

RETOS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 PARA EL ESTADO DE DERECHO, LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Carlos Ayala Corao

Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Constitucional
(Universidad Católica Andrés Bello)

Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas
Profesor invitado en el Washington College of Law

SUMARIO: Introducción 1. La suspensión de reuniones públicas y manifestaciones presenciales 2. La suspensión y posposición de Elecciones 3. El funcionamiento de los parlamentos y congresos 4. El funcionamiento de los tribunales de justicia 5. Los estados de emergencia o excepción *de facto* 6. Desigualdades en el acceso a los servicios de salud 7. La necesidad de tratos diferenciados 8. Los límites y controles internacionales 9. A modo de reflexión final

Introducción

La humanidad está sufriendo la amenaza y los efectos concretos de una enfermedad infecciosa global producida por el Coronavirus (*Covid-19*), con graves consecuencias para la salud de las personas contagiadas, que en algunos casos, incluidos los de personas adultas mayores o de personas con ciertas condiciones preexistentes, puede causar la muerte. Es también conocido, que este virus es de fácil y rápida transmisión, lo cual llevó a que en fecha 12 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud¹ (OMS) declarase una situación grave de “pandemia”, realizando

¹ Ver, Documentos Técnicos, disponibles en: <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>

conjuntamente con la Organización Panamericana de la Salud (OPS), una serie de recomendaciones a los Estados y a las personas, sobre las medidas para proteger la salud y prevenir su propagación².

La mayoría de los Estados del mundo han declarado estados de emergencia sanitaria o sus equivalentes (estados de alarma), adoptando medidas extraordinarias o de excepción, para enfrentar los peligros y la grave situación creada por la pandemia causada por el *Covid-19*. Estamos por primera vez en el mundo contemporáneo, ante una especie de “estado de emergencia mundial”. Esta situación representa un reto y en muchos casos, un peligro para el funcionamiento de las democracias, del Estado de Derecho y la garantía de los derechos humanos.

Las medidas extraordinarias que se adopten para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19*, deben estar dirigidas a utilizar los medios proporcionales para lograr el fin legítimo de garantizar los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de las personas; pero no para restringir sus derechos de manera innecesaria o desproporcionada; y mucho menos para desmantelar la Constitución, y restringir el Estado de Derecho y la democracia.

Conforme a los *Principios internacionales de Siracusa sobre estados de excepción*, la “salud pública” puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos, a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para “hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros”. Pero en estos casos, las medidas deberán estar encaminadas específicamente a “impedir enfermedades o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados”, para lo cual, deberán tenerse debidamente en cuenta las normas sanitarias internacionales de la OMS³.

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

Por ello, la pandemia causada por el *Covid-19* debe ser enfrentada desde el Derecho democrático, si no queremos que este virus termine también con el Estado de Derecho, con la democracia y los derechos humanos. De allí que las medidas extraordinarias o excepcionales que se adopten, deben estar todas dentro de la Constitución y el Derecho internacional, pero fuera de ellos nada.

En tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias, es cuando más se necesita el funcionamiento de las instituciones de control y protección, tanto nacionales como internacionales, para proteger los derechos de las personas y controlar los excesos

² Ver, Documentos Técnicos, disponibles en: <https://www.paho.org/es/documentos-tecnicos-ops-enfermedad-por-coronavirus-covid-19>

³ “Principios de Siracusa Sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos”, Naciones Unidas/Consejo Económico Y Social, Comisión de Derechos Humanos 41º Período de sesiones, 1984, disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf> y “Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, International Commission of Jurists (ICJ), disponible en: <https://www.icj.org/siracusa-principles-on-the-limitation-and-derogation-provisions-in-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights/>.

del poder. Por ello los congresos y parlamentos, así como la justicia, no pueden ponerse en cuarentena, porque así entrarían en cuarentena la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

Los estados de excepción o de emergencia no deben afectar el funcionamiento de los poderes públicos. De allí la importancia fundamental de garantizar el funcionamiento activo del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, bajo la situación extraordinaria de la pandemia causada por el *Covid-19*, para que los actos extraordinarios que tengan que ser dictados por el Gobierno, puedan ser controlados por los poderes legislativos, y por los tribunales, especialmente los de jurisdicción constitucional. Pero además, es fundamental que esas medidas extraordinarias se sujeten al Derecho internacional y puedan ser sometidas a sus controles, para así garantizar los derechos de todas las personas.

El respeto, la garantía y protección de los derechos humanos como la salud, la integridad personal y la vida son una responsabilidad constitucional e internacional de los Estados, los cuales tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para la prevención y el tratamiento de las personas. Pero cuando las medidas ordinarias para hacer frente a una situación excepcional, como la pandemia causada por el *Covid-19*, son insuficientes y la gravedad de la situación se ve desbordada, los Estados se ven en la necesidad de adoptar medidas extraordinarias para salvaguardar los fines legítimos de la salud pública y la vida de la población. No obstante, las medidas que los Estados están autorizados a adoptar no son ilimitadas ni arbitrarias, ya que deben sujetarse a la Constitución y al Derecho internacional.

Conforme a los estándares constitucionales e internacionales, esas medidas excepcionales deben ser: *necesarias, graduales, temporales, idóneas y proporcionales* a la situación extraordinaria planteada. Ello implica en el caso de la pandemia causada por el *Covid-19*, que las medidas extraordinarias o excepcionales que adopte el Estado, deben ser las *necesarias y adecuadas*, tanto médica como técnicamente, para lograr el fin de prevenir la propagación del virus y hacer posible el tratamiento de las personas afectadas. La *gradualidad* también es esencial en ambos sentidos: incremental, de menor a mayor intensidad frente a la gravedad de la situación excepcional; y decreciente, de mayor a menor intensidad de la gravedad de la situación excepcional. La *temporalidad* de las medidas excepcionales es otro elemento esencial, ya que su duración está estrictamente limitada a las exigencias de la situación; por lo cual, depende directamente de la existencia objetiva de la situación excepcional causada por la pandemia. Finalmente, esas medidas excepcionales o extraordinarias a adoptar por los Estados, deben estar contenidas y expresadas en actos jurídicos formales, debidamente motivados, publicados oficialmente y divulgados adecuadamente. Ello es fundamental, a fin de que dichas medidas sean del conocimiento previo de la población; darles fundamento y certeza a las actuaciones del Estado; y poder controlar su conformidad técnica y jurídica.

Si observamos el contenido y alcance de las medidas extraordinarias adoptadas durante la emergencia sanitaria decretada por la pandemia causada por el *Covid-19*, podemos constatar que aunque en muchos casos no se mencione expresamente, se están

limitando o restringiendo de manera excepcional, una serie de derechos como la libre circulación, reunión pública, manifestación y protesta, participación, elegir, acceso a la justicia, esparcimiento, trabajo, propiedad y libertad económica, entre otros. Por ello es importante, que las medidas extraordinarias se adopten dentro de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos; y que al mismo tiempo se sometan a sus controles.

