

## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 11, n.º 13, enero-junio, 2020, 407-438

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.51>

# Estados de excepción, COVID-19 y derechos fundamentales

State of Exception, COVID-19  
and Fundamental Rights



EDWIN FIGUEROA GUTARRA  
Corte Superior de Justicia de Lambayeque  
(Lambayeque, Perú)

Contacto: [efigueroag@pj.gob.pe](mailto:efigueroag@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

*El estado de excepción se presenta como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo.*

GIORGIO AGAMBEN (2005, p. 26)

## RESUMEN

El presente estudio constituye una reflexión de contexto a propósito de las coyunturas jurídicas que se generan en un estado de excepción, más aún cuando la pandemia de la COVID-19 es la justificación de fondo de muchos ordenamientos jurídicos respecto a medidas de confinamiento, aislamiento e inamovilidad social a causa de este mal. En esa misma lógica, analizamos si acaso corresponde una redefinición de los derechos fundamentales afectados en

esos estados extraordinarios o si es pertinente poner de relieve la dimensión jurídica propia del contenido, extensión y valía de un derecho fundamental. Sobre este particular, diversos instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos dan cuenta de la exigencia a los Estados de respetar lineamientos mínimos de los derechos del sistema.

**Palabras clave:** estados de excepción, COVID-19, derechos fundamentales, derechos humanos.

### ABSTRACT

This study analyzes the social context of the State of Exception. COVID-19 have posed challenges to concepts such as social confinement, isolation and social mobility, limiting the ability to exercise Fundamental Rights. Finally, the standards of the Interamerican Human Rights systems are analyzed to adapt the interpretation of fundamental rights to comply with the provisions in the pandemic context.

**Key words:** state of exception, fundamental rights, human rights, COVID-19.

Recibido: 25/05/2020    Aceptado: 08/06/2020

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más recurrentes a raíz de la COVID-19, la pandemia que azota a la humanidad entera en estos aún albores del siglo XXI, es cuándo hemos de volver a la antigua normalidad que ostentábamos como ciudadanos de un Estado constitucional de derecho, marco en el cual gozábamos de un relativo aunque progresivo goce *in crescendo* de libertades fundamentales. Nos acostumbramos a una dimensión amplia de la libertad individual —en especial, del *ius ambulandi*—, asumiendo, como parte implícita

de nuestras vidas, una aún más extensiva libertad de locomoción en sentido amplio, dadas las mínimas restricciones legales a este derecho de primer rango. De otra parte, la regresividad en el ejercicio de los derechos fundamentales era más bien una lejana excepción en los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, la COVID-19 ha puesto a las sociedades contra las cuerdas y ha trastocado los modos de vida a los que teníamos el más amplio acceso, pues, entre otros muchos ejemplos, antaño no se nos podía impedir trasladarnos de una ciudad a otra, mientras que hoy está prohibido. Tampoco se nos podía restringir la libertad de viajar y transitar por nuestras ciudades, y hoy estamos reducidos a un necesario confinamiento cuya única luz visible consiste en que haya un tratamiento eficaz contra la enfermedad, mediante alguna vacuna u otro medio idóneo similar. Se nos impide hoy, incluso, en tiempos de cuarentena, hasta un inofensivo café en un restaurante, cuando antes esta era una opción irrestricta para cualquier ciudadano.

Hogaño reflexionamos por hacer esfuerzos serios para regresar a la normalidad de antes y, no obstante, es una reflexión necesaria que hemos de asistir en los próximos años a una nueva normalidad, fundamentalmente caracterizada por un importante cambio de costumbres en nuestras vidas, a través de un exigible distanciamiento social entre personas, continuas medidas de higiene personal, alternar menos en público, entre otros nuevos hábitos; asimismo, se demanda a los Estados una mejor inversión preventiva en servicios públicos de salud.

Notemos, entonces, en ánimo de previsión, que esta pandemia es un signo de alerta y que, entre las muchas cuestiones de las que viene aparejada, ostenta una relativamente baja tasa de letalidad entre los seres humanos (si aquello sirve de consuelo), con un estimado mundial de 2 a 3 %. Lo complejo del asunto hubiera sido,

o bien podría ser a futuro, la aparición de otro nuevo virus con una mediana o alta tasa de letalidad, lo que de suyo ubicaría a la humanidad entera en una situación más que difícil.

Las reflexiones que anteceden devienen necesarias en el marco de tres ejes de enfoque que pretendemos desarrollar en este estudio, en la medida que los estados de excepción (o de alarma, como se les denomina en el caso español) representan mecanismos extraordinarios del Estado de derecho, a efectos de enfrentar coyunturas extraordinarias que afectan gravemente la vida de la nación. De la misma forma, siendo su naturaleza jurídica excepcional, implican restricciones considerables a los derechos fundamentales —en cuanto alegan un estado de cosas único— y, mediante esa justificación —con visos de legitimidad en la mayoría de casos y de ilegitimidad en otros menores—, se restringen las libertades ciudadanas.

El carácter de legitimidad anotado debe ser puesto de relieve, en tanto el Estado asume una posición invasiva revestida de legalidad sobre los derechos fundamentales, y expone, para la dación de la medida, una justificación poco común. En el caso que nos ocupa, la COVID-19 representa un virus que deteriora el sistema respiratorio en el ser humano y, finalmente, en los casos más extremos, cobra la vida de personas en situación de mayor vulnerabilidad.

Desde otra perspectiva, también pretendemos desarrollar un reenfoque de los derechos fundamentales afectados por la pandemia y enfatizar la exigencia de apreciación de estos por parte de las autoridades, a la luz de instrumentos jurídicos de relevancia, entre ellos la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 9 de abril de 2020, respecto a los problemas y desafíos que plantea la COVID-19 para los derechos humanos. A esto sumamos dos instrumentos adicionales de importante

contenido material: las Opiniones Consultivas OC-8/87 y OC-9/87 de la Corte IDH, relativas al *habeas corpus* y otras garantías judiciales, precisamente en circunstancias de suspensión de garantías y en estados de emergencia.

