

LÍMITES CONVENCIONALES A LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y RESPUESTAS A LA PANDEMIA

*Marcos Antonio Vela Ávalos**

Introducción

El 11 de marzo del 2020, la COVID-19 fue declarada por la Organización Mundial de la Salud (en adelante “la OMS”) como una pandemia¹. Las reacciones estatales frente a la amenaza que representaba la enfermedad no se hicieron esperar y fueron de lo más variadas como restricciones migratorias, toques de queda, resguardo domiciliario, uso de tecnologías de geolocalización, etc. En América Latina fue común que los Estados recurrieran a decretar emergencias nacionales, emergencias sanitarias o estados de catástrofe. Pero, sin duda, hubo una especial inclinación por la adopción de decretos ejecutivos o presidenciales también “de

* Colaborador jurídico del área de inconstitucionalidades de la Sala de lo Constitucional, El Salvador; doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca, España; máster en Derecho Constitucional por la Universitat de València, España, y premio extraordinario del máster; graduado del XXXVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; capacitador del Consejo Nacional de la Judicatura y de la Procuraduría General de la República, El Salvador; docente de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, y argumentación jurídica y probatoria a niveles de pregrado y postgrado en universidades de El Salvador.

1 OMS. *COVID-19: cronología de la actuación de la OMS*, 27 de abril del 2020, disponible en <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

emergencia”, que constituían estados de excepción *de facto*², o por la adopción de estados de excepción *de iure*³.

Aunque el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la CADH”) y muchas constituciones de la región permiten que los Estados suspendan el ejercicio de ciertos derechos cuando se enfrenten a situaciones excepcionales, no se trata de una competencia irrestricta. Por el contrario, debido a su vocación para difuminar los confines entre la democracia y el absolutismo⁴, y a sus determinantes efectos perniciosos sobre el ejercicio de esos derechos, la adopción de estados de excepción y de la subsecuente suspensión debería estar –y lo está– sujeta a condiciones más estrictas que las de las limitaciones no excepcionales u ordinarias de dichos derechos. Por ello, la evaluación crítica del respeto a los estándares convencionales sobre la materia en las respuestas estatales a la pandemia se

2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, Resolución 1/2020, 10 de abril del 2020, p. 4; Gargarella, Roberto y Roa Roa, Jorge Ernesto. *Diálogo democrático y emergencia en América Latina*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Research Paper Series N° 2020-21, Alemania, 2020, p. 7; y Mendieta, David y Tobón-Tobón, Mary Luz. “La pequeña dictadura de la COVID-19 en Colombia: uso y abuso de normas ordinarias y excepcionales para enfrentar la pandemia”, en *Opinión Jurídica*, Volumen 19, N° 40, 2020, pp. 249 a 255.

3 Según la Organización de los Estados Americanos, este numeroso grupo está integrado por Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Venezuela. Organización de los Estados Americanos. *Suspensión de garantías recientes en materia de tratados multilaterales*, Departamento de Derecho Internacional (DDI), disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_suspencion_garantias.asp.

4 Cossio Sepúlveda, Diego León y Giraldo Urrego, Laura María. “El estado de excepción como norma. Una mirada crítica a propósito de la emergencia generada por la COVID-19”, en *Opinión Jurídica*, Volumen 19, N° 40, 2020, p. 284.

muestra como una necesidad, pues permite detectar los errores recurrentes en su manejo y evitar la reincidencia.

Debido a la situación problemática antedicha, esta investigación tiene por objeto determinar cuáles son los límites que la Convención Americana impone para la adopción de los estados de excepción y suspensión del ejercicio de ciertos derechos humanos, y cuáles de ellos –y en qué manera– han sido inobservados por los Estados de América Latina al responder a la pandemia por la COVID-19. Así, es un artículo encaminado a contrastar el “deber ser” impuesto por la CADH y el “ser” constituido por los cursos de acción de dichos Estados. Esto no solo desde una perspectiva descriptiva, sino también crítica.

I. Estados de excepción, constitucionalismo latinoamericano y CADH

Desde sus orígenes, el constitucionalismo latinoamericano hizo suyas las ideas sobre las situaciones de emergencia y los medios para superarlas: la declaratoria de regímenes de excepción, la “suspensión de garantías” o, en casos extremos, los estados de sitio⁵. A la primera se le califica más sencillamente como régimen o estado de excepción; y los últimos, no contenidos en todas las constituciones regionales (por ejemplo, la de El Salvador no los prevé⁶), se circunscriben a hechos que pongan en peligro la soberanía estatal o que supongan fuerza o violencia, y habilitan para responder a ellos también por la

5 Fix-Zamudio, Héctor. “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXVII, N° 111, 2004, p. 806; y Quiroga Lavié, Humberto. *Derecho Constitucional Latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, pp. 244 a 261.