1. La suspensión de reuniones públicas y manifestaciones presenciales

En apenas pocos meses que tenemos de encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, en la mayoría de las ciudades del mundo hemos experimentado la ausencia ciudadana de los espacios públicos como plazas, calles y parques. Nos han encerrado en nuestros hogares y hemos dejado de ser *cives* (ciudadanos). De hecho o de Derecho, han sido suspendidos esos derechos civiles y políticos fundamentales para la democracia, como son los de reunión pública, manifestación y participación.

La prohibición de reunirse públicamente o circular públicamente en grupos de personas (incluso de más de 2 personas), también ha afectado el ejercicio de otros derechos humanos, como la libertad de cultos y la libertad religiosa. Los creyentes no pueden asistir a los lugares de culto, ni celebrar en presencia física las distintas ceremonias religiosas. Durante el mes de abril de 2020, esto afectó particularmente a las comunidades judías para la celebración de la Pascua; a las comunidades cristianas para la celebración de la Semana Santa; y a las comunidades musulmanas para la celebración del Ramadán. Ceremonias religiosas, procesiones, misas y otras actividades públicas de culto o incluso familiares, tuvieron que ser suspendidas para evitar el peligro de la transmisión del Convid-19.

Aún no sabemos todos los efectos que la suspensión de los derechos de reunión pública, manifestación y participación política en el ámbito ciudadano, van a tener para la democracia. Afortunadamente, el mundo contemporáneo ofrece otros medios alternativos de expresión y de manifestación, además de la televisión, la radio y la prensa escrita, como son los del mundo digital (virtual o del internet), que ofrecen herramientas como Facebook, Instagram, Twiter, WhatsApp, Facetime, Zoom, GoToMeeting y tantos otros.

Sin embargo, existen buenas prácticas que pueden ser citadas como ejemplos de interpretación constitucional razonable y limitada, de las restricciones impuestas por las autoridades durante la pandemia y, que evidencian la importancia del funcionamiento de los tribunales durante esta emergencia sanitaria. En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal (TC) falló en contra de una decisión del tribunal administrativo de Giessen y la Corte de Hesse, que validaron la prohibición de la convocatoria de una serie de protestas sobre la restricción de derechos, durante el mes de abril de 2020. En su sentencia, el TC señaló que esos tribunales “asumieron erróneamente que la ordenanza del estado de Hesse para combatir el coronavirus contiene una prohibición general de concentración de más de dos personas, que no pertenezcan al mismo hogar”, ya que una prohibición general y absoluta del derecho de reunión, “viola el derecho de reunión” protegido por la Constitución alemana. Por lo cual, el TC si bien no autorizó directamente

las manifestaciones públicas bajo la pandemia, instó a las autoridades y a los tribunales inferiores, a analizarlas motivadamente caso por caso⁴.

No obstante, a pesar de algunas excepciones, la regla ha sido la ausencia de reuniones públicas y manifestaciones ciudadanas en las ciudades del mundo durante la pandemia, debido a las restricciones impuestas. Es indudable que hay importantes diferencias entre la presencia física y la presencia virtual en la participación, la movilización, el agrupamiento, la expresión y la reacción. Las reuniones y las manifestaciones ciudadanas únicamente a través de los medios digitales, no tienen hasta ahora, la misma dinámica social e incidencia política que las realizadas presencialmente en espacios públicos. Lo ideal sería poder contar con ambos tipos de presencias, tanto la física como la digital, pero el hecho es que la pandemia y el distanciamiento social nos ha reducido a la segunda.

Puede ser que estas nuevas experiencias a raíz de la pandemia del *Covid-19*, nos muevan hacia el desarrollo de una democracia de participación digital mucho más robusta, donde los ciudadanos puedan participar efectivamente en consultas y decisiones públicas; y que los gobernantes actúen responsivamente en consecuencia. Pero, por ahora, es indudable que esa reducción y hasta suspensión temporal de los espacios de participación ciudadana con presencia física, ha causado un vacío en la dinámica de nuestras democracias, de lo cual debemos reponernos prontamente.

2. La suspensión y posposición de Elecciones

La pandemia causada por el *Covid-19*, sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, ha afectado uno de los elementos esenciales de las democracias, como es la celebración de elecciones y consultas populares. Ciertamente no se trata de una suspensión indefinida de estas elecciones, pero en muchos casos han sido diferidas y en los casos en que se han realizado, se han hecho con algunos métodos distintos o complementarios a la presencia física del elector.

En casos extremos cabe la pregunta, de si ¿una autoridad electa deviene en ilegítima por el hecho de no haberse podido celebrar elecciones y haberse vencido el periodo de su mandato? Si las elecciones no se realizaron por motivos fútiles, de cálculo político y sin una justificación insuperable, estamos ante una medida arbitraria, contraria a la democracia, a la constitución, a las leyes y a las obligaciones internacionales del Estado, que ilegitima a esa autoridad. Pero si por causas objetivas extremas y

⁴ El caso se originó en el anuncio de un grupo de personas, de la convocatoria a una protesta bajo el lema “Fortalecer la salud en lugar de debilitar los derechos fundamentales. Protección contra los virus, no contra las personas”, en la que participarían unas treinta personas que se habían organizado para mantener la distancia de seguridad exigida por la ordenanza del coronavirus (con marcas en el suelo que indicarían la posición de los participantes). “TC Federal alemán defiende derecho de manifestación, también en tiempos de pandemia”, 20 de abril de 2020, Diario Constitucional.cl, disponible en: https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2020/04/20/tc-federal-aleman-defiende-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia/?fbclid=IwAR3gGW0ft4XOUmzA4mj9U_jXkUTurCUSGU3_9CbYL6-T5Lnz9HEWii099U&utm_source=General+2&utm_campaign=75e49702af-EMAIL_CAMPAIGN_2020_04_22_10_52&utm_medium=email&utm_term=0_b01d5feada-75e49702af-127874481

debidamente justificadas, equivalentes a la fuerza mayor en Derecho, se hace imposible celebrar las elecciones en la oportunidad en que estaban originalmente previstas, estas deben celebrarse a la mayor brevedad en que sea posible hacerlas debidamente y con todas las garantías esenciales. En este último caso, no podría causarse un vacío por ausencia de la autoridad, por lo que la autoridad podrá permanecer sólo temporal e interinamente en el ejercicio de las funciones públicas (idealmente con la aprobación parlamentaria o de la jurisdicción constitucional), para ser sustituida por la persona que resulte electa en las elecciones que deban celebrarse a la mayor brevedad posible. Se trata de una especie contradictoria pero real de inconstitucionalidad constitucional, que ciertamente no es ni ideal ni deseable.

Conforme al informe de IDEA sobre el *Panorama global del impacto del COVID-19 en las elecciones, entre el 1 de marzo hasta el 13 de abril 2020*⁵, al menos cincuenta (50) países y territorios en todo el mundo habían decidido debido al *Covid-19*, **postponer las elecciones** nacionales y sub-nacionales. Y a pesar de las limitaciones y preocupaciones relacionadas con *Covid-19*, al menos dieciocho (18) países y territorios, habían decidido celebrar elecciones nacionales o sub-nacionales conforme a lo planeado originalmente. Conforme a dicho informe, entre los ejemplos de elecciones y referéndums que tuvieron lugar en abril de 2020 se incluyen: las elecciones municipales de segunda vuelta en Ginebra, Suiza (4 de abril de 2020), pero **sólo por votación postal**; las elecciones primarias demócratas en el estado de Wisconsin, Estados Unidos de América (7 de abril de 2020), que luego de una batalla judicial que llegó a la Corte Suprema de Justicia en medio de la pandemia⁶, **incluyeron el voto postal** (absentee ballot) hasta ese mismo día; las elecciones parlamentarias en Kiribati (14 de abril de 2020); las elecciones parlamentarias en Corea del Sur (15 de abril de 2020); las elecciones parlamentarias, segunda vuelta de votación en Mali (19 de abril de 2020). Para muchas de las elecciones anteriores, se introdujeron medidas especiales de salud y seguridad, -a excepción de Kiribati, donde a pesar de las advertencias de seguridad, la votación se llevó a cabo normalmente dado que no había casos *Covid-19* reportados en ese país.