Con las menciones a estos instrumentos, pretendemos enfatizar que la autoridad está investida del poder suficiente para las restricciones de las libertades ciudadanas; no obstante, en esos enfoques de restricción no pueden quedar ausentes las exigencias de respetar las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, a fin de que no cese *l'empire de la Constitution*, esto es, el imperio de la Constitución.

En ese norte de conceptos, concluimos que el escenario que describimos es sumamente complejo, pues hoy más que nunca deben balancearse los derechos fundamentales para determinar cuáles de ellos han de pesar más. Así, constituye hercúlea tarea decidir si de un lado deben ponderarse más los derechos a la salud y a la vida; o si, acaso, en la otra orilla, merecen una atención mayor, como parte de un enfoque económico, el derecho al trabajo junto a innumerables expresiones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Prevalentemente, creemos que es aún más importante, en estas circunstancias de estados de excepción, valorar en qué medida se pone a prueba la vocación democrática de los Estados por el respeto de los derechos humanos.

## **2. ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y SU EXTENSIÓN MATERIAL**

Los estados de excepción se remontan al derecho romano (Fix-Zamudio, 2004, p. 802), cuando, ante la existencia de graves conflictos internos o externos, se estableció una «dictadura comisarial», la cual consistía en la designación por un cónsul, a solicitud del senado, de un funcionario que, durante un período de seis meses, tuviera atribuciones para hacer frente a una emergencia. Esta «dictadura

comisarial» se asemejaba a lo que podía llamarse una «dictadura constitucional» (Fundación Myrna Mack, 2013, p. 4), tan diferente al despotismo y la tiranía incontrolada de los imperios orientales. De tal forma, existía un marco de legalidad y arreglo a derecho, a pesar de ser una medida de fuerza, con lo cual se oponía a una dictadura de carácter inconstitucional.

Roma justificó con el término *iustitium* (Agamben, 2005, p. 86) la interrupción o suspensión del derecho: en *Filípicas* 5.12, cuando Antonio amenazaba invadir la capital del imperio, Cicerón se dirige al senado afirmando que era necesario declarar el estado de *tumultus* y proclamar el *iustitium*.

Sobre esta figura, Maquiavelo, en sus *Discursos*, sugería «romper» el ordenamiento para salvarlo, porque era necesario, observando los poderes, arruinarlos, o, para no arruinarlos, romperlos (Agamben, 2005, p. 92).

Desde la doctrina, tenemos, en el texto introductorio de la obra del autor a quien apelamos *in extenso* en este trabajo, que:

*Estado de excepción* enfoca una de las nociones centrales de la obra de Agamben; ese momento del derecho en el que se suspende el derecho precisamente para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia. O también: la forma legal de lo que no puede tener forma legal, porque es incluido en la legalidad a través de su exclusión (Costa, 2005, p. 5).

Señala Agamben (2005) que, desde el punto de vista del derecho, es posible clasificar las acciones humanas en actos legislativos, ejecutivos y transgresivos (p. 98), y llega a la conclusión de que el estado de excepción no es una dictadura, sino un espacio vacío de derecho, un *vacuum* jurídico, es decir, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas son desactivadas. De igual modo, pone nuestra vida natural, nuestra *nuda vida*, a disposición

del poder político. Así, el estado de excepción articula aspectos de la máquina jurídico-política e instituye un umbral de indecibilidad entre anomia y *nomos*, entre vida y derecho, entre *auctoritas* y *potestas* (Agamben, 2005, p. 154).

Invita el mismo autor a que nos preguntemos si el estado de excepción no es una expresión íntima de solidaridad entre democracia y totalitarismo (Agamben, 2005, pp. 11-12); en esa línea, recordemos el significado de la irrupción extraordinaria de un modo de vida, impuesto a la fuerza, para seguir viviendo en un marco de legalidad de carácter democrático.

En un contexto histórico posterior, la Carta de Cádiz de 1812, apoyada en la ideología liberal de la Revolución francesa (Fix-Zamudio, 2004, p. 806) ya regulaba la suspensión de garantías e incluso el estado de sitio. Es de observarse así que los estados de excepción constituyen medidas de rigor con arraigo histórico.

En ese mismo propósito de inclusión de antecedentes, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprueba el informe Despoy en 1998 (Fix-Zamudio, 2004, p. 829) y refiere el siguiente conjunto de principios, en relación con los estados de excepción, en el ámbito de las obligaciones internacionales: a) De *legalidad*, en la exigencia de un marco formal previo autoritativo del estado de excepción; b) De *proclamación*, en cuanto se demanda una publicidad para la entrada en vigor de la norma de excepción; c) De *notificación*, dirigida a la comunidad para su conocimiento; d) De *temporalidad*, para evitar la prolongación indebida de este; e) De *amenaza excepcional*, que demanda la descripción de las condiciones excepcionales justificantes; f) De *proporcionalidad*, respecto a la necesaria relación entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis; g) De *no discriminación*, como condición necesaria para exigir la suspensión de derechos; y h) De *compatibilidad*, respecto a las normas de derecho internacional.

Desde otro eje de enfoque, el estado de excepción —*Ausnahmezustand* en la doctrina schmittiana (Flores, 2014, p. 49)— nace a partir de la idea de hacer posibles mecanismos jurídicos que pudieran enfrentar situaciones de características extraordinarias en la vida de una nación. La determinación aquí es estricta: se parte de la idea prefijada de que circunstancias extraordinarias no pueden ser combatidas con las herramientas regulares de ordenamiento de las que disponen los gobiernos de turno.

La justificación del estado de excepción resulta un prerrequisito fundamental para su declaración, de donde debemos inferir un carácter de «necesidad» para la invocación de esta figura jurídica, esto es, si no concurren circunstancias justificantes suficientes de este mecanismo, consideramos que se habilitan las alternativas jurídicas para su revisión. Entonces, ese *Notstand*, o estado de necesidad, si acaso este puede tener forma jurídica, marca las líneas de fundamentación de ese estado de excepción.