6 La Constitución de la República de El Salvador solo contiene la regulación del régimen de excepción (artículos 29 a 31).

fuerza⁷. Al igual que dichas constituciones, la Convención Americana prevé en su artículo 27.1 que:

En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Cuando en los textos constitucionales y la CADH se habla de “suspensión de garantías” en los regímenes de excepción, se alude –con más precisión técnica– a la suspensión del ejercicio de ciertos derechos humanos o fundamentales⁸. Las razones son elementales: por un lado, es común que se distingan los derechos de sus garantías entendiéndose que los primeros son las facultades, los poderes de actuación o las expectativas positivas o negativas de una persona; las segundas son aquello

7 Cruz Villalón, Pedro. “El nuevo Derecho de excepción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 2, 1981, pp. 100 a 103.

8 Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión Consultiva 8/87, 30 de enero de 1987, párr. 18. Véase: a) Corte de Constitucionalidad de Guatemala: Expedientes acumulados 1079-2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011 y 2863-2011, sentencia del 12 de noviembre del 2013; b) Sala de lo Constitucional de El Salvador: Inconstitucionalidad 15-96 AC, sentencia del 14 de febrero de 1997, e Inconstitucionalidad 21-2020 AC, sentencia del 8 de junio del 2020; c) Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-466 de 2017, del 19 de julio del 2017 (aquí no es dicho de forma expresa, pero es dado a entender); d) Corte Constitucional del Ecuador: Dictamen N° 7-20-EE del 27 de diciembre del 2020; y e) Tribunal Constitucional de Perú: EXP. N° 00002-2008-PI/TC, sentencia del 9 de septiembre del 2009, párr. 23, y EXP. N° 00964-2018-PHC/TC, sentencia del 24 de noviembre del 2020, párr. 7.

que los asegura y afianza (obligaciones correlativas y garantías judiciales)⁹. Por tanto, sería impropio decir que esas garantías son suspendidas pues no se exceptúan; por otro lado, no puede hablarse de suspensión de derechos humanos sino de suspensión en su ejercicio, pues ellos son ínsitos a la persona y no pueden serle sustraídos de su esfera por ningún acto de autoridad estatal¹⁰.

Ahora bien, ni esas constituciones ni la Convención Americana definen qué debe entenderse por “suspensión”. De hecho, en la CADH se usan términos distintos para referirse a diferentes modos de intervención en los derechos humanos: restricción (artículos 12.2, 13.3, 15, 16.2, 16.3, 22.3, 22.4 y 30), limitación (artículos 12.3, 29 y 32.2) y suspensión (artículo 27). En los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”) se advierte una especie de aparejamiento entre las restricciones y limitaciones de derechos¹¹, mientras que hay una tendencia por diferenciar esos dos conceptos del de su suspensión¹². Pero su distinción

9 Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Trotta, España, 2009, pp. 45 a 52; y Ferrajoli, Luigi. *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, traducción de José Manuel Revuelta, Trotta, España, 2016, pp. 55 a 60.

10 Véase Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, párr. 18.

11 Corte IDH. *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva 6/86, 9 de mayo de 1986, párr. 18; Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de febrero del 2003, párr. 116; Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva 5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 65; y Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto del 2017, párr. 103, entre otras.

12 Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, párr. 18; y Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 4 de julio del 2007, párr. 47.

conceptual es vaga. No obstante, en el contexto de la pandemia la Sala de lo Constitucional salvadoreña emitió una sentencia interesante en lo que respecta a este punto. Se trata de la Inconstitucionalidad 21-2020 AC¹³, en la que expuso que

[l]a diferencia entre ambas figuras descansa en que la consecuencia de la limitación de un derecho fundamental es la supresión de una de sus posiciones jurídicas, pero sin incidir en el resto; en cambio, la suspensión de un derecho fundamental, en un régimen de excepción, suprime sustancialmente determinadas posiciones jurídicas de ese derecho, pero excepcionalmente quedan permitidas ciertas modalidades de ejercicio. Es decir que, en síntesis, en la primera la regla general es la posibilidad de ejercicio del derecho y la excepción es su no ejercicio (o su restricción o limitación), mientras que en la segunda la regla general es el no ejercicio y la excepción es la posibilidad de ejercer algunas de sus manifestaciones.

Esta conceptualización explicaría por qué todos los estados de excepción decretados durante la pandemia, ya fueran *de iure* o *de facto*, supusieron el establecimiento de reglas generales de no ejercicio de determinados derechos humanos y reglas excepcionales que sí permitían ejercerlos. Para el caso, muchos países optaron por cuarentenas o resguardos domiciliarios obligatorios (regla general de no ejercicio de la libertad de circulación), pero habilitaron que las personas pudieran salir de sus residencias en ciertas situaciones expresamente previstas tales como compra de víveres, trabajadores de servicios públicos esenciales, etc.