Ciertamente la suspensión de las elecciones plantea un dilema y unos retos para la preservación y fortalecimiento de la democracia. No obstante, su celebración en medio de la pandemia, como si nada estuviera pasando, representa un riesgo real para la salud -y hasta la vida- de los ciudadanos que concurrirían a votar. Además, este riesgo para la salud de los electores concurrentes, sería una razón para que muchos electores se abstuvieran de concurrir. De allí que, su convocatoria sin medidas correctivas efectivas o alternativas, sería un acto irresponsable para los electores y un atentado para la democracia misma. Por ello, la posposición de unas elecciones para que estén dadas las condiciones necesarias para su celebración efectiva, segura y participativa, puede ser en

⁵ *Panorama global del impacto del COVID-19 en las elecciones*, IDEA, published: 23/03/2020, IDEA, disponible en: <https://www.idea.int/es/news-media/multimedia-reports/panorama-global-del-impacto-del-covid-19-en-las-elecciones>

⁶ Supreme Court of the United States: *Republican National Committee, et al. V. Democratic National Committee, et al*, April 6, 2020, disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1016_o759.pdf

algunos casos, la mejor respuesta. Pero ello también obliga a convocar a las elecciones programadas, aún bajo la pandemia, siempre y cuando los mecanismos alternativos escogidos y las medidas de seguridad y salud impuestas, garanticen la integridad del voto y la libre concurrencia de los electores.

Esa realidad de postposición de elecciones en virtud de la pandemia causada por el *Covid-19*, sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, obliga a replantearnos el mecanismo principal -y en muchos casos el único- de votación con la presencia física del elector en un día, en el centro de votación. Esta votación tradicional, en los casos en que sea viable, debe llevarse a cabo bajo medidas especiales de salud y seguridad, que incluyan el distanciamiento social. Pero, además, para garantizar su debida implementación, podría pensarse en que el acto de votación no se realice en un solo día sino en varios días, de manera que se pueda organizar mejor la concurrencia y participación de los electores, por ejemplo, por grupos diferenciados. Ello supondría también, que el escrutinio fuese realizado al final, cuando haya cerrado el acto de votación.

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

De allí que la pandemia causada por el *Covid-19* haya supuesto a las democracias nuevos retos y alternativas para celebrar sus elecciones, para que en lugar de tener que simplemente posponerlas sin saber con certeza cuándo se podrán realizar, se planteen nuevos mecanismos de votación con las garantías necesarias y bajo los estándares internacionales.

3. El funcionamiento de los parlamentos y congresos

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

Los órganos legislativos: congresos, parlamentos y asambleas, tanto nacionales como estatales (provinciales) y locales, son centrales para el ejercicio de la participación, la representación, la deliberación, la legislación, el control y la investigación parlamentaria. Los órganos legislativos son órganos constitucionales fundamentales para la existencia y garantía del Estado de Derecho y la democracia. En tiempos de emergencia o estados de excepción, se requiere la actuación robusta de los órganos legislativos para controlar las actuaciones del poder ejecutivo; y para adoptar las leyes, autorizaciones y aprobaciones necesarias. Para su funcionamiento, los órganos legislativos tienen reglas tradicionales de quórum y votación con la presencia física de sus integrantes, que son inviables para su funcionamiento normal, como es requerido, en tiempos de pandemias.

Algunos congresos y parlamentos, habían adoptado con anterioridad, reglas para disminuir el quórum necesario para sesionar válidamente, a fin de facilitar su funcionamiento en tiempos excepcionales. Tal fue el caso de las reglas adoptadas por el Congreso de los Estados Unidos de América después de los ataques terroristas de 11 de septiembre de 2001⁷. Otros congresos y parlamentos en Europa habían adoptado reglas similares, incluso para la aprobación tácita de mociones y actos, en caso de que no se opongan algunos de sus integrantes y pidan una votación expresa. Otros, como la Asamblea Nacional de Venezuela, había modificado su reglamento en el año 2020, para permitir la participación y el voto por vía telemática, de aquellos diputados que no pudieran estar presentes por causas extraordinarias debidamente justificadas (exilio, detención arbitraria, etc.)⁸.

Pero aun con las reglas parlamentarias sobre quórum y votación, flexibles o especiales, el funcionamiento de muchos órganos legislativos se ha visto afectado durante la pandemia causada por el *Covid-19*. Frente a este déficit de funcionamiento parlamentario, algunos órganos legislativos han comenzado a plantearse y otros incluso han puesto en práctica, nuevos mecanismos de funcionamiento parcialmente no presenciales o de no presencia física en su sede. Así, por ejemplo, el Parlamento Británico ha aprobado y ya ha incluso realizado sus primeras sesiones por vía telemática, con programas como Zoom⁹. En la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos de América, el partido demócrata ha planteado la adopción de la votación de los miembros no presentes mediante poder (“proxy”)¹⁰.

A nivel provincial en Argentina, la Cámara Alta de la provincia de Santa Fe, modificó su reglamento, invocando el principio constitucional de “razonabilidad”, para poder realizar sesiones de manera remota y así poder continuar con su actividad legislativa

⁷ “Less than 1/4 of the 115th Congress was present for the AUMF”, July 15, 2017, Quorum, disponible en: <https://www.quorum.us/data-driven-insights/congress-present-for-AUMF/95/>

⁸ “Diputados en el exterior podrán votar de manera electrónica”, 5 de enero de 2020, El Nacional, disponible en: <https://www.elnacional.com/venezuela/diputados-en-el-exterior-podran-votar-de-manera-electronica/>; y “La Asamblea Nacional (parlamento unicameral), de mayoría opositora, aprobó la modificación de su reglamento de Interior y de Debates, que permitirá el voto de forma virtual de los diputados que se encuentran en el exilio”, 17-12-2019, Sputniknews, disponible en: <https://mundo.sputniknews.com/america-latina/201912171089672702-parlamento-venezolano-aprueba-reglamento-que-permite-voto-virtual-de-diputados-en-exterior/>

⁹ “House of Commons agrees to allow Zoom app in Parliament, British MPs will still have to dress smartly” by Matthew Hughes 21 Apr 2020, The Register, disponible en: https://www.theregister.co.uk/2020/04/21/uk_commons_agrees_to_allow_zoom/; y “U.K.’s Zoom Parliament launches with a few glitches but shows virtual democracy may work for a while”, by William Booth, April 22, 2020, The Washington Post, disponible en: https://www.washingtonpost.com/world/europe/uk-zoom-parliament/2020/04/22/d3a38682-8496-11ea-81a3-9690c988111_story.html

