* y los que desarrollaban dicho estado para encontrar y declarar su conformidad con la Constitución, sin mayores exigencias ni condicionamientos, lo cual no parece que vaya a ser el caso de este año.

En su desarrollo del actual *estado de emergencia económica, social y ecológica*, el presidente Iván Duque, con la firma de todos sus ministros, expidió 72 decretos con fuerza de ley que inmediatamente comenzaron a producir y que producirán largos y profundos efectos jurídicos y económicos de carácter general entre los colombianos y los residentes en el territorio de la República, ya que aquéllos son la ley en el sentido sustancial de la Constitución, se equiparan materialmente a la ley y mantienen su vigencia y operan con pleno vigor en el lugar jerárquico de las leyes aun después de levantado el *estado de excepción* o, si es el caso, después de vencido el término de vigencia de dicho estado.

En este caso, el presidente decidió no extender la vigencia del estado de excepción de la emergencia económica y social, y éste dejó existir el 17 de abril de 2020, pero todos los decretos mantienen su vigencia hasta que no sean modificados o derogados por el Congreso de la República o declarados inexequibles por inconstitucionales en el juicio de control automático e inmediato que realizará la Corte Constitucional con audiencia del procurador general a partir del día siguiente de su expedición. También decidió mantener el confinamiento hasta el 11 de mayo, pero con base en sus funciones de jefe superior del orden público en el régimen unitario y centralizado colombiano.

Precisamente, al cumplirse el primer mes de vigencia del periodo inicial de la emergencia, el presidente decidió no prorrogar su vigencia a pesar de la expansión pandémica del COVID-19, que este año ha generado en todos los regímenes democráticos y constitucionales inmensa incertidumbre y nos enfrenta al reconocimiento institucional de la extrema debilidad académica y científica en que se encuentran casi todos los Estados de occidente. En la grave situación en la que nos encontramos, el poderoso efecto de la expansión del virus que nos afectó súbitamente en todas las áreas de la existencia de los pueblos, nos plantea el reconocimiento de algunas restricciones justificadas, no obstante el temor a la pandemia ello no puede generar efectos de tolerancia con los poderes del gobierno en los *estados de excepción*; por el contrario, se deben reforzar las ideas de la fraternidad y la solidaridad; esa tarea corresponde tanto al Congreso de la República como a la Corte Constitucional.

EL SALVADOR

La libertad está sitiada*

Es innegable que durante épocas de emergencia o crisis, como el actual contexto de inimaginable impacto debido a la pandemia por COVID-19, es necesario que los gobernantes cuenten con potestades extraordinarias para afrontarlas, pero ello debe hacerse dentro del marco constitucional y legal, sin abandonar las reglas democráticas y sin violar los derechos humanos.

En El Salvador, la administración presidencial salvadoreña adoptó con decisión y debida anticipación algunas de las medidas no farmacéuticas recomendadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) para retrasar el ingreso y la propagación del virus causante de la enfermedad COVID-19; y si bien tales medidas fueron celebradas de modo unánime por todos los sectores sociales del país y hasta significó un reconocimiento internacional, el manejo y gestión de la crisis comenzó a mostrar fisuras desde hace varias semanas, evidenciando improvisación, deficiente ejecución, inexistencia de recursos de protección médica, pero lo que cada vez es más preocupante es la derivación autoritaria y militarista de la conducción de la emergencia.

* Elaborado por S. Enrique Anaya, constitucionalista. Secretario de la Junta Directiva de la Sección El Salvador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Así, una breve reseña de los hechos más relevantes durante la emergencia sanitaria en El Salvador está determinada por los siguientes eventos:

- a. La administración presidencial salvadoreña adoptó con anticipación algunas de las medidas no farmacéuticas recomendadas para retrasar el ingreso y la propagación del virus SARS-CoV-2, causante de la enfermedad COVID-19.
- b. Entre dichas medidas no farmacéuticas se dispuso, desde el 30 de enero de 2020, la progresiva prohibición de ingreso al país de pasajeros provenientes de países con alta presencia del virus (China, Corea del Sur, Italia, España); cuarentenas controladas —por 30 días— en albergues para personas que ingresan al país, tanto por vía aérea como terrestre y, finalmente, tres días después del anuncio del primer caso de contagio de COVID-19, el 21 de marzo se ordenó —sin base jurídica sólida y razonable— una cuarentena domiciliar obligatoria en el país, por 24 horas al día, para todos los habitantes —salvo excepciones taxativas— por 30 días (plazo modificado posteriormente de modo muy desordenado).
- c. La Asamblea Legislativa apoyó las medidas no farmacéuticas adoptadas por el Órgano Ejecutivo y para reforzar las mismas emitió tanto una declaratoria de estado de emergencia nacional como, durante 30 días, un régimen de excepción de algunos derechos constitucionales.
- d. A pesar del acierto de las medidas iniciales, llama poderosamente la atención que la conducción de la emergencia se asignó, en el plano comunicacional, a un cargo estrictamente político (específicamente, la Comisionada Presidencial de Operaciones de Gabinete de Gobierno, una especie de jefe de gabinete) y, en plano operacional, a la Fuerza Armada, al extremo de que, en los hechos, la “última palabra” en los albergues o centros de contención la tenía y tiene el oficial militar a cargo de la seguridad y no el médico. Esto se evidenció, entre otras co-

sas, por la ausencia pública de la ministra de Salud y Asistencia Social, al grado que fue sustituida, sin explicación alguna, el 27 de marzo de 2020; además, no se constituyó ninguna mesa técnica de apoyo científico para el manejo de la crisis sanitaria.

- e. Entre las primeras deficiencias que se denunciaron fue el improvisado y desordenado manejo de los albergues, dado que, por un lado, se llegó al extremo de aglomerar a decenas y hasta cientos de personas en un mismo lugar sin condiciones sanitarias, y sin guardar medidas de separación física; por otro lado, el desordenado ingreso a los albergues, ya que se mezclaron pasajeros de distinto origen, lo que ha provocado —además del riesgo de contagio— que algunas personas padezcan internamientos forzosos por más de 40 días.
- f. A partir de la cuarentena domiciliaria obligatoria dispuesta el 21 de marzo, el presidente de la República, en comparecencia nocturna en radio y televisión, ordenó, en frontal choque con la Constitución y sin autorización legislativa, la detención de todas las personas que incumplieran la cuarentena domiciliaria, disponiendo que debían ser conducidas a “centro de contención” de la epidemia.
- g. Desde la misma noche de la orden verbal del presidente de la República, la Policía Nacional Civil (PNC) —con apoyo de la Fuerza Armada— inició las capturas ilegales, deteniendo cientos de personas, conduciéndolas a bartolinas policiales, sin ninguna medida de seguridad sanitaria.
- h. Tal situación generó la presentación de múltiples solicitudes de hábeas corpus o exhibición de la persona ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SCn/CSJ), la que por resolución del 26 de marzo de 2020 dispuso una serie de medidas cautelares estructurales —de efectos generales—, entre ellas que las personas detenidas en bartolinas policiales por incumplir la cuaren-

tena domiciliar, debían ser conducidas a sus residencias, previo cumplimiento de los respectivos protocolos sanitarios; además, y con relación a las personas detenidas y trasladadas a “verdaderos centros de contención”, ante el riesgo de que hubieran estado en contacto con fuentes de contagio, se decidiría según el desarrollo de los procesos; se indicó asimismo que las consecuencias sobre la libertad física o de movilidad por vulnerar la cuarentena debían regularse por ley formal, emitida por la Asamblea Legislativa.

- i. Entre tanto, el 30 de marzo aconteció una de las más graves deficiencias en el manejo de la crisis sanitaria, pues siguiendo confusas indicaciones del presidente de la República, más de 20,000 personas se aglomeraron en las calles, a lo largo de todo el país, para tramitar el pago de un “bono por alimentación” de 300 dólares.
- j. Con motivo de la resolución de la SCn/CSJ, se redujo el número de detenciones ilegales; sin embargo, el 6 de abril de 2020, el presidente de la República, en otra comparecencia nocturna en televisión, informó que había instruido a la Policía Nacional y a la Fuerza Armada que “endurecieran” las medidas y que, incluso, no le preocuparía si en redes sociales las personas se quejaban porque se “les había doblado la muñeca”, o se les decomisaba el vehículo (para lo que se carece de habilitación legal).
- k. Ante ello, el 8 de abril la SCn/CSJ emitió nueva resolución disponiendo, entre otras medidas, que el presidente de la República, la Policía Nacional y la Fuerza Armada “tienen constitucionalmente prohibido privar de libertad en la forma de confinamiento o internamiento sanitario forzoso a las personas que incumplan la orden de cuarentena domiciliar, mientras la Asamblea Legislativa no emita una ley formal en la que se establezca dicha medida”.
- l. A pesar de tal resolución, las detenciones ilegales continuaron y, cuando las mismas ya superaban las 2,000 víctimas, la SCn/CSJ pronunció otra resolución el 15

- de abril, reiterando las medidas cautelares estructurales y ratificando que mientras no se cuente con ley formal emitida por la Asamblea Legislativa, los internamientos o confinamientos forzosos en supuestos centros de contención por violar la cuarenta domiciliaria eran ilegales: desde los Acuerdos de Paz, de 1992, no se tenía conocimiento en el país de tan oprobioso número de detenciones ilegales.
- m. Ello motivó una impetuosa reacción del presidente de la República, el mismo día, quien en *Twitter* expresó, en una vergonzosa tergiversación de la resolución de la SCn/CSJ, que existe un “deseo mórbido” para que las personas mueran, que la SCn/CSJ ordenaba “la muerte del pueblo” y, en abierta desobediencia o desacato a la resolución judicial, declaró que no la acataría, porque “cinco personas no van a decidir la muerte de cientos de miles de salvadoreños [en referencia al número de integrantes de la SCn/CSJ], por más sellos y tintas que tengan”.
- n. Semejante declaración del presidente de la República mereció la repulsa de múltiples organizaciones de la sociedad civil salvadoreña, de organismos internacionales de defensa de los derechos humanos e, incluso, de congresistas estadounidenses.
- o. En ese ambiente, el 17 de abril, un noticiero local informó, poco después del mediodía, que existía movimiento comercial en el municipio costero con el bonito nombre de La Libertad, incorporando videos de tal circunstancia: ello provocó la ira del presidente de la República, así que ordenó al ministro de Defensa —un almirante— que impusiera un “cerco sanitario” en La Libertad, prohibiendo de modo absoluto la presencia de personas en las vías públicas (“Todas las personas tendrán que estar en sus casas”), sin poder salir ni siquiera para comprar alimentos o medicinas, sin plazo (“hasta nuevo aviso” dice el *tweet*); y que ya después el Ministerio de Salud “le enviará el documento.

p. Tal orden presidencial motivó la inmediata militarización del municipio de La Libertad, aplicando de facto un toque de queda y prácticamente el arresto domiciliario a miles de personas (finalmente, el cerco militar duró 48 horas).

El sitio al municipio de La Libertad es uno de los ejemplos más relevantes de la derivación autoritaria y militarista en la conducción de la emergencia, amén de la ilegal privación de libertad de más de 2,000 ciudadanos salvadoreños: con tales acciones, asemeja que según la administración presidencial salvadoreña, la lucha contra el virus debe hacerse, no con los instrumentos de la ciencia y la democracia, sino con tanquetas y fusiles.

La situación que El Salvador está experimentando nos demuestra que gobernantes con talante autoritario (que incluso afirma que habla con Dios) utilizan el comprensible miedo a la enfermedad para racionalizar y justificar las violaciones a los derechos humanos, por lo que es esencial tener en cuenta que, como declaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 14 de abril, las medidas que los Estados adopten para hacer frente a la pandemia

... y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.**

En definitiva, la lucha contra la pandemia debe hacerse dentro de los cauces constitucionales y legales; por lo tanto, aquélla no puede servir de coartada para el predominio del poder y el uso arbitrario y abusivo de éste sobre los derechos fundamentales de las personas: debemos pues, contener todos los virus, incluyendo el del autoritarismo.

** Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>.

ESPAÑA

Dimensiones constitucionales de la crisis del coronavirus en España: una crónica de urgencia*

La Constitución de la excepción en España y su aplicación a la emergencia sanitaria causada por el coronavirus

La Constitución de la excepción se compone en España de “piezas” o “fragmentos”, cada una de los cuales responde a una lógica causal de diferente naturaleza. Tenemos en primer lugar la previsión de una suspensión individualizada de derechos (“para personas determinadas”, dice el artículo 55.2 de la Constitución) concebida como instrumento de lucha contra el terrorismo. Dicha suspensión, que en sustancia rebaja el nivel de garantías constitucionales sobre el régimen de la detención, así como de las intervenciones telefónicas y domiciliarias, exige un control judicial caso por caso y ha acabado por ser incorporado a la legislación procesal en materia penal. En segundo lugar, la Constitución Española (CE) contempla un régimen de excepción que se relaciona con las exigencias derivadas de la opción por el Estado com-

* Elaborado por Miguel Revenga Sánchez, catedrático en la Universidad de Cádiz. Miembro de la mesa directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (miguel.revenga@uca.es).

puesto; es decir, una especie de fórmula de “coerción federal” que aparece en el artículo 155 de la CE. Se habilita allí al presidente del gobierno, contando con la autorización por mayoría absoluta del Senado, a adoptar las medidas que considere oportunas frente a actuaciones de las autoridades de las comunidades autónomas lesivas para el interés general y/o que denoten un incumplimiento contumaz de las obligaciones constitucionales. Este mecanismo de control excepcional fue el que se activó en octubre de 2017 frente a la declaración unilateral de independencia realizada por el Parlamento de Cataluña. La última de las “piezas” de la “Constitución de la excepción” es la que se concreta, al modo más tradicional, en la previsión de los tres estados excepcionales relacionados en el artículo 116 de la CE, que es el que cierra (de manera un tanto llamativa desde el punto de vista de la sistemática) el título V de la Constitución, sobre la relación entre el gobierno y las Cortes Generales. Alumbrado por la idea de las respuestas escalonadas a situaciones que desafían o interrumpen el decurso normalizado de la vida constitucional, el artículo en cuestión contempla tres estados excepcionales (de alarma, de excepción y de sitio), cada uno de los cuales tiene perfiles diferenciados en cuanto al modo y los efectos potenciales de su declaración. Los tres comparten, sin embargo, una misma idea de fondo: la de hacer viable una acción concertada de los poderes públicos, medida y congruente con la situación de excepcionalidad, limitada en el tiempo y alumbrada por el principio de recuperación de la normalidad cuanto antes y con el menor coste posible. Y al mismo tiempo el artículo 116 de la CE trasluce una prevención frente al riesgo de que, al hilo de la excepcionalidad, el incremento de las posibilidades de actuación del gobierno y sus agentes vaya de la mano de un olvido o menoscabo de las facultades de control sobre aquel que la Constitución deposita en manos del Congreso de los Diputados. De ahí que el principio de responsabilidad del gobierno y sus agentes permanezcan incólumes durante los estados excepcionales (artículo 116.6, CE); y de ahí también que, durante ellos, no se permita la disolución del Congreso (artículo 116.5, CE). El diseño constitucional sucintamente descrito fue desarrollado en fecha bien temprana mediante la Ley Orgánica 4/1981, de 1o. de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

La declaración del estado de alarma: contenido e incidencia sobre los derechos fundamentales

El estado de alarma representa en España la respuesta frente a lo excepcional de más bajo relieve. Desde el punto de vista orgánico, ello se manifiesta en el hecho de que su declaración depende del gobierno sin que sea necesaria la previa autorización del Congreso de los Diputados, como ocurre en el caso del estado de excepción y, de manera aún más intensa, en el de sitio, donde la llave para activarlo se traslada desde el gobierno al Congreso por la mayoría absoluta de sus miembros. Hay que añadir, sin embargo, que el estado de alarma tiene un tope de duración establecido en 15 días naturales, transcurridos los cuales, las eventuales prórrogas sí que exigen una autorización expresa del Congreso. Desde el punto de vista sustantivo, la gran diferencia entre el estado de alarma y los otros dos estados excepcionales es que en estos dos últimos cabe suspender la vigencia de ciertos derechos fundamentales (las garantías frente a la detención, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de circulación, ciertas facetas de la libertad de expresión, los derechos de reunión y manifestación, así como los de huelga y medidas de conflicto colectivo); mientras que en el de alarma tan sólo cabe, entre otras medidas, la *limitación* de ciertos derechos y, de manera expresa, “la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados”, o bien condicionar la circulación o la permanencia “al cumplimiento de ciertos requisitos” (artículo 11.a de la LO 4/1981).

Con independencia del reparto orgánico, para diferenciar cuáles son los supuestos fácticos con los que se conecta la declaración de uno o de otro estado excepcional, hay que estar a lo dispuesto en la LO 4/1981, puesto que la CE nada indica al respecto. Pues bien, de la lectura de los artículos 4o., 13 y 32 de dicha Ley, se infiere una diferenciación de supuestos habilitantes que, en sustancia, podría describirse así: el estado de alarma está concebido para hacer frente a catástrofes naturales, crisis sanitarias, falta de funcionamiento de servicios esenciales o situaciones de desabastecimiento de productos básicos; el de excepción, cuan-

do surjan amenazas que obstaculicen el ejercicio de los derechos fundamentales o el normal funcionamiento de las instituciones democráticas; y el de sitio, para los casos (más graves) de insurrección o actos de fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o el ordenamiento constitucional. Es un reparto que responde a la lógica de “escalas de gravedad”, y en el que parece que se “despolitiza” el supuesto desencadenante del estado de alarma, mientras que, en el otro extremo, el que se relaciona con la activación del estado de sitio, hace de él algo bastante cercano a una situación de guerra.

Ocurre con frecuencia —felizmente, cabría decir— que las normas sobre la excepción componen un derecho que no pasa de ser “proclamatorio”, al faltarle la aplicación o “encarnadura fáctica” que le da vida y permite, al cabo, calibrar lo acertado o desacertado de las concepciones de quienes lo diseñaron y de quienes lo glosaron o aplicaron. Así ha sido en España en lo que se refiere a los estados de excepción y de sitio, pero no por lo que respecta al estado de alarma, que ya había tenido, antes de la crisis causada por el coronavirus, una aplicación. Concretamente, en diciembre de 2010, cuando el gobierno recurrió a ella mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, para enfrentar una huelga (de las que suelen llamarse “salvajes”) de controladores, que situó en riesgo de colapso el funcionamiento de los aeropuertos españoles en unas fechas del calendario —la fiesta de la Constitución es el 6 de diciembre— que son de las de mayor tránsito. Los efectos de la declaración se ciñeron a las torres y centros de control aeroportuarios situados en territorio español y se concretaron en una militarización del personal que prestaba servicios en ellos para obligarles a retomar al trabajo según apercibimiento de aplicación de las leyes militares penales y disciplinarias. Mediante Acuerdo del 14 de diciembre de 2010, el gobierno solicitó al Congreso una prórroga del estado de alarma que le fue concedida y dio lugar al correspondiente Real Decreto 1717/2010 de prórroga del estado excepcional. Sobre ambas normas y, en general, sobre la constitucionalidad de lo acordado entonces por el gobierno tuvo oportunidad de pronunciarse (favorablemente) el Tribunal Constitucional en la Sentencia 83/2016.

El actual estado de alarma fue declarado por el gobierno, con efecto inmediato, por medio del Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo. Es un texto prolijo (ocupa 13 páginas del *Boletín Oficial*) cuyo contenido no puedo desgranar aquí. Me limitaré a señalar que, junto a la suspensión de la actividad educativa (en todos los niveles), comercial (salvo excepciones relacionadas con la alimentación y artículos de farmacia), recreativa, deportiva, cultural y de culto religioso, el Decreto realiza una clara “centralización” de la gestión de la crisis, bajo la dirección del presidente del gobierno, en cuatro autoridades competentes delegadas que son los titulares de los ministerios de Defensa, Interior, Transportes y Sanidad. El Decreto les habilita para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que sean necesarias, así como para adoptar cualesquiera de las medidas incluidas en el artículo 11 de la LO 4/1981 (que, entre otras, incluyen requisas temporales de bienes, imposición de prestaciones personales, intervención y ocupación de industrias, fábricas o talleres, e intervenciones dirigidas a asegurar el abastecimiento de los mercados). Hasta el momento no se ha acordado la adopción de ninguna de ellas, con excepción de la que se refiere a la intervención en la fijación del precio máximo de venta al público de las mascarillas y geles desinfectantes. Pero en lo que sí ha tenido una profunda incidencia el Decreto es en el reparto de competencias en materia de sanidad. La gestión centralizada ha cercenado la capacidad de las comunidades autónomas para desarrollar políticas propias de lucha contra el virus, lo que es llamativo si tenemos en cuenta que, con anterioridad a la declaración de alarma, algunas de ellas ya habían adoptado medidas parciales de confinamiento (de dudosa constitucionalidad) al amparo de sus correspondientes leyes autonómicas sanitarias y/o de protección civil.

Desde el punto de vista de la injerencia en los derechos fundamentales, la disposición más polémica del Decreto es la que se refiere a lo que el artículo 7o. rubrica como “Limitación de la libertad de circulación de las personas”. El artículo somete la libertad de circulación a un condicionante genérico —el desplazamiento ha de ser individual— conectando además la posibilidad misma de ejercerlo con la realización de una serie de actividades que allí mismo

se enumeran, bien de manera concreta: adquisición de alimentos o productos farmacéuticos, asistencia a centros sanitarios, desplazamiento al lugar de trabajo y retorno al lugar de la residencia habitual, desplazamiento a entidades financieras o de seguros; o bien, mediante referencias indeterminadas: causa mayor o situación de necesidad y cualesquiera otras, señala el artículo, “de naturaleza análoga”. Tal es la base jurídica del confinamiento domiciliario que rige en todo el territorio nacional y afecta a todos los ciudadanos por un espacio de tiempo que sobrepasa ya, en el momento en el que escribo, las cinco semanas.

No son pocos los que defienden que un sometimiento de la libertad deambulatoria a límites tan estrictos, equivale lisa y llanamente a una suspensión del derecho fundamental que reconoce el artículo 19 de la CE y, por ende, a un desbordamiento en fraude de Constitución de los contornos en los que se desenvuelve el estado de alarma. Como hemos apuntado, durante la vigencia del mismo cabe la imposición de límites a los derechos, pero no la suspensión de los mismos. Se trata de un debate de notable interés de índole teórico, en cuanto que involucra cuestiones medulares de teoría general de los derechos fundamentales (el alcance del contenido esencial de los derechos, la diferencia entre delimitaciones, limitaciones, restricciones y suspensiones, así como lo que significa ponderar derechos y bienes constitucionales, por señalar, algunas), pero que a mi juicio no debería nunca desviar la mirada sobre el carácter rigurosamente inédito del desafío que se nos presenta y sobre las servidumbres del discurso jurídico. Más allá de las dudas sobre si lo que procede es la declaración de este o de aquel estado excepcional, la cuestión es que no hay fundamento constitucional, ni desarrollo legislativo, que tenga la capacidad de ofrecer respuestas acabadas, y con carácter anticipado, a la crisis de alcance global en la que estamos inmersos.

Lo anterior no debe llevarnos a dejar de lado lo que significa el ejercicio del poder en forma constitucional, esto es, comprometido con la realización de los derechos y sometido a los arreglos institucionales (división, responsabilidad y control) que generan libertad; como tampoco la excepción (fáctica y jurídica) debe convertirse en norma. De ahí que en el actual

estado de cosas una de las cuestiones que nos parecen más preocupantes es la del ensanchamiento de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria. Hay que tener en cuenta que la LO 4/1981 (artículo 10.1) se limita sobre el particular a una genérica remisión a lo que dispongan las leyes. Pues bien, dicha remisión está siendo interpretada como una habilitación para hacer uso de las sanciones que, del modo más generoso, aparecen previstas en la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana. El capítulo V de dicha Ley (que no por casualidad es conocida popularmente como “ley mordaza”), sobre régimen sancionador, alberga una extensa lista de infracciones y entre ellas, clasificada como grave, la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Unido a la indeterminación de que hace gala el Decreto de alarma en lo que se refiere a los supuestos que legitiman la posibilidad de desplazarse, ello está dando pie a un frenesí sancionador que, por depender sólo, en último extremo, de las particulares apreciaciones *in situ* de los agentes, produce unos niveles de inseguridad jurídica difícilmente compatibles con las virtudes de los constitucionales.

El Congreso de los Diputados, con ocasión de las prórrogas del estado de alarma que tiene que autorizar cada vez que transcurre el tope de los 15 días, dispone de la posibilidad de “establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga”. Hasta el momento ha tenido oportunidad de hacerlo hasta en tres ocasiones: en las sesiones del 25 de marzo, el 9 de abril y el 22 de abril (que se han plasmado en la publicación de los correspondientes reales decretos de prórroga del estado de alarma), sin que en ninguna de ellas, con respecto a lo propuesto por el gobierno, haya habido más innovación que la relativa a la obligación de éste de remitir semanalmente al Congreso información sobre la ejecución y valoración de las medidas adoptadas para contener el virus. Es verdad que el apoyo parlamentario al gobierno, que fue unánime en el momento de la declaración, ha ido decreciendo en la segunda y en la tercera prórroga, pero en el caso de España se está cumpliendo el designio que hace de lo excepcional un caldo de cultivo para incrementar los sesgos presidencialistas del sistema.

Principales medidas en los ámbitos sanitario y sociolaboral

Una relación, aunque fuera somera, de las medidas que se han tomado en el último mes y medio con ocasión de la crisis desatada por la pandemia sobrepasaría con creces el espacio de que disponemos aquí. Baste con decir que desde el 10 de marzo en adelante el gobierno ha recurrido de manera continuada, y a ritmo frenético, a la potestad de aprobar disposiciones normativas con fuerza de ley (necesitadas, eso sí, de la convalidación del Congreso) prevista en el artículo 86 de la CE para los casos de extraordinaria y urgente necesidad. En el momento de escribir estas líneas hemos visto incorporarse ya al *Boletín Oficial* hasta 10 decretos leyes —el más reciente lleva fecha de 22 de abril— que ocupan más de 200 páginas de apretada “prosa legislativa”. Cualquier interesado puede consultar esas y otras muchas disposiciones de índole europeo, estatal y autonómico, aplicables en España, en el Código *on line* Covid-19, que se actualiza diariamente.

Además de haber subvenido a las necesidades asistenciales, de investigación y detección del virus, así como sanitarias, que han surgido como consecuencia de la pandemia, desbordando (aunque en unos territorios más que en otros) las disponibilidades del sistema público de salud y, de manera especialmente dramática sus unidades de Cuidados Intensivos, esa pléyade de decretos leyes, y otras disposiciones de inferior rango y dispar procedencia, han permitido diseñar el armazón jurídico de la respuesta de los poderes públicos a una emergencia sanitaria que ha frenado en seco la actividad económica y alterado de raíz la vida cotidiana de los españoles. En el ámbito laboral, se ha activado el sistema de regulaciones temporales de empleo (ERTES) que permite suspender la relación de trabajo durante el tiempo de cese de la actividad, pasando el trabajador a la situación de desempleo, percibiendo la prestación correspondiente, pero con la obligación por parte de la empresa de reanudar la relación laboral tan pronto como termine la situación excepcional. Se ha protegido a inquilinos y arrendadores mediante una regulación *ad hoc* que obliga a prorrogar los arrendamientos, im-

pide los desahucios y facilita el acceso a crédito (con el aval del Estado) por parte de aquéllos para hacer frente al importe de hasta seis meses de renta. Se ha prohibido suspender por ahora los suministros básicos (agua, luz, gas) en caso de impago. Se han tomado medidas que facilitan la moratoria en el pago de las deudas hipotecarias y se han dictado normas especiales para reforzar la protección de las víctimas de la violencia de género. Se han aprobado medidas de aplazamiento de las obligaciones tributarias, especialmente de las que recaen sobre los trabajadores autónomos, y se ha facilitado el acceso al empleo agrario. Se ha fomentado el teletrabajo en el sector privado y en las administraciones públicas. Y se han realizado cuantiosas transferencias de fondos a las comunidades autónomas y relajado la regla de tope de gasto en los ayuntamientos para permitir a éstos y aquéllas a paliar, dentro de sus respectivos ámbitos de actuación, las consecuencias desastrosas causadas por la pandemia.

Son sólo una muestra de las medidas y de las actuaciones que ha venido a propiciar la referida normativa aprobada con carácter urgente, pero con vocación de extender sus efectos en el tiempo hasta donde sea preciso.

Una reflexión final

En su comparecencia ante el Congreso para solicitar la aprobación de la tercera prórroga del estado de alarma, el 22 de abril, el presidente del gobierno cifró el coste de las medidas que se habían adoptado hasta el momento en algo más de 132,000 millones de euros. Obviamente una provisión de recursos públicos de ese calibre, unido a la parada en seco de la actividad económica, con la consiguiente merma de las perspectivas de recaudación, tiene ya un efecto que no es aventurado predecir: haber hecho que salte por los aires la regla de oro de los topes de déficit público que tenemos incorporada en el artículo 135 de la Constitución. Como es sabido, tal incorporación se produjo en el verano de 2011 mediante una reforma ex-

prés de nuestra carta magna cuya causa directa fue la crisis de la deuda soberana que había situado a la de España en unos niveles de prima de riesgo que situaron al país al borde de una intervención como la que sufrieron en aquella crisis Grecia, Irlanda y Portugal. Es verdad que el propio artículo 135 prevé una vía para superar los límites de deuda estructural y de volumen de deuda pública en situaciones de emergencia extraordinaria, cuando así lo aprecie el Congreso de los Diputados por la mayoría absoluta del Congreso. Pero con independencia de ello, lo que sabemos por experiencia directa es que las recetas que se emplearon para salir de dicha coyuntura, parte de las cuales consistieron en rescatar con fondos públicos a las entidades financieras, y transitar después por la vía de la austeridad y la contención del gasto, no servirán para hacer frente a lo que se nos avecina. En el momento de escribir estas líneas está reunido en Bruselas el Consejo Europeo en cuyas manos queda la decisión sobre el punto hasta el que está dispuesto a llegar para comprometerse, de verdad, con una reconstrucción de la que, a buen seguro, dependerá la propia supervivencia del proyecto europeo.