Dada esa especial manera de afectar a los derechos humanos (suspensión de ejercicio), la adopción de estados de excepción

13 Sala de lo Constitucional. *Inconstitucionalidad 21-2020 AC*, sentencia del 8 de junio del 2020, El Salvador, pp. 12 a 19.

está sujeta a límites. Esos límites pueden ser constitucionales o convencionales, según la norma que los prevé: Constitución o Convención Americana. Los primeros obedecen a la intención constituyente de restringir la acción del Órgano Ejecutivo frente a las crisis pues, aunque requieren de alguna respuesta, no habilitan para adoptar cualesquiera cursos de acción; en especial, aquellos que supongan abusos de poder en perjuicio del Estado de derecho, la democracia o los derechos fundamentales o humanos¹⁴. Del lado de los segundos, se ha dicho que del artículo 27 de la CADH “podemos apreciar los estrictos requisitos que rodean a estas situaciones de excepción y la imposición de deberes internacionales que influyen sobre la prudencia de los Estados parte antes de adoptar estas medidas de extrema gravedad”¹⁵.

La lógica detrás de esos límites es muy simple. En una región como Latinoamérica, históricamente caracterizada por sistemas presidencialistas o hiperpresidencialistas cuya nota principal es el predominio –a veces desmedido– del Órgano Ejecutivo (presidente) sobre el Legislativo¹⁶, los estados de excepción

14 Véase Garrido López, Carlos. “Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 110, 2017, p. 48; Cruz Villalón, Pedro. “Estado de excepción”, en Aragón, Manuel (coordinador), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Civitas, España, 2001, pp. 234 a 236; y Rebato Peño, María Elena. “El derecho a la libertad y seguridad personal”, en García Guerrero, José Luis (director), *Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, Tirant lo Blanch, España, 2013, p. 118.

15 Onaindia, José Miguel. “La suspensión de garantías judiciales según la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*, N° 33, 1991, p. 432.

16 Bernal Pulido, Carlos. *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2018, pp. 46 y 47; Bernal Pulido, Carlos. “Democracia y globalización en América Latina”, en Ramírez Cleves, Gonzalo A. (editor), *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007, pp. 222 y 223; y Loewenstein, Karl.

pueden constituir una severa tentación para mandatarios ansiosos de acrecentar su poder o de concentrarlo. De hecho, estudios realizados durante la pandemia por la COVID-19 afirman que no debemos olvidar que los países de América Latina tienen una historia de “poderes de emergencia que fueron adoptados rápidamente en tiempos de crisis y luego retenidos por las autoridades ejecutivas, incluso muchos años después de que la crisis se hubiera desvanecido por completo”¹⁷.

En efecto, en la región muchos estados de excepción se han tergiversado por Gobiernos de corte autoritario, los cuales han (ab)usado de estos para lograr fines que les son ajenos. En lugar de defender al Estado democrático, los derechos y el orden constitucional, han servido para socavarlos¹⁸. Así, no ha sido infrecuente que se recurra a diversas argucias para convertir a los estados de excepción en el paradigma de gobierno¹⁹. Y pareciera que la pandemia “revivió” a esos fantasmas del autoritarismo e hiperpresidencialismo, pues algunos Gobiernos encontraron en esta la excusa perfecta y el argumento ideal: debía cederse más poder a los presidentes para que pudieran tutelar eficazmente los derechos a la vida y la salud, incluso si eso significaba la violación de otros. Una auténtica paradoja, pues los derechos sirven como argumento para limitar al poder, no para permitir

Teoría de la Constitución, 2ª ed., traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, España, 1979, pp. 130 y 131.

17 Gargarella, Roberto y Roa Roa. Jorge Ernesto, *Diálogo democrático...*, p. 5.

18 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Marcial Pons, España, 2013, p. 998.

19 Véase Agamben, Giorgio. *State of exception*, traducción al inglés de Kevin Attell, The University of Chicago Press, Estados Unidos, 2005, pp. 1 a 31; y Silva Echeto, Víctor. “Deconstrucción de la libertad de expresión: archivos y estados de excepción”, en Suárez Villegas, Juan Carlos (editor), *La libertad de expresión en España y Latinoamérica*, Dykinson, España, 2011, pp. 26 a 36.

abusos o acrecentarlo²⁰. Tales Gobiernos emplearon un efectivo discurso de apelación al miedo para conducir la opinión pública²¹ y obtener la siempre ansiada “licencia” o “permiso” proveniente de sus ciudadanos, ya que su ausencia es apreciada como un veto público *de facto*²².

Pues bien, aquí son de interés los límites convencionales a la adopción de estados de excepción y suspensión del ejercicio de ciertos derechos. Estos son numerosos, pero con ánimo sintético puede decirse que se resumen en:

- a) Solo tienen cabida en las situaciones excepcionales previstas en el artículo 27.1 de la Convención Americana; es decir, guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad de un Estado parte²³.
- b) En ningún caso pueden suspenderse las categorías referidas en el artículo 27.2 de la CADH; esto es, los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida y a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; el principio de legalidad y la prohibición de retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la

20 Véase Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*, 4ª impresión, Astrea, Argentina, 2013, pp. 481 y 482. Nino afirma que “[e]l desconocimiento de los derechos y garantías [...] casi nunca se presenta como una negativa lisa y llana a su validez, sino a través de planteos sobre su carácter ‘relativo’; el hecho de que deben ceder ante consideraciones de ‘bien común’; la necesidad de ‘reglamentar su ejercicio’; la de dar lugar al ‘poder de policía’ que tiene el gobierno; la de impedir los ‘abusos’ de tales derechos, o la de atender a situaciones de ‘emergencia’ en que el ‘ser nacional’ está en peligro”.