Schnur ha definido el estado de excepción como una «guerra civil legal» (Agamben, 2005, p. 25), y es válido preguntarnos si esa noción tiene relación con las ideas de insurrección y resistencia, en la medida en que la guerra civil, o el estado de guerra (*Kriegszustand*), es lo opuesto del estado normal (Agamben, 2005, p. 24). El mismo autor inquiere si el estado de excepción no es un retorno a un estado original pleromático, en el cual la distinción entre los diversos poderes (legislativo, ejecutivo, etc.) no se ha producido todavía (Agamben, 2005, p. 30), o acaso si un ejercicio regular de esta institución conduce necesariamente a la liquidación de la democracia, o inclusive si no se trata de un gobierno con más poder y ciudadanos con menos *Grundrechte* (derechos fundamentales).

El estado de excepción propicia otras reflexiones, dadas las confusiones entre *ius* y *factum*. Anota Agamben (2005) que «si lo propio del estado de excepción es una suspensión (total o parcial)

del ordenamiento jurídico, ¿cómo puede tal suspensión estar contenida en el orden legal?» (p. 59), más aún si estamos ante el supuesto *necessitas legem non habet* (la necesidad no tiene ley). Concluye el autor que la teoría de la necesidad no es otra cosa que una teoría de la excepción (*dispensatio*). En ese sentido, reconoce que son valiosos los aportes de la teoría schmittiana, dado que hacen posible la articulación entre estado de excepción y orden jurídico, en cuanto introducen en el derecho una zona de anomia, para hacer posible la normación efectiva de lo real (Agamben, 2005, p. 77).

El caso de la Ley Fundamental de Perú es específico en este aspecto, ya que considera la atingencia de que el Poder Ejecutivo, quien declara el estado de excepción —mediante el acuerdo entre el presidente de la República y el Consejo de Ministros—, da cuenta de este al Congreso o a la Comisión Permanente del Poder Legislativo. Desde esta exigencia, los actos del Poder Ejecutivo, en este ámbito, constituyen una forma de discrecionalidad relativa y no amplia, en tanto el Congreso tendría el camino expedito —aun cuando la Constitución misma no lo señala de esa manera— para que, por medio del mismo fundamento de la Ley de Leyes, se deje sin efecto una decisión de excepción no justificada.

El caso de la COVID-19 es un buen ejemplo de justificación de un estado de excepción. Las medidas de distanciamiento social, de confinamiento obligatorio de ciudadanos en sus hogares y de serias restricciones a la libertad individual no serían posibles a través de medidas regulares, pues ciertamente sería imputable una conducta arbitraria al Estado si se afectaran libertades ciudadanas estando vigente el Estado de derecho en su acepción regular. Así, es precisamente la herramienta del estado de excepción la figura que permite una restricción de las libertades ciudadanas, invocándose una coyuntura especial.

Entre antecedentes contemporáneos de serias restricciones de derechos, encontramos la *Patriotic Act* de Estados Unidos (Fix-Zamudio, 2004, p. 854), que en 2001, bajo la concepción de las *martial laws y emergency powers*, incrementó las medidas de seguridad a raíz de los atentados terroristas en ese país y dispuso detenciones prolongadas, sin garantías judiciales, para los sospechosos de posibles actos terroristas.

La Constitución peruana dispone, en su artículo 137, dos formas del estado de excepción: el estado de emergencia y el estado de sitio, cada categoría de diferente textura, pero ambos mecanismos orientados a la superación de graves circunstancias que afecten a la sociedad.

Respecto al estado de emergencia, prevé nuestra *Lex Legum*:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el presidente de la República (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

En relación con el estado de sitio, figura de origen francés según decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811, que a su vez abordaba la previsión de que una ciudad pudiera ser atacada por fuerzas enemigas (Agamben, 2005, p. 28), se expone lo siguiente:

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

El rasgo distintivo de un estado de excepción es su poder restrictivo de derechos fundamentales y, con esta pauta, el Estado organiza medidas cuya primera línea de acción es la restricción de libertades ciudadanas en sus más diversas modalidades: la libertad de locomoción es relativizada, usualmente se establecen horarios de inamovilidad total, y la infracción de estas medidas puede acarrear la imposición de multas e incluso el inicio de procesos penales. En otra faceta de los derechos reducidos, se impiden todas las actividades sociales, desarrolladas en restaurantes, bares, teatros, cines, centros comerciales, y toda otra actividad no esencial, entendiéndose por servicios esenciales y actividades permitidas durante la inamovilidad social, la atención en salud y compra de medicinas, la adquisición de alimentos y las gestiones bancarias.

Resulta paradigmático concluir que para la defensa de unos derechos esenciales (la vida, la salud, etc.) exista la necesidad de restringir otras tantas libertades contemporáneas (el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de trabajo, etc.) igualmente importantes. Entonces, apreciamos en el estado de excepción un *balancing* legislativo implícito, pues la premisa de la cual parte la medida excepcional es justamente la exigencia de combatir los efectos perniciosos de una patología que afecta la vida regular de los ciudadanos. En el caso de la COVID-19, confluyen dos factores inmediatos visibles a tener en cuenta: de un lado, la exigencia de protección del derecho a la salud y, por consiguiente, el propósito de evitar más aún la afectación del

bien jurídico vida; y, de otro lado, se cuida la no saturación de los servicios de salud ofrecidos por parte del Estado.

Sobre lo último, es pertinente acotar una cuestión adicional: la cobertura de los servicios de salud encuentra muy mal parada la atención del Estado en países en vías de desarrollo. Latinoamérica, en particular, carece de una infraestructura adecuada en servicios de salud. Sin perjuicio de lo indicado, tampoco el ejemplo europeo de hoy es la panacea ni el escenario opuesto de la buena atención: hospitales colapsados en países como Italia, España, Reino Unido y Francia, entre otros, han evidenciado, en los momentos más álgidos del brote, que los servicios de salud en esos países son insuficientes. Desde esta misma lógica, si ello sucede en países considerados del primer mundo, no queremos imaginarnos la dificultad con que han de enfrentar fuertes escenarios de la pandemia, por ejemplo, los países africanos, justamente porque es en el rubro de cobertura de servicios de salud donde los países en vías de desarrollo muestran una de sus principales debilidades.

