

HERRAMIENTAS PARA EVALUAR LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES:

El test de proporcionalidad
y la pandemia por covid-19

Diana Beatriz González Carvallo
Arnulfo Daniel Mateos Durán
Coordinadores



Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

Primera edición: octubre de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Metodologías

HERRAMIENTAS PARA EVALUAR LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES:

El test de proporcionalidad
y la pandemia por covid-19



Diana Beatriz González Carvallo
Arnulfo Daniel Mateos Durán
Coordinadores



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación	VII
Ministro Arturo Zaldívar	
Introducción	XIII
Diana Beatriz González Carvallo	
Arnulfo Daniel Mateos Durán	
 PRIMERA PARTE	
Méritos y desafíos del sistema federal alemán ante la pandemia de covid-19	3
Marie-Christine Fuchs	
Julia Nassl	
 La larga "hora del gobierno". Covid-19 y la reserva parlamentaria en Alemania	57
Carsten Bäcker	

¿Está la democracia en Alemania en riesgo?	
Libertad de reunión, covid-19, extrema derecha y antivacunas	87
Arnulfo Daniel Mateos Durán	

La tragedia del triaje. Fundamentos constitucionales y penales y sus límites.....	131
Reinhard Merkel	
Steffen Augsberg	

Personas con discapacidad en el triaje por covid-19. La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 16 de diciembre de 2021	175
Martin Borowski	

SEGUNDA PARTE

Las emergencias eventualmente terminan. La mejor manera de analizar las restricciones a derechos humanos detonadas por la pandemia de covid-19 de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	203
Eric Richardson	
Colleen Devine	

Justicia y derechos en contextos de enfermedad por virus en India	325
Kalpana Kannabiran	

La proporcionalidad de las restricciones laborales por la pandemia de covid-19	361
Daniela Mayumy Vara Espíndola	

Justificación en tiempos de covid-19 o sobre por qué la ponderación no es suficiente	407
Ismael Martínez Torres	

Presentación

La pandemia provocada por covid-19 es la crisis global más importante de nuestra historia reciente. La propagación de la enfermedad ha cobrado incontables vidas, doblado sistemas de salud que parecían imbatibles, frenado la actividad económica al grado de la parálisis y abatido importantes esfuerzos internacionales para mitigar los daños.

En ese sentido, diversos países tomaron medidas para enfrentar la crisis sanitaria. Sin embargo, muchas de ellas constituían límites y restricciones a los derechos humanos. En tal contexto, los órganos jurisdiccionales se enfrentaron al reto de garantizar el acceso a los servicios de justicia sin poner en riesgo la salud, y de forma paralela, han tenido que tramitar asuntos de enorme importancia sobre el alcance y contenido de derechos fundamentales en el contexto de la crisis sanitaria.

Así, juezas y jueces de diversos países han decidido cuestiones trascendentales sobre la constitucionalidad de las medidas sanitarias adoptadas con motivo de la pandemia y que pueden limitar derechos o libertades individuales. Su función, en la mayoría de los casos, ha sido determinar

si estas restricciones son proporcionales a la emergencia, y si respetan los límites constitucionales exigibles en cada país.

A manera de ejemplo, diversos tribunales en el mundo se han pronunciado respecto de las restricciones a la libertad de circulación, tales como la implementación de confinamientos obligatorios o la limitación de la movilidad nacional e internacional; también han resuelto sobre la vacunación obligatoria como una medida de garantía de la salud pública, o el establecimiento de protocolos de salubridad en los espacios comunes, como el uso de máscaras.

Al resolver, los órganos jurisdiccionales utilizaron diversos principios e instrumentos de interpretación y argumentación para emitir resoluciones en asuntos cuya problemática central se encontraba en alguna de estas hipótesis, y precisamente uno de esos instrumentos fue el test de proporcionalidad.

Efectivamente, diversos tribunales acudieron a esta metodología frente a la necesidad de tomar decisiones razonables y constitucionalmente adecuadas en un momento de crisis como la pandemia. El test de proporcionalidad como herramienta de decisión judicial constitucional ha sido destacado por diversos sectores de la academia y de la judicatura, tanto en México como en otros países, como un mecanismo que facilita la emisión de sentencias argumentadas, racionales y constitucionalmente legítimas.

Se trata de una metodología de adjudicación constitucional ampliamente utilizada por la Suprema Corte y por tribunales en todo el mundo para defender derechos fundamentales,¹ y que exige justificaciones más robustas para afectaciones más intensas sobre derechos.² En tal sentido,

¹ Stone Sweet, Alec y Mathews, Judkins, "Proportionality balancing and global constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, pp. 68-149, 2008.