¹⁰ “House pushes toward historic change in voting procedures as pandemic sidelines Congress” by Paul Kane, April 21, 2020, The Washington Post, disponible en: https://www.washingtonpost.com/politics/house-pushes-toward-historic-change-in-voting-procedures-as-pandemic-sidelines-congress/2020/04/21/d2a0cab-83ea-11ea-ae26-989cfce1c7c7_story.html; “House Democrats Back Changing Rules to Allow Remote Voting During Pandemic” by Sheryl Gay Stolberg, April 16, 2020, The New York Times, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/16/us/politics/house-coronavirus-remote-voting.html>; y “House Democrats push proxy voting over Republican pushback” by Sarah Ferris, Melanie Zanona and Heather Caygle, 04/21/2020, Politico, disponible en: <https://www.politico.com/news/2020/04/21/democrats-push-proxy-voting-198912>

durante la pandemia¹¹. Un caso curioso y debatido se presentó en la misma Argentina a nivel nacional, donde la presidencia del Senado presentó el 14 de abril de 2020 una acción judicial ante la Corte Suprema de Justicia solicitándole, que el “marco excepcionalísimo del actual estado de emergencia desencadenado por la pandemia”, “despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos”¹². En este último caso, el debate se centró, por un lado, en justificar la acción judicial para asegurar la certeza y la seguridad jurídica de la actuación parlamentaria; y, por otro lado, en cuestionar la acción judicial presentada, por ser inadmisible al tratarse de una consulta y no una controversia, y por ser contraria a la independencia del órgano legislativo para decidir la forma de sesionar.

En todo caso, debemos subrayar, que en tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias por las pandemias, es cuando más se necesita el funcionamiento robusto de los órganos legislativos, para ejercer activamente sus funciones esenciales de legislar y controlar los posibles excesos del poder ejecutivo. De lo contrario, si las legislaturas se ponen en cuarentena, entonces la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos entran en cuarentena.

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

4. El funcionamiento de los tribunales de justicia

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

En el mundo del Derecho, ello plantea una serie de consecuencias jurídicas como el vencimiento de plazos procesales, la prescripción o caducidad de acciones judiciales, los daños causados por el tiempo transcurrido (como los intereses), las dificultades de acceso a pruebas, etc. Además, la pandemia causada por el *Covid-19* y las medidas

¹¹ “Telesesiones: una iniciativa positiva del Senado santafesino” por Francisco Javier Fune, 16/04/20, LaPolíticaOnline, disponible en: <https://www.lapoliticaonline.com/nota/telesesiones-una-iniciativa-positiva-del-senado-santafesino/>

¹² “Cristina Kirchner presiona a la Corte Suprema para que el Senado pueda sesionar por videoconferencia”, 22 de abril de 2020, Infobae, disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2020/04/22/cristina-kirchner-presiona-a-la-corte-suprema-para-que-el-senado-pueda-sesionar-por-videoconferencia/>

extraordinarias adoptadas por los Estados, también plantea en el mundo del Derecho (caso por caso y conforme a sus circunstancias), el incumplimiento contractual y extracontractual por causas extrañas no imputables, como puede ser la fuerza mayor. De allí la importancia de que las normativas extraordinarias dictadas por los Estados, también resuelvan estas situaciones del mundo jurídico en aras de la certeza y la seguridad jurídica. Las normativas sobre la emergencia sanitaria dictadas por algunos Estados, han abordado algunos de estos problemas, suspendiendo los plazos procesales y de los procedimientos administrativos y tributarios, y ciertas actuaciones judiciales, excepto para casos de emergencia o en todo caso en beneficio de los derechos de las personas. Pero en muchos casos, la medicina no ha curado la enfermedad, y las medidas correctivas adoptadas, en la práctica no han resuelto el problema del acceso a una justicia y las decisiones en plazo razonable.

Cierto es que el riesgo de la transmisión del virus por el contacto entre los abogados, el personal de los tribunales y los propios jueces, han llevado a adoptar medidas de funcionamiento limitado a los tribunales de justicia, como la suspensión de plazos y procedimientos, horarios limitados, cierre de acceso del público a las sedes tribunalicias, suspensión de sentencias, etc.

Esta medida ha impactado incluso a los tribunales internacionales. Así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) seguramente en virtud de los obstáculos que presenta la pandemia para las víctimas y en beneficio de ellas ha decidido suspender los plazos procesales, excepto en los asuntos de inmediata gravedad y urgencia como son las medidas provisionales. En este sentido, la Corte IDH mediante el Acuerdo 1/20 de 17 de marzo de 2020, dispuso “suspender el cómputo de todos los plazos”: por la emergencia en la salud causada por el COVID-19, a partir del día 17 de marzo y hasta el día 21 de abril inclusive, con excepción de los plazos que se relacionen con *medidas provisionales*. Esta suspensión de plazos fue ampliada el 16 de abril de 2020, mediante el Acuerdo 2/20, hasta el día 20 de mayo inclusive¹³. Otros altos tribunales alrededor del mundo, han hecho también sus esfuerzos por al menos despachar las decisiones y asuntos urgentes que se les han planteado o que tenían pendientes de decisión. La Corte Europea de Derechos Humanos, teniendo en cuenta las dificultades enfrentadas por las partes durante la crisis causada por el Convid-19, ha extendido ciertos lapsos procesales; y para proteger a su personal del contagio y transmisión del coronavirus, ha acordado la reducción al mínimo de la presencia física de su personal en la sede. Así mismo, esta Corte ha advertido que ciertas tareas que no puedan ser ejecutadas remotamente y que no sean críticamente urgente, tendrán que ser diferidas durante la temporada de confinamiento, ya que, de lo contrario, se necesitaría incrementar la presencia física¹⁴.

¹³ Corte IDH. Acuerdos de Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/acuerdo_de_corte.cfm?acuerdo=5&lang=es

¹⁴ European Court of Human Rights, “The functioning of the Court during the period of confinement”, press release issued by the Registrar of the Court, CHR 111 (2020) 15.04.2020, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6677746-8882977>

En general, la pandemia causada por el *Covid-19* ha afectado el funcionamiento de los tribunales alrededor del mundo. La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) realizó un breve estudio de las medidas especiales adoptadas en varios países en virtud de la pandemia del *Covid-19*, que afectan el funcionamiento de los tribunales en materias como el debido proceso y el derecho a un juicio justo. Conforme a dicho estudio, en muchos casos, los tribunales han suspendido, en general, sus actividades y procedimientos, excepto en aquellos asuntos que sean considerados como “urgentes”. Ello plantea a su vez, el problema de definir cuáles asuntos y medidas son “urgentes” y cuáles no lo son, a fin de evitar interpretaciones arbitrarias¹⁵.