ESTADOS UNIDOS

Reflexiones bajo la bruma. Notas sobre el federalismo en Estados Unidos en tiempos de la pandemia*

No sabía exactamente cómo empezar a escribir estas notas para responder a la amable invitación del doctor Diego Valadés, pero mi caminata matutina con mi perro por un pequeño bosque cerca de mi casa, me lo aconsejó. Sobre el pequeño lago había una bruma especialmente densa que no me permitía ver prácticamente nada. Sin embargo, por 20 años he sabido que un lago está allí; lo podía oler, percibir su humedad y hasta escuchar al riachuelo de al lado, pero no podía ver nada. Esta experiencia peripatética me hizo pensar que esta circunstancia se parecía mucho a lo que ahora pasa en muchos lares del mundo en medio del SARS-CoV-2.

Efectivamente, sabemos que como la bruma se despejará con los rayos más intensos del sol, esta emergencia también pasará y que seremos capaces de ver nuevamente al mundo, aunque no sepamos exactamente qué quedará del que fuera nuestro hábitat en los inicios del 2020. Esto es válido para multitud de aspectos de la vida personal, familiar, comu-

* Elaborado por Jorge Madrazo, investigador. Presidente de la Sección de Estados Unidos del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

nitaria, laboral, profesional, nacional e internacional. Al final, la aldea global está enferma y los humanos de varias generaciones la hemos venido enfermando.

Lo que quedará de la estructura de los Estados nacionales y de su particular sistema de distribución territorial del poder no se escapa a la incertidumbre que el coronavirus ha producido.

El que esto escribe vive en un estado muy peculiar de la Unión Americana, Washington. En 1936 el Postmaster General James Farley dijo que el país era entonces la unión de 46 estados y la república socialista de Washington. Esta expresión figurativa acierta en subrayar el carácter tan especial del estado número 42 de la Unión: demócrata, liberal y progresista; características hoy comunes en los estados de la costa del Pacífico. Desde 1985 no ha habido en Washington un gobernador republicano.

Aquí precisamente se dio el primer caso de COVID-19 en los Estados Unidos, confirmado el 21 de enero, en una ciudad muy cercana a Seattle, Kirkland (aunque apenas hoy se ha dicho que hubo dos casos previos en California) cuando una dama recién llegada de Corea del Sur visitó un centro para ancianos, cándida cortesía que terminó costando la vida a dos terceras partes de los residentes del centro para adultos mayores, todo aunado a la falta de detección temprana del síndrome respiratorio agudo.

Hoy el virus se ha propagado por los 50 estados, y Estados Unidos se convirtió en el epicentro del SARS-COVID-19.

No me detendré demasiado en las cifras de infectados y fallecidos porque éstas cambian en cuestión de horas, y es un campo que debe estar reservado para los epidemiólogos, pero bástame decir por ahora que al escribir esto en el estado de Washington hay 11,802 infectados y 624 decesos, en un mundo que como consecuencia de la pandemia ha perdido a más de 600,000 de sus habitantes e infectado a más de dos y medio millones de personas.

Ya muchos teclados se han puesto en acción para reflexionar sobre la forma en que la pandemia se ha acometido en los distintos Estados nacionales (democráticos), a partir de su estructura constitucional de organización territorial del poder, es decir, en sus formas unitarias y centralistas, regionales descentralizadas y autonómicas, y desde luego los Estados federales.

La discusión sobre cuál sistema es mejor para lidiar con la pandemia es muy interesante y valioso. En algún momento me hizo evocar el debate entre fray Servando Teresa de Mier y Miguel Ramos Arizpe en el Constituyente de 1823-1824 sobre la disyuntiva centralista-federalista, que caracterizó y alineó a las fuerzas políticas durante una buena parte del siglo XIX mexicano.

Algunos editorialistas subrayan las ventajas de los Estados centralistas debido a que en la emergencia, dicen, se necesita una unidad de mando que permita tomar decisiones rápidas, enérgicas y generales. Ejemplo de éxito que mucho se pondera es el de Japón en medio de la organización de los juegos olímpicos.

Por su parte, los federalistas insisten en que la pandemia se ha expresado de manera distinta en los diversos sitios dentro de los países, y que esas diferencias sólo pueden resolverse en uso de poderes autonómicos de los Estados federados.

De los Estados unitarios descentralizados o regionales es poco lo que he podido examinar, ya que los ejemplos de Francia, Italia y España, por sus devastadores números, parece que no han sido los más eficaces.

Quizá todavía tengamos que hacernos una pregunta previa sobre si la estructura del Estado ha jugado un papel importante en la contención o no de la pandemia. Creo que muchos análisis de juristas muy calificados, entre los cuales yo no me encuentro, se producirán muy pronto.

Como quiera que entre los 10 países con un mayor número de infectados y decesos hasta hoy, se encuentran tres que son sistemas federales: Estados Unidos, Alemania y Rusia, y los otros siete (España, Francia, Italia, Reino Unido, Turquía, China e Irán) son sistemas unitarios con distintas dosis de descentralización y democracia.

Estas estadísticas sin embargo no pueden analizarse a la ligera. Tienen que ver mucho con el número de pruebas de laboratorio realizadas y en la forma como se reportan los resultados. Por ejemplo, en los Estados Unidos, a la fecha se han realizado casi cuatro millones de pruebas, mientras que en Irán no llegan a las 350,000.

En los Estados Unidos el COVID-19 ha tenido un impacto distinto entre los 50 estados. Desgarradoras consecuencias humanas en Nueva York, Nueva Jersey, Michigan, Massachusetts, Pennsylvania, Illinois, Florida, California e incluso Washington. En cambio, en estados como North Dakota, Hawái, Montana, Vermont, Alaska y Wyoming el número de contagiados y fallecidos ha sido considerablemente menor. A las irreparables pérdidas humanas se suman graves daños económicos. Las medidas de contención para unos estados con un profundo impacto pueden no ser iguales para otros menos desafortunados.

Los federalistas (me acordé de Madison, Hamilton y Jay) han enfatizado que por las peculiaridades del COVID-19 se requiere de decisiones estatales e incluso locales, de los condados y de las ciudades, por delegación de facultades, que por entero asuman las diferencias dentro del país.

De alguna manera esta epidemia ha evocado las discusiones entre el plan de Virginia (centralizador) y el de New Jersey (más federalista) que finalmente resolvió el llamado Compromiso de Connecticut en el Constituyente de 1787 (The Great Compromise), aunque ahora no se trata de estados grandes y chicos sino muy contagiados y menos contagiados.

Dentro de los desafíos para hacer un análisis de cómo ha operado el federalismo en los Estados Unidos está, más allá de su forma de gobierno, el estilo peculiar y poco ortodoxo

de gobernar del presidente número 45. A lo anterior hay que agregar que los Estados Unidos se encuentran hoy dentro del proceso que habrá de concluir con la elección general del 3 de noviembre, en donde desde luego tocará la renovación del Ejecutivo federal, de la Cámara de Representantes y de 34 miembros del Senado, acompañada de la renovación de los poderes en varios estados de la Unión. Muchas de las decisiones y acciones políticas en medio de la pandemia se toman y ejecutan en este contexto. Ciertamente el éxito o fracaso en el manejo de la crisis del coronavirus tendrá una consecuencia en el resultado electoral.

El COVID-19 produjo que las elecciones primarias fueran deslucidas, quitando la visibilidad de que el candidato demócrata necesitaba para la elección de noviembre, que esperamos tener con relativa normalidad. Menos mal que en este país el voto en ausencia es cada vez más utilizado. Hay que ser optimistas.

Ciertamente el federalismo estadounidense, que es el primero en el mundo y fruto de los debates del Constituyente de Filadelfia en torno al equilibrio vertical y horizontal del poder para no caer en el despotismo de Jorge III, dejó sin embargo un área de facultades concurrentes, coincidentes y coexistentes que han sido muy visibles durante esta pandemia. Desde luego que la décima enmienda a la Constitución, todavía parte del Bill of Rights, deja en poder de los estados (la realidad de las 13 excolonias) los poderes originales y los residuales, que deben ser explícitos, son los reservados a la Federación y que se han determinado por sucesivas interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia. Si el tema de la competencia federal o estatal ha sido álgido en tiempos de normalidad, en tiempos de emergencia lo es mucho más. El debate crecerá en la medida que dejemos el “mode” de sobrevivencia en el que hoy estamos en los Estados Unidos.

Las características globales de la pandemia desde luego obligan a la intervención federal. El coronavirus ha afectado a todos los estados de la Unión con un decisivo componente internacional. Ahora el virus —que fue importado— es también el único producto de exportación en un comercio internacional prácticamente paralizado.

El Ejecutivo federal ha intervenido para prohibir el ingreso al país de personas provenientes de China, luego de Europa y finalmente las fronteras con Canadá y México han sido cerradas temporalmente. Hoy dice que prohibirá también el ingreso de cualquier inmigrante y ha ordenado que por varios meses no se tramiten residencias permanentes por el USCIS.

Muy diversas han sido las órdenes del presidente número 45 para encarar la emergencia y su análisis merecería un espacio que desborda los estrechos límites de esta entrega, pero por lo menos menciono que las principales han sido:

- La Proclamación de Emergencia Nacional respecto de la Epidemia del Coronavirus, de fecha 13 de marzo de 2020, expedida con fundamento en la National Emergency Act y la Social Security Act, y otorga facultades al Departamento de Salud y Servicios Humanos para modificar normas del Medicaid, Medicare, seguro para la salud de los menores y otros seguros médicos, con la obligación del Departamento de informar al Congreso
- The Stafford Disaster Relief and Emergency Act, de 1981, que ha servido al Ejecutivo federal para ordenar y sistematizar las ayudas federales a los gobiernos estatales y locales para enfrentar el desastre. Con el ejercicio de esta Ley se autorizó el uso de 42 billones de dólares. Los estados deben contribuir con 25% de los recursos financieros canalizados.

Más tarde y a petición de los estados, el presidente hizo las declaraciones de desastres mayores, por primera vez en la historia para los 50 estados de la Unión, y movilizó a la FEMA (Federal Emergency Management Agency) para que los gobiernos estatales tuvieran acceso a recursos financieros.

En varias de sus conferencias de prensa el presidente número 45 ha dejado entrever la posibilidad de utilizar la Defense Production Act de 1950, para que diversas industrias se dediquen a construir respiradores, ventiladores y otros productos médicos para enfrentar la

pandemia. Ciertamente ésta tiene poco parecido con la guerra de Corea, pero no dudo que si no se logra contener en un futuro más o menos próximo, el Ejecutivo federal decida utilizarla.

En otro paquete económico aprobado por el Congreso se autorizó el uso de dos trillones de dólares para apoyar directamente a las familias, los pequeños negocios y las empresas más afectadas y el día de hoy el Congreso discute un nuevo paquete de estímulos económicos que pudiera llegar a otro trillón de dólares.

Por cuanto hace al estado de Washington, el gobernador expidió una orden intitulada “Stay Home, Stay Healthy”, con fecha 23 de marzo. Es una orden parecida a la que ya se había expedido días antes en California y Nueva York. En la respectiva proclamación se requiere a todos los residentes del estado que permanezcan en casa a menos de que se encuentren en situación de “actividades esenciales” hasta el 4 de mayo; quedan prohibidas las reuniones sociales y de carácter espiritual o recreativas; se cierran todos los negocios, excepto aquellos considerados esenciales. La gente puede salir a la calle sólo bajo la condición de que esté separada de terceros por lo menos a dos metros de distancia. A la fecha de esta proclama, las escuelas y universidades ya habían cerrado siguiendo algunas de ellas cursos en línea.

En principio, dijo el gobernador que confiaba en que los residentes del estado cumplieran con la orden voluntariamente, pero no descartó el uso de la fuerza pública, en caso de remisos en su cumplimiento.

El estado de Washington, haciendo eco de lo aprobado días antes en California, ha decidido apoyar económicamente, con recursos estatales, a los inmigrantes indocumentados, con aportaciones que van desde 350 dólares hasta 1,125 dólares para familias grandes. Esta aportación es por una sola vez en un periodo de 12 meses. Aunque la suma no es terriblemente significativa, sí demuestra una postura justa y progresista, que me temo no se repetirá en muchos otros estados. Éstas son las únicas ayudas que están recibiendo casi 12 millones de indocumentados que hay en el país.

No deja de ser preocupante y hasta doloroso que en el estado de Washington el mayor número de infectados pertenezca a la comunidad latina. La desproporción en la zona más importante del estado es del doble, es decir, con una población que significa el 13%, más del 26% de los infectados son latinos. Todo parece indicar que por diversas razones el “quedarse en casa, quedarse sano” no ha sido voluntariamente acatado por grupos de nuestra comunidad.

Dentro del esquema federal, las tensiones entre el Ejecutivo federal y los gobernadores han sido muy grandes, sobre todo en la discusión sobre qué puede hacer la Federación y qué pueden hacer los estados en el marco de la emergencia. En la discusión hay mucho de retórica electoral por parte del presidente número 45, que en su discurso belicoso y grandilocuente está hablándole en realidad a sus electores del 3 de noviembre. Su vulgaridad electorera ha llegado al extremo de poner su nombre en el cheque de apoyo económico que el IRS está enviando a la casa de millones de electores, con motivo de la pandemia. Al gobernador del estado de Washington, que no se ha doblegado a las valentadas del Ejecutivo, lo ha llamado “víbora”. La retórica presidencial ha llegado al punto de declarar que la Organización Mundial de la Salud no recibirá más apoyo financiero de los Estados Unidos, debido a su ineficacia.

Las órdenes de emergencia federal y estatal indudablemente implican limitaciones a las libertades fundamentales, como son el libre tránsito, el derecho de asociación y reunión, el derecho al trabajo, la libertad religiosa, el libre comercio, pero hasta ahora el exhorto ha sido al cumplimiento voluntario y las encuestas muestran que 82% de los habitantes están de acuerdo con ellas y las acatan.

El 18% restante ha estado especialmente activo en las últimas semanas exigiendo a los gobiernos regresar a su actividad económica y demandando el respeto a sus garantías y libertades fundamentales establecidas en la Constitución y las leyes. Sus protestas públicas y hasta un poco violentas se han presentado en muy diversas ciudades del país. Su principal

alegato es que “va a salir más caro el caldo que las albóndigas”, es decir, la debacle económica será más grave que la misma pandemia. No dejo de observar lo difícil que debe ser para muchos la incertidumbre sobre si se comerá al día siguiente o la posibilidad cierta de la bancarrota.

Hoy el debate federal está centrado en la declaración del presidente de que la economía del país se abrirá cuando él lo decida y la respuesta de muchos gobernadores haciéndole ver que, efectivamente, tal decisión no está en sus prerrogativas. Es posible que dentro de varios meses la Corte Suprema analice si el presidente ha excedido sus facultades, aunque yo pienso que más bien se ha excedido en su discurso vanidoso.

Es interesante observar cómo varios gobernadores se han alineado para acometer el desafío lanzado por el presidente sobre cuándo se reactivará la actividad económica, como en el caso de California, Oregon y Washington, en la costa del Pacífico y de Nueva York, Nueva Jersey, Connecticut, Pennsylvania, Delaware y Rhode Island, en la otra costa.

Los estados de Michigan, Ohio, Wisconsin, Minnesota, Indiana, Illinois y Kentucky han declarado lo mismo para el medio oeste. Es interesante ver que estas formaciones se han dado independientemente del partido político del respectivo gobernador. Parece más un alineamiento basado en el sentido común.

Siempre he admirado la sabiduría de los constituyentes de Filadelfia (The Framers) que supieron crear una estructura federativa que hasta ahora ha resistido incluso la verborrea y la soberbia.

La pandemia también pasará; la bruma se dispersará y espero entonces encontrar allí al lago, y al Estado federal también.

FRANCIA

El marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria del COVID-19 en Francia*

*Aparición y desarrollo de la pandemia del Covid-19 en Francia:
la respuesta sanitaria*

En Francia, se identificó oficialmente a los tres primeros enfermos de COVID-19 el 24 de enero de 2020. Para responder a tal situación sanitaria, Francia cuenta con el llamado mecanismo ORSAN (Organización de la Respuesta del Sistema de Salud en Situaciones Sanitarias Excepcionales) que organiza una mejor coordinación a nivel regional de los dispositivos que existen en los tres sectores sanitarios (ambulatorio, hospitalario y médico-social). Este plan permite reorganizar la oferta de cuidado médico en los tres sectores sanitarios y reforzar los medios humanos y materiales locales. Si éstos ya no son suficientes, entran en acción medios nacionales como la movilización de la reserva sanitaria. El 23 de febrero, el ministro de Salud decidió activar el dispositivo ORSAN previsto para un riesgo epidémico. Este último cuenta con

* Elaborado por Renaud Bourget, profesor de la Facultad de Derecho de Niza (UCA) y presidente de la Sección Francesa del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

cuatro niveles: el nivel 1 caracteriza la situación en la cual el virus no circula entre la población y debe permitir frenar la introducción del virus en el territorio francés; el nivel 2 tiene como objetivo frenar la propagación del virus en el territorio; el nivel 3 corresponde a una libre circulación del virus en el territorio y busca atenuar los efectos de la pandemia, y para terminar, el nivel 4 manifiesta la vuelta a una situación normal.

Nivel 1 del Plan ORSAN: limitar la introducción del virus en el territorio

A partir del 23 de febrero, se observa el paulatino aumento de casos de COVID-19 en personas que regresaban de países ya afectados por la pandemia. La doctrina del gobierno era entonces confinar a las personas contagiadas o susceptibles de serlo para evitar el inicio de un brote. Así, tras la hospitalización de enfermos, se han confinado hasta 200 de sus trabajadores durante 14 días en su domicilio. Asimismo, tras el test positivo al COVID-19 de tres profesionales de un hospital parisino, se han confinado a 50 de sus colegas en su domicilio.

2. El nivel 2 del Plan ORSAN: frenar la propagación del virus en el territorio

El segundo nivel se activó el 29 de febrero cuando ya se contabilizaba a 100 personas enfermas y dos muertos. Según el gobierno, la presencia del virus en el territorio no justificaba confinar a los viajantes que volvían de los focos epidémicos. Desde entonces, el objetivo era supuestamente frenar la propagación del virus en el territorio. Por lo tanto, se decidió, en los departamentos afectados, prohibir cualquier agrupación, se invitó a los habitantes a limitar sus desplazamientos, mientras las principales escuelas afectadas cerraron. A nivel nacional, el

gobierno prohibió las reuniones en locales cerrados con más de 5,000 personas. El primer ministro declaró que el objetivo era “frenar para impedir la libre circulación del virus en el territorio lo que significaría, si llegara a pasar, el ascenso al nivel 3, a saber una epidemia propiamente dicha de coronavirus en Francia”. El 12 de marzo, el presidente de la República ordenó el cierre de guarderías, escuelas, colegios, liceos y universidades. Sin embargo, decidió paradójicamente mantener la primera vuelta de las elecciones municipales previstas tres días más tarde, el domingo 15 de marzo. El Ministerio de Salud pidió que los hospitales desprogramaran las intervenciones quirúrgicas no urgentes. A partir del 13 de marzo, se prohibieron las reuniones de más de 100 personas.

El nivel 3 del Plan ORSAN: atenuar los efectos de la pandemia

El 14 de marzo, tras haber observado la multiplicación de casos de COVID-19 en 72 horas con unas 4,500 personas positivas y 91 muertes en hospitales, se declaró el ascenso al nivel 3. El primer ministro anunció por televisión que a partir de medianoche quedarían cerrados todos los lugares públicos no esenciales. Los lugares que seguirían abiertos eran únicamente las farmacias, los bancos, los estancos y quioscos de prensa. Mientras seguía pidiendo a los franceses limitar sus desplazamientos, confirmaba de forma aún más paradójica que al día siguiente se mantenía la primera vuelta de las elecciones municipales, generando con esta funesta decisión muchas críticas. El 16 de marzo, el presidente de la República, en una declaración en vivo ante los canales de televisión y radio nacionales, decidió reforzar aún más estas medidas. “A partir de mañana al mediodía, y durante al menos 15 días, nuestros desplazamientos se reducirán considerablemente”. Insistiendo sobre el aspecto supuestamente bélico de esta crisis, el presidente continuó diciendo que “Estamos en guerra, en una guerra sanitaria. Es cierto que no luchamos ni contra un ejército ni contra una nación, pero el enemigo

está ahí, invisible y evasivo, y avanza. Esto requiere nuestra movilización general”. Por este mismo motivo, decidió aplazar la segunda vuelta de las elecciones municipales cuya primera vuelta se había celebrado el día anterior, aunque no precisó hasta cuándo. Indicó también la presentación inminente en Consejo de Ministros un proyecto de ley que permitiera al gobierno dar una rápida respuesta a la actual urgencia, por decreto en caso de que fuera necesario. La movilización estatal fue también económica: creación de un fondo de ayuda a los empresarios, comerciantes y artesanos; y de un “dispositivo excepcional” de aplazamiento de las cargas sociales y fiscales, además de una garantía del Estado para los préstamos bancarios contraídos por pequeñas empresas; beneficio para todos los asalariados por el “desempleo parcial” que les garantiza el cobro del 84% del sueldo. El primer ministro anunció el 27 de marzo, cuando se registraron 1,995 muertos, que el periodo de cuarentena obligatoria en todo el país se extendería hasta el 15 de abril. Luego, el 13 de abril, E. Macron anunció que Francia permanecería en cuarentena hasta el 11 de mayo. En su discurso, pareció no esquivar las acusaciones y admitió que el Estado no estaba lo suficientemente equipado para la emergencia sanitaria.

Sobre la ausencia de mascarillas y de control sanitario en las fronteras

Por una parte, y sin entrar de momento en el debate sobre las funestas consecuencias generales en materia de salud y de sanidad de la política de recortes presupuestarios dictados por una determinada concepción ideológica del liberalismo económico,¹ conviene recordar que por motivo de la epizootia de gripe aviar y la amenaza pandémica relacionada con el virus H5NI, el Estado, bajo el impulso decisivo del presidente Chirac, se había constitui-

¹ Véase, por ejemplo, Cárdenas Gracia, Jaime, “Las características jurídicas del neoliberalismo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 32, México, enero-junio de 2015, pp. 39 y 40-41.

do en 2005 un *stock* estratégico de mascarillas. Como bien acaba de explicarlo la Academia Nacional de Medicina en su dictamen sobre mascarillas y COVID-19,² el *stock* de mascarillas quirúrgicas y FFP2 fue financiado entre 2005 y 2009 por el Estado y el seguro social público. Además, mediante el lanzamiento de compras públicas, el Estado había fomentado un tejido industrial francés de producción de mascarillas. Cuando inició en 2009 la pandemia mundial provocada por el virus H1N1, el Estado tenía una reserva de 1,000 millones de mascarillas quirúrgicas y de 700 millones de mascarillas FFP2. Sin embargo, a partir de 2003, el Estado decidió desinteresarse del *stock* privatizando su gestión de tal manera que cuando empezó la actual pandemia, el ministro de Salud reconoció que por decisiones políticas anteriores, ya no quedaban mascarillas FFP2, mientras que contaba sólo 145 millones de mascarillas quirúrgicas.

Por otra parte, desde el inicio de la pandemia, la posición del gobierno, conforme también con el dogma de una libertad absoluta de circulación, era muy clara. La resumió el presidente en su declaración por televisión del 12 de marzo cuando llamó a “evitar el repliegue nacionalista” frente a un virus que “no tiene fronteras, ni pasaporte”. No obstante, con la ausencia de control sanitario en las fronteras, no se pudo detectar a los viajeros que llegaban al territorio nacional, por lo cual la fase 1 del plan ORSAN nunca permitió limitar la introducción del virus en Francia. Así, el gobierno, cuando admitió, al activar la fase 2 del plan ORSAN el 29 de febrero, que la presencia del virus en el territorio no tuvo otro remedio que reconocer esta situación ya no justificaba confinar a los viajeros que volvían de los focos epidémicos. Lo que iba a exigir a corto plazo, con la consiguiente explosión del brote, la drástica medida del confinamiento generalizado.

A pesar de lo señalado, el Estado tenía preparado un “Plan de lucha contra una pandemia gripal” que había elaborado el Ministerio de Salud a finales de 2004, tras la crisis relacionada con la gripe aviar. Una nueva versión preparada por el Secretariado General de

² Académie Nationale de Médecine, *Masques et Covid-19*, París, 22 de marzo de 2020.

Defensa y Seguridad Nacional³ del primer ministro advertía del riesgo de una potencial infección “debida a un virus de origen animal” y de la necesidad de una “acción rápida y medidas drásticas para frenar su dinámica o proteger a la población independientemente de la presencia o no de casos confirmados en el territorio nacional”. Este plan preconizaba que cuando aparecía “en alguna parte del mundo una extensión de mayor amplitud de una enfermedad, con un número importante de síndrome gripal, con sospecha de extensión rápida y/o una gravedad clínica necesitando una hospitalización sensiblemente más frecuente que en caso de una gripe estacional”, había inmediatamente que activar “el control fronterizo” e “interrumpir las llegadas y las salidas internacionales de pasajeros, especialmente aéreos, vectores de importación de epidemia”. Tras la pandemia de gripe H1N1 en 2009, se volvió a actualizar este plan en 2011 y tal parece que fue ignorado cuando empezó la actual pandemia a finales del año pasado. Sin embargo, la decisión terminó por aplicarse, sólo a nivel europeo, cuando en su declaración televisada del 16 de marzo, el presidente de la República se refirió a la decisión tomada con el resto de Estados miembros de la Unión Europea (UE) para frenar la expansión del virus: “A partir de mañana al mediodía, las fronteras de la entrada de la UE y el espacio Schengen estarán cerradas. Concretamente, todos los viajes entre países no europeos y la UE se suspenderán durante 30 días”.

El marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria del COVID-19

El marco jurídico de la gestión de la crisis sanitaria ha evolucionado desde la activación del plan ORSAN. Al inicio, el ministro de salud actuó por decretos conforme lo dispone el artículo L3131-1 del Código de Salud Pública (CSP). El gobierno organizó luego la requisición

³ Secrétariat Général de la Défense et de la Sécurité Nationale, *Plan national de prévention et de lutte “Pandémie grippale”*, núm. 850/SGDSN/PSE/PSN, París, octubre de 2011, pp. 31-39.

de mascarillas mediante el Decreto núm. 2020-247 del 13 de marzo de 2020. Asimismo, decidió establecer limitaciones a la libertad de circular mediante el Decreto núm. 2020-260 del 16 de marzo de 2020. Al final, la Ley 2020-290 del 23 de marzo de 2020 de emergencia para hacer frente a la epidemia de COVID-19 ha creado y establecido el “estado de emergencia sanitaria” mientras que se abrogaban los decretos anteriores, plasmando su contenido en el nuevo marco legal.

La limitación de los desplazamientos por los decretos núms. 2020-260 y 2020-293

Las limitaciones a la libertad de circular vienen plasmadas en el Decreto núm. 2020-260, modificado por el Decreto núm. 2020-293 del 23 de marzo de 2020. Desde entonces, y al menos hasta el 11 de mayo, las autoridades prohíben cualquier desplazamiento fuera del domicilio o lugar de hospedaje, excepto en los siguientes casos en los que se deberá presentar un certificado: trayectos entre casa y lugar de trabajo cuando el teletrabajo no sea posible; trayectos para hacer compras esenciales en tiendas autorizadas; visitas a un profesional de la salud; salidas por motivo familiar imperioso, para asistir a personas vulnerables o cuidar a niños; salidas para realizar actividades físicas individuales una vez al día, a menos de 1 km de distancia de su domicilio y durante 1 hora, indicando la fecha y hora de salida en su certificado; convocación administrativa o judicial, participación a misiones de interés general solicitadas por la autoridad administrativa. Cabe añadir que el Consejo de Estado (máxima jurisdicción del contencioso administrativo) ha rechazado el recurso de urgencia mediante el cual el Sindicato de los Jóvenes Médicos exigía un confinamiento total de la población (Ordenanza del 22/04/2020 núm. 439674).

Ley 2020-290 del 23 de marzo de 2020 de emergencia sanitaria

El artículo 19 de la Ley pospone la segunda vuelta de las elecciones municipales que hubieran tenido que celebrarse en 5,000 municipios el 22 de marzo de 2020, “a más tardar en junio de 2020”. Si la situación sanitaria lo permite, se fijará la fecha por un decreto antes del 27 de mayo. Para el 23 de mayo de 2020, el gobierno deberá remitir al Parlamento un dictamen del Comité Científico de Gestión de la Crisis Sanitaria con su opinión sobre la posibilidad de organizar los comicios para la fecha contemplada. En caso de que la segunda vuelta no pueda tener lugar en junio, se prolongará el mandato de los concejales para una duración fijada por ley. Quedarían entonces cancelados los resultados de la primera vuelta del 15 de marzo y se volvería a iniciar todo el trámite electoral.

El título 1o. de la Ley establece un dispositivo de *état d'urgence sanitaire* al lado del estado de emergencia de derecho común, tal como viene previsto por la Ley del 3 de abril de 1955. Las disposiciones de este dispositivo provisional son vigentes hasta el 1o. de abril de 2021 y vienen codificadas en los artículos L3131-12 y siguientes del CSP. Esta Ley trata de “reforzar las bases legales” sobre las cuales se fundamentaban hasta entonces las medidas gubernamentales tomadas en el marco de la crisis sanitaria: el estado de emergencia sanitaria se declara mediante decreto tomado en Consejo de Ministros sobre la base de un dictamen del ministro de Salud y se publican los elementos científicos que lo han motivado. Su prolongación tras un mes debe ser autorizada por una ley que fije su duración. Sin embargo, a título excepcional, se ha declarado el estado de emergencia sanitaria para dos meses, o sea hasta el 24 de mayo de 2020.