21 Véase Sunstein, Cass R. *Laws of fear. Beyond the precautionary principle*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2005, p. 89; y Elster, Jon. *Explaining social behavior. More nuts and bolts for the social sciences*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2007, pp. 380 a 385.

22 Sunstein, Cass R. *The ethics of influence. Government in the age of behavioral science*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2016, p. 117.

23 Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, párr. 19.

protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos de la niñez; el derecho a la nacionalidad; y los derechos políticos o las garantías judiciales indispensables para su protección. Dichas garantías no han sido enumeradas taxativamente por la Corte IDH, pero se ha entendido que se trata de cualquier recurso efectivo ante jueces o tribunales destinado a asegurar el respeto de los derechos y las libertades cuya suspensión no es permitida por la Convención Americana (ejemplos: amparo y *habeas corpus*), así como los procedimientos judiciales previstos en el derecho interno de los Estados parte que sean inherentes a la forma democrática y representativa de Gobierno, idóneos para asegurar el pleno ejercicio de los derechos referidos en el artículo 27.2 de la CADH, y cuya supresión o limitación suponga la indefensión de tales derechos²⁴.

- c) Su adopción y duración deben ser proporcionales²⁵. Por ello, se dice expresamente que están condicionados “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”, según el artículo 27.1 de la Convención Americana, lo que para la Corte IDH significa que dependen “del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella”²⁶.
- d) Las disposiciones adoptadas no deben ser incompatibles con las obligaciones internacionales que les son impuestas a los Estados ni deben conducir a alguna forma de discriminación, como lo señala el artículo 27.1 de la CADH²⁷. Aquí cabe

24 Corte IDH. Opinión Consultiva 9/87, 6 de octubre de 1987, párrs. 20 a 40.

25 López Olvera, Miguel Alejandro. “Garantías en los estados de emergencia”, en *Foro. Revista de Derecho*, N° 13, 2010, p. 92.

26 Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, párr. 22.

27 López Olvera, Miguel Alejandro. “Garantías en los estados de emergencia”..., p. 92.

apuntar que las categorías enunciadas en este son –al igual que las del artículo 1.1– solamente ilustrativas, no taxativas, pues lo relevante no es la causa motivacional sino la discriminación resultante²⁸.

Tomando como base estos límites, en el apartado que sigue se describirán y criticarán –conforme con los estándares de la Convención Americana– las respuestas a la pandemia por parte de los Estados latinoamericanos que adoptaron regímenes de excepción.

II. Estados de excepción como respuesta a la pandemia: decisiones inconvencionales

Como se anticipó en la introducción, muchas de las respuestas estatales frente a la pandemia en la región consistieron en estados de excepción y suspensión del ejercicio de ciertos derechos. Según la información que recoge la Organización de los Estados Americanos en aplicación del artículo 27.3 de la CADH²⁹, la lista de Estados que suspendieron el ejercicio de derechos humanos en el contexto referido en al menos una ocasión está conformada por Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Venezuela³⁰. En lo que sigue se explicarán y analizarán críticamente dichas medidas a la luz de la Convención Americana.

28 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de octubre del 2012, párr. 47; y Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de febrero del 2012, párr. 78.

29 Esto puede encajarse en lo que Beitz llama un (objetable) rol de los Estados como garantes del desempeño de los otros Estados respecto de los derechos humanos. Véase Beitz, Charles R. *La idea de los derechos humanos*, traducción de Hugo Omar Seleme y Cristián A. Fatauros, Marcial Pons, España, 2012, p. 154.

30 Organización de los Estados Americanos. *Suspensión de garantías recientes en materia de tratados multilaterales...*

1. Primera inconventionalidad: exceso en los derechos humanos cuyo ejercicio fue suspendido

El catálogo de derechos humanos cuyo ejercicio no puede ser suspendido está expresamente previsto en el artículo 27.2 de la CADH, tal como se mencionó en el apartado I. Tampoco pueden suspenderse “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. Muchos de los Estados latinoamericanos –en el contexto de sus respectivos regímenes de excepción– decretaron cuarentenas domiciliarias, resguardos domiciliarios o toques de queda obligatorios, exceptuando algunos supuestos donde sí era posible circular como en el caso de las personas que ejercen periodismo, la compra de víveres, el acceso a la salud, los servicios públicos esenciales y su personal, etc. O bien, bajo criterios tales como el número de terminación de sus documentos de identificación. Tómense como ejemplo a El Salvador³¹, Bolivia³², Argentina³³, Perú³⁴ o Colombia³⁵.