Una precisión relevante de la norma constitucional peruana, respecto al estado de excepción, específicamente sobre el estado de emergencia, se refiere a si se suspenden o restringen derechos fundamentales durante el plazo del estado de excepción. Consideramos que la referencia con propiedad debería ser de «restricción» de derechos y ello fluye, con suficiente holgura interpretativa, de las Opiniones Consultivas cuyo análisis hemos de abarcar en un segmento posterior de este estudio.

La diferencia a adelantar es importante: la suspensión implica el no ejercicio absoluto del derecho fundamental en comento, en tanto que la restricción alude a una variante en su ejercicio, oscilando de un nivel de ejercicio amplio a un nivel medio o incluso mínimo de sostenibilidad del derecho.

Por otro lado, la restricción es una manifestación compatible con la teoría de la afectación de los derechos fundamentales (Alexy, 2002, p. 161), en la medida en que la suspensión de un derecho fundamental supone una afectación ostensible del derecho en cuestión, y no es este el objetivo de un *balancing* o una ponderación entre derechos fundamentales (la supresión o suspensión de un derecho), sino buscar la afectación menor posible del derecho fundamental. De esa manera, se reconoce la validez del derecho afectado y su ámbito de restricción, siempre que resulte el otro derecho fundamental concernido, con un grado de satisfacción mayor.

Referirnos a afectación y satisfacción implica un importante ejercicio de ponderación entre derechos fundamentales. En el balanceo o la ponderación entre derechos, el derecho afectado arroja un valor menor frente al derecho más satisfecho. Esta atingencia proviene de la ley de la ponderación, pues a mayor afectación de un derecho, tanto mayor debe ser la satisfacción del derecho preferido. De este modo, es cierto, verbigracia, que se afecta el derecho a la libertad de trabajo a raíz de la COVID-19, pero tanto mayor devendría la satisfacción de los derechos a la salud y a la vida.

En la misma línea de análisis abordado, la suspensión nos lleva a un escenario de afectación máxima del derecho fundamental y, aunque la doctrina contemporánea (Alexy, 2002, p. 164) admite, como posibilidad teórica, escenarios extremos de afectación y satisfacción elevada entre dos derechos fundamentales, es de notar que las «cargas argumentativas», como alternativas de solución al grave problema de dos derechos fundamentales afectados y satisfechos en su nivel más alto, buscan resolver finalmente esta controversia entre derechos, invocando elementos que mejor defiendan los principios materiales del Estado de derecho. De esa forma, resulta más satisfecho el derecho que se vincula mejor a los preceptos guía de una sociedad democrática.

Los principios que aludimos se vinculan con una *vera democrazia costituzionale* (verdadera democracia constitucional), como proclama de las más amplias libertades ciudadanas, y con un «constitucionalismo democrático», en el cual el ejercicio del control de los actos de poder y de las relaciones de balanceo entre los derechos fundamentales se realiza buscando la mayor optimización de dichos derechos, a través de enunciados materiales de progresividad y no de regresividad de estos.

Entre los derechos restringidos por el estado de emergencia, subtipo del estado de excepción que la normativa constitucional de Perú reconoce en su artículo 2, verificamos los siguientes:

[...]

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

[...]

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.

[...]

24. [...]

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Las menciones a desarrollar aquí, a partir de estos enunciados, son amplísimas en relación con los efectos propios del estado de emergencia respecto a varios derechos. Dada esa extensión, reseñamos solo algunos ejemplos concretos.

Se restringe, según la norma, el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Procede, de este modo, el ingreso de la autoridad en el domicilio de un ciudadano, efectuar investigaciones o registros, incluso sin autorización de la persona afectada. En condiciones regulares, el mandato judicial sería absolutamente necesario, ya que, en caso contrario, la Policía sería denunciada por abuso de autoridad. Asimismo, sufren restricción los derechos a elegir el lugar de residencia, transitar por el territorio nacional y a salir e ingresar en él. Objetivamente y a causa de la pandemia, se ha apreciado esta situación en las restricciones de viajes aéreos, terrestres y marítimos en muchos países. Esta situación, de suyo, afecta seriamente el turismo, causando graves pérdidas económicas, entre ellas, la desaparición de numerosas fuentes de trabajo.

Igualmente, se restringen las reuniones en locales privados o abiertos al público, como las plazas y vías públicas. Eso es un efecto indirecto que persigue el confinamiento, pues precisamente para evitar mayores contagios, se cierran lugares públicos que, por excelencia, congregan muchedumbres.

Adicionalmente, puede ser detenida una persona por desacato del estado de emergencia. El efecto aquí es muy sensible en tanto una de nuestras libertades más preciadas, entre otras, sin duda, es la libertad de locomoción. Entonces, carecer de un permiso de traslado —o inclusive manejar un auto sin la debida autorización— puede significar, en casos extremos, la detención de una persona y, en caso de agravantes —como expresamos *supra*—, el inicio y la prosecución de un proceso penal.

La norma precisa que en ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. Esta especificación de la Constitución peruana tiene por objeto no agravar las condiciones de restricción durante el estado de excepción. De otro lado, de producirse el destierro, además de merecer un desarrollo legislativo y no confundirlo con la expulsión del territorio, debería aplicarse en tiempos de regularidad democrática, después de un debido proceso legal con las más amplias garantías, y no justamente cuando se hayan restringidas las libertades fundamentales.

El estado de emergencia abarca un máximo de sesenta días y su prórroga requiere un nuevo decreto. Esta categoría no puede ser indefinida y, al respecto, cabe mencionar el exceso del régimen nazi, pues tan pronto Hitler asciende al poder, suspende los artículos de la Constitución de Weimar relativos a las libertades personales, medida que no se revocó durante doce años (Agamben, 2005, p. 25).

Asimismo, si el presidente de la República lo dispusiera, las Fuerzas Armadas asumirían el control del orden interno. Esta precisión del legislador nos conduce a una noción de mayor reforzamiento de la atención, seguridad y control de personas, por parte del Estado, en este período excepcional de emergencia, dado que, en condiciones regulares, dicho control interno es asumido por la Policía Nacional; sin embargo, se trata de una facultad del Poder Ejecutivo demandar el concurso coadyuvante de la Fuerza Armada.