Sobre la base de este estado de emergencia, el primer ministro puede tomar por decreto toda una serie de medidas previstas por la ley como imponer un confinamiento domiciliario, requisiciones, prohibir agrupaciones, controlar los precios de algunos productos, autorizar el

uso de medicamentos, o establecer todo tipo de límites reglamentarios a la libertad de empresa. Como ejemplo podemos citar al Decreto núm. 2020-314 del 25 de marzo, mediante el cual se autoriza a los médicos a administrar en hospitales hidroxiclороquina asociándola con lopinavir/ritonavir. Asimismo, el ministro de Salud puede tomar medidas generales o individuales, y los prefectos (representantes a nivel local del gobierno) pueden ser habilitados para tomar medidas locales de aplicación. Todas estas medidas deben ser motivadas por la crisis sanitaria y proporcionales a los riesgos involucrados, mientras que se puede atacarlas mediante “recurso suspensión” o “recurso libertad” ante el juez de lo contencioso administrativo. Cuando se proclama el estado de emergencia sanitaria debe reunirse un comité científico (artículo L3131-19, CSP). De este modo, se da una base legal al Comité que se había creado el 11 de marzo de 2020 para informar la decisión pública en la gestión de la actual situación sanitaria.

En lo que se refiere a la restricción de desplazamientos y al confinamiento, el artículo L3136-1 del CSP establece sanciones en caso de violación de las prohibiciones u obligaciones establecidas durante la crisis sanitaria, como una multa de 135€ para la primera violación, 375€ en caso de no pagarla en 45 días, 1,500€ en caso de recurrencia en los 15 días; y hasta seis meses de cárcel en caso de recurrencia múltiple en un periodo de 30 días. Lamentablemente, se han registrado varios abusos por parte de algunos efectivos de policía, manifestando así una falta de instrucciones jerárquicas: multas impuestas en caso de salidas a comercios autorizados (en especial panadería o quioscos de periódicos), de salidas por motivo familiar imperioso (caso de un pariente en fase terminal), intervención de policías armados en iglesias parisinas cuyos sacerdotes, conforme con las exigencias legales, celebraban a puerta cerrada misas transmitidas por los medios digitales o, al contrario, instrucciones pidiendo a los efectivos de policía interviniendo en Calvados permitir en el periodo del ramadán que los fieles puedan reunirse tras la ruptura del ayuno diario, estas dos últimas actuaciones manifestando a la vez una violación caracterizada del marco jurídico del estado de emergencia sanitario, como del principio constitucional de laicidad. Con eso se plantea la cuestión fundamental de las con-

secuencias del “biopoder” — para utilizar un concepto diseñado por Foucault⁴ y actualizado por G. Agamben—⁵ sobre nuestras libertades constitucionales.

El artículo 11 de la Ley 2020-290 autoriza al gobierno a tomar mediante las ordenanzas del artículo 38 de la Constitución, hasta el 24 de julio de 2020, medidas en materia que constitucionalmente pertenecen al ámbito de la ley: ayudas económicas en favor de las empresas; adaptación del derecho laboral, de indemnizaciones para empleados despedidos, de procedimientos administrativos y jurisdiccionales, disminución de las obligaciones tributarias, facilitación de las modalidades de guardería infantil, adaptación del calendario presupuestario de los entes locales, permiso de difusión por video de película antes del periodo legal de cuatro meses de proyección en cines.

Acerca de las adaptaciones de los procedimientos jurisdiccionales, la Ley viene a reforzar la base jurídica de la circular que el ministro de Justicia emitió el 14 de marzo. Esta circular sobre adaptación de la actividad penal y civil de los tribunales a las medidas de prevención y de lucha contra la pandemia establece la reducción de la actividad jurisdiccional, manteniendo sólo el “contencioso esencial”, a saber, los servicios de urgencias penales y civiles. Para terminar, es necesario indicar que la Ley Orgánica 2020-365 del 30 de marzo de 2020 de emergencia frente a la epidemia de COVID-19, establece que se suspende hasta el 30 de junio de 2020 el plazo de tres meses para la transmisión por parte de la Corte de Casación y del Consejo de Estado, puesto que ya no pueden reunirse en formación colegial, por una cuestión prioritaria de constitucionalidad, al Consejo Constitucional; así como el plazo de tres meses durante el cual el Consejo constitucional debe pronunciarse sobre una cuestión prioritaria de constitucionalidad.

Allanche (Auvernia), 26 de abril de 2020

⁴ Foucault, M., *Histoire de la sexualité: la volonté de savoir*, 1, París, Gallimard, 1976.

⁵ Agamben, G., *Stato di eccezione: homo sacer*, II, I, Turín, Bollati Boringhieri, 2003.

ITALIA

La pandemia de la Constitución: el impacto del COVID-19 en el sistema constitucional italiano*

La pandemia del coronavirus ha tenido un impacto devastador en Italia (106,000 infectados y 26,000 muertos: datos del 24 de abril de 2020; Italia es el país más afectado del mundo después de Estados Unidos y España) en la sociedad, la economía y los afectos, las personas. Cuando todo termine —actualmente no podemos predecir fecha exacta— ya no seremos los mismos de antes, para bien o para mal: la pandemia ha cambiado los hábitos, las relaciones y los sistemas de vida. Italia está gravemente herida, pero no está muerta, y se recuperará y se levantará como pudo hacer en otros tiempos de su larga historia. Pero la pandemia también ha producido un cambio profundo en la Constitución, y ha causado heridas profundas en el orden constitucional en cuanto a su funcionamiento ordenado y fisiológico. Estos cambios, bajo muchos aspectos distorsionados de la Constitución formal, se refieren a los derechos fundamentales, las fuentes del derecho, la forma de gobierno y el Estado autonómico con referencia a las relaciones entre las regiones y el Estado central y las autonomías locales. Trataré de identificar los aspectos más problemáticos en las siguientes páginas.

* Elaborado por Luca Mezzetti, profesor catedrático de Derecho constitucional en la Universidad de Bolonia. Presidente de la Sección Italiana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Tras la “*declaración de estado de emergencia*” aprobada por el Consejo de Ministros el 31 de enero de 2020, desde el 23 de febrero hasta el 8 de abril de 2020, se adoptaron ocho decretos-ley que contenían medidas para contrarrestar la emergencia sanitaria de COVID-19, precedidos y seguidos por numerosos actos administrativos secundarios. Éstos son los decretos-ley 6/2020, 9/2020, 11/2020, 14/2020, 18/2020, 19/2020, 22/2020 y 23/2020, algunos de los cuales se están convirtiendo (18, 19, 22 y 23), mientras tanto otros se consideran “derogados” (en parte, el 6/2020, así como el 9/2020, 11/2020 y 14/2020, con la excepción de los efectos ya producidos). En particular, los decretos-ley núms. 6, 11, 14 y 22 han introducido medidas relativas, respectivamente, a los aspectos civiles, judiciales, sanitarios y educativos de la emergencia de COVID-19, mientras que los aspectos socioeconómicos han sido abordados por los decretos-ley núms. 9, 18 y 23. Las medidas contenidas en el decreto núm. 9 se encuentran en parte fusionadas y en parte complementadas por las disposiciones de los decretos núms. 18 y 22.

La Constitución italiana no contiene una sección o título específicamente dedicados a la disciplina de los estados de emergencia o crisis institucional, interna o externa, de manera similar a lo que sucede en el caso de la Constitución alemana o española. Además, los estados de emergencia no están sujetos a regulación ni siquiera por una ley ordinaria del Parlamento. No hay ninguna referencia en ningún artículo de la Constitución a una “*declaración de estado de emergencia*”. La única referencia a casos extraordinarios de necesidad y urgencia está contenida en el artículo 77 de la Constitución: en tales casos, el gobierno puede adoptar, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, que debe presentar el mismo día para la conversión a las cámaras que, incluso si están disueltas, se convocan específicamente y se reúnen dentro de los cinco días. Por lo tanto, la herramienta fundamental para la gestión de los estados de emergencia no es el *decreto del presidente del Consejo de Ministros*, ampliamente utilizado durante la emergencia de salud, una fuente del derecho no prevista expresamente en la Constitución, ni por la Ley núm. 400 de 1988 sobre la estructura y el poder normativo del gobierno y no sujeto a la obligación de conversión en ley. Si se desea

utilizar como parámetro de referencia el esquema descrito en el artículo 78 de la Constitución, refiriéndose al estado de guerra (“Las cámaras deliberan sobre el estado de guerra y confieren los poderes necesarios al gobierno”), el procedimiento institucional correcto debería haber resultado en la declaración del estado de emergencia sanitaria por las cámaras del Parlamento y en el otorgamiento de los poderes necesarios al gobierno, que tendría que haber actuado mediante decreto-ley y, previa autorización, por la resolución parlamentaria, también mediante decreto del primer ministro.

Obsérvese también la extrema generalidad, ciertamente no acorde con el principio de legalidad, de las normas contenidas en los decretos-ley y que permiten al presidente del gobierno emitir sus propios decretos para la adopción de las “medidas adecuadas de contención y gestión proporcional a la evolución de la situación epidemiológica”; estas “medidas” pueden ser adoptadas por el presidente del Consejo de Ministros, así como por las *autoridades* “competentes”, sin especificar qué autoridades deberían o podrían estar interesadas. También se establece que las autoridades competentes puedan adoptar “medidas adicionales” para la contención y gestión de la emergencia, a fin de evitar la propagación de la epidemia del COVID-19. Por lo tanto, las “autoridades competentes” están “en blanco”, al igual que las “medidas adicionales de contención y gestión de emergencia” y los “casos” en los que pueden emitirse.

Además, el uso del instrumento del decreto del primer ministro es particularmente anómalo e inapropiado en el contexto de una *forma de gobierno parlamentaria con tendencia asambleísta*, como la italiana, en la que el jefe de gobierno no ejerce un papel ni funciones remotamente comparables a las del canciller alemán, del primer ministro británico o del presidente del gobierno español. En otras palabras, el manejo de la emergencia pandémica ha causado una polarización anómala e inaceptable del poder político y normativo en el presidente del Consejo de Ministros, que la Constitución concibe como un *primus inter pares* y al que asigna un papel de coordinación, mediación, promoción y coordinación de actividades ministeriales,

y no un papel de dirección política y determinación de lineamientos políticos (artículo 95 de la Constitución: “El presidente del Consejo de Ministros dirige la política general del gobierno y es responsable de ella. Él mantiene la unidad de dirección política y administrativa, promoviendo y coordinando la actividad de los ministros”). La anomalía que se subraya, por otro lado, se entiende más fácilmente si se consideran las relaciones políticas dentro de la mayoría parlamentaria actualmente en el poder, caracterizadas más por fracturas que por convergencias entre dos miembros de una coalición heterogénea y inestable, que ha encontrado de manera temporal un punto de mediación precario al delegar la gestión de la emergencia sanitaria al presidente del Consejo casi en su totalidad. Además, el jefe de gobierno —y esta es otra anomalía grave que ocurrió durante la emergencia sanitaria— prefirió informar a los ciudadanos sobre el desarrollo de la situación a través de una serie de mensajes de televisión en lugar de aparecer en el Parlamento para informar a los representantes del pueblo, de todo el pueblo, y dialogar con las oposiciones.

El sufrimiento de la Constitución no se detecta sólo en las fuentes del derecho y en el funcionamiento de la forma de gobierno. De hecho, el impacto probablemente más incisivo del estado de emergencia se ha manifestado sobre los derechos fundamentales y en las limitaciones que han sufrido y siguen sufriendo. Me refiero al derecho fundamental a la privacidad, derivado del artículo 15 de la Constitución, que puede sufrir serias limitaciones como consecuencia de la adopción del sistema de monitoreo del contagio a través de una aplicación telemática llamada “inmunes”, que también implica el control de los movimientos de personas en el territorio. Asimismo, al artículo 16 de la Constitución, sobre la libertad de circulación y residencia, el cual puede estar sujeto a limitaciones por razones de salud o seguridad, cuya identificación, en lo que se refiere a casos y métodos, debe llevarse a cabo, de acuerdo con lo que la Constitución misma exige, *por ley* y no por una medida administrativa que es el decreto del presidente del Consejo de Ministros. También, al artículo 17 de la Constitución, en materia de libertad de reunión, pues las disposiciones administrativas del gobierno han sometido a restricciones los lugares abiertos al público y no sólo en público. Me refiero por supuesto

al artículo 19 sobre la libertad religiosa, ya que las disposiciones administrativas del gobierno limitaron severamente al ordenar el cierre de iglesias y lugares de culto. Igualmente al derecho a la salud previsto por el artículo 32 de la Constitución, que establece que “Nadie puede estar obligado a un tratamiento de salud específico, excepto por ley. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”: la provisión de pruebas de salud obligatorias a los ciudadanos, totalmente aceptables para la protección de ese bien fundamental, la salud, que la Constitución define como “derecho fundamental del individuo e interés de la comunidad”, por lo tanto, debería haber encontrado su lugar de regulación en una ley y no en un decreto administrativo del Poder Ejecutivo. Me refiero a los artículos 41 y 42 de la Constitución, que reconocen la libertad de empresa y el derecho de propiedad: el bloqueo del país, la interrupción de todas las actividades económicas y comerciales, fueron ordenados por disposiciones administrativas no examinadas por el Parlamento, llevando el país al desastre económico y a la recesión. No olvido la libertad de enseñanza ni la libertad de las escuelas y de entidades de educación superior (universidades), consagradas en los artículos 33 y 34 de la Constitución, completamente cerradas mediante un decreto administrativo que obligó a las escuelas y universidades a reprogramar miles de cursos en línea en unos pocos días y que impide la realización normal de actividades de investigación.

La emergencia sanitaria también ha alterado de modo serio las relaciones entre el Estado y las regiones-autonomías locales. La gestión de la emergencia sanitaria ha provocado, de hecho, una centralización de los poderes reguladores (por acto administrativo) que permite al gobierno derogar la división de competencias legislativas entre el Estado y las regiones descrita en el artículo 117, párrafo 3, de la Constitución, que establece expresamente las competencias legislativas de las regiones en asuntos como educación, protección de la salud, alimentación, protección civil, gobierno territorial, puertos civiles y aeropuertos, grandes redes de transporte y navegación: esta polarización anómala tal vez marque la muerte del proyecto del federalismo italiano, que en realidad nunca ha despegado. La emergencia de la pandemia lo ha suprimido de manera definitiva. Esta emergencia, en todo caso, ha acentuado dos as-

pectos ya presentes en el sistema de autonomía regional italiano: la existencia de realidades locales (regiones Lombardía, Véneto, Emilia-Romania) caracterizadas por un gran dinamismo y capacidad de gestión, además de ser capaces de diseñar sus propias pautas políticas, frente a un Estado central (en particular un gobierno) lento, que no toma decisiones, es torpe e incapaz. Por otro lado, los acontecimientos de la pandemia han indicado —positivamente (es el caso de las tres regiones mencionadas) y negativamente (es el caso de la Región de Campania)— un nuevo papel de los presidentes de las regiones —coloquialmente definidos como “gobernadores”— que demostraron, en el primer caso, responsabilidad y dinamismo, pero que fueron incautados, en el segundo caso, por delirios de omnipotencia, amenazando el presidente campano el cierre de las fronteras regionales, prohibido por el artículo 120 de la Constitución.

Se podrían resaltar otros perfiles problemáticos. Preferimos no enfurecernos con la Constitución italiana, que ha sufrido un impacto devastador por la pandemia. No sería moralmente correcto insistir en la crítica en un momento tan grave, desde un punto de vista institucional, económico y social. Entre las muchas sombras, emerge una luz de esperanza y esa esperanza es alimentada por el pueblo italiano que, como en otras situaciones, ha demostrado y está demostrando gran abnegación, espíritu de sacrificio y fortaleza de ánimo. La esperanza es que sobre estas bases nuestro querido país pueda ser reconstruido después de la emergencia.

MÉXICO

Democracia en vilo —y Constitución también—*

Vivimos una situación excepcional generada por la emergencia sanitaria. De eso no hay duda. Las consecuencias de un fenómeno sin precedentes han impactado en todos los ámbitos de la vida y, por obvias razones, sus efectos no escapan al derecho.

Por la vía del decreto, el 27 de marzo el presidente Andrés Manuel López Obrador declaró acciones extraordinarias para combatir la contingencia generada por el COVID-19. Desde ese momento, la ley habilitó a la Secretaría de Salud para emitir un conjunto de medidas extraordinarias que afectaban derechos y garantías, como la limitación de las libertades de tránsito, trabajo y comercio.

Así sucedió el 31 de marzo. Mediante un acuerdo, el secretario de Salud ordenó la suspensión inmediata de todas las “actividades no esenciales”. Sin embargo, el mismo decreto dejó en claro que las actividades esenciales podían continuar. Entre ellas se encontraban,

* Elaborado por Juan Jesús Garza Onofre, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Sergio López Ayllón, investigador y director en el Centro de Investigación y Docencia Económicas; Issa Luna Plá, investigadora y secretaria académica en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Javier Martín Reyes, investigador en el Centro de Investigación y Docencia Económicas; Pedro Salazar Ugarte, investigador y director en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

por supuesto, las actividades de procuración e impartición de justicia, así como “la actividad legislativa en los niveles federal y estatal”.

Así, por buenas razones, el gobierno federal ha sido y es la fuente de la acción pública para contener la enfermedad. Pero de manera silenciosa e inadvertida, crece cada día un problema constitucional: el Congreso de la Unión ha dejado de funcionar.

No exageramos. Desde hace semanas, los diputados y senadores han declinado cumplir con el encargo que les dieron millones de mexicanos. Hoy los legisladores federales no sesionan, no debaten, no deciden, no aportan de su parte para hacer frente a la pandemia. No cumplen, para decirlo pronto, con sus facultades representativas, deliberativas, de control, rendición de cuentas y de aprobación de los necesarios ajustes presupuestales que tiene, de manera exclusiva, el cuerpo más plural de toda democracia constitucional mexicana.

Esto es relevante porque las leyes que tenemos en materia presupuestal, laboral, fiscal, civil, administrativa, mercantil, electoral, penal, entre otras, son claramente insuficientes e impiden que se adopten las medidas tanto urgentes como de mediano plazo para atender las consecuencias económicas, políticas y sociales de la pandemia.

Esta parálisis no es la regla en los congresos internacionales. Sesiona el Congreso del Consejo Europeo, sesionan presencial o virtualmente en Reino Unido, Francia, España, Argentina, Chile. Los legisladores en pandemia reforman leyes presupuestales para hacer ajustes y crean fondos para comprar equipo médico (por ejemplo), definen reformas y presupuestos para dar protección y seguridad laboral, ordenan la compra y demandan al Ejecutivo priorizar pruebas de COVID-19. Es más, algunos congresos de los estados de la República también sesionan. Es el caso de Sinaloa, Chiapas, Zacatecas, y en algunos han creado comisiones especiales para supervisar el ejercicio de fondos extraordinarios.

Conviene recordar que la función legislativa no es sólo una más entre otras en un Estado constitucional moderno. Se trata de la piedra angular de toda democracia pues

se trata del foro público en el que se expresa y delibera la pluralidad de la nación. Por si no bastara, sus integrantes, en conjunto, son un engranaje fundamental del sistema de frenos y contrapesos.

En un sistema presidencial, un congreso dominado por el partido del presidente es algo regular y frecuente. Cuando ello sucede los frenos pueden desgastarse y la deliberación atenuarse. Pero ello no quita relevancia al Poder Legislativo ni supone que éste pierda su autonomía ni su voz representativa. Esto es así porque, dentro y fuera de la mayoría, el Parlamento sigue siendo la sede en la que se discrepa y se escucha la voz de las minorías. Por eso, los congresos activos en la pandemia (menos el Congreso de la Unión mexicano), están llamando a la unidad de las fuerzas políticas y poniendo freno al Poder Ejecutivo.

El vigor y vigencia de la representación son, en breve, lo que separa a las democracias de las autocracias. Por ello, el Congreso debe terminar su voluntaria siesta y retomar su papel central en las decisiones que, si son adecuadas, permitirán reconstruir el futuro de México.

Lo que vivimos en estos momentos es muy delicado. El paulatino y, paradójicamente, voluntario desvanecimiento de Congreso de la Unión puede convertirse en una crisis política. El Ejecutivo está gobernando por la vía de decretos, acuerdos y decisiones unilaterales. De esta manera el gobierno norma, regula, aplica e incluso adjudica y reasigna presupuesto. Y lo hace, además, al amparo de la emergencia, sin someterse a los límites materiales y a los controles (legislativos y judiciales) que, según la propia Constitución, deben operar cuando se declara la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y sus garantías.

Apenas en días pasados ha emergido un tímido debate sobre la necesidad de reanudar las labores parlamentarias. Pero —como confirmación de la preocupación que motiva este artículo— el motivo de la discusión ha sido la petición del presidente de que sea aprobada su iniciativa de Ley de Amnistía. Estamos en problemas: la causa del debate no es

la urgencia de normalizar el orden constitucional, sino el apremio por satisfacer la voluntad presidencial.

Pareciera que se espera que los legisladores sean una correa de transmisión de la voluntad del Poder Ejecutivo. Si las cámaras del Congreso renuncian a tener una agenda propia y definir libremente sus prioridades, entonces claudican de sus funciones constitucionales. Además, rompen los puentes con la ciudadanía que son su fuente de legitimidad. Ello es de especial gravedad en contextos como el actual en el que debemos encarar los desafíos que conlleva la pandemia. Hoy más que nunca es necesaria la representación plural que sólo puede residir en el Parlamento.

El Congreso debe reactivarse con una agenda a la altura del contexto. Un momento extraordinario demanda una agenda legislativa excepcional. Esta coyuntura permite que nuestros representantes populares adopten decisiones que permitan sortear la crisis y, al mismo tiempo, brindar protección y ofrecer un futuro viable a las personas más vulnerables ante la pandemia. Necesitamos legisladores federales enfocados en una agenda legislativa que ofrezca certezas y brinde seguridad jurídica a las personas. Al gobierno le toca implementar las políticas pero el Congreso de la Unión debe dictarlas.

Trazamos una ruta de algunas de las medidas que nos parecen más urgentes: 1) el diseño de un mecanismo excepcional que permita a patrones y trabajadores sortear la crisis y llegar a acuerdos que preserven las fuentes de empleo; 2) la creación de medidas fiscales de alivio que eviten el cierre masivo de empresas y, en consecuencia, la pérdida de millones de empleos; 3) la construcción de un sistema de seguridad social tendencialmente universal; 4) medidas que faciliten las quiebras y permitan realmente la creación de nuevas empresas, y 5) la designación de los nuevos miembros del INE y de otras autonomías constitucionales.

La crisis sanitaria y sus efectos no deben arrastrar a nuestra institucionalidad democrática. Por eso, el Poder Legislativo —y, por supuesto, el Poder Judicial— deben reactivarse y

cumplir su función constitucional. Como ha dicho la presidenta del Congreso estadounidense en funciones durante la pandemia: los capitanes del barco salen al último.

Debemos atender lo urgente pero también mirar a mediano y largo plazo para imaginar un espacio público distinto al que se ha esfumado. Un espacio más diverso, más incluyente, más solidario. Un espacio que sólo será posible si la democracia constitucional subsiste y se impone.

COVID-19 y Constitución en los Estados Unidos Mexicanos*

Introducción

La emergencia sanitaria provocada por la epidemia del COVID-19 ha generado gran inquietud y preocupación en prácticamente todos los ámbitos de la vida social, económica y política de los Estados. En el caso de México, forzados por la situación de crisis epidemiológica, los órganos públicos se ven presionados por la sociedad a dar respuesta a gran número de demandas no esperadas ni anticipadas. Demandas que van desde el reclamo masivo de acceder a servicios de salud y la petición de un programa de apoyo fiscal y financiero por parte del sector productivo, hasta la exigencia de modificar los presupuestos públicos aprobados el año pasado para adaptarlos a las prioridades impuestas por la crisis epidemiológica que vive el país.

Desde el punto de vista del derecho constitucional, la situación de emergencia sanitaria ha dado lugar a una serie de debates en torno a diversos temas, que tienen que ver con las facultades y atribuciones de los órganos responsables de atender a aquélla, así como

* Elaborado por José Ma. Serna de la Garza, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y presidente de la Sección Mexicana del mismo Instituto.

con el impacto que la crisis epidemiológica tiene o puede tener en la regularidad de los procesos constitucionales que caracterizan nuestra vida democrática.

En el presente texto me propongo examinar de manera muy breve tres temas que han estado en el debate mexicano en el contexto de la pandemia: *a)* el impacto de la crisis sanitaria en el principio de división de poderes; *b)* la discusión sobre a cuáles órganos corresponde atender la emergencia en el contexto del sistema federal mexicano, y *c)* el efecto de la emergencia en la conducción de los procesos electorales que estaban previstos para junio de 2020.

División de poderes y facultades del presidente de la República para legislar

El principio de la división de poderes está contemplado en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de la siguiente manera:

Artículo 49. El supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

El referido artículo 29 se refiere al caso de restricción o suspensión de derechos que el presidente puede decretar con aprobación del Congreso de la Unión, con el fin de hacer frente a “casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro

que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto”. En este supuesto el Congreso puede conceder al presidente de la República las “autorizaciones que estime necesarias” para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Por su parte, el segundo párrafo del artículo 131 se refiere a la posibilidad de que el Congreso de la Unión faculte al titular del Ejecutivo federal que permitan aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio Congreso, y crear otras que hagan frente a situaciones de graves crisis económicas.

Sin embargo, la propia CPEUM contempla dos hipótesis bajo las cuales se puede autorizar al presidente de la República para legislar. Una de ellas son las medidas de salubridad que adopte el Consejo de Salubridad General; la otra son las medidas que adopte la Secretaría de Salud. Ambas hipótesis están previstas en el artículo 73.XVI de la CPEUM, en sus tres primeras bases, a saber:

- 1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.
- 2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el presidente de la República.
- 3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país.

A raíz de la pandemia del COVID-19, y en ejercicio de las facultades constitucionales arriba aludidas, el 30 de marzo de 2020, el Consejo de Salubridad General emitió el “Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19)”. Por su parte, el 31 de marzo

del mismo año, la Secretaría de Salud emitió el “Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV-2”.¹

Son varias las críticas que se han dirigido al Consejo de Seguridad General en su actuación en el contexto de la pandemia. En primer lugar, se ha criticado su actuación tardía, pues la evidencia de la crisis que se avecinaba se dio desde inicios de marzo de 2020, y no fue sino hasta fines de ese mes que el Consejo decretó la emergencia. En segundo lugar, se ha criticado que, a pesar de la estructura colegiada del Consejo el cual, sin entrar en detalles, agrupa a servidores públicos de alto nivel (tanto federales como estatales), y a instituciones académicas, en la práctica sus determinaciones las toma el titular de la Secretaría de Salud.² Y en tercer lugar, se ha observado que ni la Ley General de Salud (LGS), ni el Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General contemplan un procedimiento que regule la emisión de una declaratoria de emergencia sanitaria, lo cual implica que la forma de emitirla queda a la discreción del titular de la Secretaría de Salud, quien es un subordinado del presidente de la República.

¹ Entre otras cosas, el referido Acuerdo de la Secretaría de Salud estableció en su artículo 1o., como acción extraordinaria, para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV-2, que los sectores público, social y privado deberán implementar varias medidas, entre las que destaca la “suspensión inmediata, del 30 de marzo al 30 de abril de 2020, de las actividades no esenciales, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus SARS-CoV-2 en la comunidad, para disminuir la carga de enfermedad, sus complicaciones y la muerte por COVID-19 en la población residente en el territorio nacional”.

² Por ejemplo, el 14 de abril el rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, emitió un comunicado en el que rechaza el documento emitido por el Consejo de Salubridad General titulado “Guía Bioética de Asignación de Recursos de Medicina Crítica”, el cual tiene como objetivo orientar las decisiones del personal médico cuando el sistema de salud mexicano se vea rebasado conforme avance la pandemia por coronavirus. Entre otras cosas, el comunicado decía que “Ni la UNAM ni su rector, doctor Enrique Graue Wiechers, han sido convocados a sesión plenaria alguna para el análisis, discusión y eventual aprobación de dicha Guía”.

Facultades de la Federación y las entidades federativas para adoptar medidas de seguridad sanitaria

El hecho de que la CPEUM y la LGS establezcan facultades de dos órganos federales como el Consejo de Salubridad General y la Secretaría de Salud para adoptar medidas de seguridad sanitaria,³ no significa que los gobiernos de las entidades federativas no puedan implementar también medidas de ese tipo.

Las entidades federativas tienen facultades para adoptar medidas de seguridad sanitaria de manera autónoma, como se desprende de un análisis sistemático de la LGS y del régimen de concurrencia al que está sujeta la materia de salubridad general, según lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 4o. de la Constitución general de la República.

En efecto, en el capítulo II (“Enfermedades transmisibles”) del título octavo (“Prevención y control de enfermedades y accidentes”) de la LGS, el artículo 134 de esta Ley establece que la Ssa y los gobiernos de las entidades federativas, en sus respectivos ámbitos de competencia, realizarán actividades de vigilancia epidemiológica, de prevención y control de diversas enfermedades transmisibles, entre las que se encuentran la “influenza epidémica, otras infecciones agudas del aparato respiratorio, infecciones meningocócicas y enfermedades causadas por estreptococos” (fracción II del artículo 134 de la LGS).

Como se puede ver, el artículo 134 de la LGS dispone que las entidades federativas tienen atribuciones en materia de prevención y control de diversas enfermedades transmisibles “en sus respectivos ámbitos de competencia”, pero ¿cuál es dicho ámbito de competencia?

³ La acción extraordinaria en materia de salubridad general se encuentra regulada por la Ley General de Salud (LGS) en sus artículos del 181 al 184. Básicamente lo que establecen dichos artículos es que en caso de epidemia de carácter grave, peligro de invasión de enfermedades transmisibles, situaciones de emergencia o catástrofe que afecten al país, la Secretaría de Salud (Ssa) dictará inmediatamente las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud, a reserva de que tales medidas sean después sancionadas por el presidente de la República (artículo 181).

Por su parte, en el título segundo (“Sistema Nacional de Salud”) de la LGS, se encuentra el capítulo II, relativo a la “Distribución de competencias”. Ubicado en dicho capítulo, encontramos el artículo 13 de la LGS, según el cual corresponde a los gobiernos de las entidades federativas, en materia de salubridad general, como autoridades locales y dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales, organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de salubridad general a que se refieren diversas fracciones del artículo 3o. de la LGS, entre las que se encuentra la fracción XVII, mismo que se refiere a la prevención y el control de enfermedades transmisibles. Por su parte, la fracción IV de ese mismo artículo dispone que corresponde a las entidades federativas llevar a cabo los programas y las acciones que en materia de salubridad local les competen.