31 Misión Permanente de El Salvador ante la Organización de los Estados Americanos. *MPOEA-OEA-024/2020*, Washington, D. C., 31 de marzo del 2020, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_El_Salvador_MPOEA-OEA-024-2020.pdf

32 Misión Permanente del Estado Plurinacional de Bolivia ante la Organización de los Estados Americanos. *MPB-OEA-NV089-20*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Washington, D. C., 30 de marzo del 2020, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Bolivia_nota_No_NV089-20.pdf

33 Misión Permanente de la República Argentina ante la Organización de los Estados Americanos. *OEA 042*, Washington, D. C., 1 de abril del 2020, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Argentina_nota_No_42-2020.pdf

34 Representación permanente del Perú ante la Organización de los Estados Americanos. *Nota N° 7-5-M/ 047*, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Peru_nota_No_7-5-M-047-2020.pdf

35 Misión Permanente de Colombia ante la Organización de los Estados Americanos. *MPC/OEA N° 591/2020*, disponible en <http://www.oas.org/es/sla/>

La restricción a la libre circulación no puede reputarse automáticamente como inconventional, pues al menos *prima facie* encaja dentro de los derechos humanos cuyo ejercicio puede suspenderse durante un régimen de excepción. El problema es que los Estados que adoptaron las medidas referidas en el párrafo anterior, no repararon en la interdependencia que hay entre la libertad de tránsito y las posibilidades reales de hacer uso de las garantías judiciales indispensables³⁶, ya que las normas procesales usualmente exigen la presentación por escrito y en la secretaría de algún tribunal las demandas de –por ejemplo– *habeas corpus* y amparo. En tal sentido, el problema de esta clase de suspensiones consistiría en una desproporción por deficiencia³⁷ debido a que las cuarentenas, los aislamientos o los resguardos domiciliarios no fueron aparejados con prestaciones que satisficieran las expectativas positivas que derivan de tales garantías y de la protección judicial –artículos 8 y 25 de la Convención Americana–, como una excepción expresa para salir a presentarlas o para hacerlo a través de vías alternativas de presentación.

Puede tomarse el caso de El Salvador como ejemplo. En dicho país se adoptó una cuarentena domiciliar obligatoria³⁸. La consecuencia de infringirla era perniciosa para las personas,

[ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Colombia_nota_MPC-OEA_No_591_1-2020.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Colombia_nota_MPC-OEA_No_591_1-2020.pdf)

36 Véase Cruz Parceró, Juan Antonio. *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, pp. 93 a 95.

37 Véase Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Argentina, 2009, pp. 319 a 368.

38 Bolaños, Margarita. *La cuarentena obligatoria termina en El Salvador. Esto es lo que debes saber para evitar el contagio de covid-19*, La Prensa Gráfica, El Salvador, 14 de junio del 2020, disponible en <https://www.laprensagrafica.com/covid-19/La-cuarentena-obligatoria-se-termina-en-El-Salvador.-Esto-es-lo-que-debes-saber-para-evitar-el-contagio-de-covid-19-20200614-0023.html>

pues consistía en ser enviadas a un centro de contención para que estuvieran confinadas. De manera que ni las personas en cuarentena domiciliar ni las que fueron conducidas a dichos centros podían cumplir con la exigencia de la Ley de Procedimientos Constitucionales, de presentar en escrito físico las demandas de amparo y *habeas corpus*. Sin embargo, la Sala de lo Constitucional exceptuó la regla procesal mencionada y permitió que tales demandas fueran enviadas a su correo electrónico institucional, bajo el argumento de que durante un régimen de excepción “el rechazo liminar de solicitudes presentadas por correo electrónico en lugar de las formas originalmente aceptadas, crearía desaliento para que las personas ejercieran su derecho a la protección jurisdiccional”, dando primacía a tal derecho sobre las formas procesales³⁹.

En el examen crítico de situaciones como la descrita hay que recordar que no basta con que existan formalmente los “recursos judiciales” a los que se refiere el artículo 25.1 de la CADH, sino que también es imprescindible que sean efectivos⁴⁰. En palabras de la Corte IDH,

la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y

39 Véase Sala de lo Constitucional. *Habeas corpus 148-2020*, resolución de admisión de 26 de marzo del 2020, El Salvador, pp. 1 a 4.

40 Véase Robledo, Federico Justiniano. “Las garantías judiciales como vías de tutela de los derechos fundamentales en estados de emergencia (in)constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Volumen 8, N° 2, 2010, pp. 274 y 275.

proveer lo necesario para remediarla. *No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios*. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial⁴¹.

2. Segunda inconveniencia: medidas desproporcionadas

El segundo error común por parte de los Estados de la región fue la desproporción de muchas de las suspensiones de derechos humanos. A pesar de que la Corte IDH misma ha reconocido que “[l]a suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática”⁴², el uso de ese poder debe ser siempre proporcional⁴³. En el caso específico de los estados de excepción, el principio de proporcionalidad invita a adoptar acciones “en la medida y por el

41 Corte IDH, *Opinión Consultiva 9/87...*, párr. 24 (Nota: Las itálicas son del autor); Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala* (Fondo), sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 235.

42 Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, párr. 20.

43 Tobón-Tobón, Mary Luz y Mendieta-González, David. “Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano”, en *Opinión Jurídica*, Volumen 16, N° 31, 2017, p. 79.

tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”, según el artículo 27.1 de la Convención Americana⁴⁴.