El estado de sitio es una segunda variante del estado de excepción. Tiene lugar en casos de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzcan, es una exigencia la mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. La situación aquí presentada es mucho más grave que en el estado de emergencia, ya que la guerra acarrea un escenario en el cual la pérdida de libertades es infinita.

El plazo asignado a esta modalidad es de cuarenta y cinco días y, en su transcurso, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso. A diferencia del estado de emergencia, el rol del Parlamento es mucho más enfático en esta segunda modalidad de estado de excepción.

La historia republicana del Perú ha sido múltiple en estados de emergencia, declarados así en diversas situaciones de coyuntura por el auge del terrorismo en décadas pasadas, entre otras causas, mas no se han dado declaraciones de estados de sitio, por no haber existido principalmente conflictos externos de envergadura en la experiencia nacional.

### **3. COVID-19, COYUNTURA EXTERNA Y DESC**

La COVID-19 representa una variante de los coronavirus, las referencias históricas sobre su aparición nos conducen a la ciudad de Wuhan, capital de la provincia de Hubei, en China. El país asiático reportó los primeros casos hacia fines de 2019 y lo más sorprendente de esta enfermedad ha sido su velocidad de propagación en los cinco continentes en las semanas siguientes.

Un balance provisorio publicado en el periódico *El Comercio* (22 de mayo de 2020, p. A-12) nos lleva a un total de más de 5 000 000 de contagiados y más de 300 000 fallecidos, números reportados por la Organización Mundial de la Salud hacia la tercera semana de mayo de 2020. Entre los doce países más afectados figuran Estados Unidos, Rusia, Brasil, Reino Unido, España, Italia, Francia, Alemania, Turquía, Irán, India y Perú; además, en número de contagios, el continente americano (Estados Unidos, Canadá, América Latina y el Caribe) supera a Europa, a la cual le siguen Asia, Medio Oriente, África y Oceanía, cuyas curvas de contagio y fallecidos son todavía altas, aunque existe una ligera tendencia a la baja.

Las tasas de decesos son igualmente preocupantes, pues Bélgica registra una alta tasa de letalidad con 79 decesos por cada 100 000 habitantes, seguida por España (60), Italia (54), Reino Unido (53) y Francia (43).

Aunque sabemos que son aún muy provisionales y describen apenas un momento de una pandemia cuya duración desconocemos, las cifras acotadas producen un efecto de desconcierto general, en tanto concurren dos variantes a reseñar: en un primer orden de ideas, la contención del mal resultó muy débil y tardía en un sinnúmero de países. Así, a pesar de las experiencias del síndrome respiratorio agudo grave (en inglés, Severe Acute Respiratory Syndrome o SARS) en 2003, el síndrome respiratorio de Oriente Medio (en inglés, Middle East Respiratory Syndrome o MERS) en 2012 y el ébola en 2014, los sistemas de alerta de salud pública no fueron eficientes para una actuación rápida frente a la nueva enfermedad.

En buena cuenta, la COVID-19 demandaba, respecto de todos los ordenamientos, una inversión preventiva en sistemas de salud pública, tarea que no se cumplió de manera adecuada, y donde se cumplió, se realizó en forma insuficiente. Ciertamente, puede parecer un argumento de oposición que nadie se pudo haber imaginado los alcances de esta pandemia; empero, esta atingencia resulta diminuta, dado que las coberturas de los servicios de salud, comúnmente, han significado, en todos los casos, escasas camas en Unidades de Cuidados Intensivos en los hospitales, ausencia de balones de oxígeno suficientes en las primeras líneas de atención de los hospitales, encarecimiento de medicinas de tratamiento de la enfermedad, entre otras notorias circunstancias.

En un segundo orden de ideas, la COVID-19 pone en evidencia la poca atención del «deber especial de protección» que le corresponde a todo Estado en cuanto a sus tareas relacionadas con los derechos a la vida y a la salud. El deber al que aludimos representa una

obligación material, de honda raigambre constitucional, que les asiste a los países en la tutela de los derechos fundamentales esenciales de los ciudadanos. No representa una referencia nominal, que solo venga de la jurisprudencia constitucional o de elaboraciones doctrinarias bien construidas, pues a los Estados les compete velar por la consolidación de un sistema de salud que responda a las necesidades mínimas de sus ciudadanos.

Otra faceta muy compleja de esta enfermedad se expresa también en el nivel de ausencia de síntomas que presenta, lo cual dificulta una atención más eficiente de las autoridades de salud. En efecto, mientras que en los casos de las enfermedades MERS y SARS se pudo desarrollar un alto nivel de focalización y consiguiente tratamiento, reduciendo su diseminación, en el caso de la COVID-19 existen muchas personas asintomáticas que, sin saberlo, esparcen la enfermedad.

En términos prácticos, el asintomático sufre la enfermedad —por lo general, sin saberlo—, pero al no existir mayores malestares o ser estos muy leves, potencialmente esa persona constituye un foco de contagio y, por tanto, de propagación del virus. Solo de esa manera se puede explicar el alto número de contagios en los cinco continentes, pues incluso países que ya habían logrado un relativo control de la enfermedad en mayo de 2020 (Singapur, Suecia, Chile, entre otros) enfrentan ahora un nuevo nivel de contagios, lo cual hace temer una nueva gran ola de afectados.

La COVID-19, desde otra perspectiva, reproduce un viejo debate doctrinario en torno a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en el sentido de que a estos se les acusa de costosos para el Estado y, por ello, de difícil impulso en el desarrollo de las sociedades. En efecto, si un derecho social (como el derecho a la salud) demandaba considerables esfuerzos de inversión en infraestructura básica y suficiente en salud pública, se prefería, por

cuestiones de limitación presupuestaria, no invertir o invertir muy poco en él. En ese sentido, las direcciones fiscales de los gobiernos, en especial las de los países en vías de desarrollo, solían priorizar otras áreas de atención, mas optaban en la práctica por postergar inversiones en presupuesto de salud pública. De este modo, hacia el 2019, los países pobres y de ingreso mediano invirtieron al año 60 dólares por habitante, en tanto que los países de ingresos altos lo hicieron en un nivel de 270 dólares por persona (Infosalus, 2019).