Es decir, en el marco de la “salubridad general”, que está sujeto a un régimen de facultades concurrentes, las entidades federativas tienen un papel que jugar para enfrentar emergencias sanitarias. ¿Cuál o cuáles?: 1. El que les asigne la Ssa a través de la acción extraordinaria en materia de salubridad general; 2. El que les asigne el Consejo de Salubridad General a través de las disposiciones generales y medidas preventivas que ordene (mismas que, como dispone el artículo 73.XVI.3a., deberán ser obedecidas por todas las autoridades administrativas del país), y 3. El que les corresponde en el ámbito de “salubridad local”.

Lo anterior quiere decir que al lado de la materia de “salubridad general” hay una materia de “salubridad local” cuya existencia generalmente se olvida, en virtud de la tendencia centralizadora que ha experimentado por décadas nuestro sistema federal. Esta materia de “salubridad local”, junto con el derecho a la protección a la salud previsto en el párrafo cuarto del artículo 4o. de la Constitución general de la República (que es un derecho constitucional y no federal, con el deber correlativo de todas las autoridades del país para garantizarlo), es el fundamento de las acciones que en materia de seguridad sanitaria pueden adoptar las entidades federativas en casos de pandemias como el COVID-19.

Posposición de procesos electorales

El 7 de junio de 2020 estaba prevista la realización de elecciones en dos entidades federativas (Coahuila e Hidalgo), para la renovación de las legislaturas locales y los ayuntamientos. Sin embargo, el avance de la emergencia sanitaria fue poniendo en evidencia que no habría condiciones de seguridad elementales para la conducción de los correspondientes procesos electorales. Realizarlos pondría en riesgo la salud y la vida de los millones de ciudadanos y funcionarios electorales llamados a participar en dichos procesos. Ante estas circunstancias, se planteó la pregunta: ¿cuál podría ser la salida constitucional para dar una solución satisfactoria a esta situación extraordinaria?

La salida constitucional se encontró en el artículo 41, base V, apartado C, párrafo segundo, inciso c), que faculta al Consejo General del Instituto Nacional Electoral (INE) para “[A]traer a su conocimiento cualquier asunto de la competencia de los órganos electorales locales, cuando su trascendencia así lo amerite o para sentar un criterio de interpretación”. Cabe aclarar que esta facultad del INE fue producto de la reforma constitucional en materia político-electoral de 10 de febrero de 2014, que estableció un régimen de concurrencia en cuanto a la organización de los procesos electorales en las entidades federativas. Bajo este régimen, el INE y los órganos públicos locales (conocidos como OPLES) comparten facultades y responsabilidades en la organización de dichos procesos electorales, pero se dejó la posibilidad de que por medio de la regla arriba referida, el INE ejerciera una “facultad de atracción” y absorbiera atribuciones de los OPLES.

Esta disposición del artículo 41 de la CPEUM, junto con el acuerdo por el que se declaró como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19), la llamada “Declaratoria de emergencia sanitaria” del Consejo de Salubridad General, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de marzo de 2020, fueron el fundamento constitucional y legal del acuerdo por el cual el Consejo

General del INE pospuso las elecciones de Coahuila e Hidalgo hasta que las condiciones sanitarias lo permitieran. En esencia, lo que el INE hizo fue posponer las etapas y actividades que estaban por venir (incluida la jornada electoral), para reprogramarlas hasta que existieran las condiciones sanitarias de su realización, con plena garantía de los derechos políticos, pero también teniendo a la vista el derecho a la salud previsto en el artículo 4o. de la CPEUM y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano.⁴

La solución constitucional que dio el Consejo General del INE fue la mejor que se pudo encontrar, pero en realidad la normativa constitucional y legal en el tema de elecciones no prevé disposiciones directamente aplicables a una circunstancia extraordinaria como la que estamos viviendo; situación que ha orillado a algo que nunca había ocurrido en la vida democrática del país: posponer procesos electorales para renovación de los poderes públicos, debido a situaciones excepcionales de emergencia.

⁴ Resolución INE/CG83/2020 del Consejo General del INE, por el cual se aprueba ejercer la facultad de atracción, para efecto de suspender temporalmente el desarrollo de los procesos electorales locales, en Coahuila e Hidalgo, con motivo de la pandemia COVID-19, generada por el virus SARS-CoV-2. 1o. de abril de 2020.

PANAMÁ

La emergencia sanitaria por COVID-19 en la República de Panamá: ante la incertidumbre, el desconcierto y el miedo*

Introducción

La democracia, la tutela de los derechos humanos y, en suma, la Constitución, siempre han sido objeto de amenazas y peligros que, incluso, al materializarse éstos producen la fractura del Estado de derecho. Lo expresado no es nada nuevo, hemos pasado de las *causas evidentes* de este fenómeno, como los golpes de Estado, las asonadas militares, las perturbaciones a la paz y al orden público, a las *etiologías* microscópicas o imperceptibles, como el nuevo coronavirus SARS-CoV-2, que origina la pandemia por la enfermedad COVID-19, que ha puesto en jaque a la fragilidad de nuestras instituciones.

Esta pandemia de COVID-19, como pasó con la peste negra en el siglo XIV, la erróneamente denominada gripe española del siglo XX (1918); y ahora en el presente siglo con el SARS (2003), la Gripe Aviar o H5N1 (2005), Gripe A o H1N1 (2009-2010), el síndrome respi-

* Elaborado por Sebastián Rodríguez Robles, profesor universitario. Presidente de la Sección Panameña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

ratorio de oriente medio (2012-2015), por citar sólo algunas crisis sanitarias en la historia de la humanidad, son fuentes de gran pánico y ruido social. Algunas de las mencionadas han sido mucho más letales que otras. Por ejemplo, la peste negra y la gripe española ocasionaron 200 millones y 50 millones de víctimas, respectivamente. Es muy temprano para hacer balances y resultados; el objeto de este trabajo es otro.

La emergencia sanitaria del COVID-19 y sus consecuencias me hace pensar en los antecedentes y motivaciones de la creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) en la ciudad de Buenos Aires en 1974, época en la cual en la mayoría de los países latinoamericanos imperaban regímenes dictatoriales:

... eran tiempos muy difíciles para la democracia en América Latina. Catedráticos argentinos y mexicanos, al tener presente la realidad constitucional de nuestros países, decidieron sumar esfuerzos.

De aquí la idea de que los constitucionalistas de la región establecieran canales de comunicación entre ellos para dejar a un lado el aislamiento que impedía el conocimiento mutuo y la recepción de información sobre reformas constitucionales, leyes y jurisprudencia de los países iberoamericanos; y para poder contribuir, con los medios académicos, al restablecimiento de regímenes democráticos en Iberoamérica (las cursivas son nuestras).¹

No cabe duda que, actualmente, vivimos tiempos difíciles para el derecho constitucional no sólo en América Latina, sino incluso en el mundo. La actual realidad del COVID-19 ha tocado a la débil democracia. Por esta razón, los constitucionalistas tienen un fuerte e indelegable compromiso, como hicieron en la década de los setenta del siglo pasado, ya sea para recomponer o rediseñar las instituciones y los derechos humanos, partiendo desde la dignidad humana.

¹ Disponible en: <https://iidc.juridicas.unam.mx/#>.

La importante publicación *The Economist*, describe el siguiente panorama:

Los gobiernos autoritarios están aprovechando la crisis de COVID-19: En todas partes la gente tiene miedo. Muchos desean ser conducidos hacia terrenos seguros. Los aspirantes a hombres fuertes se apoderan de las herramientas coercitivas que siempre anhelaron, a fin de, según dicen, proteger la salud pública. Las grandes reuniones pueden ser fuentes de infección; incluso los gobiernos más liberales las están restringiendo. Los autócratas están encantados de tener una excusa tan respetable para prohibir las protestas masivas, que durante el año pasado sacudieron a India, Rusia y zonas enteras de África y América Latina. La pandemia da una razón para posponer las elecciones, como en Bolivia, o para avanzar con una votación mientras la oposición no puede hacer campaña, como en Guinea.²

Al comienzo de la epidemia de COVID-19 en China, el resto de mundo *desestimó* la altísima capacidad de contagio del virus y, por qué no decirlo, *ningún país estaba preparado*. Los centros de investigación sobre enfermedades infecciosas, los investigadores científicos, los médicos especialistas y, por supuesto, el Estado y sus representantes, desconocían el comportamiento del virus. Existen claros ejemplos de científicos y de la clase política, minimizando la fuerza viral de la referida enfermedad. Asimismo, al ser el COVID-19 una *enfermedad multisistémica* no se tiene, actualmente, certeza sobre la inmunidad, las secuelas y el pronóstico de los infectados recuperados. La humanidad está esperanzada en una vacuna que, por ahora, no llegará tan pronto.

La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) es informada de la aparición en Wuhan, República Popular China, de una enfermedad que produce síntomas parecidos al

² Disponible en: https://view.newsletters.cnn.com/messages/15877695501093a0a55c44686/raw?utm_term=15877695501093a0a55c44686&utm_source=Fareed%27s+Global+Briefing%2C+April+24%2C+2020&utm_medium=email&utm_campaign=201287_1587769550117&bt_ee=N%2FSaPseBf7Bx6fmYdVg9utLs3YoEoRuvvq5iRM279FgWKKj%2F6xQx6aRXWPQF1O%2F&bt_ts=1587769550117.

SARS y las autoridades de ese país manifiestan que el brote infeccioso es “*prevenible y controlable*”.

La OMS declara que el brote aún no constituye una emergencia pública de interés nacional pues no hay evidencia de que el virus se propague fuera de China. No es sino hasta el 30 de enero que se notifica que el coronavirus es una emergencia global y *el 11 de marzo, oficialmente, se declara la pandemia*.

Una cronología de acontecimientos en Panamá en tiempos del COVID-19

El abordaje en la República de Panamá de la pandemia del COVID-19, se ha realizado, como expresa el título de este trabajo, *ante la incertidumbre, el desconcierto y el miedo*.

Una breve descripción de los hechos acerca de la aparición del COVID-19 en nuestro país pone de manifiesto que el Ministerio de Salud (en adelante Minsa), anuncia que el primer caso de la enfermedad se trató de una mujer de 40 años que ingresó al país, el domingo 8 de marzo, por la terminal aérea de Tocumen, sin ningún control, procedente de Madrid. Por otra parte, la primera muerte por COVID-19 fue anunciada el 11 de marzo; se trataba de un adulto de 64 años con comorbilidades y cuyo diagnóstico inicial fue neumonía atípica (por micoplasma).³

³ Disponible en: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000082.htm>. La neumonía por micoplasma es causada por la bacteria *Mycoplasma pneumoniae* (*M. pneumoniae*). Este tipo de neumonía también se conoce como *neumonía atípica* debido a que los síntomas son diferentes de los de la neumonía que es causada por otras bacterias comunes.

En vista de los hechos, mediante Resolución de Gabinete núm. 11 del 13 de marzo de 2020,⁴ el Consejo de Gabinete procedió a declarar el “estado de emergencia nacional, como consecuencia de los efectos generados por la enfermedad infecciosa COVID-19, causada por el coronavirus y la inminencia de nuevos daños, producto de las actuales condiciones de esta pandemia”. El aludido instrumento jurídico *autorizó la contratación de bienes y servicios mediante procedimiento excepcional de compra directa* y se autorizó una suma total para las contrataciones especiales por 50'000,000 de balboas, en un periodo de 180 días calendario. Además, autorizó a los ministerios de Gobierno y Seguridad y a otros organismos estatales para aceptar y distribuir las donaciones y contribuciones de organismos internacionales.

La declaración del estado de emergencia nacional fue duramente criticada por los juristas. El reparo guarda relación con la *inexistencia*, en el orden jurídico panameño de un *estado de emergencia nacional*; tal como lo denomina la Resolución de Consejo de Gabinete núm. 11 de 13 de marzo de 2020.

El artículo 55 de la Constitución Política, en cambio, se refiere al *estado de urgencia*, cuyos presupuestos son muy distintos a una emergencia sanitaria y *se da únicamente en caso de guerra exterior y de graves perturbaciones que amenacen la paz y orden público* en la cual se pueden suspender nueve derechos fundamentales, con control posterior del órgano legislativo.

Artículo 55. En caso de guerra exterior o de perturbación interna que amenace la paz y el orden público, se podrá declarar en estado de urgencia toda la República o parte de ella y suspender temporalmente, de modo parcial o total, los efectos de los artículos 21, 22, 23, 26, 27, 29, 37, 38 y 47 de la Constitución.

El estado de urgencia y la suspensión de los efectos de las normas constitucionales citadas serán declarados por el Órgano Ejecutivo mediante decreto acordado en

⁴ Publicado en la *Gaceta Oficial Digital* 28979-B, del 13 de marzo de 2020.

Consejo de Gabinete. El Órgano Legislativo, por derecho propio o a instancia del presidente de la República, deberá conocer de la declaratoria del estado referido si el mismo se prolonga por más de diez días y confirmar o revocar, total o parcialmente, las decisiones adoptadas por el Consejo de Gabinete, relacionadas con el estado de urgencia.

Al cesar la causa que haya motivado la declaratoria del estado de urgencia, el Órgano Legislativo, si estuviese reunido, o, si no lo estuviera, el Consejo de Gabinete levantará el estado de urgencia.

Importante manifestar aquí que nuestro ordenamiento jurídico —incluyendo la Constitución y las leyes— no contienen unas reglas claras para la prevención, contención y manejo de epidemias. Nuestro Código Sanitario se dictó en 1947, recién finalizada la Segunda Guerra Mundial y sus regulaciones y disposiciones han sido, desde hace mucho tiempo superadas por la realidad.

El artículo 85 numeral 10 de la excerta sanitaria, expresa lo siguiente:

Artículo 85. Son atribuciones y deberes del Departamento Nacional de Salud Pública, en el orden sanitario nacional:

...

10. Adoptar las medidas de emergencia que sean imprescindibles e impostergables en caso de epidemia u otras calamidades públicas. En estos casos la autoridad sanitaria, o su representante local, asumirá de hecho la dirección de los trabajos conducentes a la protección de los asociados, y deberá rendir al Ejecutivo, dentro de los cinco días siguientes, informe detallado de las actividades desarrolladas. El ministerio del ramo determinará el régimen que deberá adoptarse posteriormente. La autoridad sanitaria podrá contratar el personal transitorio que se necesite para hacer frente a la situación...

Así las cosas, el aparato estatal reaccionó, frente al COVID-19, mediante la expedición de drásticas regulaciones de orden sanitario, de seguridad pública que implican el control de la movilidad personal (toque de queda, con salidas limitadas por día, sexo y horario para la compra de productos de primera necesidad), cierre temporal para todos los establecimientos comerciales y empresariales, migratorias, la prohibición de reuniones públicas, privadas, limitaciones laborales, establecimiento de ley seca y hasta se ha afectado, sensiblemente, el ejercicio de profesiones liberales, como la abogacía, entre otras.

Se han dictado, hasta el momento, más de una veintena de regulaciones normativas para mitigar la pandemia expedidas bajo la fórmula de decretos del Consejo de Gabinete y decretos ejecutivos. Incluso hemos visto una serie de *comunicados o avisos*, carentes de formalidad jurídica que, de hecho, constituyen una *nueva receta panameña para expresar la voluntad de la administración*. Una suerte de *actos administrativos ilegítimos*, sin firma, que en la mayoría de los casos salen a conocimiento público anticipadamente al dictado de una norma jurídica que les otorgue validez, por lo menos comunicativa.

Como explica Néstor Pedro Sagüés, la problemática del derecho de emergencia no es un tema exclusivamente académico, sino un asunto que pone a prueba las bases mismas del Estado de derecho:

El derecho de emergencia como opción constitucional actúa cuando los poderes públicos, en razón de la emergencia, adoptan normas y medidas que no serían constitucionales en circunstancias ordinarias.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado una especie de derecho consuetudinario constitucional regulatorio de la emergencia como opción constitucional, en base a cuatro recaudos claves: *realidad de la emergencia, transitoriedad del derecho de emergencia, legitimidad —razonabilidad— del mismo, y sometimiento a la Constitución. Para esto último, exige que no haya frustración, sino sólo*

suspensión de los derechos constitucionales en juego, durante la emergencia (las cursivas son nuestras).⁵

Para culminar este punto debemos agregar que la realidad de la pandemia del COVID-19 nos impone seguir las reglas sanitarias para la mitigación del virus con la finalidad y la esperanza de que nuestras vidas vuelvan a un estado de “normalidad”.

Comparto con el profesor Maximiliano Toricelli, el pensamiento de que los objetivos de la cuarentena pueden y deben cumplirse desde el paradigma de un Estado constitucional de derecho, en el cual funcionen los órganos o poderes Legislativo y Judicial.⁶ Es, sin duda, el momento de pensar en *la compatibilización de la emergencia sanitaria con los principios del derecho constitucional y convencional: dignidad humana, legalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad*, entre otros; aun ante situaciones límite como las que hoy padecen los individuos para el ejercicio de sus derechos y libertades como la vida, la salud, la movilización personal, el trabajo, el ejercicio de las profesiones liberales (la abogacía, entre otras), el derecho al comercio, etcétera.

El reto actual de los constitucionalistas y su rol pospandemia

De lo expuesto en esta investigación se percibe que la dramática aparición y la vertiginosa propagación global del COVID-19 ha generado, en la mayoría de los Estados, la idea de que una “ruta” o “claves” para contener y combatir la pandemia del COVID-19 consiste en *desactivar la Constitución*.

⁵ Sagüés Néstor, Pedro, *La Constitución bajo tensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 95-96.

⁶ Toricelli, Maximiliano, “La pandemia y el derecho constitucional en Argentina”, disponible en: www.ladefensa.com.ar, Buenos Aires, 2020, p.10.

Es decir, poner en práctica un *renovado autoritarismo* que ve en el derecho constitucional y en las instituciones democráticas un estorbo durante este episodio mundial.

El COVID-19 está perturbando la democracia y la gobernanza en todo el mundo. Ha golpeado en un momento en que la democracia ya estaba amenazada en muchos lugares, y corre el riesgo de exacerbar el retroceso democrático y la consolidación de un Poder Ejecutivo autoritario.⁷

Como adelantamos en el punto anterior, los constitucionalistas debemos actuar como sujetos operadores del cambio social, orientando y coadyuvando con el Estado para lograr *conciliar las medidas de la emergencia sanitaria con el respeto de los derechos humanos y la democracia*. Así lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Declaración del 9 de abril de 2020, titulada “COVID-19 y derechos humanos: *los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*”:

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

Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los *principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución* de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana (el destacado es nuestro).

⁷ Brown, Frances Z. *et al.*, “¿Cómo el coronavirus va remodelar la democracia y la gobernanza a nivel global?”, <https://carnegieendowment.org/2020/04/06/how-will-coronavirus-reshape-democracy-and-governance-globally-pub-81470>.

Una vez superada la pandemia podemos prever que el papel del constitucionalista puede ser mucho más arduo. Nos tocaría en la República de Panamá, por ejemplo, restaurar, replantear y rediseñar nuestras instituciones democráticas, la efectividad y tutela de nuestros derechos humanos; esperamos con optimismo poder contribuir con reformas o cambios constitucionales al respecto.

PARAGUAY

Constitución, emergencia sanitaria y restricción de derechos en Paraguay en el inicio de la pandemia*

A mi amigo Jorge Silvero-Salgueiro

SERIE OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL / 20

157

“La Constitución no es un pacto suicida”, según la famosa expresión atribuida al juez Robert Jackson. Este *dictum* se remonta a Abraham Lincoln, cuando en una crisis institucional sin precedentes intentó suspender el *habeas corpus*, lo cual era potestad del Congreso y no del presidente. Según Lincoln, quienes cuestionaban su intención —entre ellos el *Chief*

* Elaborado por Diego Moreno Rodríguez-A., doctor en derecho constitucional por la Universidad de Salamanca. Presidente del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional y de la Sección Paraguaya del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. dmoreno28@yahoo.com.

Justice Roger Taney— no tomaban en cuenta que por el prurito de defender una disposición constitucional en particular, con la Guerra Civil se podría llegar al desmoronamiento de todo el sistema constitucional.

En Paraguay, la pandemia del COVID-19 está sometiendo a una dura prueba a su democracia constitucional, una de las más inestables de la región. Las medidas a las que ha dado lugar la situación en su etapa inicial han implicado la limitación de derechos por medio de decretos y resoluciones ministeriales —con todo el riesgo que ello entraña en un sistema político con una larga tradición autoritaria—. Además, es posible que al obrar de esta forma se haya violentado sin más el orden constitucional y su sistema de separación de poderes.

Aunque es cierto que ha existido una buena razón para adoptar medidas contra una amenaza de proporciones potencialmente catastróficas no sólo para la salud pública, sino incluso para la vida misma en sociedad, no debe perderse de vista que las decisiones políticas siempre deben adoptarse desde el Estado constitucional y democrático de derecho y no fuera de él.

En este breve espacio pretendo mostrar algunas de las dificultades constitucionales que ha experimentado Paraguay para hacer frente a la pandemia del COVID-19 en su etapa inicial. Más allá de las dudas que puedan surgir, intentaré sugerir que las situaciones excepcionales no pueden ser gobernadas por normas previstas para situaciones de normalidad. Esto es algo tan obvio que remite a la razón de ser del “derecho de excepción” contemplado en la mayoría de las Constituciones democráticas contemporáneas. De todas formas, el problema se agudiza en un contexto como el paraguayo, en el cual las normas de excepción previstas por la Constitución son inadecuadas por completo o inviables jurídicamente para hacer frente a una situación como la generada por la pandemia del COVID-19.

//

A pesar de contar con un sistema de salud muy deficiente y precario y que se halla por debajo de la media en la región, Paraguay ha sido visto por algunos analistas como un modelo de implementación de medidas sanitarias en tiempo oportuno a fin de contener la propagación del COVID-19. Un artículo publicado en el *New York Times* en fecha 14 de abril de 2020 da cuenta de que el país posee el mejor registro en América del Sur al haber adoptado tempranamente medidas agresivas de distanciamiento social, cierre de fronteras y aeropuertos, y el establecimiento de una cuarentena a la población, con pocas excepciones indispensables.¹ De hecho fue el primer país en la región en comenzar a adoptar este tipo de medidas, incluso antes de que la Organización Mundial de la Salud declarase oficialmente la situación de pandemia.

En términos comparativos, las cifras de contagio hasta ahora muestran que las medidas adoptadas, al menos de momento, han tenido el efecto de controlar la propagación masiva del virus, y que hasta habrían evitado alrededor de 15,000 muertes según estimaciones oficiales.² Sin embargo, el número de muestras resulta aún insuficiente como para tener un panorama más cercano a la realidad. Además, no debe perderse de vista que el contagio a gran escala parece inevitable, y que las medidas adoptadas hasta ahora tienen por objeto sobre todo evitar el colapso del sistema de salud y ganar tiempo para obtener equipamiento médico, construir centros de atención sanitaria y prepararse lo más adecuadamente posible para la propagación del virus.

¹ Disponible en: <https://www.nytimes.com/reuters/2020/04/14/world/americas/14reuters-health-coronavirus-paraguay.html>.

² Disponible en: <https://www.abc.com.py/edicion-impresa/locales/2020/04/19/sin-cuarentena-hubieran-muerto-15000-paraguayos/>.

Ahora bien, en la adopción de las medidas de restricción de derechos en esta etapa inicial de la pandemia, ¿se respetaron las reglas del Estado constitucional y democrático de derecho? Jorge Silvero-Salgueiro ha argumentado —en momentos de forma convincente— que no, con lo cual el sistema paraguayo se habría deslizado peligrosamente hacia una democracia no-liberal.³ Según el autor, se ha producido una concentración excesiva de poder en el Ejecutivo y un preocupante recorte en materia de derechos y libertades públicas. Esto se ha dado principalmente a través de la implementación de disposiciones pre-constitucionales establecidas en el Código Sanitario. También se ha acudido a una delegación de poderes del Congreso al Ejecutivo de dudosa constitucionalidad, lo cual ha relegado las funciones atribuidas por la Constitución al legislador en casos de desastre y calamidad, así como en materia presupuestaria.

Esta tesis sin duda plantea una serie de interrogantes de peso que deben ser atendidas seriamente, sobre todo en razón de que muchas de estas objeciones no fueron ventiladas de forma adecuada en el espacio público. En tiempos de crisis, todas las perspectivas deben ser tomadas en cuenta, en especial las que sean críticas o aporten una mirada distinta que enriquezca el proceso de toma de decisiones públicas. Allí radica una de las fortalezas de la democracia, en oposición a los regímenes autoritarios.

///

Existen dos formas de encarar los desafíos que plantea la tesis según la cual las medidas de restricción de derechos adoptadas al inicio de la pandemia habrían violado el Estado

³ “El impacto del Covid-19 en el sistema político paraguayo: ¿hacia una democracia iliberal?”, manuscrito inédito en poder del autor.

de derecho y el ordenamiento constitucional paraguayo. La primera consiste en determinar si el análisis jurídico que se efectúa resulta correcto.

En este sentido, podría sostenerse que la propia Constitución dispone que toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana. De igual modo, la ley fundamental prevé que el Estado debe prestar asistencia para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas. Además, la Constitución, al reconocer el derecho a la salud de todas las personas, otorga un carácter social a este derecho fundamental al establecer que el mismo se promoverá y protegerá en interés de la comunidad. De otra parte, la Constitución contiene una disposición categórica y contundente —e incluso quizá algo exagerada— según la cual *en ningún caso* el interés de los particulares primará sobre el interés general.

Desde esta perspectiva, y aunque hay más tela de la que podemos cortar en este espacio, podría sostenerse que existen disposiciones constitucionales que *prima facie* servirían para dar sustento jurídico a las medidas adoptadas por el Estado en su reacción inicial a la pandemia. En este sentido, el Código Sanitario contiene disposiciones que facultan al Poder Ejecutivo a adoptar determinadas medidas de restricción conforme a los fines previstos en la Constitución.

No obstante, hay una segunda manera de responder al desafío según el cual las medidas restrictivas fueron ilegítimas, y que remite, en definitiva, al *dictum* con el que arrancábamos este artículo. Como sostuvo el juez Jackson, “existe un riesgo de que si la Corte no atempera su lógica doctrinaria con un poco de sabiduría práctica, convertirá el *Bill of Rights* en un pacto suicida”.⁴ Tal es el punto que interesa destacar en estas líneas, sin perjuicio de la importancia de la primera aproximación, o del hecho de que ambas puedan reforzarse mutuamente.

⁴ *Terminiello vs. City of Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

En esta línea argumental, lo cierto es que, fuera de la medida de “emergencia sanitaria” y demás disposiciones previstas por el Código Sanitario de 1980 (una ley pre-constitucional), el sistema constitucional paraguayo no disponía de ninguna herramienta para hacer frente de manera rápida y eficaz a una situación inédita de este tipo. Es cierto que la Constitución de 1992 contempla la figura del “estado de excepción”. No obstante, la misma se halla prevista únicamente para dos situaciones específicas, y ninguna de ellas estaba presente en este caso: “conflicto armado internacional” o “grave conmoción interior”. Además, las medidas que pueden adoptarse en el marco de un estado de excepción bajo la Constitución paraguaya son claramente inadecuadas, lo cual muestra que esta figura no fue concebida para una situación como la que plantea la actual pandemia. Por tales motivos, la declaración de un estado de excepción — que en su momento tuvo defensores — hubiera resultado claramente un mal mayor.

Había entonces dos alternativas: echar mano de la figura de la “emergencia sanitaria” y demás herramientas previstas por el Código Sanitario, o bien, asumir que el sistema constitucional debía funcionar como si estuviera ante una situación de normalidad. ¿Pero cómo podría funcionar el Estado en una situación así como si todo fuera “normal”? Está claro que esta salida hubiese llevado al inmovilismo y a la inacción. El sistema político paraguayo se halla aquejado de gravísimos problemas de ingobernabilidad que han sido expuestos por expertos de distintas disciplinas. Es más, durante la vigencia de la Constitución de 1992, la regla ha sido la nula posibilidad de implementar políticas de gobierno que no sean aquellas con fines meramente particularistas o que respondan al interés de determinadas facciones.⁵

Así las cosas, y aunque es cierto que nuestro ordenamiento jurídico-constitucional no se hallaba completamente preparado para afrontar un fenómeno de esta naturaleza, quizá las normas a las cuales echó mano el gobierno y que permitieron la adopción rápida y eficaz de

⁵ Pérez-Liñán, A. *et al.*, “De la concentración a la fragmentación. El juego político en Paraguay en los últimos 50 años”, en Scartascini, C. *et al.* (eds.), *El juego político en América Latina: ¿cómo se deciden las políticas públicas?*, BID, 2011.

medidas preventivas no estén por completo exentas de legitimidad. Una muestra de ello acaso sea el acatamiento voluntario de buena parte de la ciudadanía a las medidas de restricción (y, al mismo tiempo, la reticencia de sectores empresariales interesados y sus personeros en el gabinete ministerial a la adopción de las mismas). Además, las medidas fueron apoyadas por prácticamente todas las fuerzas políticas representadas en el Parlamento.

Dentro de esta línea argumental, el famoso *dictum* según el cual “la Constitución no es un pacto suicida” resuena con fuerza. Es probable que de no haberse adoptado ningún tipo de medidas de forma rápida por un apego formalista a una determinada concepción de la Constitución, al final del camino no hubiera quedado en pie ningún vestigio reconocible de la República paraguaya. De esta manera, en el intento por evitar la violación de la Constitución, hubiésemos en realidad terminado de sepultarla.

IV

Nada de lo dicho implica que las medidas restrictivas de los derechos y libertades públicas no deban adecuarse a los estándares constitucionales y convencionales de rigor. En este sentido, las disposiciones restrictivas deben extenderse únicamente a los derechos indispensables y permisibles; también deben ser limitadas en el tiempo, razonables, necesarias, adecuadas y proporcionadas.

Sin embargo, no deben tolerarse en modo alguno los excesos que se han dado, ya sea por parte de las fuerzas de la policía, o del propio gobierno, y debe obrarse con suma prudencia en cuanto al empleo de las fuerzas militares, cuyo rol constitucional también se halla bien acotado en la Constitución. Las medidas que violan derechos fundamentales —como aquellas que han impedido el retorno de ciudadanos paraguayos al país sin tomar en cuenta sus circunstancias— deben ser denunciadas enérgicamente.