En Venezuela, donde el poder judicial carece de independencia e imparcialidad conforme a todos los informes de Naciones Unidas y de la OEA, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) desde 13 de marzo de 2020 dispuso, como principio, que ningún tribunal del país tenga actividad judicial (“despache”), por ahora hasta el 13 de mayo de 2020. El TSJ ha resuelto que durante el referido período permanecerán en suspeso todas las causas y no correrán los lapsos procesales, lo cual -según lo resuelto- no impediría que se practiquen las actuaciones urgentes para el aseguramiento de los derechos de alguna de las partes. Los tribunales en materia penal, únicamente tendrán actividad para los asuntos urgentes. Y aunque en materia de amparo constitucional, los tribunales se considerarán habilitados y obligados a tramitar y decidir las causas, no se indica con precisión cuáles tribunales quedan encargados de ello. En el resto de los demás tribunales, los jueces rectores y tribunales nacionales, deberían adoptar medidas conducentes para garantizar el acceso a la justicia. Respecto al funcionamiento del TSJ, la resolución dispone que sólo las Salas Constitucional y Electoral del TSJ permanecerán de guardia durante el estado de contingencia, no así las demás salas de dicho Tribunal (Salas de Casación Civil, Casación Penal y Social)¹⁶. Hasta la fecha los tribunales del país siguen paralizados, sin que se conozca de medidas se hayan adoptado para que no sea suspendido el servicio público de administración de justicia¹⁷.

Es importante resaltar de nuevo, que en tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias, es cuando más se necesita el funcionamiento de los tribunales, independientes e imparciales, para proteger los derechos de las personas y controlar los excesos del poder. La justicia no se puede poner en cuarentena, porque entonces la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos también entran en cuarentena.

¹⁵ “The Courts and COVID-19”, 6 April 2020, International Commission of Jurists, disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2020/04/Universal-ICJ-courts-covid-Advocacy-Analysis-brief-2020-ENG.pdf>

¹⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, Resolución N° 002-2020, mediante la cual se prorroga por 30 días el plazo establecido en la Resolución N° 001-2020, de fecha 13 de marzo de 2020, disponible en: www.tsj.gob.ve

¹⁷ Para un análisis crítico de estas resoluciones del TSJ sobre la justicia en Venezuela, ver, “Deficiente respuesta del TSJ en Venezuela frente al Convid-19”, *Acceso a la Justicia* (El Observatorio Venezolano de la Justicia), disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/la-deficiente-respuesta-del-tsj-frente-a-la-covid-19/>

El reto consiste entonces, en adaptar el funcionamiento de los tribunales en tiempos extraordinarios de pandemia, para poder seguir cumpliendo con su función de resolver las controversias.

Pero los tribunales -junto con los poderes legislativos- han tenido hasta ahora, una tradición formalista y hasta litúrgica en sus métodos de trabajo. En general, poco han cambiado los métodos de trabajo que han tenido desde hace siglos. Precisamente ese reto es el que ha planteado la pandemia causada por el *Covid-19*.

Los tribunales alrededor del mundo, afortunadamente comienzan a despertar para reinventarse. Comienzan a descubrir que también pueden funcionar por nuevos métodos y que es necesario replantearse lo antes posible su puesta en práctica. Algunos ejemplos nos muestran este desarrollo progresivo hacia nuevos métodos de trabajo en los tribunales, que les permitan seguir funcionando durante situaciones extraordinarias como esta pandemia.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, ha anunciado que el edificio de su sede, no obstante que permanece cerrado al público en general, permanecerá abierto para los asuntos oficiales, aunque la mayoría de su personal estará bajo la modalidad de teletrabajo. La Corte continuó aprobando y publicando sus fallos durante la pandemia. Y aunque la Corte primero había anunciado que, debido al *Covid-19*, las audiencias de argumentos orales previstas para el mes de marzo, habían quedado pospuestas; posteriormente, el 13 de abril de 2020 anunció la realización en el mes de mayo, por vía de “teleconferencia”, de un número limitado de las audiencias diferidas. En este sentido, la Corte anunció que en seguimiento de las directrices sobre salud pública en respuesta al *Covid-19*, los jueces y los abogados participarán en esas audiencias por esa vía remota¹⁸. La Corte Suprema decidió curiosamente escoger la vía de la “teleconferencia” y no la de video teleconferencia, quizá debido a la vieja preocupación de sus jueces, por las posibles distorsiones o las presiones que pudieran causarse si las audiencias fuesen televisadas¹⁹.

Otro ejemplo, a nivel de estados, lo podemos ver en la Corte Suprema de Florida en USA, la cual, al igual que la Corte Suprema federal, al día siguiente anunció, que, en seguimiento de las normas sobre distanciamiento social por la pandemia, realizaría a partir del mes de mayo de 2020, las audiencias de argumentos orales diferidas, por vía de “video teleconferencia”²⁰. En el estado de Florida la mayoría de los tribunales estaduales han estado funcionando a través de tecnología remota, el presidente de ese Alto Tribunal anunció el 21 de abril de 2020 una orden administrativa, por medio de la cual creó un grupo de trabajo, para recomendar el retorno progresivo al funcionamiento completo de

¹⁸ Supreme Court of the United States, Press Releases, April 13, 2020, disponible en: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_04-13-20

¹⁹ “Finding Real Life in Teaching Law Online”, by Jeannie Suk Gersen, April 23, 2020, The New Yorker, disponible en: <https://www.newyorker.com/culture/personal-history/finding-real-life-in-teaching-law-online>

²⁰ Ver comentarios en “Florida supreme court news, april 14”, Florida Supreme Court, disponible en: <https://www.floridasupremecourt.org/News-Media/Case-Summaries-Schedule/May-2020-Summaries>; y “Court to hold may oral arguments using remote teleconferencing”, The Florida Bar, en: <https://www.floridabar.org/the-florida-bar-news/court-to-hold-may-oral-arguments-using-remote-teleconferencing/>

los tribunales -a medida que el curso de la pandemia del *Covid-19* vaya cambiando en los próximos meses. La orden del presidente de la Corte Suprema de Justicia de Florida, identifica cuatro etapas de operación de los tribunales durante la pandemia: (i) la etapa cuando el contacto personal es excepcional; (ii) la etapa cuando el contacto personal puede ser autorizado con ciertas precauciones; (iii) la etapa cuando el contacto personal puede ser autorizado más ampliamente y las precauciones pueden ser relajadas; y (iv) la etapa cuando el Coronavirus no represente más un riesgo significante²¹.

Esos son algunos ejemplos, de cómo los tribunales del mundo fueron impactados por la pandemia del *Covid-19* y de cómo su funcionamiento normal, como venía haciendo, no fue posible por los métodos tradicionales de trabajo, es decir, de manera presencial física en la sede de los tribunales. Pero debido al rol fundamental de los tribunales en un Estado de Derecho, especialmente en momentos críticos como las situaciones de emergencia como las pandemias, los tribunales deben reinventarse, para permitir que, con respeto a las medidas de distanciamiento social y aislamiento, puedan seguir cumpliendo sus funciones de manera continuada e ininterrumpida.

5. Los estados de emergencia o excepción *de facto*

Aún las democracias constitucionales más consolidadas del mundo que han dictado medidas extraordinarias para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19*, deben supervisar y controlar que las autoridades encargadas de su ejecución no incurran en excesos; y en su caso, se adopten los correctivos necesarios.