² Jackson, Vicki C., "Constitutional law in an age of proportionality", *Yale L.J.*, 124, 8, 2015, pp. 3098 y siguientes.

permite una mirada rigurosa a las razones que justifican el actuar del Estado, y al impacto específico de esta actuación sobre un derecho fundamental,³ situación que sin duda se vio marcada con mayor intensidad con la pandemia por covid-19.

En gran medida, la legitimidad de las juezas y jueces descansa en las razones de su decisión, pero estas razones deben ser expresadas en lenguaje sencillo, transparente, libre de tecnicismos innecesarios y con una estructura argumentativa ordenada y efectiva, es decir, con una metodología que permita dar soluciones sencillas, claras y justas a casos complejos. Una metodología clara para los órganos jurisdiccionales es especialmente útil para resolver casos de derechos humanos, pues la dignidad humana exige identificar razones muy puntuales y robustas para limitar las libertades y derechos de las personas.

Con la finalidad de perfeccionar la argumentación constitucional, el Centro de Estudios Constitucionales ha desarrollado una línea de investigación pionera en la academia jurídica mexicana, centrada en las distintas metodologías de adjudicación constitucional.

En el contexto de esa línea de investigación, el Centro presenta este libro que reúne diversos textos escritos por destacados juristas sobre el test de proporcionalidad como un mecanismo para evaluar las restricciones a los derechos humanos en el contexto de la pandemia por covid-19. La obra en su conjunto ofrece un panorama actual de los debates que surgieron en relación con el test de proporcionalidad y las problemáticas que planteó la pandemia frente a los derechos y libertades de las personas.

Hoy, el test de proporcionalidad ocupa un lugar central en la jurisprudencia mexicana, y mantiene un desarrollo constante a través de las sentencias emitidas por este Tribunal Constitucional. Con todo, esta labor

³ *Ibidem.*

estaría incompleta sin el trabajo de reflexión académica que impulsa el Centro de Estudios Constitucionales en nuestro país. El libro que tiene en sus manos es un claro ejemplo de ello.

Espero que esta obra detone una discusión más amplia y participativa sobre el test de proporcionalidad como un mecanismo de argumentación constitucional, y sobre su estrecha conexión con la protección de los derechos humanos.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal.*

Introducción

Diana Beatriz González Carvallo
Arnulfo Daniel Mateos Durán

El Estado democrático constitucional parte de la idea de que es necesaria una regularidad constitucional para su correcto funcionamiento. La certidumbre en los resultados de un ordenamiento jurídico es un requisito necesario para el mantenimiento de la coherencia del sistema normativo.¹ En las democracias constitucionales la distribución del poder, la delimitación de funciones y la atribución de competencias a los diferentes órganos están reguladas en normas jurídicas.

La Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico es el parámetro y guía de toda la actividad estatal a través de sus preceptos normativos, en especial, los derechos fundamentales como límites al poder estatal. Por esta razón, la pandemia ocasionada por la enfermedad covid-19 supuso una situación extraordinaria especialmente desafiante pues el combate y contención del virus no solamente trastocó la vida

¹ Cfr., Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2018, p. 171; Sieckmann, Jan-Reinardt, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, p. 164 y ss.

política y social de muchos países, sino que puso a prueba la estructura normativa del Estado constitucional en todos sus ámbitos y sometió a las instituciones democráticas a situaciones sin precedentes. La pandemia agudizó varios problemas sociales y económicos permanentes y, muchos de ellos, naturalizados: la insuficiencia de la capacidad hospitalaria instalada, y de salud en general, para atender a los pacientes infectados con el virus; la pérdida de empleos y, en consecuencia, de ingresos; y los riesgos laborales potenciados para quienes tuvieron que seguir saliendo a trabajar son sólo algunos de ellos.

Este libro se inscribe en la línea de investigación sobre metodologías de adjudicación constitucional del Centro de Estudios Constitucionales. El objetivo del programa es estudiar la incorporación del dispositivo de adjudicación constitucional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y cómo se ha adaptado a las circunstancias locales. Se revisan, también, las complejidades propias de la formulación del test, sus posibles déficits de racionalidad y la vaguedad en la formulación de los criterios de evaluación, entre otros. A partir de las conclusiones sobre el test como modelo de toma de decisiones se examinan otras metodologías de adjudicación y su posible funcionalidad para casos determinados. También se analizan los retos específicos que la aplicación de las diferentes gradas del test por parte de la SCJN ha planteado en materias tales como la evidencia probatoria y la argumentación jurídica. Finalmente, se revisan las experiencias de tribunales constitucionales comparables en la utilización de esta herramienta.²

El test de proporcionalidad es una exportación exitosa de la dogmática alemana de los derechos fundamentales. La proporcionalidad tiene en algunos ordenamientos jurídicos, entre ellos, el alemán, con rango cons-

² Producto de las diferentes actividades de la línea de investigación, como el Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad, y los conversatorios sobre esta metodología de adjudicación en el derecho comparado, se han publicado tres obras: *Conflictos entre derechos. Ensayos desde la filosofía práctica*, *El Test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes* y *El Test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*.

titucional. A partir de este rango, la proporcionalidad —como derecho objetivo— vincula a toda la actuación estatal; sin embargo, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que todavía no ha adquirido tal categoría, el test de proporcionalidad es una metodología de adjudicación judicial centrada en la restricción de los derechos fundamentales.