Además, el carácter excepcionalísimo de la situación que se ha vivido no debe tomarse como un precedente que otorgue un cheque en blanco para cualquier evento futuro. En esta línea, cualquier insuficiencia que haya aquejado al ordenamiento jurídico debe ser subsanada para afrontar de la mejor manera posible las crisis de esta magnitud que puedan sobrevenir en el futuro y en relación con las cuales a partir de ahora deberíamos ser mucho más conscientes.

Por último, no se debe abjurar del sistema de separación e independencia de poderes, ni relegar a los poderes Legislativo y Judicial a un rol de meros espectadores. En tiempos de pandemia, el control de estos poderes del Estado sobre los actos del Ejecutivo constituye acaso más que nunca una garantía fundamental para la democracia constitucional. Lo propio cabe decir del control ciudadano, y en general del mantenimiento de un debate público abierto e incluso en el cual todas las voces puedan ser expuestas en el foro público con el objeto de contribuir a que se adopten las decisiones colectivas más razonables y adecuadas en tiempos de incertidumbre a escala global.

V

A pesar de lo dicho, resulta difícil hacer valoraciones al fragor de los acontecimientos que se suceden de forma vertiginosa en medio de una crisis sin precedentes en la historia de la humanidad. Es posible que Giorgio Agamben se haya equivocado enormemente el 26 de febrero de 2020 cuando habló de “medidas de emergencia frenéticas, irracionales y completamente injustificadas para una supuesta epidemia debido al coronavirus”.⁶ O quizá no. Esto

⁶ Agamben, G., “La invención de una epidemia”, Varios autores, *Sopa de Wuhan*, ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), 2020, disponible en: <https://www.elextremosur.com/files/content/23/23684/sopa-de-wuhan.pdf>; y <https://ficciondelarazon.org/2020/02/27/giorgio-agamben-la-invencion-de-una-epidemia/>.

es algo que sólo el tiempo lo dirá. Lo cierto es que la más autorizada opinión de la comunidad científica y el liderazgo político a nivel mundial se han pronunciado de forma casi unánime a favor de las medidas de aislamiento y restricción.

Por eso ha sido difícil para cualquier gobierno arriesgarse a la inacción. Donald Trump, Jair Bolsonaro y Boris Johnson fueron criticados con dureza (entre otras razones) por omisión en el gerenciamiento de la pandemia. Sólo con el paso del tiempo podrán emitirse juicios de valor con mayor objetividad.⁷

Ya sea que la opinión expresada en este artículo sea acertada o no, lo cierto es que la pandemia ha puesto de relieve la importancia de refundar una República sobre una base más inclusiva e igualitaria, construyendo una economía mejor y más sustentable, y que garantice los derechos de todos los ciudadanos por igual, incluidos los de naturaleza socioeconómica.

Por lo pronto, la crisis ha obligado a un debate sobre la necesidad de recortar privilegios odiosos a políticos y funcionarios públicos e incluso encarar una reforma del Estado. Pero lo cierto es que la sociedad paraguaya deberá afrontar un proceso mucho más profundo, que implicará reinventar una forma de vida más auténticamente democrática, solidaria y armónica con la naturaleza, y que sea capaz de hacer frente a los enormes desafíos de todo tipo que planteará el mundo en la etapa pospandemia.

⁷ En el mismo sentido, Valadés, D., "Reflexiones constitucionales a propósito del COVID-19", en González Martín, N. (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Reflexiones desde el derecho (II)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

PERÚ

La Constitución peruana frente al COVID-19*

La aparición y expansión de la enfermedad conocida como COVID-19, que ha sido calificada por la Organización Mundial de la Salud como pandemia, ha jaqueado 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; en lo que a nosotros concierne, constituye todo un reto para el constitucionalismo contemporáneo por los peligros que encierra el uso de los denominados regímenes de excepción, previstos en la mayoría de las Constituciones del mundo, a los que están recurriendo los gobernantes de los países afectados en su afán de enfrentarla y vencerla, frente a lo cual los constitucionalistas debemos estar atentos para contribuir desde nuestra trinchera académica con la tarea de evitar excesos y abusos de poder que pongan en riesgo los derechos humanos, la democracia y el Estado constitucional.

* Elaborado por Ernesto Blume Fortini, magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Miembro de la mesa directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

En el caso de Perú, el presidente de la República ha utilizado una de las figuras previstas en la vigente Constitución de 1993, que regula en su artículo 137 los denominados regímenes de excepción, que lo habilita a decretar con acuerdo del Consejo de Ministros y dando cuenta al Congreso de la República o a la Comisión Permanente —si se decide en época de receso parlamentario— el estado de emergencia, que se da cuando se produce alguna de las siguientes causales: perturbación o alteración de la paz o el orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afectan la vida de la nación.

Al respecto, debe apuntarse que la declaración de estado de emergencia habilita al gobierno a restringir o suspender únicamente el ejercicio de estos derechos constitucionales: libertad y seguridad personales, inviolabilidad del domicilio; libertad de reunión y libertad de tránsito, consagrados en los incisos 9, 11, 12 y 24.f del artículo 2o. de la carta fundamental de la República. La restricción o suspensión no debe exceder el plazo de 60 días, el cual es prorrogable mediante nuevo decreto por decisión del mismo presidente de la República con acuerdo de su Consejo de Ministros. Por último, según el citado artículo 137, en el estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si lo decide el presidente de la República.

Ahora bien, respecto al estado de emergencia y los derechos que a raíz de su declaratoria y aplicación pudieran ser afectados, así como a los límites de acción por la autoridad pública, el legislador constituyente peruano ha dejado ciertos derroteros que es menester destacar a los efectos de este análisis, los mismos que se desprenden de los dos últimos párrafos del artículo 200 de la Constitución, que es el que consagra a nivel constitucional los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad y acción popular, cuando establece que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante el estado de emergencia y que corresponde al órgano jurisdiccional examinar la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo a los efectos de

determinar si ha habido afectación a los derechos invocados por el justiciable que arguye ser víctima de una lesión a sus derechos constitucionales.

En la misma línea, la normativa infraconstitucional peruana de primer rango recoge en el artículo 23 del Código Procesal Constitucional peruano, aprobado por la Ley 28237, dentro de las disposiciones generales aplicables a los procesos de defensa de los derechos fundamentales, la procedencia de los procesos constitucionales durante los regímenes de excepción, reforzando la competencia de la justicia constitucional en el conocimiento, análisis y resolución de aquellas conductas de la autoridad pública que hayan lesionado los derechos de las personas, enfatizando que durante los regímenes de excepción no se suspenden los procesos constitucionales, que corresponde al órgano jurisdiccional examinar la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida del acto restrictivo y cuáles son los criterios a utilizar por el juez de la causa para determinar si ha habido afectación y el grado de ésta.

De lo dicho hasta aquí, en la línea de desentrañar los frenos previstos expresamente en el articulado de nuestra carta magna para evitar un uso abusivo y excesivo de los poderes que asume el Poder Ejecutivo en la declaración de emergencia, podemos determinar 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 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 en 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 también a los principios y valores que ésta 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 en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como lo prevé el precitado 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, que pueden dejar sin efecto cualquier restricción o suspensión que no supere los test de razonabilidad y 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 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.

Habrà 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, como se argumenta serían las restricciones establecidas, por ejemplo en su artículo 7o. respecto de la suspensión de actividades del ámbito comercial, así como cultural y de establecimientos recreativos, de hotelería y restaurantes, que al quedar suspendidas lesionarían derechos como 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 puede 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 reclaman 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, 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 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 éste.

PUERTO RICO

Puerto Rico ante la pandemia*

Introducción

Puerto Rico tiene una extensión de 9,104 km² y una población estimada de 3.2 millones de habitantes. Al momento de escribir este artículo, su Departamento de Salud (equivalente al Ministerio de Sanidad en otros países) había informado de 1,213 casos confirmados de contagio del coronavirus y 62 muertes a causa de la pandemia. Se espera un aumento en ambos renglones, aunque la magnitud es imposible de predecir.

Ante el anuncio de la Organización Mundial de la Salud otorgándole carácter de pandemia a la propagación del virus, el 12 de marzo de 2020 la gobernadora de Puerto Rico declaró estado de emergencia en todo el país. Tres días más tarde, cuando apenas se habían registrado cinco casos positivos del COVID-19 en suelo puertorriqueño, la mandataria emitió una orden ejecutiva,¹ en la que ordenó el cese de las operaciones gubernamentales, excepto las atinentes a servicios esenciales, y el cierre de todos los comercios, con excepción de las

* Elaborado por Efrén Rivera Ramos, catedrático en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ *Boletín Administrativo*, núm. OE-2020-23.

instituciones bancarias o financieras, los centros de cuidado de personas mayores y los negocios relacionados con la venta y las cadenas de distribución de alimentos, medicamentos, artículos médicos o combustible. Se especificó que la orden de cierre total aplicaría a centros comerciales, cines, discotecas, salas de conciertos, teatros, salones de juego, casinos, parques de atracciones, gimnasios, bares o cualquier lugar análogo, así como a eventos que propiciaran la reunión de un grupo de ciudadanos en el mismo lugar.

La gobernadora implantó, además, un toque de queda que impedía a las personas transitar por las vías públicas de las 9:00 p.m. a las 5:00 a.m. del día siguiente. Asimismo, entre las 5:00 de la mañana y las 9:00 de la noche sólo podrían transitar las personas autorizadas por razón de su trabajo en las oficinas gubernamentales y negocios privados permitidos y las que tuvieran que atender alguna situación de emergencia. La orden tendría vigencia hasta el 30 de marzo de 2020, aunque ha sido extendida en varias ocasiones, según se reseña más adelante. A pesar de que las medidas adoptadas eran muy rigurosas, en términos generales la directriz tuvo una acogida favorable entre la población por entender que era necesaria y oportuna para la prevención de contagios y muertes. A medida que ha pasado el tiempo, sin embargo, han surgido críticas cada vez más numerosas del manejo gubernamental de la pandemia por las razones que también se explican luego.

Un poco de contexto

No debe pasarse por alto que el azote de la pandemia en Puerto Rico viene precedido de una serie de eventos muy recientes que han estremecido la economía, la política y la sociedad puertorriqueñas y han colocado al país en situación muy vulnerable. En 2016 el gobierno de Puerto Rico tuvo que acogerse a un proceso de quiebra en un tribunal estadounidense tras acumular una apabullante deuda nacional de 120,00 millones de dólares. El Congreso de los Estados Unidos, ejerciendo sus poderes plenos sobre el territorio de Puerto

Rico bajo la Constitución estadounidense, ha puesto al país bajo la tutela de una Junta de Supervisión Fiscal que controla todos los asuntos fiscales puertorriqueños. Como resultado, el gobierno de Puerto Rico y sus dependencias se han visto sometidos a recortes sustanciales de sus presupuestos, incluidos los dineros que se destinaban a servicios esenciales de la población como la educación, la salud, la seguridad, la Universidad del Estado y otros.

En septiembre de 2017, Puerto Rico sufrió los estragos producidos por los huracanes Irma y María, fenómenos atmosféricos de gran potencia que destruyeron gran parte de la infraestructura eléctrica y causaron pérdidas cuantiosas de viviendas, negocios, empleos y vidas. A dos años de ese desastre, el país apenas comenzaba a recuperarse.

En el verano de 2019, una crisis política sin precedentes movilizó a cientos de miles de personas a tomar las calles para reclamar la salida del gobernador del momento. Se protestaba, entre otras cosas, por la corrupción, la insensibilidad, la negligencia y las expresiones abiertamente misóginas, homofóbicas y prejuiciadas del gobernador y su grupo más íntimo de colaboradores. El proceso estuvo marcado por un profundo declive en la confianza popular en el gobierno y sus instituciones. El gobernante renunció y, tras atropelladas intervenciones de los poderes Legislativo y Judicial, el 2 de agosto asumió las riendas del gobierno la entonces secretaria de Justicia y hoy gobernadora, de conformidad con las disposiciones de la Constitución de Puerto Rico.

A fines de diciembre de 2019 y principios de enero de 2020 una serie inesperada de terremotos, sobre todo en la región sur, agudizó las crisis económica, social y de salud, derrumbando casas, escuelas, iglesias y otras edificaciones, paralizando parte de la actividad económica y social y dejando a miles de personas a la intemperie y en condiciones de extrema incertidumbre. Luego llegó la pandemia. Las medidas de distanciamiento físico decretadas por el gobierno, con todo y lo necesarias que se perciban, han agudizado la crisis económica y precarizado aún más la situación de decenas de miles de personas de todas las edades que han quedado sin empleos ni ingresos para enfrentar los rigores del diario vivir. El impacto

ha recaído con mayor fuerza en los grupos más vulnerables, como las mujeres, las víctimas de violencia machista, los niños, niñas y adolescentes, los trabajadores informales, las que realizan trabajo doméstico, las poblaciones migrantes, los estudiantes y otros. Es en todo ese contexto que deben analizarse las respuestas del gobierno a la pandemia y las reacciones de sectores cada vez más crecientes de la población.

El manejo gubernamental de la pandemia

Entre el 12 de marzo y el 21 de abril de 2020, la gobernadora de Puerto Rico ha emitido 16 órdenes ejecutivas relacionadas con la emergencia del coronavirus. A punto de expirar la Orden Ejecutiva 2020-23, reseñada arriba, con la que se decretó por primera vez el toque de queda, el 30 de marzo de 2020 la mandataria firmó otra mucho más extensa y detallada² en la que extendió hasta el 12 de abril las restricciones de la primera y agregó otras. La veda nocturna se amplió para cubrir el periodo de 7:00 p.m. a 5:00 a.m. del siguiente día. Se reguló el tránsito de vehículos de motor por las vías públicas del país, disponiendo que los lunes, miércoles y viernes sólo podrían circular aquellos vehículos cuya tablilla terminara en un número par. Los martes, jueves y sábado podrían transitar las personas que tuvieran un vehículo con tablilla impar. Se dispuso que los domingos permanecerían cerrados los mercados y supermercados, las farmacias sólo podrían dispensar medicamentos y bienes de higiene personal y las gasolineras podrían despachar únicamente combustible. Por otro lado, se permitió la prestación limitada, bajo estrictas medidas de seguridad y en circunstancias de emergencia, de ciertos tipos de servicios como los de ferretería, plomería, reparación de vehículos y otros. Se ampliaron o aclararon las exenciones relativas a las personas autorizadas para transitar por las vías públicas por razón de su trabajo o de alguna emergencia. Esta orden también prohibía

² *Boletín Administrativo*, núm. OE-2020-29.

que los dueños o encargados de una residencia permitieran que personas “ajenas a su núcleo familiar” se congregaran para llevar a cabo en dichas residencias reuniones, tertulias, fiestas, o cualquier otra actividad prohibida en la orden.

Ocho días después se emitió otra orden ejecutiva que establecía reglas específicas para el fin de semana del 10 al 12 de abril, en el que se conmemoraban el Viernes y Sábado Santos y el Domingo de Pascua, según la tradición cristiana. Se ordenó el cierre de todos los comercios, incluidos los supermercados. Se exceptuaron las farmacias en el área de recetario para vender medicamentos y artículos de higiene personal; las gasolineras sólo para despachar combustible o medicamentos; los centros de cuidado de ancianos y las organizaciones o grupos que proveyeran servicios que atendieran necesidades de poblaciones económicamente en desventaja (como refugios para personas sin hogar, bancos de alimentos y otros). Se excluyeron también de la prohibición los establecimientos de comida preparada que operaran mediante “servi-carro”, recogido o entrega. La orden ocasionó que una avalancha de consumidores abarrotara los supermercados en anticipo del cierre del fin de semana, provocando así, según los críticos, que se alentaran las actividades masivas que las órdenes del gobierno habían intentado suprimir para evitar los contagios.

Finalmente, el 12 de abril de 2020 se emitió un nueva orden³ que, en esencia, mantuvo las restricciones de las anteriores, aunque liberalizó en alguna medida las exenciones permitidas. El toque de queda se extendió hasta el 3 de mayo. La orden agregó el requisito de que las personas que acudieran a supermercados, farmacias, centros de trabajo y otras instalaciones lo hicieran tomando medidas cautelares como el uso de mascarillas, mantener al menos seis pies de distancia de los demás, evitar aglomeraciones innecesarias y limitar a una persona por domicilio las salidas a los comercios autorizados. Éstos, a su vez, deberían velar por el cumplimiento de tales precauciones. En fin, la población podría transitar solamente

³ *Boletín Administrativo*, OE 2020-033.

cuando fuera a uno de los establecimientos o comercios exentos a suplir alguna necesidad, guardando siempre las medidas de higiene y “distanciamiento social” requeridas.

En todo este proceso, el Poder Legislativo ha mantenido un perfil muy bajo. Excepto que el 5 de abril de 2020 aprobó la Ley núm. 35, que tipifica como delito que una persona “incumpla, desacate o desobedezca de cualquier forma una orden ejecutiva del gobernador de Puerto Rico estableciendo un toque de queda o decretando un estado de emergencia o desastre”. Se sanciona el incumplimiento con una pena de hasta seis meses de cárcel o multa de hasta \$5,000.00. Se prohíbe, además, que una persona “transmita o permita transmitir... información falsa con la intención de crear confusión, pánico o histeria pública colectiva, con respecto a cualquier proclama u orden ejecutiva” que decreta un estado de emergencia o toque de queda. Otra intervención legislativa notable, esta vez de talante fiscalizador, ha sido la investigación iniciada por una comisión de la Asamblea Legislativa sobre alegaciones de corrupción de parte de funcionarios públicos y personas privadas en un dudoso trámite de compra, a tasas exorbitantes de sobreprecio, de determinadas pruebas de laboratorio para detectar el virus. La investigación no ha concluido.

El Poder Judicial, por su parte, acatando la declaración de emergencia y el toque de queda decretado por el Ejecutivo, efectuó un cierre parcial de operaciones. Suspendió las audiencias y asuntos previamente citados, pero mantuvo algunas salas para atender materias urgentes en horarios reducidos y, eventualmente, inició un sistema de audiencias por videoconferencia para asuntos civiles y de relaciones de familia. El cierre parcial se ha extendido hasta el 3 de mayo, al igual que el decretado por el Ejecutivo.

Problemas constitucionales y de derechos humanos

Todo este desarrollo ha suscitado cuestionamientos sobre la constitucionalidad de las actuaciones del Estado, la probable violación de derechos constitucionales y el menosca-

bo de derechos humanos fundamentales. Como lo indica la Declaración de la Comisión de Derechos Civiles (CDC) de Puerto Rico, organismo autónomo adscrito al Poder Legislativo, las órdenes ejecutivas adoptadas afectan derechos constitucionales básicos como la libertad de movimiento, expresión y asociación, así como el derecho a la intimidad y a la propiedad privada, recrudesciendo las condiciones de indefensión de las poblaciones en situación de mayor vulnerabilidad. De otra parte, agrega la CDC, el cierre de los tribunales lacera, entre otros, el derecho a un juicio rápido y el acceso a la justicia. Mientras, la Asamblea Legislativa pospone su responsabilidad de proveer un contrapeso democrático al Poder Ejecutivo.

La Constitución de Puerto Rico no provee para la suspensión de derechos fundamentales, salvo el derecho de hábeas corpus y sólo por la Asamblea Legislativa en casos de rebelión, insurrección o invasión. El Ejecutivo puede proclamar la Ley Marcial únicamente cuando la seguridad pública lo requiera en casos de rebelión o invasión o inminente peligro de ellas. En esa eventualidad la Asamblea Legislativa deberá reunirse de inmediato y por iniciativa propia para ratificar o revocar la proclama. Lo único que dispone la Constitución sobre emergencias en caso de epidemias se encuentra en la sección que prescribe que en casos de invasión, rebelión, *epidemia* o cualesquiera otros que provoquen un estado de emergencia, el gobernador podrá convocar a la Asamblea Legislativa para reunirse fuera del sitio en que tengan su asiento las cámaras, siempre con sujeción a la aprobación o desaprobación de la Asamblea Legislativa. Asimismo, podrá ordenar el traslado e instalación provisional del gobierno, con sus dependencias, fuera de la sede del gobierno, por el tiempo que dure la emergencia. Una cuarta disposición constitucional que aparece en el contexto de la regulación del derecho de los trabajadores a la huelga y a llevar a cabo actividades concertadas, faculta a la Asamblea Legislativa a aprobar leyes para casos de grave emergencia en ese contexto cuando estén claramente en peligro la salud o la seguridad públicas o los servicios públicos esenciales.

Es, pues, endeble la facultad constitucional del Ejecutivo para aprobar medidas tan detalladas, extensas y restrictivas como las que caracterizan las órdenes ejecutivas adoptadas

para esta pandemia, sin aval legislativo oportuno. De ahí que el gobierno se haya amparado para justificar su legalidad fundamentalmente en leyes aprobadas por la Asamblea Legislativa, como la Ley Orgánica del Departamento de Salud⁴ y la Ley que crea el Departamento de Seguridad Pública.⁵ Como ha señalado la Comisión de Derechos Civiles de Puerto Rico:

La delegación de poderes de la rama legislativa a la rama ejecutiva tiene sus límites. La delegación de facultades extraordinarias para los casos de emergencia no constituye una renuncia a los deberes impuestos por la Constitución... Para el caso de determinaciones extraordinarias como lo puede ser la suspensión de libertades civiles, el compromiso con un Estado de derecho constitucional y democrático exige que la Asamblea Legislativa legisle de manera precisa y delimitada. La emergencia debe ser declarada únicamente sobre la base de una autoridad legal predefinida, con contornos definidos por representantes democráticamente electos, y con mecanismos de control sustantivos y temporales orientados a balancear el ejercicio del poder.

Las órdenes ejecutivas de marras plantean serios problemas de extensión, invaden el derecho a la intimidad al castigar las reuniones en hogares privados y parecen infringir el principio de proporcionalidad al imponer penas excesivamente altas por su incumplimiento. Ya al menos un tribunal de primera instancia ha desestimado denuncias contra ciudadanos por considerar que la orden ejecutiva vigente adolecía de ambigüedad. La Ley núm. 35 del 5 de abril de 2020 menoscaba el derecho a la libertad de expresión al tipificar como delito que una persona "... transmita o permita transmitir... información falsa con la intención de crear confusión... con respecto a cualquier proclama u orden ejecutiva decretando un estado de emergencia o desastre o toque de queda". La implantación de las órdenes, por otra parte, ha conducido a atropellos policíacos documentados y a una ola de arrestos y denuncias juzgadas

⁴ Ley núm. 81 de 1912, reformada.

⁵ Ley núm. 20 de 2017.

como innecesarias por la prensa y parte de la ciudadanía. La gobernadora y su equipo han atentado contra la libertad de prensa al excluir a periodistas de sus sesiones de información al público.

El principal problema en el manejo gubernamental de la epidemia, sin embargo, ha sido la enorme falta de transparencia en la gestión del gobierno. La propia administración ha creado confusión, incertidumbre y desconfianza al ofrecer datos insuficientes y poco fiables, evadir las respuestas de la prensa, distorsionar la información y recurrir en ocasiones a mensajes más propios de la publicidad y las relaciones públicas que de ejercicios genuinos de rendición de cuentas.

Más aún, se ha puesto en entredicho el disfrute de los derechos económicos y sociales con muestras de incompetencia y falta de agilidad en atender la situación de salud mediante la realización de pruebas masivas que permitan identificar y prevenir los contagios y en la provisión de la asistencia necesaria para las personas que han perdido sus ingresos, empleos o pequeños y medianos negocios. Ha habido una respuesta insatisfactoria en el apoyo a las víctimas de violencia doméstica y la protección a quienes trabajan en el sector salud, entre otros sectores vulnerables.

Conclusión

La población ha visto con buenos ojos la acción oportuna del gobierno para prevenir y contener los contagios mediante el decreto de cuarentenas, medidas de distanciamiento social y otras acciones cautelares. Sin embargo, la implantación de las restricciones ha evidenciado serios problemas constitucionales, legales y de menoscabo de derechos humanos fundamentales. Ello ha comenzado a generar voces de protesta. Se ha puesto en evidencia que si bien es imprescindible que se tomen acciones efectivas para enfrentar la pandemia,

también es necesario que los gobiernos actúen dentro del marco de las normas constitucionales respectivas y del más escrupuloso respeto a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. De lo contrario, podemos estar transitando un camino de difícil retorno. Es decir que, si no actuamos a tiempo, el mundo pospandemia puede ser menos democrático y menos respetuoso de los derechos humanos que aquel al que tenemos derecho a aspirar.

REPÚBLICA DOMINICANA

Limitación de los derechos fundamentales a causa del coronavirus*

Introducción

En diciembre de 2019 se detectaron los primeros casos de coronavirus en Wuhan, una ciudad de la República Popular de China con 11 millones de habitantes. Para el 25 de enero de 2020 había en dicha ciudad unos 3,000 casos positivos, suma que se fue incrementando hasta superar los 80,000 en todo el país. Ante la grave situación, el gobierno chino adoptó drásticas medidas, como el aislamiento total de varias ciudades.¹

La noticia sobre la situación de los chinos nos alarmó, preocupó y generó un estado de temor e inseguridad colectiva. Sin embargo, luego nos dimos cuenta que aquel suceso era sólo el inicio de una pandemia que azotaría al mundo sin piedad e inmisericordemente. La humanidad vive una gravísima catástrofe. De seguir evolucionando la pandemia al ritmo que

* Elaborado por Hermógenes Acosta de los Santos, juez del Tribunal Constitucional de la República Dominicana y profesor. Presidente de la Sección Dominicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

¹ *BBC News Mundo*, 28 de enero de 2020.

lo ha hecho hasta ahora, pronto tendremos más de 3'000,000 infectados y más de 200 mil fallecidos.

Esta realidad ha llevado a los gobiernos del mundo a tomar medidas drásticas orientadas a ralentizar la propagación de la epidemia y evitar el colapso de los sistemas sanitarios. Dichas medidas han tenido consecuencias en el orden de los derechos fundamentales, la economía, la política, la cultura y, en general, en los hábitos de vida que hasta ahora se tenían. A estas consecuencias de la pandemia me referiré en los párrafos que siguen, circunscribiéndome a la realidad de la República Dominicana, que es, por razones obvia, la que estoy viviendo más de cerca.

Los derechos fundamentales en la República Dominicana

1. El 26 de enero de 2010 fue proclamada la Constitución vigente. En el artículo 7o. nos definimos como un Estado social y democrático de derecho. Mientras que en el artículo 8o. el Estado asume como función esencial la protección de los derechos fundamentales. En el título II, capítulo I, artículos 37-67, se consagra un amplísimo catálogo de derechos fundamentales. Mientras que en el capítulo II, artículos 68-73, se consagran las garantías de los derechos fundamentales. En el artículo 184 se define al Tribunal Constitucional como un órgano constitucional creado para garantizar la supremacía de la Constitución, el orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Esta última tarea no sólo concierne al Tribunal Constitucional, sino incluso a los tribunales del Poder Judicial, al Defensor del Pueblo, a la Defensa Pública y al Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor (Proconsumidor)

2. Como se advierte, el Constituyente de 2010 prestó una atención especial al tema de los derechos fundamentales. Sin embargo, consciente de que nada sobre la tierra es

absoluto, previó situaciones en las cuales estos derechos podían ser restringidos. En efecto, en nuestra Constitución se consagran los denominados estados de excepción, los cuales se regulan en los artículos 262-265.

Los estados de excepción

3. El Constituyente dominicano define los estados de excepción, según el artículo 262 de la Constitución, como aquellas situaciones extraordinarias que afectan gravemente la seguridad de la nación, las instituciones y las personas. Ante la ocurrencia de las situaciones indicadas, el presidente de la República puede declarar, previa autorización del Congreso Nacional, los estados de excepción en sus tres modalidades: estado de defensa, estado de conmoción interior y estado de emergencia.

4. A grandes rasgos, se puede decir que el Estado de defensa procede cuando se presente una situación de agresión externa. El estado de conmoción interior procede cuando se produzcan en el país disturbios graves que alteren el orden público y atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana. Mientras que el estado de emergencia puede decretarse cuando se perturbe en forma grave e inminente el orden económico, social y medioambiental del país, o cuando se generen calamidades públicas, a consecuencia de hechos distintos a los indicados anteriormente.

5. Esta última modalidad de estado de excepción fue la que el presidente de la República declaró, previa autorización del Congreso Nacional, con la finalidad de estar habilitado constitucionalmente para tomar las medidas extraordinarias que eviten el contagio masivo y el consecuente colapso o saturación del sistema sanitario.

Las limitaciones de los derechos fundamentales

6. El 19 de marzo el Congreso Nacional dictó la Resolución 62-2020, mediante la cual autorizó al presidente de la República a declarar el estado de emergencia por un periodo de 25 días, el cual se declaró en la fecha indicada, según Decreto núm. 134-2020. Posteriormente el Congreso Nacional autorizó una prórroga de 17 días, conforme la Resolución 63-2020 de 11 de abril, y no de 25 días como quería el presidente de la República. Esta prórroga se ejecutó a través del Decreto núm. 148-2020, de 13 de abril. En este sentido, dos días después de vencido el indicado plazo el presidente tendría que levantar dicho estado de excepción, según el artículo 31 de la Ley núm. 21-18. Salvo que en virtud de la misma Ley solicite autorización para una nueva prórroga. Eventualidad que no se descarta.

7. El mayor problema del virus, según los entendidos en la materia, es que éste se propaga con mucha facilidad, lo que genera el grave problema de los contagios masivos y el consecuente colapso de los sistemas sanitarios, particularmente los de países menos desarrollados. Por la razón anterior se considera muy conveniente evitar las actividades grupales, permanecer en casa y salir cuando haya urgencia, por poco tiempo y debidamente protegido (según protocolo ampliamente divulgado). El logro de los objetivos anteriores supone, inevitablemente, limitar la libertad de tránsito y todos los derechos que de dicha limitación se derivan. A tales limitaciones nos referiremos en los párrafos que siguen.

8. En este sentido, mediante el Decreto 135-2020, 20 de marzo fue declarado un toque de queda a nivel nacional, prohibiéndose la circulación de personas durante 15 días en el horario comprendido entre las 8:00 p.m. y 6:00 a.m. del día siguiente. Dicho toque de queda fue prorrogado por 15 días, según el decreto 142-2020, del 2 de abril; igualmente se estableció un nuevo horario: de 5:00 p.m. a 6:00 a.m. del nuevo día. Es decir, que la restricción al libre tránsito se endureció.