Solo de esa manera se explica que esta pandemia haya rebasado enteramente las capacidades de atención en salud pública en muchos países en vías de desarrollo, lo cual, a su vez, disparó la tasa de fallecidos, justamente por falta de cobertura en atención médica de nivel inicial.

De otro lado, la COVID-19 reaviva el reto de impulsar una unificación de criterios respecto a la existencia de las generaciones de derechos fundamentales y, si bien los derechos civiles y políticos asumieron un primer matiz histórico en su aparición (al ser generadores del *Rule of Law*) y luego lo hicieron tanto los DESC para proyectarse hacia otros cambios de la vida en sociedad como luego los derechos de solidaridad (entre ellos, el medio ambiente), hoy la tendencia que proponemos que se genere debe expresarse en la integración de los derechos en un solo segmento, categoría o estamento de derechos, para que la atención del Estado se vuelva prioritaria en proyección hacia todos los derechos, sin exclusión, y se deje de lado la concepción de complejidad de realización de los DESC por resultar efectivamente onerosos.

Ahora bien, podemos admitir que crear fuentes de trabajo, construir colegios o levantar hospitales verdaderamente equipados —entre otras facetas concretas de materialización de algunos DESC— pueda ser inevitablemente exigente, así como demandante de recursos del Estado; sin embargo, la bondad de unificación

de tratamiento de los derechos fundamentales en una sola categoría ha de llevarnos a la configuración de políticas públicas que, sin distinguir prejuicios en las perspectivas de los derechos fundamentales, impulse por igual las dimensiones de los derechos. El propósito, ciertamente, sería que no constituya excusa de acción que un derecho social específico no sea impulsado porque representa una alta contingencia económica.

A tenor de lo expresado, no podemos negar que la COVID-19 incluso evidencia una figura de discriminación atípica, pues si bien el virus no distingue entre ricos y pobres para afectar a los seres humanos, es insoportablemente discriminatorio —en sentido social— que, en un país pobre, un ciudadano de una localidad alejada de la ciudad fallezca a causa de esta enfermedad anómala porque no alcanzó ni siquiera un nivel de atención médica básica, frente a ciudadanos que, en economías de países desarrollados, sí logran —aunque a veces a duras costas— una atención mínimamente idónea frente al brote de la enfermedad.

#### **4. DERECHOS FUNDAMENTALES Y POSICIÓN DE LA CORTE IDH**

Revisados algunos conceptos centrales sobre el tema que nos ocupa, corresponde volver hacia una idea que plantea como interrogante si acaso, dados los estados de excepción en los ordenamientos jurídicos de gran parte de las democracias del mundo y conocidos algunos alcances de una enfermedad temible como la COVID-19, deviene necesario redefinir o reconfigurar los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las restricciones elaboradas en muchos Estados a través de los estados de excepción.

Nuestra apuesta tajante es por una inviabilidad de reexpresión de los *droits fondamentaux* o derechos fundamentales (como suelen ser conocidos en los ordenamientos internos), o de los derechos humanos (como se les denomina en el derecho supranacional, en

tanto estos gozan de una característica material de progresividad, ya afianzada, tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en la jurisprudencia de los altos tribunales de derechos humanos).

Queremos expresar, con lo acotado, que si bien los estados de excepción obedecen a una expresión de temporalidad, resulta contrario a una concepción democrática de libertades fundamentales que el ciudadano comprendiera que las restricciones impuestas por el Estado pudieran ser aceptadas sin más, sin evaluarse la razonabilidad ni la conveniencia de las medidas que se adopten en un estado de excepción.

En efecto, se disponen confinamientos e inamovilidad de los ciudadanos —entendemos que por una coyuntura de suma urgencia—, pero dentro de esa mirada hacia atrás de los derechos no puede excluirse, como valoración trascendente, que los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos consagran posiciones jurisprudenciales y normativas de orden tuitivo, a través de los instrumentos que elaboran para la protección de los derechos humanos, entre decisiones jurisprudenciales y herramientas directrices en la interpretación de los derechos protegidos tanto por la Convención Americana de Derechos Humanos como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para el cumplimiento de esa tarea, entonces, hemos de reseñar, *à vol d'oiseau* (esto es, brevemente), algunos instrumentos —prevalentemente del sistema interamericano, por constituir nuestro foco de acción en el plano regional— en conjunto útiles en la defensa de los derechos humanos en los estados de excepción.

#### **4.1. Declaración de la Corte IDH sobre la COVID-19**

Con fecha 9 de abril de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) publica una declaración en relación con la COVID-19 y los derechos humanos, reseñando que los problemas y

desafíos planteados por esta coyuntura deben ser abordados por los Estados con una perspectiva de los derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales.

La declaración expone la importancia de fomentar el diálogo, la cooperación internacional y los multilateralismos en la coordinación de esfuerzos regionales para contener la pandemia. Ello alude —observamos— a una cooperación conjunta de los Estados. Por otro lado, se precisa que las limitaciones deben ser temporales y ajustadas a objetivos definidos, cuidándose que el uso de la fuerza se ciña a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Importante mención reside en la atención que deben poner los Estados, en medio de esta pandemia, respecto a los grupos vulnerables. En esta mención existe una referencia tácita a las 100 Reglas de Brasilia, instrumento matriz nacido en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008, sobre el acceso a la justicia.

La declaración hace referencia a los siguientes grupos:

[...] las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia (Corte IDH, 2020, s. p.).

Un detalle que se debe especificar, acerca de la tradicional definición de grupos vulnerables, es que esta declaración incluye al personal de servicios de salud, así como tiene lugar una mención específica

la obligación de los Estados de proveer a estos trabajadores de insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud.