Dicho principio se concreta en un examen de cualesquiera medidas que intervengan en un derecho. Tal examen, en su vertiente de prohibición de exceso, se compone de tres escaños: a) idoneidad, b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁴⁵. Básicamente, esto significa que dichas medidas “deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse”⁴⁶.

Partiendo de ese esquema conceptual puede advertirse que, ciertamente, hubo muchas medidas desproporcionadas durante los estados de excepción. La primera fue la de las suspensiones al ejercicio de la libre circulación por períodos desmesurados. Si según los datos médicos la COVID-19 tiene un período máximo de incubación de catorce días⁴⁷, resulta difícil justificar que fueran idóneas las cuarentenas, resguardos o aislamientos domiciliarios que superaron la barrera temporal de los 120 días, como en Argentina⁴⁸, toda vez que la idoneidad exige que las

44 Véase CIDH. *Pandemia y derechos humanos...*, p. 9.

45 Véase Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 20 de noviembre del 2009, párr. 49; y Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de mayo del 2008, párr. 58.

46 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto del 2004, párr. 132.

47 OMS. *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, disponible en <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses#:~:text=%C2%BFCu%C3%AInto%20tiempo%20transcurre%20entre%20la,entre%201%20y%2014%20d%C3%ADas>

48 Smink, Verónica. *Coronavirus en Argentina: los efectos que está teniendo la*

intervenciones en los derechos tengan una base objetiva⁴⁹. En un contexto pandémico, esa base debería provenir de la ciencia y de la medicina, no de un discurso de terror pues si el estado de excepción es usado como único o principal recurso, entonces no tiene nada de excepcional. Por ello, se ha insistido en que los “estados excepcionales deben ser el último recurso en el sistema constitucional en situaciones previas a una ruptura institucional. La excepcionalidad debe ser triple: de decreto, contenido y tiempo. Se decreta cuando no hay otra forma de resolver la crisis: las medidas deben ser adecuadas, necesarias y proporcionadas para resolverla, y deben ser absolutamente limitadas a esa resolución”⁵⁰.

La segunda desproporción provino de los excesos y abusos en el empleo de la fuerza y el poder punitivo por el incumplimiento del aislamiento domiciliario. El ejemplo más palpable de este manejo inconvencional de la emergencia es el caso de Chile, donde se llegó a aprobar hasta cinco años de prisión por infringir dicho aislamiento⁵¹. Del escaño de necesidad del principio de proporcionalidad deriva la exigencia de que se utilice, de entre todos los medios de igual o mayor idoneidad que el adoptado, aquel que sea menos lesivo para los derechos

cuarentena más larga del mundo sobre los argentinos, BBC News Mundo, Argentina, 21 de agosto del 2020, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53857858>

49 Véase Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*, 5ª reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2008, p. 71.

50 Leite Sampaio, José Adércio y Costa Assis, Christiane. “Emergencia y restricciones de derechos constitucionales en Brasil y en el mundo”, en *Opinión Jurídica*, Volumen 19, N° 40, 2020, p. 190.

51 Montes, Rocío. *El Congreso de Chile endurece las penas por violar la cuarentena hasta con cinco años de prisión*, El País, Santiago de Chile, 17 de junio del 2020, disponible en <https://elpais.com/sociedad/2020-06-18/el-congreso-de-chile-aprueba-penas-de-hasta-cinco-anos-de-prision-a-quien-viole-la-cuarentena.html>

humanos⁵². En el ámbito punitivo, tal exigencia toma la forma del principio de mínima intervención, según el cual solo debe recurrirse en *ultima ratio* al derecho penal. Así, no parece ser necesario el uso de la prisión por desobedecer a las normas de confinamiento pues otras medidas –como las multas– tienen un efecto disuasorio también idóneo, pero menos pernicioso. Esta pena también podría ser desproporcionada en sentido estricto, al ser considerablemente alta en comparación con la de otros delitos que violan bienes jurídicos de similar importancia⁵³.

Lo antedicho sin perjuicio de lo criticable de las medidas sancionatorias dictadas por vía de decreto ejecutivo sin respaldo legal alguno. En ello, además de una desproporción también existía una violación a la reserva de ley prevista en el artículo 22.3 de la CADH⁵⁴.

3. Tercera inconvencionalidad: medidas discriminatorias

El artículo 27.1 de la CADH, parte final, impone la obligación de no adoptar medidas que “entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Como se dijo en el apartado II.2,

52 Véase Clérico, Laura. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp. 39 a 43.

53 Véase Vidal Prado, Carlos y Delgado Ramos, David. “Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 92, 2011, p. 263. El caso que citan Vidal y Delgado puede compararse con el que se ha descrito.

54 Sobre la reserva de ley, véase Müller, Friedrich. *La positividad de los derechos fundamentales*, traducción de Alberto Oehling de los Reyes, Dykinson, España, 2016, pp. 64 a 67.

este es un listado no taxativo. La Corte IDH ha caracterizado a la no discriminación como parte del *jus cogens* del derecho internacional⁵⁵, y ha establecido “la diferencia entre ‘distinciones’ y ‘discriminaciones’, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos”⁵⁶. En tal sentido, la CADH no prohíbe que se hagan distinciones sino que únicamente prohíbe las diferenciaciones arbitrarias.