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

Esta situación se ha puesto en evidencia especialmente en regímenes autoritarios, donde para enfrentar la situación excepcional creada en virtud de la pandemia causada por el *Covid-19*, los gobernantes han dictado medidas contrarias al Estado de Derecho y a la democracia. Tal ha sido, entre otros, el caso del primer ministro de Hungría, Viktor Orbán, quien ha aprovechado la pandemia para dictar medidas adoptadas destinadas a restringir el funcionamiento del parlamento y continuar su ataque contra la independencia del poder judicial²². Así como el presidente de Filipinas, Rodrigo Duterte,

²¹ "Florida's Chief Justice creates Court Continuity Workgroup for COVID pandemic", Florida Supreme Court, disponible en: <https://www.floridasupremecourt.org/News-Media/Court-News/Florida-s-Chief-Justice-creates-Court-Continuity-Workgroup-for-COVID-pandemic>

²² "COVID-19: Can the EU avoid an epidemic of authoritarianism?", Center for European Reform, disponible en: <https://www.cer.eu/insights/covid-19-can-eu-avoid-epidemic-authoritarianism>; "Hungary's Enabling Act: Prime Minister Orbán Makes the Most of the Pandemic" by Renata Uitz, April 6, 2020, CONSTITUTIONNET, disponible en: <http://constitutionnet.org/news/hungarys-enabling-act-prime-minister-orban-makes-most-pandemic>; y "13 countries 'deeply concerned' over rule of law" by Lili Bayer, 4/1/20, Politico EU, disponible en: <https://www.politico.eu/article/viktor-orban-hungary-13-countries-deeply-concerned-over-rule-of-law/>

quien también ha dictado medidas abiertas, que pretenden darle cobertura a las ejecuciones arbitrarias continuadas en el país²³.

En otros casos, como Nicolás Maduro en Venezuela, el decreto de estado de excepción (estado de alarma) para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19*, contiene una serie de violaciones constitucionales y convencionales, como la ausencia de las regulaciones que reglamentan los derechos no enunciados pero que quedan restingidos, la auto-habilitación presidencial de facultades legislativas, la delegación de facultades regulatorias a sus ministros, y el incumplimiento del deber de remitir el decreto a la Asamblea Nacional para su consideración (aprobación o improbación). Además, aún antes de la publicación de ese decreto en la gaceta oficial, se adoptaron algunas de las medidas restrictivas de la circulación de personas y de vuelos internacionales²⁴. El gobierno autoritario de Maduro ha adoptado una serie de medidas arbitrarias durante el estado de excepción, como la detención de varios periodistas y de médicos, por dar informaciones u opiniones con relación a la pandemia en Venezuela. Todas estas son claras violaciones a derechos como la libertad personal y la libertad de expresión, que conforme al Derecho interno venezolano, no sólo no pueden ser restringidos durante los estados de excepción, sino que en todo caso, no son medidas jurídicamente ni necesarias, ni conducentes, ni razonables ni proporcionales. Conforme a la información de la organización no gubernamental “Foro Penal Venezolano”, desde el 13 de marzo de 2020, cuando fue decretado el estado de alarma, hasta el 7 de abril, un total de 33 personas habían sido detenidas arbitrariamente²⁵. Muchas de estas detenciones han sido llevadas a cabo en contra de políticos de oposición, líderes sociales y simplemente ciudadanos en sectores populares que estaban realizando protestas contra la suspensión de servicios públicos de agua o electricidad, o ante la restricción del suministro de gasolina.

De allí el peligro que representan estos estados de excepción o de emergencia *de facto* para los derechos humanos, debido a su instrumentalización por los regímenes autoritarios, pretendiendo pasar medidas abiertamente arbitrarias bajo la cobertura de la pandemia causada por el *Covid-19*. Por ello, varios órganos internacionales de derechos humanos han hecho varias alertas al respecto, han comenzado a trabajar en estándares de derechos humanos especializados, y han creado grupos especiales de monitoreo, como lo han hecho la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,

²³ “Philippines: President Duterte gives “shoot to kill” order amid pandemic response”, 2 April 2020, Amnesty International, disponible en: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/philippines-president-duterte-shoot-to-kill-order-pandemic/>

²⁴ Ver, “Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del Coronavirus (COVID-19)”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas, 18 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/PRONUNCIAMIENTO-SOBRE-EL-ESTADO-DE-ALARMA-epidemia-coronavirus.pdf>; y “El Decreto de Estado de Alarma en Venezuela con ocasión de la pandemia del Coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado, fraudulento y bien inefectivo” por Allan R. Brewer-Carías, disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/04/Brewer-El-estado-de-alarma-con-ocasión-de-la-pandemia-del-Coronavirus-14-4-2020-1.pdf>

²⁵ “Reporte sobre la Represión en Venezuela. Marzo 2020”, Foro Penal Venezolano, disponible en: <https://foropenal.com/reportes-sobre-la-represion-en-venezuela-marzo-2020/>

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y órganos del Consejo de Europa²⁶.

6. Desigualdades en el acceso a los servicios de salud

Las medidas extraordinarias de salud pública que han tenido que ser puestas en práctica en algunos países para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19* y en concreto, para tratar a las personas infectadas, han puesto en evidencia las desigualdades y en algunos casos incluso discriminaciones.

Esta situación ha afectado en particular el acceso en condiciones de igualdad a los servicios de salud de las poblaciones más vulnerables como son, entre otros, los pobres, los ancianos, las poblaciones indígenas y los habitantes rurales.

En los Estados Unidos de América, por ejemplo, se han documentado casos de zonas de ciudades con poblaciones predominantemente afrodescendiente o latinoamericana, donde se ha sufrido de manera desproporcionada los estragos de la pandemia, a nivel de acceso a los servicios de salud adecuados e inclusive de las muertes ocurridas²⁷.

En Europa, en países como Italia y España, el colapso de los servicios de salud en sus unidades de cuidados intensivos y en concreto, el colapso en el acceso a los aparatos de respiración artificial (respiradores), dio lugar a que se aplicaran unos “protocolos médicos”, que en caso de conflicto de acceso se descartaran a personas mayores de la tercera edad, en beneficio del acceso de personas más jóvenes. De esta manera, en muchas ocasiones fallecieron personas mayores por falta de acceso a los equipos médicos requeridos²⁸.

²⁶ CIDH: entre otros, “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. Resolución 1/2020, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>; y Comunicado “76/20 - La CIDH llama a los Estados de la OEA a asegurar que las medidas de excepción adoptadas para hacer frente a la pandemia COVID-19 sean compatibles con sus obligaciones internacionales.”, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/076.asp>. Corte IDH: Comunicado sobre “Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/209, de abril de 2020, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf; Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “El Covid-19 y los derechos humanos”, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID-19.aspx> y “Directrices relativas a la Covid-19”, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID19Guidance.aspx>. Consejo de Europa: “Covid-19 Response”, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/education/covid-19> y “The impact of the Covid-19 pandemic on human rights and the rule of law”, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/covid19>

²⁷ “How to Save Black and Hispanic Lives in a Pandemic: Minorities are dying of Covid-19 at alarming rates. Here’s what to do about it right now” by The Editorial Board, April 11, 2020, The New York Times, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/11/opinion/coronavirus-poor-black-latino.html>

²⁸ “Dip in Italy’s Cases Does Not Come Fast Enough for Swamped Hospitals” by Jason Horowitz and David D. Kirkpatrick, March 23, 2020, The New York Times, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/03/23/world/europe/italy-coronavirus-hospitals.html> y “Coronavirus en Italia: Como en una guerra, tenemos que decidir a quién salvar, admite un médico” por Julio Algañáraz, Clarín, disponible en: https://www.clarin.com/mundo/coronavirus-italia-guerra-decidir-salvar-admite-medico_0_wW2k1tdN.html

Si en el Estado de Derecho y la democracia es necesario que las restricciones a los derechos se lleven a cabo a través de un debate abierto, por medio de leyes emanadas de los poderes legislativos y sometidas al control judicial constitucional, entonces ¿Esos protocolos deberían serlo? o ¿al menos en lo esencial?, ¿Esas no son la exigencias de una sociedad democrática?