De la misma forma, respecto a los derechos de las mujeres y niñas en sus hogares, recomienda la Corte IDH que, frente al aislamiento social que vivimos, se recalque el deber estatal de debida diligencia estricta y se implementen mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, reforzando la atención a las víctimas.

En el caso de las prisiones, la Corte recalca la necesidad de reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, dada la posición especial de garante del Estado. En el mismo sentido, recomienda velar por que se preserven las fuentes de trabajo.

Anotación especial merece la referencia a que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad. En otro segmento, promueve que se proteja particularmente la actividad de periodistas y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas las medidas que se adopten. Finalmente, pone en alerta a los Estados para combatir la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación.

En conjunto, la declaración avala que los Estados adopten decisiones restrictivas de derechos, considerando la coyuntura de la pandemia que afecta las sociedades, pero recuerda el deber importante e ineludible de la autoridad, de establecer medidas que respeten los lineamientos de los derechos humanos en concordancia con las obligaciones internacionales. En caso contrario, el camino queda habilitado —así lo deducimos— para que los excesos de poder, en estados de excepción, puedan ser objeto de control jurisdiccional.

## 4.2. Opiniones Consultivas OC-8/87 y OC-9/87, sobre *habeas corpus* y garantías judiciales

En otro ámbito de análisis, es pertinente mencionar el contexto de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH, contempladas en el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Tales opiniones, solicitadas por los Estados, no responden a un caso concreto puesto en conocimiento de la Corte con anterioridad, sino a directrices de interpretación de los derechos humanos, en concordancia con la CADH. En tal sentido, la Corte fija posiciones interpretativas a las que se han de dirigir los casos en los cuales tenga competencia la Corte IDH. En términos pragmáticos, la Corte indica cuál va a ser su posición interpretativa a futuro en la dilucidación de los casos vinculados a los derechos que interpreta.

Realicemos una breve referencia a dos Opiniones Consultivas de la Corte IDH respecto a las limitaciones de garantías. La primera es la Opinión Consultiva OC-8/87, de fecha 30 de enero de 1987, relativa al *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, en relación con los artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la CADH, opinión solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La consulta planteada fue la siguiente:

¿El recurso de hábeas corpus, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2 del artículo 27 de esa Convención, no puede suspenderse por un Estado Parte de la citada Convención Americana? (Corte IDH, 1987a, p. 3).

La Corte valora que los tratados deben interpretarse de buena fe, por lo tanto, la referencia a suspensión no debe entenderse en sentido estricto; igualmente, que la mención a suspensión se circunscribe a

casos de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenacen la independencia o la seguridad del Estado parte, y que existen derechos que no admiten suspensión, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la prohibición de esclavitud y servidumbre, entre otros.

Asimismo, precisa que tampoco comporta la noción de suspensión, una real suspensión del Estado de derecho, y, de esa forma, resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites, los cuales deben estar previamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción.

Entonces, corresponde a un juzgador autónomo e independiente verificar si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecúa a los términos en que el estado de excepción autoriza. Por lo tanto, el *habeas corpus* constituye una garantía judicial indispensable para la protección de varios derechos.

Concluye la Corte que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos, conforme al artículo 27.2, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.

En otro segmento de análisis, la Opinión Consultiva OC-9/87, de fecha 6 octubre de 1987, examina las garantías judiciales en estados de emergencia, en referencia a los artículos 27.2, 25 y 8 de la CADH. Tal opinión fue solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

Dicho país demanda que se interprete el alcance de la prohibición, contenida en la Convención, de suspender «las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos». Se inquiera que como incluso «en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del

Estado parte» (artículo 27.1) no es posible suspender «las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos», es necesario que la Corte dé su opinión en cuanto: a) la determinación de cuáles son «esas garantías judiciales indispensables», y b) la relación del artículo 27.2, en lo pertinente, con los artículos 25 y 8 de la Convención Americana.

La Corte considera que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de esta por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. Y si ese recurso existe, debe ser idóneo para determinar si ocurre una afectación a los derechos humanos cuya vulneración se denuncia.

De igual modo, enfatiza la importancia del concepto «debido proceso legal», el cual abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellas personas cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

Adicionalmente, considera aconsejable no tratar una enumeración exhaustiva de las garantías judiciales indispensables que no pueden ser suspendidas, pues ello dependerá, en cada caso, de un análisis del ordenamiento jurídico y la práctica de cada Estado parte, de cuáles son los derechos involucrados y los hechos concretos que motiven la indagación.

Finalmente, es conclusión de la Corte, en primer lugar, que:

[...] deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención (Corte IDH, 1987b, p. 11).

En segundo lugar, la Corte señala que:

También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos (Corte IDH, 1987b, p. 11).

Por último, como tercera conclusión, acota: «Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención» (Corte IDH, 1987b, p. 12).

La valoración conjunta de estos instrumentos arroja una conclusión importante: los estados de excepción no tienen por vocación la desaparición de los derechos fundamentales, pero la esfera de decisión al respecto no reside en los Estados, sino en los propios ciudadanos, para quienes es exigible conocer y hacer eficaces los instrumentos de defensa de los derechos protegidos por la CADH.

## **5. BALANCE DE REFLEXIONES FINALES**

Retomamos un concepto antes vertido: la COVID-19 no reconfigura los derechos fundamentales, sino tan solo los afecta temporalmente. Surge entonces el enorme reto de asumir que esa reducción de espacios de las libertades ciudadanas se realice y tenga lugar sin exclusión de los lineamientos que fijan la propia reciente declaración de la Corte IDH sobre la COVID-19, así como los alcances que fluyen de las Opiniones Consultivas OC-8/87 y OC-9/87, ambas referidas precisamente a limitaciones de derechos en tiempos de estados de excepción.

Una clave importante a tener en cuenta, a juicio nuestro, es la viabilidad de sometimiento a control de los actos de poder en relación con las limitaciones de los derechos ciudadanos protegidos por la Convención Americana, en la medida en que no es una facultad irrestricta de los Estados que, mediante el argumento de las limitaciones de los estados de excepción, se suspendan, anulen o minimicen los derechos básicos de los ciudadanos.