Pero esta prohibición no debe asociarse solamente a las discriminaciones directas, como en los supuestos en que algunas normas expresamente dejan fuera o incluyen únicamente a un grupo determinado. La Corte IDH también ha reconocido la posibilidad de que se efectúe discriminación indirecta y por ello es que ha dicho que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”, así como también deben de proteger a las personas de “actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”⁵⁷.

Puede decirse que hubo dos categorías de personas que resultaron indirectamente discriminadas con las medidas suspensivas del ejercicio de ciertos derechos humanos, en

55 Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de junio del 2005, párr. 184.

56 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») Vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 noviembre del 2012, párr. 285.

57 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de agosto del 2010, párr. 271.

especial las cuarentenas domiciliarias: migrantes y pobres. En ambos casos hay un factor común en América Latina: por regla general, estas personas se dedican al trabajo o comercio informal. O bien, se dedican a empleos formales que resultaron sensiblemente afectados por esas medidas (industria hotelera, restaurantes o construcción)⁵⁸. De manera que esto contribuyó enormemente a agudizar las problemáticas con que usualmente se enfrentan y a que muchas de las acciones alternativas que se adoptaron les resultaran irrelevantes, como el teletrabajo. Así, “la existencia de un gran sector informal donde el teletrabajo no es una opción real incide en que en los países correspondientes la proporción de actividades que se pueden ejecutar a distancia sea más bajas”⁵⁹.

En tal sentido, se echó de menos que los Estados atendieran a los estándares interamericanos relacionados con las personas en condición de pobreza y los migrantes⁶⁰. No solo en cuanto a no discriminarles, sino también en cuanto al deber de promoción y protección, y su exigencia correlativa de equiparación en el disfrute real de los derechos humanos⁶¹, lo que normalmente supone prestaciones o acciones afirmativas. El Salvador merece una valoración positiva en relación con este aspecto, pues creó un Programa de Emergencia Sanitaria y distribuyó paquetes

58 Véase Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Informe sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, Chile, 2020, p. 13.

59 Weller, Jürgen. *La pandemia del COVID-19 y su efecto en las tendencias de los mercados laborales*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Chile, 2020, p. 13.

60 En especial los sentados el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Véase Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva 18/03, 17 de septiembre del 2003.

61 De Asís Roig, Rafael. “Derechos humanos, inmigración y solidaridad razonable”, en Miraut Martín, Laura (editora), *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, España, 2004, p. 68.

alimenticios en básicamente todo el territorio nacional. Este programa se enfocó en las familias de sectores vulnerables, aunque no fue exclusivo para ellas⁶².

En los países en que no se previeron medidas paliativas, la merma económica luego pudo verse reflejada en el disfrute de los demás derechos humanos, ya que la disminución sensible de los ingresos incide negativamente en la posibilidad de satisfacer las prestaciones que exigen los derechos sociales⁶³. Para el caso específico de las afectaciones en el contexto de la pandemia, pueden citarse la imposibilidad de adquirir insumos médicos como mascarillas o alcohol, de poseer acceso a internet para la educación no presencial o el teletrabajo o, inclusive, cuestiones elementales para la supervivencia como la alimentación y el agua potable imprescindible para acatar una de las recomendaciones básicas para la prevención de la COVID-19: el lavado de manos. Sobre esto se ha dicho que:

En América Latina, como en otras áreas del mundo, el principal consejo médico ofrecido por las autoridades políticas frente a la crisis de COVID-19 fue lavarse las manos regularmente y quedarse en casa. Lamentablemente, ambos consejos representan demandas de imposible cumplimiento en el contexto de profundas desigualdades sociales y económicas. De hecho, en la mayoría de los países latinoamericanos, millones

62 Programa de Emergencia Sanitaria. *Gobierno entrega paquetes alimentarios a salvadoreños desde mayo de 2020 y sigue llevando el beneficio a las familias más vulnerables del país*, Gobierno de El Salvador, 10 de febrero del 2021, disponible en <https://www.presidencia.gob.sv/gobierno-entrega-paquetes-alimentarios-a-salvadorenos-desde-mayo-de-2020-y-sigue-llevando-el-beneficio-a-las-familias-mas-vulnerables-del-pais/>

63 Häberle, Peter. *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*, traducción de Jorge Luis León Vásquez, Palestra Editores, Perú, 2019, p. 132; y Añón, María José. *Igualdad, diferencias y desigualdades*, 1ª reimpression, Fontamara, México, 2008, p. 102.

de personas enfrentan serias dificultades para acceder al agua limpia. Además, en vastas áreas de la región, los miembros de grupos desfavorecidos viven en condiciones de hacinamiento de cinco a diez personas en la misma habitación. Bajo estas circunstancias, quizás el mejor consejo médico hubiera sido justo lo opuesto al ofrecido entonces, tal vez uno como este: “sal de tu lugar y toma un poco de aire fresco en un parque”⁶⁴.