Se trata de la vida de seres humanos, por lo que todas esas situaciones extremas que se presentaron y que aún se presentan mientras escribo estas notas, nos obliga a hacernos las siguientes preguntas: ¿quiénes eran o son los responsables del equipamiento deficiente de los centros de salud en los países?; ¿en algún momento se ha podido prevenir el agravamiento de la situación, antes de llegar a su estado crítico?; ¿se hicieron diligentemente los mejores esfuerzos para equiparlos? y ¿en qué consistieron?; ¿quiénes aprobaron esos protocolos “médicos” para decidir el acceso a los respiradores artificiales y unidades de cuidados intensivos?; ¿quiénes tomaron esas decisiones? y ¿quiénes fueron consultados?; ¿existe un expediente motivado de las decisiones adoptadas?

En la democracia, el acceso a la información pública sobre esas situaciones, las respuestas a esas preguntas y el debate abierto sobre esas respuestas, son claves para que la sociedad esté debidamente informada y para establecer las eventuales responsabilidades, si hay lugar a ellas, y en su caso, para la reparación a las víctimas y a sus familiares por el funcionamiento indebido de los servicios de salud. Y además, para algo muy importante: la adopción de las medidas correctivas y preventivas necesarias. Pero todo ello es necesario llevarlo a cabo, a través de los mecanismos democráticos y del Estado de Derecho.

7. La necesidad de tratos diferenciados

Otro tema es la necesidad de que las medidas que adopten los Estados para prevenir el contagio del *Covid-19*, como el encerramiento domiciliario, la cuarentena obligatoria y el distanciamiento social, tengan en cuenta la necesidad de un trato diferenciado por grupos sociales. En este sentido se han pronunciado varios de los órganos internacionales mencionados²⁹ y algunas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

Así, por ejemplo, en los casos de *violencia de género*, las medidas de encerramiento domiciliario y cuarentena obligatoria no tomaron en cuenta, al menos inicialmente, la necesidad de que las víctimas (mujeres) no tuvieran que estar bajo el mismo techo de sus agresores (hombres), ya que ello las pone en un riesgo inminente en su integridad personal (física y mental) e incluso en casos extremos, sus propias vidas. Desgraciadamente varias fatalidades tuvieron que conocerse públicamente, antes de que las autoridades comenzaran a adoptar las medidas preventivas necesarias.

En los casos de *poblaciones pobres*, cuya economía diaria de subsistencia se basa en su trabajo en la calle o en el mercado popular del barrio, es imposible exigirles distanciamiento social, y menos aún, el encerramiento domiciliario o una cuarentena

²⁹ Ver, cita No. 26 *supra*.

obligada, sin el apoyo efectivo del Estado, ya que de lo contrario, no se procuran los mínimos vitales de comida diaria para subsistir. Y aún así, muchas de las “viviendas” populares no son tales, sino lugares básicos para pernoctar el grupo familiar, pero imposibles para estar encerrados durante períodos prolongados.

En el mismo sentido, las *poblaciones indígenas*, muchas de ellas aisladas de centros de salud y con unos patrones culturales ancestrales diferentes a la población urbana o criolla, requiere de un tratamiento diferenciado y apropiado para prevenir y enfrentar el *Covid-19*.

Incluso en los centros urbanos, hay un grupo que debería ser tratado de manera diferenciada: los *niños y niñas*. Resulta insólito que en muchas ciudades se permita a los dueños de mascotas salir a pasear con ellas; y no se haya pensado en un régimen especial para que los menores puedan salir con adultos a la calle o a pasear a los parques, por turnos y con las medidas adecuadas de distanciamiento social. Casi dos meses después de encerramiento domiciliario y de cuarentena de la población menor de edad, en algunos países, como en España, comenzaron a establecerse normas especiales para permitir la salida recreacional de menores, acompañados por adultos³⁰.

Un grupo de personas que ha requerido también atención especial durante la pandemia, han sido las *personas privadas de libertad*, ya sea porque se encuentran encarceladas por condena, en prisión preventiva o se hallan recluidas en centros para migrantes, centros obligatorios de rehabilitación de drogas u otros lugares de detención. Esa población, en muchos casos bajo situación de hacinamiento, corren un riesgo mayor de contraer una infección en caso de un brote epidémico, por lo que son una población vulnerable a la transmisión y el contagio del *Covid-19*. Ello ha llevado a la necesidad de que los Estados busquen medios razonables y responsables para descongestionar las cárceles y demás centros de detención durante la pandemia, mediante diversos procedimientos especiales. En este sentido, Naciones Unidas ha recomendado a los Estados la adopción de medidas especiales para velar por el acceso a la información y la igualdad en la prevención y otros aspectos del cuidado sanitario de todas las personas privadas de libertad; así como, examinar de manera urgente las opciones responsables para ponerlas en libertad y las alternativas a la detención, a fin de atenuar el riesgo de que puedan enfermar en los centros de reclusión³¹. Y especialmente, con relación a los niños privados de libertad, Naciones Unidas ha recomendado que se decrete una moratoria sobre su encarcelamiento y ha llamado a los Estados a poner en libertad a todos los reclusos menores de edad, cuando sea posible hacerlo con garantías de seguridad³².

³⁰ “Los niños podrán salir una hora al día, a un kilómetro y llevar patinete o bicicleta” por Beatriz Lucas, 23 de abril 2020, El País, disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-04-23/los-ninos-podran-pasear-a-un-kilometro-de-su-casa-con-un-adulto-con-tres-ninos-y-podran-llevar-su-patinete.html>

³¹ “Directriz provisional sobre COVID-19: Enfoque en personas privadas de libertad” OACNUDH y OMS, Marzo 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19/COVID-19-FocusonPersonsDeprivedofTheirLiberty_SP.pdf

³² “Nota técnica: COVID-19 y los niños privados de libertad”, UNICEF, disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/ChildrenDeprivedofLibertyandCOVID.pdf>

Todo lo anterior nos muestra, cómo las normas extraordinarias uniformes sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social dictadas por los gobiernos para enfrentar los riesgos de la pandemia causada por el *Covid-19*, requerían y requieren de un trato justo y diferenciado de determinados grupos sociales, especialmente de los grupos más vulnerables, para hacerlas compatibles con los principios constitucionales de una sociedad democrática y el respeto a los derechos humanos.