Sobre ello, el baremo de control para esos efectos son los propios instrumentos de la Corte IDH enunciados *supra*, los cuales asumen una naturaleza de elementos de valoración a ser tenidos en cuenta por las autoridades que restringen derechos y, de corresponder, es tarea del poder jurisdiccional determinar la compatibilidad de los actos de poder con los instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos.

Cuanto queremos enfatizar es que el solo hecho de constituir autoridad, en sentido formal, no otorga a los Gobiernos una facultad irrestricta para la delimitación restrictiva y excesiva de los derechos y libertades, sino que constituye un instrumento clave de análisis la determinación del nivel de intensidad en la afectación de los derechos ciudadanos. Bajo esa pauta, puede devenir la conducta del Estado ilegítima si se fijan restricciones incompatibles con los derechos humanos, y los baremos de evaluación al respecto parten de los lineamientos materiales de la declaración de la Corte IDH de abril de 2020, así como de las demás exigencias de procedimiento, esclarecimiento y balanceo de derechos que fluyen de las Opiniones Consultivas OC-8/87 y OC-9/87.

Entonces, es a ese ámbito de acción de directrices a donde corresponde el adecuado nivel de delimitación de las libertades ciudadanas, reservándose incluso al poder jurisdiccional —enfatizamos una vez más— la determinación del nivel propio de restricciones que corresponde materializar, en la medida en

que la justificación de una emergencia, alarma o calamidad que se enfrenta no basta para configurar un estado de excepción que, cual mecanismo *deus ex machina*<sup>1</sup>, avasalle los derechos ciudadanos, sino que la propia situación de excepción exige y demanda que sean concordados, en estricta justicia constitucional y de convencionalidad, los niveles de restricción de los derechos ciudadanos.

Asimismo, es precisamente en estas coyunturas extraordinarias en donde se pone a prueba la raigambre tuitiva del *Rule of Law* o Estado de derecho, pues en tiempos de normalidad —si cabe el término—, el nivel de ejercicio de los derechos puede alcanzar grados de protección relativamente amplios. Y, sin embargo, es cuando el ciudadano observa que no puede transitar libremente por el territorio nacional ni optar por una sana actividad de esparcimiento, o se le restringe incluso el derecho a trabajar libremente, cuando corresponde determinar si acaso la adopción de medidas ostenta un grado de irracionalidad, y el baremo para ello es que las restricciones a los derechos ciudadanos —cuales fuera su naturaleza— sean idóneas, necesarias y proporcionales.

Entonces, así como es inviable un libre albedrío ciudadano irrestricto en tiempos de paz o de excepción; si un caso lo amerita, es necesario un examen de control del nivel de limitación de las libertades esenciales, lo cual solo se puede lograr con instrumentos de protección de nuestros derechos, tanto en el rango nacional

---

1 La locución latina *deus ex machina* hace referencia, simbólicamente, a «un dios que baja de la máquina» (traducción de la expresión griega «ἀπὸ μηχανῆς θεός» (*apòmēchanéstheós*). Sus antecedentes se remontan al teatro griego y romano, cuando una grúa o máquina introducía, desde fuera de escena, a un actor que interpretaba a un dios para resolver una situación o asignar un giro a la trama. Entendemos aquí la figura que resuelve por la fuerza, irrazonablemente, una determinada situación.

como en el ámbito supranacional, este último elemento es de *ratio iuris* para la tutela de nuestras más preciadas libertades.

Por último, otra conclusión importante —ya reseñada— que esta pandemia nos deja es la exigencia de redefinir las generaciones de derechos fundamentales desde una nueva perspectiva unitaria. Se abandonaría así la idea de que los DESC son costosos, onerosos y que demandan ingente presupuesto público. Una visión de políticas públicas que reconfiguren los derechos fundamentales en una sola dimensión importaría nociones de exclusión de realización de los DESC por demandar mayores recursos y, de esa forma, derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales, a la par que derechos de solidaridad, tendrían un solo tratamiento principista de impulso en las políticas públicas de los Estados.

## REFERENCIAS

- Agamben, G. (2005). *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora. Recuperado de <http://geopolitica.iiec.unam.mx/sites/default/files/2017-08/Agamben%20Giorgio%20-%20Estado%20de%20excepcio%CC%81n%20-%20Adriana%20Hidalgo.pdf>
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales* (2.<sup>a</sup> ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú. Lima: 31 de octubre de 1993.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1987a). Opinión Consultiva OC-8/87, de fecha 30 de enero de 1987. El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- \_\_\_\_\_ (1987b). Opinión Consultiva OC-9/87, de fecha 6 octubre de 1987. Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

\_\_\_\_\_ (2020). Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20. COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. San José: 9 de abril de 2020.

Costa, F. (2005). Introducción. En Agamben, G. (2005). *Estado de excepción. Homo sacer, II, I* (pp. 5-7). Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora. Recuperado de <http://geopolitica.iiec.unam.mx/sites/default/files/2017-08/Agamben%20Giorgio%20-%20Estado%20de%20excepcio%CC%81n%20-%20Adriana%20Hidalgo.pdf>

Fix-Zamudio, H. (septiembre-diciembre, 2004). Los estados de excepción y la defensa de la Constitución. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (111), 801-860. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3805/4726>

Flores, C. (enero-junio, 2014). El estado de excepción en la época actual. *Apuntes Electorales. Revista del Instituto Electoral del Estado de México*, 13(50), 43-86. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6426349.pdf>

Fundación Myrna Mack (6 de junio de 2013). Estados de excepción y derechos humanos. Recuperado de <https://myrnamack.org.gt/images/stories/fmm/archivos/analisis/2013/estados%20de%20excepcin.pdf>

Infosalus (2019). OMS: el gasto en salud representa el 10 % del PIB mundial. Recuperado de <https://www.infosalus.com/actualidad/noticia-oms-gasto-salud-representa-10-pib-mundial-20190221111222.html>

Redacción Mundo (22 de mayo de 2020). Se rompe la barrera de los 5 millones de casos. *El Comercio*, p. A-12.