9. En adición a lo anterior, se prohibió la entrada y salida de las personas y vehículos desde una demarcación geográfica a otra, durante el periodo comprendido entre el sábado 29 de marzo y el lunes 6 de abril (Semana Santa). Esta medida fue tomada el viernes 28 de marzo en la noche y de manera sorpresiva, por lo que debe suponerse que las personas que se encontraban fuera de las localidades donde vivían habitualmente, no pudieron regresar a sus casas en las fechas programadas.

10. No cabe duda que la instauración del toque de queda y la prohibición de transitar de un pueblo a otro durante la Semana Santa afectó considerablemente la libertad de tránsito. Igualmente, quedó limitado el derecho al trabajo y la libertad de empresa. En el caso particular de los trabajadores hubo un elemento adicional, consistente en que un número importante de empresas comenzaron a suspender y a dejar sin efecto los contratos de trabajo.

11. Por otra parte, el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva resultaron seriamente afectados porque el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial suspendieron sus labores y, como consecuencia de ello, los plazos procesales también fueron suspendidos, según se indica en la Resolución núm. 0002-2020, dictada el 20 de marzo por el primero y el Acta núm. 002-2020, dictada por el Consejo del Poder Judicial el 19 de marzo. Como se aprecia, el sistema de justicia no está funcionando, con todo lo que ello implica para la población en general y, en particular, para los privados de libertad, población que debe estar viviendo un calvario, ya que se trata de un grupo de personas que en situaciones normales es vulnerable a consecuencia del hacinamiento que distingue nuestros recintos carcelarios.

12. El gravísimo peligro al que están expuestas las personas privadas de libertad preocupa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha preocupación fue externada en la Declaración núm. 1-2020, titulada “COVID-19 Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LOS PROBLEMAS Y DESAFÍOS DEBEN SER ABORDADOS CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS Y RESPETANDO LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES”, del 9 de abril. En esta declaración La Corte expresa los siguiente:

Dado el alto impacto que el COVID-19 puede tener respecto de las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario disminuir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la de privación de libertad.

13. En igual sentido se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Resolución núm. 1-2020, adoptada el 10 de abril y titulada “PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS”. En esta resolución, la Comisión sugiere

Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquellos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de libertad dando prioridad a la población con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, principalmente las personas mayores y las mujeres embarazadas o con hijos lactantes.

14. En otro orden, la pandemia llega a nuestro país en medio de un proceso electoral, en el cual ya se realizaron las elecciones municipales y la toma de posesión de las autoridades electas está programada para el 24 de abril. Mientras que las presidenciales y las legislativas se programaron para el domingo 17 de mayo y el último domingo de junio, si hubiere una segunda vuelta. Pero los estragos de la pandemia llevaron a la Junta Central Electoral a modificar dicho calendario, tras la consulta con los distintos partidos políticos, según Resolución núm. 42-2020, del 13 de abril, estableciéndose como nuevas fechas el 5 de julio y el 26 del mismo mes para una eventual segunda vuelta.

15. El cambio del calendario electoral, motivado por la crisis sanitaria que nos afecta, implica una merma del ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegidos. Por otra parte, la modificación del calendario electoral puede generar transtornos institucionales, como la extensión fáctica de los periodos para los cuales fueron elegidas las autoridades actuales. En

el caso de los gobiernos locales, no habría ninguna dificultad si se lograra materializar la toma de posesión de las autoridades electas, evento que, como indicamos, debe producirse el 24 de abril.

16. A nivel presidencial y legislativo, la situación puede manejarse, ya que la toma de posesión de los candidatos electos debe producirse el 16 de agosto, lo cual significa que sin segunda vuelta se dispondría de 41 días, y con segunda vuelta de 20 días. El escenario anterior se daría en el supuesto de que el nuevo calendario se pueda ejecutar, lo cual, sin duda, dependerá de la evolución de la pandemia.

17. Para el 30 de abril² culmina el periodo del estado de emergencia, y se supone que las instituciones y a las empresas funcionarán como lo hacían antes de la irrupción del virus. Sin embargo, la realidad que tenemos en este momento evidencia que los contagios y los fallecimientos continuarán incrementándose a un ritmo significativo, pues según el último boletín del Ministerio de Salud Pública, el núm. 34, del 23 de marzo, hay 5,044 casos positivos y 256 personas fallecidas, números que son alarmantes, si tomamos en cuenta que, por una parte, nuestra población es de cerca de 12 millones de habitantes y, por otra, que según la opinión de los entendidos en la materia el número de pruebas realizadas no es significativo.

18. Para que se tenga una idea del crecimiento exponencial y preocupante que ha tenido la pandemia en nuestro país, nos permitimos comparar las estadísticas del boletín núm. 17, del 4 de abril de 2020, con las señaladas en el boletín núm. 34 del 23 de abril. Según el primero había 1,745 personas infestadas y 82 personas fallecidas, lo que significa que en un período de 19 días las cifras se han triplicado.

19. El panorama presentado en los párrafos anteriores evidencia que estamos ante una realidad complicada, porque la expansión del virus puede llevar a las autoridades a seguir

² Este breve ensayo se terminó de escribir el 23 de abril de 2020.

tomando medidas que afecten los derechos fundamentales, lo que causa perjuicios graves e inevitables para toda la población, en particular para la clase más empobrecida, la que no dispone de recursos vitales que le permitan permanecer recluida en sus viviendas por un periodo prolongado y se ve colocada en la disyuntiva de salir a las calles a desafiar y exponerse a la pandemia o morir de hambre.

20. Pienso, finalmente, que corresponde a la academia hacer propuestas que no sólo sean científicamente válidas, sin que en su ejecución causen el menor impacto negativo a la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales.

URUGUAY

La vía jurídica uruguaya*

La situación previa a la comprobación de los primeros casos de infección por SARS-CoV-2 en habitantes de la República

Al comenzar febrero de 2020, último del periodo del gobierno presidido por el doctor Tabaré Vázquez Rosas, el viceministro de Salud Pública manifestó que había más preocupación “por el dengue y el sarampión de la región que por el coronavirus”. Ello se manifestó en la existencia en el país de tan sólo un centenar de tests diagnosticados para el nuevo coronavirus.

Por el contrario, desde finales de diciembre de 2019, la Facultad de Ciencias de la Universidad de la República, en coordinación con el Instituto Pasteur de Montevideo, habían iniciado las investigaciones para desarrollar un test diagnóstico, que culminaron exitosamente a mediados de marzo.

* Elaborado por Eduardo G. Esteva Gallicchio, investigador activo nivel I del Sistema Nacional de Investigadores de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación. Presidente de la Sección Uruguaya del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

El 1o. de marzo tomó posesión el nuevo gobierno presidido por el doctor Luis Lacalle Pou. A los doce días fueron individualizadas las primeras cuatro personas que padecían la enfermedad Covid-19.

La normativa constitucional uruguaya vigente ante una hipótesis de grave pandemia como la del COVID-19

A) Solamente prevé como poderes de emergencia del Poder Ejecutivo la suspensión de la seguridad individual con previa anuencia de la Asamblea General en los casos de traición o conspiración contra la patria, por lo que, *prima facie*, inaplicable en el caso (Constitución, en adelante C, artículo 31) y las medidas inmediatas de seguridad sujetas a control posterior del Poder Legislativo (por la Asamblea General o, en su caso, por la Comisión Permanente), para los casos graves e imprevistos de ataque exterior o de conmoción interior, que en cuanto a las personas sólo autorizan a arrestarlas (en lugares no destinados a la aprehensión de delincuentes) o trasladarlas de un punto a otro del territorio, siempre que no optasen por salir de él (C, artículo 168-17o.).

Desde el restablecimiento constitucional en 1985, no fueron utilizadas las referidas potestades de emergencia.

B) Ante el advenimiento de la pandemia, es obvio que resulta menester ajustarse escrupulosamente al marco constitucional normal, que se integra con varias disposiciones. Entre ellas:

- a) ningún habitante de la República puede ser privado de sus derechos a la protección en el goce de su vida, libertad, trabajo, propiedad, etcétera, sino “conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general” (C, artículo 7o.);

- b) la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no es taxativa, por lo que “no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” (C, artículo 72);
- c) se ordena al Poder Legislativo: “Expedir leyes relativas a la... protección de todos los derechos individuales...” (C, artículo 85-3o.);
- d) la potestad específica para el caso en análisis, que por su relevancia transcribiré del artículo 44 constitucional: “El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país...” (inc. 1o.). “Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes” (inc. 2o.).
- e) el requerimiento para los casos de confinamiento, de “forma de proceso y sentencia legal” (C, artículo 12);
- f) la libertad de expresión y de comunicación del pensamiento en toda materia (C, artículo 29);
- g) las libertades de trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, “salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes” (C, artículo 36);
- h) las libertades de entrada de toda persona en el territorio de la República, su permanencia en él y su salida con sus bienes, “observando las leyes y salvo perjuicios de terceros” (C, artículo 37);

- i) la garantía del derecho de reunión pacífica y sin armas, que no puede ser desconocido por ninguna autoridad de la República sino en virtud de una ley, y solamente en cuanto se oponga a la salud pública... (C, artículo 38);
- j) la ley debe de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la higiene física (C, artículo 54, inc. 1o.);
- k) la limitación de la posible reglamentación de la intervención del Estado en materia de libertad de enseñanza, al sólo objeto de mantener la higiene... (C, artículo 68), y
- l) las declaraciones y tratados internacionales que obligan a la República, en materia de salud, entre ellos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo XI; Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 25; Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26; y Protocolo de San Salvador, Adicional a la Convención Americana, en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 10.

Es menester, pues, contrastar oportunamente, en lo pertinente, las disposiciones que fueron expedidas por la República para enfrentar la pandemia o superar sus consecuencias, con las previsiones precedentemente recordadas.

El complejo normativo expedido por el Estado uruguayo el 21 de abril de 2020¹ motivado por la pandemia

Leyes ordinarias

- *Postergación de elecciones para cargos de los gobiernos departamentales.* Ley 19.875, del 2 de abril de 2020, que facultó a la Corte Electoral (órgano constitucional extra poder competente en la materia, C, artículo 322-A), para diferir la fecha del 10 de mayo, fijada por la Constitución (artículo 77, ord. 3o.), para la celebración de las elecciones por el Cuerpo Electoral de los soportes de los órganos del gobierno y administración de los departamentos y dispone implícitamente otros ajustes a previsiones constitucionales. Esta ley fue aprobada por unanimidad de votos en el Senado y por 98 de 99 votos en la Cámara de Representantes. Tuvo, pues, apoyo de todos los partidos políticos con representación parlamentaria, aunque en mi concepto la solución debió ser objeto de un procedimiento de reforma constitucional,² lo que se consideró de imposible realización por requerir la celebración de referéndum o plebiscito ciudadano de ratificación (C, artículo 331).

La precedente observación no empece destacar que la Ley 19.875 realiza en forma clara la reprogramación del pronunciamiento de los electores y que la Corte Electoral por Resolución de 17 de abril, fijó la realización de las elecciones postergadas para el 27 de setiembre.

¹ Disponible en: <https://www.impo.com.uy/cgi-bin/bases/consultaBasesBS.cgi?tipoServicio=3> (consultada el 21 de abril de 2020).

² Disponible en: <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6646604908973834240/> (consultada el 20 de abril de 2020).

- *Exoneraciones tributarias*. Ley 19.872, de 3 de abril de 2020, que procurando atender parte de las consecuencias que genera la pandemia para los contribuyentes, dispuso una exoneración del 40% de aportes jubilatorios personales y patronales, de la prestación tributaria unificada monotributo y de monotributo social Mides, por obligaciones generadas por los meses de marzo y abril de 2020.
- *Fondo Solidario COVID-19*. Ley 19.874, del 8 de abril de 2020, que lo creó para atender en forma exclusiva las erogaciones provenientes de toda actividad estatal destinada a la protección de la población frente a la emergencia sanitaria nacional; el pago de las prestaciones del Seguro por Enfermedad y del Seguro por Desempleo brindados por el Banco de Previsión Social (ente autónomo del Estado), a causa de la emergencia sanitaria ocasionada desde el 13 de marzo de 2020; la caída en la recaudación de dicho Banco, derivada de la reducción de la actividad económica, etcétera.

El Fondo Solidario se integra, entre otras fuentes, con las utilidades del ejercicio 2019 del Banco de la República Oriental del Uruguay (ente autónomo del Estado); las utilidades acumuladas de la Corporación Nacional para el Desarrollo (persona jurídica paraestatal), el producido del nuevo tributo que se crea por entre dos y cuatro meses, denominado “Impuesto Emergencia Sanitaria COVID-19”, que tiene una alícuota que puede llegar al 20% de las remuneraciones de los funcionarios de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; de los gobiernos departamentales, quedando incluidos los titulares de los cargos electivos, políticos y de particular confianza, embajadores, etcétera (entre ellos, presidente de la República, ministros, senadores, representantes) y de un tributo adicional al Impuesto a la Asistencia a la Seguridad Social, que con destino al Banco de Previsión Social, gravará por dos meses extensibles a cuatro, los ingresos correspondientes a las jubilaciones, pensiones, retiros militares y policiales, etcétera.

Actos administrativos:

Declaración de emergencia nacional sanitaria. Decretos 93/020 de 13 de marzo y 94/020 de 16 de marzo, publicados el 23 de abril. Esta declaración tuvo por alcance: la suspensión de todos los espectáculos públicos; el cierre preventivo y provisorio de los centros turísticos termales públicos y privados; el cierre de todos aquellos lugares de acceso público que se determinen; imposición de todo otro tipo de medidas necesarias en materia de higiene sanitaria para evitar aglomeraciones en dichos espacios; corresponde a las autoridades nacionales, departamentales y municipales competentes evaluar la suspensión de eventos que impliquen la aglomeración de personas, exhorta a toda la población, bajo su responsabilidad, a suspender aquellos eventos de similares características a los antes referidos; dispone extremar las medidas de limpieza y desinfección en todos los espacios de los establecimientos públicos y privados, en especial los de educación, lugares destinados al trabajo o atención al público, cumpliéndose con las recomendaciones dispuestas por el Ministerio de Salud Pública.

En cuanto a la cuarentena, uno de los aspectos que requieren mayor análisis y que en mi opinión se ajusta a las previsiones constitucionales, ordena que deberán permanecer aislados, por lo menos durante catorce días, bajo contralor y siguiendo las indicaciones del médico tratante o de la autoridad sanitaria, aquellas personas que: a) hayan contraído COVID-19; b) presenten fiebre, y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria); además, que en los últimos quince días hayan permanecido de forma temporal o permanente en las “zonas de alto riesgo” que se determinan; c) quienes hayan estado en contacto directo con casos confirmados de COVID-19; d) las personas que ingresen a la República luego de haber transitado o permanecido en “zonas de alto riesgo”.

El ingreso al país se limitó por el Decreto 94/020; se exhortó a toda la población, bajo su responsabilidad, a no viajar fuera del país, especialmente con destino o estancia temporal o permanente en los países de alto riesgo; se exhortó a todos los empleadores a instrumentar

y promover, en todos los casos que fuera posible, que los trabajadores realizaran sus tareas en sus domicilios.

Por el Decreto 105/020, del 24 de abril de marzo 2020, se suspendió la salida del país con fines turísticos a los ciudadanos uruguayos y extranjeros residentes en la República, hasta el lunes 13 de abril.

- *Suspensión de clases.* Por el Decreto 101/020 del 16 de marzo de 2020 se exhortó a los entes de enseñanza pública a que en forma preventiva y provisoria, dispusieran la suspensión del dictado de clases y el cierre de los centros educativos públicos, en todos los niveles de enseñanza; se dispuso la suspensión del dictado de clases y el cierre de los centros educativos privados, en todos los niveles de enseñanza.
- Resoluciones ministeriales: la del 15 de marzo de 2020 dispuso que a partir de esa fecha y hasta nueva resolución hubiera cierre temporal al público de todas las salas de juego de azar administradas por el Estado, y la del 17 de marzo de 2020 estableció la suspensión de toda competencia hípica en los hipódromos del país.

Resoluciones del Poder Ejecutivo: la del 17 de marzo de 2020 exhortó a la empresa titular para cerrar sus salas de casino y slots hasta que el Poder Ejecutivo lo determinase y que las empresas propietarias o que administren locales comerciales de gran porte (Shopping Center), cerraran preventiva y provisoriamente los mismos, excluyendo los locales de venta de alimentos y productos sanitarios (supermercados y farmacias), los locales que prestasen servicios financieros y los que ofrecieran servicios de salud, hasta que el Poder Ejecutivo lo determinase.

- *Subsidio especial por enfermedad.* Por Decreto 109/020, del 25 de marzo de 2020, las personas de 65 años o más, comprendidas en el ámbito subje-

tivo de aplicación del subsidio por enfermedad establecido por el Decreto-Ley 14.407 de 1975, podrán permanecer en aislamiento por el plazo máximo de 30 días, según determinen y comuniquen las empresas al Banco de Previsión Social. Quedan excluidos aquellos trabajadores que puedan realizar o realicen sus tareas habituales desde su domicilio.

Caracterización preliminar del modelo adoptado por Uruguay para enfrentar la pandemia del COVID-19

a) Considero que a nivel universal es posible individualizar la adopción para enfrentarla desde modelos totalitarios, autoritarios y democráticos.

El gobierno uruguayo optó por el modelo democrático, acompañado en la mayor parte de los puntos por la unanimidad de los partidos políticos con representación parlamentaria (coalición gubernamental pentapartidos; encabezada por el Partido Nacional, que ostenta la Presidencia de la República y coalición opositora multipartidos llamada Frente Amplio).

El modelo aplicado no incluyó disponer la cuarentena obligatoria o total (para evitar el uso del vocablo confinamiento), aunque se formuló una propuesta en tal sentido por el opositor Partido Frente Amplio, que instituyó un grupo de académicos para elaborar un plan estratégico ante el coronavirus, coordinado por el ex presidente de la República, doctor Tabaré Vázquez. El gobierno recibió el planteo pero lo desestimó.

b) El modelo adoptado implicó la decisión, con presupuestos ideológicos, de no utilizar los llamados poderes de emergencia del Poder Ejecutivo, sino acudir a la aplicación directa de disposiciones constitucionales, especialmente el artículo 44 precedentemente transcrito, que fue incorporado en la Constitución de 1934, resultado del golpe de Estado de 1933, que

permanece vigente, y a la Ley 9.202 del 12 de enero de 1934, que fue elaborada por la primera legislatura instalada dicha Constitución (vigente).

La Ley 9.202 pasó a ser el acto legislativo ordinario que permite considerar cumplidos los múltiples requisitos constitucionales de existencia de “ley” que reseñé líneas arriba. Y ni siquiera se consideró prudente acudir a la Ley 18.621, del 25 de octubre de 2009, que creó el Sistema Nacional de Emergencias.

De allí que, a diferencia de varios Estados americanos, no debió ser comunicado en cumplimiento del artículo 27 del Pacto de San José de Costa Rica, a la Secretaría General de la OEA el Decreto 93/020 de declaración de emergencia nacional sanitaria y su ampliatorio Decreto 94/020.

c) Dentro del modelo democrático, Uruguay optó por un subtipo exhortativo y no dispositivo, que resulta tanto del texto de la normativa precedentemente extractada, cuanto de la comunicación oficial realizada en las más relevantes ocasiones por el propio presidente de la República.

Muchas veces, las exhortaciones formuladas por el Poder Ejecutivo están reconociendo las competencias constitucionales y legales de los gobiernos departamentales, de los entes autónomos y de los servicios descentralizados, por ser Uruguay un Estado unitario con fuerte descentralización territorial y por servicios.

d) Las medidas adoptadas cumplen con los estándares de necesidad, transparencia, razonabilidad, proporcionalidad y revisiones periódicas, por lo que, en mi concepto, no se avizoran riesgos para el Estado de derecho democrático.

e) Dichas medidas, según los datos disponibles, arrojaron resultados satisfactorios, generando aplanamiento de la curva de contagio (según los datos oficiales no controvertidos: 12 personas fallecidas en 3'449,299 de habitantes, o sea 3.48 por millón de personas).

f) La pandemia está arrojando enseñanzas, entre ellas, genera la conveniencia de discutir posibles reformas en punto a los indispensables plebiscitos de ratificación requeridos para las reformas constitucionales (C, artículo 331) y reformas a los reglamentos de los órganos del Poder Legislativo para posibilitar sesiones telemáticas.

g) A la hora de planificar el futuro, el gobierno nacional está impulsando la idea de libertad con responsabilidad, de distanciamiento social sostenible; de higiene (personal, en el hogar y en el lugar de trabajo), de adopción de protecciones, acordándose protocolos para la reintegración a la actividad (con participación de empleadores, trabajadores y entidades estatales), primeros casos prototípicos, la reanudación de actividades en la industria de la construcción el 13 de abril y clases presenciales en algunas escuelas primarias rurales en Departamentos libres de pandemia el 22 de abril.

En este marco la idea fuerza difundida por el presidente de la República el 17 de abril fue la de abocarse con flexibilidad a una “nueva normalidad”, que estimo se inspira en la *neue normalität* que presentó el 16 de abril, en la República Federal de Alemania, el ministro de Finanzas Olaf Scholz.³

³ Disponible en: <https://www.tagesschau.de/ausland/soeder-scholz-coronavirus-101.html> (consultada el 21 de octubre de 2020).

SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS

Sin excepción: la interamericanización como respuesta a la pandemia de COVID-19 en América Latina*

Introducción

El mundo enfrenta una emergencia de salud sin precedentes causada por la pandemia de COVID-19, caracterizada por ser multidimensional, multinivel y con multiplicidad de efectos devastadores en todas las esferas de la vida, que demandan una resiliencia inimaginable hasta hace apenas poco menos de dos meses. Como advierte Naciones Unidas, el virus no discrimina, pero sus impactos sí. En este sentido, la emergencia global genera desafíos diferenciados para las distintas regiones y América Latina no es la excepción. La crisis sanitaria llega a un contexto de pobreza que alcanza el 30% de la población (CEPAL-Observatorio COVID-19) y con una inversión en salud de sólo 2.2% en promedio (OPS). No obstante, en la era poscovid se agrava la situación por la insuficiencia de las estrategias de los Estados debido al alto índice de la economía informal (BM), una repercusión de las pérdidas en el PIB

* Elaborado por Mariela Morales Antoniazzi, investigadora senior en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg, Alemania.

de China, Estados Unidos y Europa (BID) así como la reducción de las remesas provenientes de los migrantes sin trabajo (OIT), entre tantos otros factores. En el campo político se advierte no una respuesta de los gobiernos en razón de ideologías, sino entre populistas y pragmático/tecnócratas, con un rol de los militares en la esfera pública que no se notaba desde la Guerra Fría. Los Estados latinoamericanos deben atender, paralelamente, el llamado trilema de la (s) crisis epidemiológica, socioeconómica y político-jurídica. ¿Qué expectativas se tienen frente al derecho? El *ius commune* de los derechos humanos, en la expresión de Armin von Bogdandy, puede dar el lenguaje para articular las respuestas en torno a los problemas centrales en estos tiempos difíciles.

El desafío en el ámbito jurídico es resistir la pandemia cumpliendo el test democrático interamericano para garantizar que las medidas adoptadas en la lucha contra la pandemia de COVID-19 se ajusten a los estándares de protección de los derechos humanos, en el marco de una sociedad democrática. Los instrumentos de derechos humanos, los ya conocidos Principios de Siracusa, todo el acervo del *ius commune* respecto a los artículos 26 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a la luz de su indivisibilidad e interdependencia, adquieren renovada vigencia.

El argumento consiste en afirmar que la pandemia ha generado una interpretación reforzada “a la inversa” de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos en la medida que la salvaguarda de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) requiere la garantía de los derechos civiles y políticos, no sólo viceversa. En la doctrina y la jurisprudencia se invocaba la interdependencia e indivisibilidad para justificar la justiciabilidad directa de los DESCAs en función de la necesidad de la misma garantía que los derechos civiles y políticos. Frente a la pandemia, la interdependencia e indivisibilidad rige para la protección de los DESCAs (salud, agua, educación, trabajo), para también salvaguardar los derechos civiles y políticos (libertad de expresión, acceso a la información, garantías judiciales, uso de la fuerza...). El carácter reforzado deviene de la dimensión de la interseccionalidad y, en

consecuencia, de la urgencia dentro de la emergencia, de atender a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

Frente a un estado de excepción “regional”

El mapa de América Latina puede representarse con una imagen del “estado de excepción regional” a partir de las declaratorias de estado de excepción de los países que integran la región. Como respuesta a la actual crisis sanitaria, los Estados se han pronunciado sobre el estado de emergencia mediante distintos instrumentos y con diferentes denominaciones (calamidad, alarma, emergencia sanitaria, emergencia nacional).¹ A la diferenciación en la denominación en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se agregan los motivos de la justificación, las autoridades competentes para emitirla y aplicarla, así como el catálogo de derechos susceptibles de suspensión, los límites, los efectos, la temporalidad y el eventual control judicial de constitucionalidad de estas medidas.

La tendencia predominante se corresponde con decretos o declaraciones presidenciales, si bien en Brasil el Decreto-Ley de 20 de marzo fue aprobado por el Congreso sin la intervención del presidente y en México la primera resolución fue emitida por el respectivo Ministerio de Salud Pública. Hasta la actualidad, ya once países habían notificado al secretario general de la OEA la suspensión de garantías prevista en el artículo 27 de la CADH. Desde una perspectiva comparada, en Europa ha habido en total nueve casos de Estados que han notificado la derogación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) conforme al artículo 15, principalmente de la antigua Unión Soviética y Estados de Europa oriental. En ambas regiones, el elevado número de suspensiones/derogaciones tan amplias y en tan corto periodo de tiempo, es histórico y no cuenta con precedentes similares.

¹ Disponible en: www.icnl.org/covid19tracker.

Las medidas adoptadas, también diferenciadas, comprenden principalmente el aislamiento social, la prohibición de los eventos multitudinarios y el cierre de las fronteras, pero igualmente una cantidad de medidas coercitivas o fórmulas amplias como “los medios necesarios”. A título meramente enunciativo, más allá de cumplir con las medidas de prevención y mitigación recomendadas por la OMS, en el espectro latinoamericano llama la atención: Argentina (emergencia de un año); Bolivia (autoriza el uso de la fuerza); Colombia (suspende el desembarco de colombianos), Ecuador (herramientas digitales para la vigilancia), Honduras (doble cuarentena —dengue y COVID-19—), Panamá (sanciones sin especificarlas). El caso de Perú ha sido objeto de severas críticas en lo concerniente a la Ley 31012 por la eliminación legal del principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza policial.

En la ciencia política se afirma que el liderazgo político está siendo cuestionado particularmente por el uso abusivo de los poderes extraordinarios, con la dualidad producto de la aceptación de tales poderes y, simultáneamente, los obstáculos y riesgos para la seguridad de la ciudadanía emanada de tal concentración del poder. Adicionalmente es grave la falta de transparencia así como la subestimación de la ciencia por líderes populistas (México, Brasil). Hay un reforzamiento de la ya conocida tendencia hacia el renacimiento del “Estado soberano”.

Por tanto, el estado de excepción regional en América Latina exige un examen y ponerlo bajo la lupa del test democrático interamericano. Dada la tradición del autoritarismo y presidencialismo, así como la debilidad de la institucionalidad,² representa una grave amenaza esta “propagación”, como la del virus, de la concentración del poder en el Ejecutivo, la militarización y la restricción (y violación) de derechos humanos.

En primer lugar, gobernar por decreto lleva consigo un creciente monopolio del Ejecutivo, la desparlamentarización y la restricción del espacio para la oposición política así como

² Latinobarómetro 2018.

el debilitamiento o carencia de mecanismos de control. Un dato simbólico es que la pandemia ha servido de fundamento para aplazar elecciones (10 países latinoamericanos —IDEA—). En segundo lugar, la limitada capacidad de veeduría civil de los ejércitos y la militarización, que denota diferentes caras, sea en las fronteras, en sus competencias “sancionadoras integrales” por violar el autoaislamiento (El Salvador, Perú), en la conmutación de penas a ex militares condenados por violaciones de los derechos humanos durante la dictadura (Chile), aunado a la recuperación de liderazgo de grupos armados no estatales (Brasil, Colombia, Venezuela). En tercer lugar, la restricción inmanente de los derechos humanos ha encendido todas las alarmas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) así como las denuncias efectuadas por la sociedad civil y los movimientos de derechos humanos (por ejemplo denunciadas por CEJIL y DPLF) muestran un panorama general.

Test democrático interamericano

La democracia y el Estado de derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos en los términos del test democrático interamericano (artículos 3o. y 4o. de la Carta Democrática Interamericana —CDI—) y su doble condicionalidad (artículos 7o. y 8o., CDI), aun en contextos de pandemia y en los estados de emergencia. En el sistema interamericano, la Comisión (Resolución 01/20) y la Corte (Declaración 01/20), han ratificado que la salud es un derecho humano reconocido en el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, que se debe garantizar a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna. En virtud de la naturaleza de la pandemia, los DESCAs deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad. Se requiere que los Estados garanticen esta protección reforzada para las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

En la línea de la argumentación sostenida en este análisis, focalizado en el SIDH y en el contexto de la pandemia, la CIDH y la Corte IDH reiteran el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos en tanto que las medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben cumplir los principios de temporalidad, legalidad, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad al igual que los objetivos definidos conforme a criterios científicos; en definitiva, con los requisitos desarrollados en el orden público interamericano.

Ahora más que nunca, para que se cumpla el “nunca más”, juega un papel esencial la independencia de los poderes públicos, en particular de los poderes judiciales y legislativos. De la misma manera, mantener intacto el pilar para sostener la democracia mediante la garantía de la libertad de expresión de los medios de comunicaciones, organizaciones y liderazgos sociales o políticos.