A las dificultades experimentadas por las personas migrantes o en condición de pobreza habría que agregar las de quienes, por cuestiones intersectoriales o interseccionales, sufrieron más agudamente las medidas adoptadas durante los estados de excepción. A manera de ejemplo, este sería el caso de mujeres migrantes y en condición de pobreza que fungen como cabeza de hogar. Esta clase de supuestos hacen intuir que muchas de esas medidas tuvieron un sesgo clasista, xenófobo o de género que dificultó o imposibilitó el goce de los derechos humanos de muchas personas. De la misma forma, hace pensar en que su encaje con los estándares de la Convención Americana y la Corte IDH es virtualmente inviable.

Conclusiones

De acuerdo con lo dicho, es posible concluir que la declaratoria de estados de excepción y la suspensión del ejercicio de los derechos humanos es una competencia estatal sujeta a límites constitucionales y convencionales. En lo que respecta a los segundos, estos vienen representados por: a) lo excepcional de las situaciones que habilitan para hacer uso de ese poder (artículo 27.1 de la CADH); b) la imposibilidad de suspender las categorías del artículo 27.2 de la misma; c) su vinculación

⁶⁴ Gargarella, Roberto y Roa Roa, Jorge Ernesto. *Diálogo democrático...*, p. 13.

con el principio de proporcionalidad; y d) el deber estatal de respetar sus obligaciones internacionales y la prohibición de adoptar medidas discriminatorias (artículo 27.1 de la CADH).

Aunque el control de convencionalidad debió haber conducido a que los Estados observaran estos límites y el resto de estándares interamericanos sobre derechos humanos⁶⁵, lo cierto es que hubo un grupo numeroso de medidas inconvencionales en el contexto de los estados de excepción decretados por la pandemia de la COVID-19. La primera de estas se vincula con un exceso en sus alcances. En principio, un régimen de excepción no puede llevar a la suspensión de las garantías judiciales indispensables para tutelar los derechos humanos. Pero muchos países no repararon en que las cuarentenas, confinamientos o aislamientos domiciliarios incidían perniciosamente en las posibilidades reales de las personas para hacer uso de esas garantías. Esto produjo que algunos tribunales constitucionales tuvieran que recurrir a exceptuar sus reglas procesales para abrir vías alternativas de solución al problema, permitiendo –a manera de ejemplo– la presentación de demandas por correo electrónico.

El segundo caso de medidas inconvencionales está representado por muchos cursos de acción violatorios del principio de proporcionalidad. Este fue el supuesto de las cuarentenas, confinamientos o aislamientos domiciliarios que tuvieron una duración desmedida, pues ello choca frontalmente con el subprincipio de idoneidad y su exigencia de tomar decisiones con bases objetivas; es decir, en el caso de una

⁶⁵ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Volumen 9, N° 2, 2011, pp. 568 a 582; y García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coordinadores), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013.

pandemia, con fundamento en la ciencia y la medicina. Esto puede considerarse incompatible con el requisito de duración por “el tiempo estrictamente [limitado] a las exigencias de la situación” (artículo 27.1 de la Convención Americana). También fue el escenario observado en el (ab)uso de la fuerza y del poder punitivo estatal, en aquellos Estados en que se establecieron penas de prisión por el incumplimiento de las normas de confinamiento.

El último caso es el de las medidas que de manera indirecta constituyeron acciones discriminatorias. Las cuarentenas domiciliarias fueron especialmente perjudiciales para las personas en condición de pobreza y los migrantes, quienes usualmente se dedican al trabajo informal o en sectores formales que fueron sensiblemente afectados por ellas como hoteles, restaurantes o construcción. La merma económica que esto produjo se refleja negativamente en la posibilidad de disfrutar de otros derechos, máxime derechos sociales como la salud y educación. Puede estimarse que en casos extremos inclusive pudo afectar la asequibilidad de cuestiones elementales para la supervivencia, como la alimentación y el agua potable imprescindible para acatar una de las recomendaciones básicas para la prevención de la COVID-19: el lavado de manos. A esto se suman los supuestos de afectación intersectorial e interseccional.

Este examen crítico de las medidas tomadas durante los regímenes de excepción que se proliferaron por toda América Latina, incapaz de hacer frente a la pandemia por vías menos autoritarias y más democráticas, debe conducir a reevaluar los cimientos mismos sobre los que se ha construido nuestra sociedad: una larga historia de autoritarismo, débiles controles constitucionales e institucionalidad, y profundas desigualdades económicas y sociales. Pero tal reflexión no debe causar desaliento. Únicamente debe reafirmarnos lo evidente. Por citar

a la Sala de lo Constitucional de El Salvador⁶⁶: “Los derechos humanos no son un obstáculo para hacer frente a la grave amenaza de esta pandemia; son el único camino posible para las acciones estatales dirigidas a lograrlo”.

66 Sala de lo Constitucional. El Salvador. *Habeas corpus 148-2020...*