8. Los límites y controles internacionales

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

Así, a nivel de las Naciones Unidas, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Pacto Internacional), dispone en su artículo 4, que en situaciones excepcionales (que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente), el Estado parte podrá adoptar disposiciones que: “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.” No obstante, el Pacto Internacional no autoriza suspensión alguna de los derechos humanos y las correspondientes obligaciones internacionales de los Estados relativas a los artículos: 6 (derecho a la vida); 7 (Prohibición de Tortura); 8, párrafos 1 y 2 (Prohibición de Esclavitud y Servidumbre), 11 (Prohibición de Cárcel Contractual), 15 (Principio de Legalidad e Irretroatividad Penal), 16 (Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); y 18 (Libertad de Pensamiento, de Conciencia y de Religión). Finalmente, el Pacto Internacional dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes del Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Y cuando se haya dado por terminada tal suspensión, el Estado deberá en la fecha, hacer una nueva comunicación por el mismo conducto.

A nivel interamericano, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Convención Americana), establece en su artículo 27 (Suspensión de Garantías) 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". No obstante, la Convención Americana no autoriza la suspensión de los derechos humanos ni de las correspondientes obligaciones internacionales de los Estados, relativas a los artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Irretroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos); ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Finalmente, la Convención Americana dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado parte que haga uso del derecho de suspensión, deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión; y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Por su parte, el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (Convenio Europeo) establece en su artículo 15 (Derogación en caso de estado de urgencia), que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Estado parte podrá tomar "medidas que deroguen (suspendan) las obligaciones previstas en el Convenio en la medida estricta en lo que exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanan del Derecho internacional". No obstante, el Convenio Europeo no autoriza la suspensión de los derechos humanos ni las correspondientes obligaciones internacionales de los Estados relativas a los artículos: 2 (Derecho a la vida, salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra); 3 (Prohibición de Tortura); 4, párrafo 1 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); y 7 (Principio de Legalidad y de Irretroactividad). Finalmente, el Convenio Europeo dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado parte que ejerza este derecho de derogación (suspensión), tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado; así como de la fecha en que estas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.

La *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, a diferencia de los otros instrumentos internacionales universal y regionales, no contiene una cláusula expresa sobre la suspensión de las obligaciones convencionales de los Estados partes, en caso de situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. No obstante, esos Estados africanos igualmente deben ajustar y justificar dichos actos excepcionales bajo el Derecho internacional, especialmente, a los tratados sobre derechos humanos que hayan ratificado en el sistema de las Naciones Unidas, como es el Pacto Internacional.

Esto último se aplica igualmente a los demás Estados del mundo que, aunque no sean parte de los instrumentos internacionales regionales que contienen una cláusula de

suspensión, sí son parte de los tratados sobre derechos humanos que han ratificado en el sistema de las Naciones Unidas, como es el Pacto Internacional.

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

Sin embargo, el reto actual para el control internacional de los estados de emergencia o excepción dictados para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19*, es que, en primer lugar, en no todos los casos, como dijimos antes, se les da un tratamiento de restricción o suspensión formal de derechos y garantías, aunque en la realidad sí lo sean. Ello quiere decir, que en no todos los casos esas restricciones serán formalmente informadas a los órganos internacionales y tratadas como tales.

En segundo lugar, estamos ante un estado de excepción o de emergencia “global”; es decir, que casi todos los Estados partes de esos tratados han tenido que adoptar estas medidas extraordinarias, por lo que no se trata de una situación aislada sino general. Ciertamente esta es una situación única que desde la entrada en vigor de los tratados sobre derechos humanos y la creación de los órganos internacionales de protección, nunca antes se había presentado.

Sin embargo, el reto planteado ha comenzado a ser respondido por varios órganos internacionales de derechos humanos, los cuales han venido realizando una serie de estudios, informes, pronunciamientos y comunicados sobre los estándares internacionales aplicables para enfrentar la pandemia causada por el *Covid-19*, y han creado unidades especiales y grupos de trabajo para responder oportunamente a esta crisis, como es el caso de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los órganos del Consejo de Europa³³.

*

9. A modo de reflexión final

La pandemia mundial causada por el *Covid-19* ha tomado a la humanidad por sorpresa. Nadie estaba preparado para hacerle frente. Ni los científicos, ni los médicos, ni los hospitales, ni los sistemas de salud, ni los medios de comunicación, ni la sociedad civil, ni los empresarios, ni los trabajadores, ni los políticos, ni los abogados. Pero

³³ Ver, cita No. 26 *supra*.

tampoco estaban preparados los Estados, ni los organismos y organizaciones internacionales.

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

Parece como si hubiésemos regresado al anacronismo del mundo medieval de las ciudades cerradas por grandes murallas. Pareciera que el miedo a la pandemia nos hizo pensar que lo mejor era cerrarnos al mundo y a todo lo que no fuese lo más íntimo. Seguramente las medidas de distanciamiento social eran las más adecuadas y disponibles para enfrentar la pandemia mientras aparece una vacuna. Pero además de ello, también es una realidad que la pandemia es un fenómeno global, que sólo la podemos enfrentar globalmente. En lugar de más unilateralismo, nacionalismo, localismo y encerramiento, necesitamos más multilateralismo y cooperación abierta.

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

Henry Kissinger, quien a su avanzada edad ha hablado en estos días con gran lucidez, nos ha advertido que el mundo no será el mismo después de esta pandemia. Que cuando termine la pandemia, percibiremos el fracaso de varias instituciones nacionales; y al mismo tiempo, la necesidad urgente de construir un nuevo orden mundial, para hacer frente a estas pandemias como el *Covid-19*, que ha alterado para siempre el orden existente³⁴.

Pero mientras construimos ese nuevo orden mundial, tenemos que salir de esta pandemia y al mismo tiempo comenzar a reconstruir la economía, la producción y las fuentes de trabajo, ya que la pos-pandemia (cierres de fábricas, comercios, oficinas,

³⁴ "The Coronavirus Pandemic Will Forever Alter the World Order. The U.S. must protect its citizens from disease while starting the urgent work of planning for a new epoch" by Henry Kissinger, April 3, 2020, The Wall Street Journal, disponible en: <https://www.wsj.com/articles/the-coronavirus-pandemic-will-forever-alter-the-world-order-11585953005>

desempleo, pobreza, etc.), puede ser tan grave – o más- para muchas personas en el mundo, como la propia pandemia.

Al mismo tiempo, también debemos repensar el funcionamiento del Estado, porque tampoco será lo mismo después de esta pandemia. El Estado -al igual que el sector privado- ha probado ser una institución esencial para hacer frente al grave problema de salud pública que ha causado la pandemia. Pero no se trata de cualquier Estado, sino del Estado democrático; sometido al Derecho; respetuoso de los derechos; eficaz en sus acciones y respuestas; aliado, cooperador y coordinador de los esfuerzos de la sociedad; abierto al debate y a las críticas de su gestión; transparente en el manejo de los recursos; y responsable. Por ello, aun en tiempos extremadamente difíciles, ante situaciones extraordinarias, se debe asegurar el funcionamiento eficaz de los poderes públicos del Estado de Derecho, para así garantizar la democracia, el control del poder y los derechos humanos.

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

Washington College of Law, 26 de abril de 2020.