Caja de herramientas para la interamericanización de doble vía

En una breve reconstrucción retrospectiva, desde el 19 de marzo hasta el 23 de abril de 2020, la CIDH ha adoptado 18 comunicados de prensa alusivos a la pandemia, promoviendo tres acciones clave para dar cumplimiento a su mandato transformador con el enfoque en derechos humanos en tiempos del coronavirus. Se pueden sistematizar, a grandes rasgos, tres mecanismos innovadores: la Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a Crisis para la Pandemia de COVID-19 (SACROI COVID-19) y sus 15 boletines emitidos hasta la fecha para monitorear las acciones implementadas por los Estados; el sitio multimedia *on-line* con el objeto de mostrar los principales estándares y recomendaciones del SIDH, así como la información relevante sobre las medidas estatales, y una tercera modalidad: los pronunciamientos conjuntos de la CIDH con sus relatorías especiales, como son la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) y la Relatoría

Especial para la Libertad de Expresión (RELE). Sin duda representan una “alerta” temprana que facilita la identificación de las líneas rojas que no deben pasar los Estados bajo la excusa de combatir la pandemia.

La CIDH y la REDESCA, mediante tres comunicados distintos a la fecha del 23 de abril de 2020, han instado a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y la salud pública frente a la pandemia de COVID-19, manifestaron además su profunda preocupación por sus efectos en Venezuela y llamaron a garantizar los derechos de las personas venezolanas en la región, e igualmente expresaron seria preocupación por la situación de los derechos humanos en el caso de Nicaragua. Dichos pronunciamientos ponen el acento en los DESCAs, así como en dos países con regímenes autoritarios (Venezuela y Nicaragua), donde el impacto de la pandemia sí discrimina, de manera agravada.

En esta misma línea de actuación institucional, la CIDH y la RELE han dejado sentado, por una parte, la urgencia de dialogar con otros órganos (ONU y OSCE a fin de fijar posiciones comunes) y, por otra, para exhortar a los gobiernos a cumplir los estándares interamericanos en el acceso Internet, la protección del trabajo de los periodistas, cumplir las restricciones y normas internacionales de derechos humanos cuando se usen herramientas de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus, entre otros estándares relevantes.

Una herramienta singular para la interamericanización implementada por la CIDH ha sido dar visibilidad a todos y cada uno de los grupos en situación de vulnerabilidad en materia de salud para las personas privadas de libertad y sus familias, las personas con discapacidad, la incorporación de la perspectiva de género para combatir la violencia sexual e intrafamiliar, las personas migrantes, apátridas, refugiadas y desplazadas, personas LGBTI, las personas mayores. En clave de indivisibilidad e interdependencia, la CIDH llama a los Estados de la OEA a asegurar que las medidas de excepción adoptadas para hacer frente la pandemia de COVID-19 sean compatibles con sus obligaciones internacionales.

La Corte IDH, además de la Declaración 01/20, en respuesta a la relevancia y vigencia de sus estándares en el contexto actual de la pandemia, publicó los cuadernillos de su jurisprudencia sobre “Orden Público y Uso de la Fuerza” (núm. 25) y “Restricción y Suspensión de Derechos Humanos” (núm. 26), y también actualizó otros cuadernillos, siendo de destacar el concerniente a “Personas en Situación de Migración o Refugio” (núm. 2). Sin duda, en los casos *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* y *Poblete Vilches vs. Chile*, la Corte IDH reconoció la justiciabilidad directa de los DESCAs en general, y del derecho a la salud en particular, en virtud del artículo 26 de la CADH. En la última sentencia sobre pueblos indígenas, el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020), se reiteran estándares comunes y se identifican nuevos estándares, por ejemplo respecto al derecho al agua, que son el marco para la interamericanización de los órdenes nacionales frente a la pandemia.

Sólo a título ilustrativo hay que subrayar la prohibición de discriminación en su doble dimensión (negativa de abstención y positiva de crear condiciones de igualdad real) y la obligación de no regresividad, que en el contexto actual de la pandemia sucedería si los Estados adoptan medidas regresivas, lo cual significa que para ser legítimas, deben ser aplicadas de manera restrictiva y tras analizar todas las alternativas existentes.

La Resolución del Consejo Permanente de la OEA núm. 1151 (2280/20) de 16 de abril de 2020 como respuesta a la pandemia de COVID-19, pone de relieve la necesidad de la interamericanización con las lecciones aprendidas y las mejores prácticas (considerandos y artículo 2o.), a la vez que destaca la importancia de los principios de solidaridad y cooperación para la democracia. En la llave de los derechos —afianzando los impactos diferenciales en todos los grupos en situación de vulnerabilidad— la OEA dictó una Guía Práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante COVID-19 en las Américas.

La interamericanización no es unidireccional, sino que es de doble vía. A nivel de los Estados hay reacciones para hacer valer el enfoque de derechos humanos en el marco de una sociedad democrática. Acudiendo a ejemplos paradigmáticos, se pueden mencionar en

el ámbito jurisdiccional la decisión Número1-20-EE/20, del 16 de abril de 2020 de la Corte Constitucional ecuatoriana, que implementó una etapa de supervisión para monitorear el impacto de sus decisiones sobre la constitucionalidad de los poderes de emergencia otorgados al presidente en la lucha contra COVID-19 en el marco de cinco categorías de derechos: a) acceso a alimentos y medicamentos, b) protección de las personas vulnerables, c) entrada al país de nacionales o residentes que permanecen fuera del Ecuador, d) protección de los servidores públicos de “primera línea”, incluido el personal médico y de seguridad que lucha contra el brote, y e) acceso a la justicia y recursos constitucionales por parte de la población. En su *Boletín* núm. 50, de 20 de abril de 2020, la Corte Constitucional de Colombia asumió el control automático de los últimos 26 decretos-ley expedidos en desarrollo de la emergencia económica, social y ambiental derivada de COVID-19, de modo que el total de 72 decretos-ley están bajo control automático de constitucionalidad. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ordenó al presidente que elabore un plan urgente para repatriar a 4,500 salvadoreños. El Supremo Tribunal Federal de Brasil, con ponencia del ministro Luís Roberto Barroso, otorgó medida cautelar para impedir campaña publicitaria contra el distanciamiento social.

En el ámbito de políticas públicas y del Poder Legislativo, igualmente se están monitoreando por la CIDH las buenas prácticas (regreso de nacionales bolivianos que estuvieron varados en Chile, hogar temporal para mujeres víctimas de violencia en Perú, levantamiento de suspensión de acceso a la información en Argentina). Corresponde a la academia mantener su voz crítica con fundamento en la garantía de la triada democracia, Estado de derecho y derechos humanos en la sociedad poscovid.

SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS

Los retos de la pandemia del COVID-19 para el Estado de derecho*

Introducción

La humanidad está sufriendo la amenaza y los efectos concretos de una enfermedad infecciosa global producida por el coronavirus (COVID-19). La mayoría de los Estados del mundo han declarado estados de emergencia sanitaria o sus equivalentes (estados de alarma), adoptando medidas extraordinarias o de excepción, para enfrentar los peligros y la grave situación creada por la pandemia. Estamos por primera vez en el mundo contemporáneo ante una especie de “estado de emergencia mundial”. Esta situación representa un reto y en muchos casos un peligro para el funcionamiento de las democracias, del Estado de derecho y la garantía de los derechos humanos.

No se trata de un estado de excepción donde lo que está en peligro es la institucionalidad del Estado, sino la salud, la integridad física y hasta la vida de su población. Se trata de

* Elaborado por Carlos Ayala Corao, profesor titular y jefe de la cátedra de Derecho constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello; profesor invitado en el Washington College of Law y presidente de la Sección Venezolana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

la protección de la población y no del Estado en sí mismo. Por ello, la pandemia causada por el COVID-19 debe ser enfrentada desde el derecho democrático, si no queremos que este virus termine también con el Estado de derecho, con la democracia y los derechos humanos. De allí que las medidas extraordinarias o excepcionales que se adopten, deben estar todas dentro de la Constitución y el derecho internacional, pero fuera de ellos nada. No obstante, esta pandemia ha causado afectos y consecuencias también para el Estado de derecho, que suponen varios retos, entre los cuales comentamos a continuación algunos de ellos:

La suspensión o posposición de elecciones

La pandemia causada por el COVID-19, sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, ha afectado uno de los elementos esenciales de las democracias, como es la celebración de elecciones y consultas populares.

Según el informe de IDEA sobre el *Panorama global del impacto del COVID-19 en las elecciones entre el 1 de marzo hasta el 13 de abril 2020*, al menos 50 países y territorios en todo el mundo habían decidido, por el COVID-19, *posponer las elecciones* nacionales y subnacionales. A pesar de las limitaciones y preocupaciones relacionadas con el COVID-19, unos 18 países y territorios habían decidido celebrar elecciones nacionales o subnacionales conforme a lo planeado originalmente.

En tiempos de pandemia, las alternativas al voto con la presencia física del elector en el centro de votación, como son el voto postal o el voto por mecanismos digitales, deben en todo caso garantizar no sólo su eficacia sino también que el voto sea secreto y que las autoridades electorales sean confiables, independientes e imparciales.

El funcionamiento de los parlamentos y congresos

La pandemia causada por el COVID-19 ha afectado el funcionamiento normal de los órganos legislativos alrededor del mundo. Las medidas de aislamiento social para prevenir el contagio de este virus —y las medidas de reclusión domiciliaria—, han dificultado, y en algunos casos impedido, el funcionamiento normal de los órganos legislativos.

Algunos congresos y parlamentos habían adoptado con anterioridad reglas para disminuir el quórum necesario y sesionar válidamente, a fin de facilitar su funcionamiento en tiempos excepcionales. Tal fue el caso de las reglas adoptadas por el Congreso de los Estados Unidos de América después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. Otros congresos y parlamentos en Europa habían adoptados reglas similares, incluso para la aprobación tácita de mociones y actos, en caso de que no se opusieran algunos de sus integrantes y pidieran una votación expresa.

Frente a este déficit de funcionamiento parlamentario, algunos órganos legislativos han comenzado a plantearse y otros incluso han puesto en práctica, nuevos mecanismos de funcionamiento parcialmente no presenciales o de no presencia física en su sede. Por ejemplo, el Parlamento británico ha aprobado e incluso realizado sus primeras sesiones por vía telemática, con programas como Zoom. En la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos de América, el partido demócrata ha planteado la adopción de la votación de los miembros no presentes mediante poder (Proxy).

En fin, la pandemia causada por el COVID-19 ha afectado el funcionamiento normal de los órganos legislativos, lo cual ha planteado el reto de repensar sus mecanismos tradicionales de funcionamiento parlamentario para introducir métodos complementarios y alternativos, a fin de que sea posible la continuidad de dichos órganos esenciales para la democracia y el Estado de derecho, especialmente durante los estados de excepción.

El funcionamiento de los tribunales de justicia

La pandemia causada por el COVID-19, sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, ha afectado también el funcionamiento de la administración de justicia, y concretamente a los tribunales de justicia. Debido a las restricciones excepcionales impuestas, las personas en general y los propios abogados en muchos asuntos, no han podido concurrir libremente a los tribunales para presentar sus demandas, escritos y demás diligencias. Además, los propios tribunales, incluso los internacionales, se han autoimpuesto restricciones a su funcionamiento normal; incluso algunos han suspendido prácticamente sus actividades.

Las normativas sobre la emergencia sanitaria dictadas por algunos Estados han abordado algunos de estos problemas, suspendiendo los plazos procesales y los procedimientos administrativos y tributarios, así como ciertas actuaciones judiciales, excepto para casos de emergencia o en todo caso en beneficio de los derechos de las personas. Pero en muchos casos, la medicina no ha curado la enfermedad, y las medidas correctivas adoptadas, en la práctica, no han resuelto el problema del acceso a una justicia y las decisiones en plazo razonable.

Es importante resaltar que en tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias, es cuando más se necesita del funcionamiento de los tribunales, independientes e imparciales, para proteger los derechos de las personas y controlar los excesos del poder. La justicia no se puede poner en cuarentena, porque entonces la Constitución, la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos también entran en cuarentena. El reto consiste, entonces, en adaptar el funcionamiento de los tribunales en tiempos extraordinarios de pandemia para seguir cumpliendo con su función de resolver las controversias.

Los estados de emergencia o excepción de facto

No hay que perder de vista las medidas adoptadas por varios regímenes autoritarios, cuyos estados de excepción formal o informalmente dictados, violan de manera abierta los principios del constitucionalismo democrático y los estándares internacionales, convirtiéndolos en verdaderos estados de excepción *de facto*. Se trata, en estos casos, de estados de emergencia o excepción fuera de las Constituciones y del derecho internacional.

Esta situación se ha puesto en evidencia especialmente en regímenes autoritarios, donde para enfrentar la situación excepcional creada en virtud de la pandemia causada por el COVID-19, los gobernantes han dictado medidas contrarias al Estado de derecho y la democracia. Tal ha sido, entre otros, el caso del primer ministro de Hungría, Viktor Orbán, quien ha aprovechado la pandemia para dictar medidas destinadas a restringir el funcionamiento del Parlamento y continuar su ataque contra la independencia del Poder Judicial. Así como el presidente de Filipinas, Rodrigo Duterte, quien también ha dictado medidas abiertas que pretenden darle cobertura a las ejecuciones arbitrarias continuadas en el país. En casos como el del gobierno autoritario de Nicolás Maduro en Venezuela, se han adoptado una serie de medidas arbitrarias durante el estado de excepción, como la detención de varios periodistas y médicos por dar informaciones u opiniones con relación a la pandemia en Venezuela. Conforme a la información de la organización no gubernamental Foro Penal Venezolano, desde el 13 de marzo de 2020, cuando fue decretado el estado de alarma, hasta el 7 de abril, 33 personas habían sido detenidas arbitrariamente.

De allí el peligro que representan estos estados de excepción o de emergencia *de facto* para los derechos humanos, debido a su instrumentalización por los regímenes autoritarios, pretendiendo pasar medidas abiertamente arbitrarias bajo la cobertura la pandemia causada por el COVID-19.

Los límites y controles internacionales

Las medidas excepcionales o extraordinarias que han adoptado los Estados en virtud de la pandemia causada por el COVID-19, están también sometidas a regulaciones y controles internacionales. El derecho internacional de los derechos humanos contiene disposiciones fundamentales para esa regulación y control de los estados de excepción o de emergencia (sanitaria).

El “control internacional” está puesto a activarse tanto en el marco de las Naciones Unidas como de la OEA y del Consejo de Europa, con ocasión de la notificación que deben hacer los Estados parte de los tratados, de cualquier medida extraordinaria de suspensión temporal de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos. Ello supone que los órganos de los tratados deben en consecuencia realizar un seguimiento y hacer las advertencias y recomendaciones necesarias. Así, por ejemplo, en el marco interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), lo utiliza como uno de los criterios objetivos de su Reglamento para hacer un informe país en el conocido capítulo IV de su reporte anual, además de activar su mandato con la finalidad de emitir medidas cautelares y comunicados de prensa.

Sin embargo, el reto planteado ha comenzado a ser respondido por varios órganos internacionales de derechos humanos, los cuales han venido realizando una serie de estudios, informes, pronunciamientos y comunicados sobre los estándares internacionales aplicables para enfrentar la pandemia causada por el COVID-19, creando unidades especiales y grupos de trabajo para responder oportunamente a esta crisis, como es el caso de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los órganos del Consejo de Europa.

A modo de reflexión final

La pandemia mundial causada por el COVID-19 ha tomado a la humanidad por sorpresa. Nadie estaba preparado para hacerle frente: científicos, médicos, hospitales, sistemas de salud, medios de comunicación, sociedad civil, empresarios, trabajadores, políticos, abogados. Pero tampoco estaban preparados los Estados, los organismos ni las organizaciones internacionales.

De pronto, un mundo que parecía que giraba en torno a la comunicación internacional y el tránsito de personas y bienes, se vio abruptamente encerrado. Los Estados comenzaron a encerrarse en sí mismos del resto del mundo. Cerraron fronteras, vuelos, comercio, eventos e intercambios. Países que habían levantado hace varias décadas sus fronteras, como los integrantes del espacio europeo Schengen, de un día a otro no sólo levantaron de nuevo sus barreras fronterizas físicas, sino que dentro de la misma Unión Europea, se establecieron restricciones al comercio de determinados bienes médicos estratégicos para hacer frente a la pandemia. Incluso dentro de un mismo país, algunos estados y provincias se aislaron entre sí, construyendo barreras físicas a la libre circulación.

Ni siquiera las organizaciones internacionales estaban creadas para enfrentar un fenómeno como esta pandemia, que no sólo es de salud pública, sino también de reacción rápida y múltiple en los campos de la economía, la ciencia, la producción especialmente de determinados bienes, el intercambio abierto de información, la cooperación técnica, el almacenamiento de medicamentos y de aparatos médicos, además de las alertas tempranas, etcétera.

Henry Kissinger, quien a su avanzada edad ha hablado en estos días con gran lucidez, nos ha advertido que el mundo no será el mismo después de esta pandemia y que será necesario construir un nuevo orden mundial, para enfrentar pandemias como el COVID-19, que ha alterado para siempre el orden existente.

Pero mientras construimos ese nuevo orden mundial, tenemos que salir de esta pandemia y al mismo tiempo comenzar a reconstruir la economía, la producción y las fuentes de trabajo, ya que la pospandemia (cierres de fábricas, comercios, oficinas, desempleo, pobreza, etcétera), puede ser tan grave —o más— para muchas personas en el mundo, como la propia pandemia.

Al mismo tiempo, también debemos repensar el funcionamiento del Estado, porque tampoco será el mismo después de esta pandemia. El Estado —al igual que el sector privado— ha probado ser una institución esencial para hacer frente al grave problema de salud pública que ha causado la pandemia. Pero no se trata de cualquier Estado, sino del Estado democrático, sometido al derecho, respetuoso de los derechos, eficaz en sus acciones y respetadas; aliado, cooperador y coordinador de los esfuerzos de la sociedad; abierto al debate y a las críticas de su gestión; transparente en el manejo de los recursos y responsable.

Una última idea: durante esta pandemia causada por el COVID-19, aun Estados democráticos parecen haberse acostumbrado a controlar más intensamente a sus ciudadanos, pero ni los Estados ni los ciudadanos deben acostumbrarse a ello. Por ello, la pospandemia deberá ser una oportunidad para el crecimiento de la persona humana considerada de un modo integral, como ciudadanos socialmente responsables para participar en la construcción de un Estado de derecho, una democracia y un orden mundial, que sean garantes de todos los derechos para todos.

Washington College of Law, 26 de abril de 2020

Ollis salus populi suprema lex esto en Cicerón*

*Para Ángel Sánchez de la Torre
In memoriam*

La máxima ciceroniana *Ollis salus populi suprema lex esto* ha emergido con fuerza en este tiempo como justificación de ciertas medidas extremas de aislamiento y otras adoptadas por los gobiernos para hacer frente a la pandemia del COVID-19.

Esta expresión cuya autoría pertenece indubitadamente a Cicerón fue empleada por Hobbes, Locke, Spinoza o Bodin, entre otros, en tiempos de la conformación del Estado moderno, aunque luego continuaron sirviéndose de ella para justificar la razón de Estado tanto los estados de excepción como las dictaduras.¹

Nos proponemos explicar el significado del aforismo ciceroniano en su contexto porque en el marco de esta pandemia se advierte un recurrente empleo que no se ajusta al sentido jurídico muy particular y concreto dado por Marco Tulio Cicerón (106-43 aC).

* Elaborado por Sergio Díaz Ricci, investigador, profesor universitario y presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario.

¹ Sobre el uso posterior de este aforismo, véase Heffes, Omar D., "*Salus populi*: estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad", *Pensar en Derecho*, núm. 1, Buenos Aires, EUDEBA, 2012, pp. 67-90.

Esta famosa frase está contenida en su obra *De legibus* (Sobre las leyes), de la que sólo se conocen tres libros aunque se supone que estaba compuesta por más de éstos. Cicerón escribe este trabajo en forma de un diálogo entre él (Marcus), su hermano menor (Quinto) y un amigo de ambos (Attico). Está escenificado como un bucólico paseo por la campiña de Arpino, su tierra natal, a 100 km al sureste de Roma.² Este formato platónico le permitía, a través de una afirmación y su refutación, desarrollar una exposición razonada y argumentada de sus ideas, no carente de giros retóricos. A diferencia de *De re publica*, una obra precedente que se desarrolla en un tiempo pasado (elogio a Escipión El africano), aquí el relato está en tiempo presente, de ahí la enorme riqueza y el valor histórico de este texto por sus referencias contemporáneas al derecho de la Roma republicana.³ Ambas obras (*De re publica* y *De legibus*) conforman una unidad que expresan la genuina preocupación de Cicerón por reaccionar frente a la crisis inminente de la República proponiendo reformas sustentadas en las perennes virtudes republicanas.

Tengamos siempre presente que este aforismo está enmarcado en una reflexión sobre el gobierno de la Roma republicana, en tiempos de que la República mostraba signos de decadencia. El mismo Cicerón cuando escribe estos textos se había alejado de Roma, a modo de exilio, como gobernador de Cilicia.

En particular, en el Libro III, *Marcus Tullio Cicero* se ocupa por describir la organización institucional del poder en la República. En este contexto introduce esta famosa expresión mientras exponía su concepción de la institución consular en la Roma republicana: *Regio imperio duo sunt, iique <a> praeuendo iudicando consulendo praetores iudices consules appellamino. Militiae summum ius habento, nemini parento. Ollis salus populi suprema lex esto*

² Cicerón, por ello, apodado el Arpinate, fue cónsul en el año 63 aC, y se estima comenzó a escribir *De Legibus* en el año 52 aC, aunque no llegó a ser publicado antes de su asesinato el 1o. de diciembre de 43 aC.

³ Es frecuente que los textos de derecho romano se refieran al derecho imperial o al derecho romano de oriente.

[*Haya dos magistrados con un imperio regio; y sean llamados ellos, según estén presidiendo, juzgando o consultando, pretores, jueces o cónsules. En la milicia, tengan un derecho sumo, a nadie estén sujetos. "Sea para ellos" la salud del pueblo la suprema ley*]⁴ (De legibus, libro III, cap. III, 8).

La frase está compuesta, claramente, por dos ideas vinculadas: *salus populi* y *suprema lex*, dirigidas imperativamente (*Ollis... esto = Sea para ellos*)⁵ a un destinatario concreto: los cónsules. Esta máxima es una admonición que opera como una limitación dirigida a los magistrados romanos aludidos en el párrafo anterior. Volveremos sobre ello más adelante.

Analizaremos por separado las tres partes de la expresión: *salus populi*, *suprema lex*, *ollis... esto*.

(a) *Salus populi*: Primitivamente, *salus*,⁶ era una diosa⁷ de origen sabino, protectora de la salvación del pueblo. Tuvo un santuario (*Aedes Salutis*) situado en la colina del Quirinal (conocida como *Collis Salutaris*) donde el 30 de marzo se ofrecía un sacrificio público a la divinidad para impretar por la salud personal⁸ y pública, como bienestar en un sentido amplio y colectivo (*Saluti in colle quirinale sacrificium publicum*). También Roma celebraba, pero sólo

⁴ Seguimos la traducción bilingüe de Chantal López y Omar Cortés, disponible en [https://historicodigital.com/download/Ciceron%20Marco%20Tulio%20Las%20Leyes%20\(bilingue\).pdf](https://historicodigital.com/download/Ciceron%20Marco%20Tulio%20Las%20Leyes%20(bilingue).pdf).

⁵ La palabra "ollis" es un arcaísmo de "ille", usado aquí como pronombre demostrativo en plural, con el significado de "aquellos", vinculados al imperativo del verbo *sum* (ser/estar): "esto", por lo tanto, la traducción es aceptable.

⁶ Expresiones como "salud" o "saludo" provienen de esta idea de bienestar personal y de deseo del mismo.

⁷ Se la representa sentada en su trono con las piernas cruzadas, asiendo con su mano izquierda una serpiente a la que alimenta; o bien la serpiente aparece enroscada en su brazo.

⁸ La idea de salud corporal y limpieza personal (*valetudo*, *sanitas*, *salubritas*) apareció un poco después con la llegada de Esculapio, dios, la medicina, que arrastró consigo el culto a su hija, Hygie, diosa de la sanidad y la higiene (de allí la raíz de esta palabra).

en tiempo de paz (por tanto casi nunca), el *Augurium salutis*, donde los augures,⁹ si obtenían permiso de los dioses (*auspica ex avibus*), procedían a realizar plegarias por la salud del pueblo romano (*salus populi Romani*).¹⁰

Durante la República, la cosmovisión religiosa de las deidades romanas fue haciéndose más conceptual para simbolizar ciertos valores divinizados o conceptos de carácter moral y social, a diferencia de las divinidades griegas que tenían una naturaleza supra y extra-temporal y operaban en su propio mundo con independencia.¹¹

A estas ideas se sumaba una singularidad muy arraigada de los romanos: la creencia colectiva de la sustancialidad y perennidad de su ciudad, Roma, concebida como una realidad permanente y perdurable (Ciudad Eterna), al punto que la *Urb* superaba y trascendía a sus gobernantes mortales.¹²

La diosa *Salus*, inicialmente vinculada al bienestar público del pueblo romano, empieza a absorber, con notable expansión, las virtualidades de otras divinidades simbólicas representativas de valores sociales como *Semo Sancus Dius Fidius* (cuyos templos, por hallarse próximos, transfirió a *Salus* el epíteto de *Semonia*), *Victoria*, *Spes*, *Fides* (adorada como una

⁹ Con participación del colegio sacerdotal y militar de los Salios, que tuvieron importante actuación en el nacimiento de la República. La principal autoridad serán dos cónsules, probablemente, los primeros fueron dos miembros de ese Colegio (Consul = *Co soles* = *cum... Salius*).

¹⁰ Véase Montero, Santiago, "El *Augurium Salutis* o la paz imposible", *Ilu Revista de la Ciencia de las Religiones*, Samadhanam. Homenaje a Raimon Panikkar, Anejo VI, Madrid, Ediciones Complutenses, pp. 47-55.

¹¹ *Cfr.* Althamein, F., *A History of Roman Religion*, Londres, 1938, citado por Sánchez de la Torre, Ángel, "El objeto de la legalidad de la expresión *salus populi suprema lex esto*", *Cuadernos de Filología Clásica*, Estudios Latinos, núm. 2, Madrid, Servicio de Publicaciones UCM, 1997, p. 51.

¹² Para Mommsen, "La religión romana había nacido y se había desarrollado en íntima unión con la ciudad y con todo el sistema romano, y no era otra cosa que el reflejo piadoso de la asociación ciudadana", *cfr.* Mommsen, Th., *Historia de Roma*, Libro IV: *La revolución*, Madrid, Turner, 2003, p. 436.

divinidad que procuraba el sustento de la ciudad, deificación de esta virtud como la cualidad social de confianza y cooperación para la supervivencia común) y, en especial, *Libertas*,¹³ divinidad de una verdadera dimensión política vinculada a la preservación del *status libertatis* adquirido por los plebeyos cuando accedieron a la participación cívica en la gestión y control de la cosa pública.

Salus pasará a estar íntimamente relacionada con la vida y la muerte en comunidad, y vinculada a valores como *iuris*, *libertatis*, *fortunarum*, ligados a la salvación o la conservación del derecho, la libertad o los bienes en la ciudad.

Por su parte, el mundo jurídico va a receptor el término *salus* como epíteto de ciertos conceptos jurídicos con el sentido traslaticio de “acertado”, “justo”, “beneficioso” o “adecuado”.¹⁴

Como resultado de este proceso de asimilación de otras deidades investidas de la representación colectiva de virtudes sociales, la divinidad *Salus* llegó a adquirir relevancia “pública” en alto grado al punto que durante el Imperio se añade a la advocación el título de *Salus publica populi Romani*. Fue natural que la *Salus populi* se convirtiera en *publica* como un grado mayor de abstracción que se aproxima a la idea actual de bien común.

(b) *Suprema lex*: en primer lugar, salta a la vista el esfuerzo de juridización de la *salus populi* emprendido por Cicerón al punto de reconocerlo como objeto de una ley.

La *salus populi* confiere el contenido a esa *lex* o, dicho de otro modo, se convierte en una norma cuyo contenido es acuñado por su objeto. Para la cultura romana era natural en-

¹³ Este proceso expansivo del culto de la *Salus publica* como divinidad está descrito magistralmente por Sánchez de la Torre, A., *op. cit.*, pp. 42 y ss.

¹⁴ Véase Albertario, Emilio, “L’uso traslato di *salubris*, *salubritus* nelle fonti giuridiche romane”, *Studi di diritto romano, saggi critici e studi vari*, Milán, Antonio Giuffrè, 1953, vol. 6, pp. 183 y ss., citado por Sánchez de la Torre, *op. cit.*, p. 57.

contrar un vínculo estrecho entre *salus publica* y *lex*, porque sin ley o fuera de la ley no puede existir la conservación de la comunidad. Para la existencia de la *salus* es necesaria la presencia de una ley. Es conocida la concepción iusnaturalista de Cicerón sobre el derecho y la ley, basta esta cita: *Hay, pues, un solo derecho, por el cual ha sido ligada la sociedad de los hombres, y al cual ha constituido una sola ley; ley que es la recta razón de mandar y de prohibir.*¹⁵

Preguntémosnos ahora ¿por qué *suprema*? Evidentemente, una *lex* que tenga un objeto tan relevante como la preservación de la *salus populi* no es una ley común. Resulta claro que no se trata de una *lege* destinada a regular aquellas situaciones comunes que permiten ser previstas con anticipación y reguladas preventivamente.

Esta *lex* es *suprema* porque no es el caso de una ley ordinaria —en el sentido de aquella fórmula normativa de carácter general— sino que alude a una situación singular que debe salvaguardar la *salus publica*, cuya resolución satisfactoria le otorga importancia preminente.

La ley destinada a la preservación de la *Salus publica populi Romani* está dotada de prevalencia sobre las demás normas, razón por la cual se convierte en una norma *suprema*.

Por ello, la *Salus publica* como ley suprema tiene un contenido abierto, no puede formularse con precisión al detalle. Las circunstancias no son las usuales y las medidas a tomar no serán halladas en el campo normativo usual u ordinario porque no puede hallarse previsto un preciso mandato previo, sólo nos encontramos con una finalidad genérica (guarda de la *salus publica*) que puede exigir soluciones diversas, imposibles de definir de antemano.

¹⁵ *De legibus*, lib. I, XIV, 42: *Est enim unum ius quo deincta est hominum societas et quod lex constituit una, quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi*. Concepto que se repite en otras obras, v. gr. Pro Cluentio: *hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis: mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus* (53).

El aforismo fija la “regla de prevalencia” para el accionar de los magistrados: en caso de conflicto debe prevalecer aquella decisión que mejor salvaguarde la *salus publica*. Esta regla, por obvias razones, goza de supremacía.

Esta *Lex suprema* opera con sentido soteriológico (del griego *σωτηρία*, salvación)¹⁶ porque procura la salvaguarda de la *salus populi*. La *salus populi* se convierte en punto de partida (en cuanto a la gravedad del riesgo) y de llegada (en cuanto al acierto de la solución lograda) como lo hace notar Sánchez de la Torre.¹⁷

En conclusión, el aforismo tiene el sentido de una máxima de acción política para el magistrado en el ejercicio regular de sus funciones. No está formulado para situaciones extremas de supervivencia ni para estados de excepción, como impropiamente han entendido muchos autores. Debe comprenderse que en Roma para tales casos de riesgo extremo no operaba tal principio jurídico sino que emergía una *potestas* personal muy concreta, nada abstracta, investida de *auctoritas* unipersonal (*dictator*) como lo veremos más adelante.

Pero la máxima que analizamos tampoco puede seccionarse a *piacere*, pues tiene una concisión que debe ser abordada en su conjunto porque resume unitariamente un conjunto analítico plural de gran riqueza semántica.

(c) *Ollis ... Esto*: muchas veces se omite esta parte del aforismo, cuya estructura sintáctica en conjunto significa “será para aquellos”. El pronombre demostrativo plural: *Ollis* (arc. de *Illis*) = “para aquellos”, se enlaza con el imperativo del verbo *sum*: *esto* = “así sea” con un sentido de mandato conminatorio. Dicho en otros términos: los magistrados (cónsules, pretores, cuestores), que habían sido mencionados en el párrafo inmediatamente anterior, se

¹⁶ Este concepto proviene del verbo griego *sōzein* (σώζειν): salvar, en el sentido de librar, guardar, proteger de un peligro que amenaza, asegurar el bienestar de alguien o de la colectividad.

¹⁷ Cfr. Sánchez de la Torre, *op. cit.*, p. 67.

hallan sometidos a la *lex suprema* de la *salus populi* como *regla aurea* en el desempeño de sus funciones públicas.

Ollis salus populi suprema lex esto, es un comando admonitorio dirigido a los cónsules. La explicación de esta máxima encuentra apoyo, como soporte contextual, en el texto que le precede: *Haya dos magistrados con un imperio regio; y sean llamados ellos, según estén presidiendo, juzgando o consultando, pretores, jueces o cónsules. En la milicia, tengan un derecho sumo, a nadie estén sujetos. Sea para ellos la salud del pueblo la suprema ley.*¹⁸

En este punto se advierte el esfuerzo ciceroniano de juridizar la procura del bien común (*salus populi*) como fin último (*supremo*) de la labor de los cónsules, convirtiéndolo en norma imperativa que se reviste de naturaleza de *lex* para los magistrados romanos.

Si bien se mira, lejos de dar vía libre al accionar de los magistrados, en realidad Cicerón está fijando un límite a la autoridad de los cónsules. Como vimos, el aforismo está inserto en el marco descriptivo de un conjunto de límites a la magistratura consular, tanto funcionales (doble comando con doble competencia: administrativa y militar) como temporales (alternancia mensual, duración anual, no reelección en 10 años).

Por cierto, el de Arpino evidencia una gran confianza en los mecanismos institucionales de limitación y contrapeso: tanto en la división bicéfala del consulado (la aversión a la tiranía y a los cargos unipersonales era notoria en la República)¹⁹ como en los límites tempora-

¹⁸ Cierta perplejidad causa la frase que precede a la máxima: *Militiae summum ius habento, nemini parento*. En la milicia, tengan un derecho sumo, a nadie estén sujetos. En el texto coloca a continuación el famoso aforismo como quien quiso poner un límite a esa eminente función militar de los cónsules, a la que describe como no sujeta a nadie, gozando de derecho sumo (?).

¹⁹ A los jefes militares victoriosos, en la ceremonia de celebración de “triumfo” en Roma, le acompañaba un esclavo que le recordaba *Respice post te! Hominem te esse memento! Memento mori! Nam mors indestepta!*: Mira detrás de ti. Recuerda que eres hombre. Recuerda que morirás. Porque la muerte es infalible.

les fijados para duración en los distintos cargos. Se había impuesto edad y duración para los diversos cargos, desde cónsules hasta otras magistraturas (pretore, ediles, etcétera). Para acceder a las diferentes magistraturas debía seguirse un *cursus honorum* que exigía respetar un orden jerárquico, pues para ascender al grado inmediato superior debía pasarse antes por el inferior. Además, se impuso un tiempo de descanso para acceder a los grados principales de cuestor, pretor, cónsul. Los cónsules eran elegidos de a par, o sea, dos por vez²⁰ y duraban sólo un año, debían ser ciudadanos mayores de 43 años y no podían ser reelegidos sino pasados diez años:²¹ los cónsules no actuaban de manera conjunta sino que repartían mensualmente, comenzando por el de mayor edad, el ejercicio de las funciones, sin embargo, el que se encontraba en receso podía interponer un veto a una decisión del otro (*intercessio*).

Finalmente, Cicerón revela su afinidad con los *optimates* pues pone su confianza en la virtud personal de los revestidos de *dignitas*, grado máximo en la escala de la *libertas*, y dotados de capacidad providente para tomar acertadas decisiones límite. La preservación de la *salus publica* en Cicerón estaba estrechamente ligada a la *providencia* como virtud que busca la *utilitas civium*. Concibe a la providencia o prudencia como *virtus* característica del hombre público. La previsión es la aptitud de tomar decisiones oportunas y eficaces con la ayuda divina. La *Suprema lex*, entonces, es la autoridad para tomar decisiones providenciales exigidas por la fuerza de una situación de necesidad imperiosa, trascendente, de máxima urgencia que pone en riesgo la supervivencia de la *salus populi*. Sin embargo, el peligro de tiranía hace reaccionar al Cicerón estoico: para tener alguna probabilidad de acierto, quien tenga la extre-

²⁰ La nominación de los candidatos la hacía el Senado, y una vez seleccionados, éstos eran elegidos por votación de los *Comitia Centuriata*.

²¹ *Eundem magistratum, ni interfuerint decem anni, ne quis capito. Aevitatem annali lege servanto*. No tome nadie esta misma magistratura, si no hubieren mediado diez años. Obsérvese, la edad según la ley fue fijada por *Lex Vibia Annalis* 180 aC, que estableció el *cursus honorum*, y para ser cónsul la edad de 43 años y, además, haber sido pretor.

ma responsabilidad de tomar las decisiones en una situación límite debe obrar guiado por su experiencia profunda, con abnegación y absoluta generosidad.

Interpretar la máxima como una carta blanca a los cónsules es tergiversar la cosmovisión ciceroniana, desconocer el profundo rechazo de Cicerón a la tiranía, como lo atestiguan su vida y sus escritos, por ejemplo, su *Catilinarias* “No se consentirá que por un solo hombre peligre el supremo bien (*summa salus*) de la república (*rei publicae*)”.²²

En resumen, el aforismo *Salus publica suprema lex esto*, no fue formulado por Cicerón para un estado de excepción. Se presenta como límite superior al ejercicio de las potestades normales de los cónsules, como principio máximo del obrar ordinario de la máxima magistratura durante la Roma republicana. El texto y el contexto claramente confirman nuestra aseveración.

Como sustento a esta perspectiva señalamos que la República romana conocía perfectamente estas situaciones de excepción y previó regulaciones muy precisas para estas circunstancias extraordinarias: el *Senatus Consultum Ultimum* y el dictador.

Cicerón en ningún momento propuso su aforismo para los casos extremos. No sólo porque el contexto donde aparece está referido al ejercicio regular de consulado, sino porque el estado de excepción tiene su propia regulación que el propio Cicerón se ocupa de describirlo más adelante en esa obra.

Por ello disiento de aquellos que hacen uso inapropiado de esta máxima como sustento de los estados de emergencia o excepción. Sólo hiperbólicamente puede recurrirse a esta expresión, pero vaciándola de su sentido histórico auténtico, como lo vengo demostrando.

²² Cfr. *Catilinarias*, V, II: “*Non est saepius in uno homine summa salus periclitanda rei publicae*”. Él mismo actuó como dictador para sofocar la rebelión de Catilina, tomando medidas extremas que después le trajeron graves consecuencias personales.

do. Tal recurso es una extrapolación moderna que no se ajusta al contexto del marco conceptual en que fue expuesta por Cicerón.²³

La República contaba con otras previsiones y mecanismos para hacer frente a aquellos momentos críticos (externos o internos) que pusieran en peligro la vida de la ciudad. Cicerón no ignoraba esas situaciones, pues se ocupó en particular de ellas, más adelante, en otra parte en *De legibus*: “Pero cuando haya una guerra muy grave, o discordias de las ciudades, tenga uno, no más de seis meses, si el Senado lo decretare, lo mismo de derecho que los dos cónsules; y él, nombrado bajo un auspicio favorable, sea el director del pueblo”.²⁴ O sea, el uno de los cónsules (o un tercero) es investido de una función unipersonal extraordinaria: *dictator*.

Para los casos extremos de guerra o discordia civil que pongan en peligro la supervivencia colectiva, Cicerón justifica la concentración *temporal* del poder en uno de los cónsules (*Consul sine collega*) o de un tercero, que se convertía en dictador (*dictator* = el que dicta las órdenes).²⁵ El dictador estaba sometido a dos limitaciones institucionales extraordinarias: una temporal y otra política. La primera, que sólo podían ejercer su mando durante seis meses,²⁶ luego de este plazo (o antes, si se cumplía el cometido) caducaba su *imperium*. La segunda, más relevante y muchas veces pasada por alto, el dictado previo, por el Senado, de un sena-

²³ Además de los anteriores autores citados al comienzo, v. gr., Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II*, 1, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2005.

²⁴ *Ast quando duellum gravius discordiaeve civium escunt, oenus ne amplius sex menses, si senatus creverit, idem iuris quod duo consules teneto, isque ave sinistra dictus populi magister esto.*

²⁵ El mismo había experimentado una situación extrema cuando siendo cónsul tuvo que sofocar la sublevación de Catilina. Ocasión que pronunció ante el Senado su famosa admonición: *Quo usque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?*

²⁶ Según se calculaba la duración de las campañas militares, que solían ocurrir durante el verano. Sin embargo, este plazo se mantuvo aun cuando se agregaron la causal de conmoción civil (interna) o cuando Roma imperial extendió su dominio militar a lejanos espacios geográficos.

doconsulta (*Senatus consultum de república defendendam*) conocido como *Senatus Consultum Ultimum*, sin este recaudo los cónsules no podían elegir al dictador (alguno de ellos o un tercero) con el título de *magister populi* con ejercicio pleno del *imperium militiae*.

Debe resaltarse este dato central: la necesaria intervención del Senado, el órgano máximo de la República romana. Para establecer un *dictator* era necesario que el Senado, con carácter previo, dicte un *Senatus Consultum Ultimum* que autorice la designación de un dictador.²⁷ La importancia del *Senatus Consultum Ultimum* era superlativa porque servía, además de conferir a los cónsules el *imperium* dictatorial, también, para declarar el estado de emergencia y suspender las garantías constitucionales de los ciudadanos.²⁸

Sin embargo, su experiencia y realismo le advierten el peligro de abuso del poder dictatorial pero, con cierta ingenuidad, confía en el remedio de la limitación temporal. Considera que la brevedad del tiempo de seis meses en el ejercicio de este poder excepcional, confiere una perspectiva de expiración del plazo que reduce las probabilidades de abuso y distorsiones.

En ninguna parte Cicerón relaciona su aforismo con la dictadura. Esta institución de emergencia, temporal y excepcional, tenía sus propias reglas, o mejor dicho, estaba fuera de toda regulación jurídica pues el dictador estaba dotado de *summum imperium*. El Senado otorgaba tal investidura mediante una fórmula, *Videant consules ne quid res publica detrimenti capiat* —Tengan cuidado los cónsules que no haya perjuicio a la República— es decir, deben hacer lo que sea en defensa de la República. Esta autorización senatorial al conferir el poder

²⁷ No se tiene certeza si, además, intervenía finalmente, la *comitia curiata* para atribuir, mediante una ley (*lex curiata de imperio*), los atributos de *imperatoria potestas* al dictador.

²⁸ Puede ampliarse en Hidalgo de la Vega. M. J., "Uso y abuso de la normativa constitucional en la República tardía: el *Senatus consultum ultimum* y los *imperia extra ordinem*", *Studia Historica. Historia Antigua*, núms. 4-5 (1986-1987), España, Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 79-99.

dictatorial “hacer bien lo que tengas que hacer” lo pone fuera de toda *lex*. Se confería al dictador un poder militar ilimitado y una jurisdicción suprema sobre las personas de tal magnitud, que no puede relacionarse con ninguna *lex*. Claramente lo afirma Cicerón: *Militiae ab eo qui imperabit provocatio nec esto, quodque is qui bellum geret imperassit, ius ratumque esto*. En la milicia, no haya provocación de aquel que imperare; y lo que el que lleve la guerra haya imperado, sea el derecho y lo valedero (*De legibus*, III, III, 6).

Sólo forzadamente puede encontrarse algún remoto contacto con el aforismo jurídico en la finalidad, preservación de la *salus populi*.

Son incorrectas aquellas posiciones que apelan al principio *Ollis salus populi suprema lex esto* como justificación de sus construcciones teóricas sobre el estado de excepción, porque desgajan el aforismo del significado contextual ciceroniano para atribuirle un sentido que no se aviene con el auténtico.

Conclusiones

1. El aforismo opera como límite al poder de los cónsules romanos (cargo colegiado y temporal) en el ejercicio de sus funciones durante tiempos normales de la República.
2. No fue formulado para convertirse en un principio para casos de excepción ni para legitimar una acción de los cónsules en tales circunstancias.
3. Fue concebida como pauta de actuación para los magistrados y como la finalidad última de toda actividad política, que en términos actuales podríamos decir, de la procura del bien común como sentido final de toda la actividad estatal.

4. Esta norma (preservación de la *salus populi*), por cierto, tanto entonces como ahora, en el marco de un sistema jurídico ordenado, goza de supremacía sobre todas las demás normas, por tanto, en caso de conflicto prevalece sobre otras normas inferiores pero no las elimina ni las reemplaza.
5. Por el contrario, lejos de dar vía libre a los cónsules, reviste de juridicidad (*lex*) a este principio político general, es decir, le otorga naturaleza jurídica como límite al poder público que debe atenerse a la ley, por encima de la cual se convertiría en tiranía.
6. El aforismo no fue pensado para el *dictator*. Cicerón va a admitir que en situaciones extremas el poder se concentre en una persona y, como reaseguro, asigna a la autorización del Senado (*Senado Consultum Ultimium*) y a la temporalidad de seis meses, una importancia central como límites en esta circunstancia excepcional.

En suma, la máxima *Ollis salus populi suprema lex esto* no fue formulada para justificar, en nombre de la *salus populi*, el ejercicio del poder extraordinario durante un estado de excepción. Por tanto, se hace un uso incorrecto y ucrónico de esta expresión como herramienta de una especulación dirigida a explicar o legitimar situaciones de emergencia o extraordinarias forzando como justificativo una remota “salvación pública”, a través de medidas excepcionales de limitación de derechos que, en el fondo, y no pocas veces, atentan contra el propio bien común sin límite de tiempo y sin intervención ni control de los cuerpos parlamentarios. En definitiva, atentan contra la *salus populi* que dicen procurar.

En este tiempo de un pandemia universal, el Estado que parecía estar siendo arrastrado por la globalización y cuestionado por ciertas ideologías anarco-liberales, emergió como el instrumento eficaz de preservación de la *salus populi* en su sentido más simple y literal. Pero también se encendieron algunas alarmas a causa de la restricción de ciertos derechos

en algunos Estados que, fundándose en una errónea invocación a la *salus publica*, instalaron algún tipo de estado de excepción. Precisamente este trabajo quiso echar luz sobre el sentido genuino de este aforismo que no fue enunciado por Cicerón para situaciones de excepción sino —empleando una terminología contemporánea— como regla suprema de gestión del bien común el marco de un Estado de derecho.

EPÍLOGO

La fuerza normativa de las crisis*

Favorece grandemente a la doctrina del Estado el conocimiento fundamental de la significación normativa de los hechos. Gracias a esto recibe una base sólida y se hace inteligible lo que respecta a la teoría social de las relaciones del Estado y la sociedad.

Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado*.

Introducción

Utilizo la idea de Jellinek acerca de la fuerza normativa de los hechos para analizar lo que ocurre con la pandemia del COVID-19 desde una perspectiva institucional, y lo que podrá suceder con el Estado como consecuencia de un sacudimiento planetario sin precedentes. Es la primera vez que un fenómeno alcanza la magnitud actual y se padece de manera global y simultánea.

* Elaborado por Diego Valadés, investigador emérito en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Sistema Nacional de Investigadores.

Se han hecho referencias a dos conmociones previas: la depresión de 1929, por la extensión de su impacto, y la conflagración mundial de 1939-1945. Ambos acontecimientos tuvieron consecuencias en la configuración de las instituciones económicas, jurídicas y políticas de su tiempo. Esos graves capítulos de la historia estuvieron enlazados entre sí y su duración conjuntada se prolongó por varios años, en tanto que la pandemia es hasta ahora un hecho aislado y, salvo los riesgos de recidiva, tendrá una vigencia más breve.

Aunque escribo estas páginas en plena crisis sanitaria, su magnitud previsible no apunta hacia las cifras de otras pandemias. La mal llamada influenza española, de 1918, por ejemplo, produjo entre 50 y 80 millones de víctimas mortales. Si nos quedamos con el cálculo más conservador, 50 millones de defunciones equivalen al 2.7% de la población mundial de 1920 (1,800 millones). Ni siquiera la Primera Guerra Mundial ocasionó una mortandad semejante; se estima que los fallecidos a causa de ese conflicto fueron alrededor de 22 millones.

La letalidad de aquella pandemia fue inferior a la ocasionada por la Plaga de Justiniano, en 542. En 1969 T. H. Hollingsworth, experto en demografía histórica, llegó a la conclusión de que en Constantinopla murieron 244,000 de sus 508,000 habitantes (48%).¹ Por los testimonios del historiador Procopio y del jurista Agathías se sabe que el emperador, como la casi totalidad de la población, padeció la enfermedad. Siglos después, la Peste Negra (1347-1353) ocasionó la muerte de entre 40 y 60% de la población euroasiática. Se considera el mayor desastre biomédico de la historia y dio lugar a lo que Jaen Delumeau ha denominado “el miedo en occidente”, con su larga cadena de implicaciones que él lleva hasta la Guerra de Treinta Años.

La intensidad de las pandemias ha disminuido merced a los progresos de las ciencias biológicas y las tecnologías. Hoy es posible trabajar, estudiar y abastecerse a distancia, y resulta inimaginable una enfermedad que acabe con la mitad de la población; ni con el 2.7%

¹ Rosen, William, *Justinian's flea*, Londres, Viking, 2007, p. 209.

de hace un siglo. Para alcanzar el 0.01 tendrían que fallecer casi 800,000 personas en el mundo, lo que hasta este momento se ve como una hipótesis remota.

Si bien es muy temprano para trazar la ruta por la que transitarán las instituciones públicas, hay suficientes elementos para hipotetizar que la fuerza normativa de la crisis se proyectará, entre otras áreas sensibles del Estado, al sistema representativo, a las relaciones internacionales y al laicismo.

La crisis, el sistema representativo y las relaciones internacionales

Entre las características del COVID-19 se encuentran su velocidad de diseminación y la sincronía mundial de medidas sanitarias y económicas para mitigar sus efectos. Ha habido diferencias acerca de las restricciones para la circulación de personas, las condiciones de los sistemas de salud y los programas de apoyo a familias, trabajadores y empleadores; también con relación a los procedimientos e instrumentos políticos y jurídicos utilizados. Estas medidas tienen que ver con las formas y estilos de gobierno, en especial con la funcionalidad del sistema representativo.

Los sistemas constitucionales democráticos prevén que en situaciones excepcionales las facultades de decisión se concentren para hacer más ágiles y eficaces las respuestas del poder. Se admite la suspensión provisional de los procedimientos estándar para dar margen a modalidades tan extraordinarias como los fenómenos mismos a los que se hace frente. Esta es una forma dinámica de reacción y se conoce como dictadura desde la República romana; en la actualidad puede ser encuadrada como una forma efímera, regulada y controlada de dictadura constitucional. Hasta aquí nada genera sobresaltos porque existen previsiones constitucionales para tales circunstancias.

Los problemas comienzan cuando las medidas legales excepcionales se ejercen de manera arbitraria, o cuando en lugar de aplicar las previsiones normativas se opta por decisiones improvisadas y ajenas al marco normativo. Ni siquiera un ensamble de acatamiento y desacato resulta satisfactorio pues la observancia parcial de la preceptiva no convalida las irregularidades.

En ese punto la autoridad se separa del ordenamiento e inicia una deriva cuyo destino es conjetural. Al concluir la contingencia y restablecerse la normalidad, la atención se volcará hacia las faltas cometidas y se abrirán opciones como seguir por la ruta emprendida y aceptar el autoritarismo como situación permanente; llamar a cuentas, esclarecer hechos y determinar eventuales responsabilidades, o buscar un diseño institucional que atienda al futuro, sin aceptar la perpetuación de las anomalías ni sancionar a quienes, por diligencia o negligencia, actuaron en contra o al margen de la norma.

Lo más viable es que llegue el momento de la innovación, radical o progresiva. La creatividad institucional siempre implica imaginación. Jacob Burkhardt identificó al Estado moderno como una obra de arte por haber construido un orden de equilibrio en las relaciones de poder. Sin proponérselo ni abundar en el tema, el historiador ofreció la clave para la afinación sistemática que requieren los instrumentos constitucionales, expuestos a tensiones, distorsiones y manipulaciones constantes.

Toda crisis deja consecuencias. Afirmar que la pandemia dará lugar a ajustes institucionales no es un deseo ni una premonición. Identificar regularidades es propio de las ciencias, entre ellas las sociales, y una de esas regularidades es la que asocia las crisis con los cambios. Lo especial de los cambios que sobrevendrán guarda relación con lo extraordinario de la crisis. Las crisis globales previas concernieron a problemas económicos, financieros o de convivencia, y generaron respuestas multiformes.

La mayor experiencia reciente fue la Segunda Guerra Mundial, de la que resultó una pluralidad de organismos internacionales cuyo paradigma es el sistema de Naciones Unidas. Los países más involucrados en el conflicto bélico también emprendieron modificaciones internas de diverso calibre. Alemania, Francia, Italia y Japón, por ejemplo, cambiaron sus Constituciones y sistemas políticos; Gran Bretaña y otras potencias vieron alterada su hegemonía colonial; Estados Unidos desarrolló instituciones de expansión e intrusión como la Agencia Central de Inteligencia, y limitó la reelección de sus presidentes; la extinta Unión Soviética acentuó la dureza interior de su dictadura, colonizó una parte de Europa y Asia, al tiempo que multiplicó sus acciones políticas en otros continentes desencadenando el fenómeno conocido como Guerra Fría. Además, China vivió una segunda revolución, se alteró al mapa político de oriente medio y numerosos países colonizados se convirtieron en Estados soberanos.

Ahora, por primera vez está presente una opinión pública global que exige medidas sanitarias eficaces para combatir la pandemia y políticas económicas de auxilio. Cada segmento de esta opinión procesa las repuestas de sus autoridades y las contrasta en tiempo real con las de otros espacios jurídico-políticos, sean ciudades, regiones o países, generando una conciencia basada en la comparación de las acciones de gobierno y de sus resultados. La crisis mundial ocasionada por el COVID-19 ha propiciado una ciudadanía versada en ciencia y en una nueva escala de la política. Una sociedad globalizada será más sensible ante los problemas del cambio climático, pues ya tiene una vivencia directa de lo que implica una calamidad global, y de las angustias ocasionadas por el hambre y la guerra padecidas en diversas latitudes.

El encierro obligado ha afectado a todos los núcleos asociativos por lo que es inevitable que sus integrantes intercambien experiencias, reflexiones y proyectos. De este conjunto de percepciones y experiencias comunes emergerá la satisfacción o insatisfacción con lo que hayan hecho o dejado de hacer las autoridades. La madurez colectiva que producen situaciones tan traumáticas como el aislamiento, el temor a la enfermedad y la alarma cotidiana por

los datos sobre enfermos y fallecidos en todo el mundo, bien puede traducirse en exigencias de información más veraz y sistemática, de proscripción de la arbitrariedad estatal, de mejor calidad de gobernantes y funcionarios y de mayor involucramiento creciente en las decisiones de los representantes políticos, sociales y profesionales. En suma, es previsible que tienda a aumentar la necesidad de instituciones más democráticas.

Así se acorte la duración de la pandemia, la intensidad del sufrimiento personal y las secuelas de destrucción de empleo y degradación del ingreso mantendrán a la sociedad global en un nivel de alerta del que no existen registros previos. De manera general, las respuestas institucionales estuvieron mejor articuladas e instrumentadas allí donde el sistema facilitó los consensos y la adopción de las decisiones compartidas, y fueron más cuestionables donde el personalismo impuso decisiones verticales. En este contexto es posible predecir la inevitabilidad de los cambios e incluso su orientación, que de manera natural identificará el núcleo del problema jurídico-político en el ejercicio concentrado del poder y la clave para su solución en el sistema representativo.

La preservación de derechos civiles y políticos estará presente en la exigencia de cambios. El previsible colapso económico obligará a los Estados a emprender acciones de recuperación de una envergadura excepcional. Será la única opción para evitar una turbulencia social de magnitud impredecible. Para evitar que esto propicie el resurgimiento de un estatismo invasivo será crucial vigorizar la democracia representativa e impulsar una nueva gama de modalidades de cooperación internacional.

El quebrantamiento de numerosas economías nacionales abrirá espacios para la expansión de grandes corporaciones e incluso de empresas rescatadas con capital público en sus países de origen. Los Estados cuyas economías sean apoyadas por inversores externos quedarán a merced de ellos, a menos que adopten instituciones democráticas para reducir la corrupción interior y evitar la sujeción exterior que acompaña este tipo de procesos.

La crisis y el Estado laico

La explicación mágica de las plagas, presentes a lo largo de la vida sedentaria de la humanidad, llevó a concebir deidades cuya ira debía ser aplacada mediante sacrificios. En la antigüedad aramea, egipcia y fenicia se veneró a Rešep como dios de la plaga; en el universo griego ese lugar lo ocupó Apolo.² Este hijo de Zeus también fue dios de la salud y procreó con una mortal nada menos que a Asclepios o Esculapio.

Las plagas fueron asimismo un factor que contribuyó a la consolidación del catolicismo en las postrimerías del imperio romano. Cuando Constantino oficializó la religión católica (edicto de Milán, 313) debió calcular que si hacía suyos a los católicos podría evitar un frente de batalla y ahorrar recursos financieros y militares para destinarlos al frente occidental. Sabía asimismo que la naciente jerarquía eclesiástica no gravaría la hacienda pública, pues durante los siglos de adversidad se había generalizado la limosna de los feligreses. Una razón adicional, quizá la de mayor peso, consistió en que el catolicismo pacificaba a las poblaciones ofreciendo la inmortalidad del paraíso a quienes se condujeran con obediencia y resignación ante la autoridad. No podía haber algo más funcional para el poder político que un credo que no implicaba erogaciones, evitaba aumentos impositivos y permitía reducir las tropas pues asociaba la vida ultraterrena con el acatamiento a la autoridad imperial.

Conforme a la traición apolínea, en la etapa inicial del cristianismo las plagas eran consideradas un castigo para los pueblos, imputable a la presencia de gobernantes impíos. Cuando se produjo la conversión de los emperadores, la responsabilidad comenzó a trasladarse al demonio. Los jefes políticos y religiosos hicieron causa común y participaron en los exorcismos para rechazar a satán. Esto fue muy ostensible durante la plaga justiniana. En París, por ejemplo, se escenificó un choque entre paganismo y catolicismo a propósito de esa epidemia. Mientras que el obispo de la ciudad encabezaba una procesión para ahuyentar al

² Burkert, Walter, *Greek Religion*, Singapur, Blakwell, 2012, pp. 145 y ss.

diablo, el rey Chilperico, desafiando al imperio, ordenó celebrar sacrificios en honor de Apolo.³ Pero si el Estado confesional facilitó la gobernabilidad en las postrimerías del imperio, la situación se invirtió a partir de la alta edad media cuando la jerarquía aumentó en tamaño y riqueza, y disputó el poder temporal a los monarcas.

Ahora el Estado laico, producto de un largo y difícil recorrido, puede verse en riesgo. En la actual crisis sanitaria hay abundante información en cuanto al origen de la pandemia y a la estrategia para enfrentarla. En este caso el argumento demoníaco está ausente. Aun así se registran apelaciones a milagros por parte de dirigentes políticos que, a la manera de los monarcas romanos, encuentran en las creencias religiosas una estrategia diversiva para enmascarar sus errores o deficiencias, e intentan transferir el remedio de la pandemia a la voluntad divina. En algunos Estados este fenómeno puede ocasionar una recaída confesional, acompañada del endurecimiento de las políticas relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos y con la eutanasia.

Mantener al Estado laico en condiciones de simulación erosionaría la Constitución en un momento en el que debe inspirar la máxima confianza, como eje de la cohesión social y de las libertades públicas. La sociedad sólo dispone de un instrumento para controlar al poder: el derecho.

En síntesis, es previsible que la conmoción vivida por la humanidad se traduzca en nuevas agendas de cambio. La crisis precipitará demandas aplazadas o propiciará exigencias emergentes. Una sacudida de esta dimensión tendrá efectos inevitables en el entorno institucional y cultural de cada nación y del mundo entero.

³ Stoclet, Alain J., "Consilia humana, ops divina, superstitio", en Little, Lester K., *Plague and the End of Antiquity*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, pp. 137 y ss.