Esta herramienta de decisión se divide en un examen escalonado de diferentes etapas, cada una plantea una cuestión relativa a la relación fin/medio. La proporcionalidad puede variar en el número de etapas, por ejemplo, algunos consideran que el fin legítimo constituye una etapa más del test; no obstante, si se sigue la tradición de la dogmática alemana de los derechos fundamentales, el test de proporcionalidad se circunscribe dentro del examen general de constitucionalidad de una ley o acto de autoridad, en otras palabras, el esquema de "intervención-restricción". En este examen se analiza primero si la libertad o situación jurídica afectada es protegida *prima facie* por el derecho constitucional (ámbito de protección), después se estudia si el acto impugnado constituye una intervención en el derecho en cuestión (intervención) y, por último, si existe una norma constitucional que justifique la intervención (justificación constitucional). En la última etapa se realiza el test de proporcionalidad, porque incluso con la existencia de una habilitación constitucional a favor de la autoridad estatal, la intervención tiene que ser proporcional con el fin buscado (fin legítimo).

La proporcionalidad se divide, entonces, en las siguientes gradas: 1) idoneidad, 2) necesidad y 3) proporcionalidad en sentido estricto (ponderación). En la primera etapa se consideran idóneas todas aquellas medidas que promuevan en algún grado la consecución del fin legítimo. En la segunda grada se realiza una valoración de los diferentes medios idóneos, por lo que se considera como necesario aquel medio que logre la consecución del fin buscado en el mayor grado posible y que represente un nulo o menor menoscabo para otros bienes constitucionales. Por último, que una medida sea idónea y necesaria no implica que sea constitucional, por lo que debe ponderarse con el derecho constitucional afectado.

Herramientas para evaluar la restricción de derechos fundamentales: el test de proporcionalidad y la pandemia por covid-19 se divide, entonces, en dos grandes apartados. El primero reúne los artículos que fueron producto de las presentaciones de los diferentes autores en el Conservatorio sobre las restricciones de derechos fundamentales en la pandemia por covid-19, que se llevó a cabo entre el 22 y el 25 de marzo de 2022.³ Éstos son "Méritos y desafíos del sistema federal alemán ante la pandemia de covid-19", de Marie-Christine Fuchs y Julia Nassl; "La larga 'hora del gobierno'. Covid-19 y la reserva parlamentaria en Alemania", de Carsten Bäcker; "¿Está la democracia en Alemania en riesgo? Libertad de reunión, covid-19, extrema derecha y antivacunas", de Arnulfo Daniel Mateos Durán; "La tragedia del triaje. Fundamentos constitucionales y penales y sus límites", de Reinahrd Merkel y Steffen Augsburg, y "Personas con discapacidad en el triaje por covid-19. La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 16 de diciembre de 2021", de Martin Borowski.

En la segunda parte se reúnen artículos de cuatro autores que estudiaron la restricción de los derechos fundamentales debido a las medidas tomadas por los gobiernos para enfrentar la pandemia por covid-19 en diversos países, específicamente. Estos textos permiten no sólo tener un mayor acercamiento a la forma en la que el virus afectó a diferentes poblaciones, sino al uso del test de proporcionalidad como herramienta para adjudicar sobre la restricción de los derechos fundamentales provocada por estas medidas. También evidencian cómo esta herramienta es adaptada por los jueces de cada país a sus circunstancias nacionales y a las de los casos que tienen que decidir. Integran esta sección los textos "Las emergencias eventualmente terminan. La mejor manera de analizar las restricciones a derechos humanos detonadas por la pandemia de covid-19 de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", de Eric Richardson y Colleen Devine; "Justicia y derechos en contextos de enfermedad por virus en India", de Kalpana Kannabiran;

³ Los videos del conversatorio están disponibles en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/programas-investigacion/metodologia-adjudicacion-constitucional/conversatorios>.

"La proporcionalidad de las restricciones laborales por la pandemia de covid-19", de Daniela Vara Espíndola, y "Justificación en tiempos de covid-19 o sobre por qué la ponderación no es suficiente", de Ismael Martínez Torres.

En suma, esta obra reúne 9 textos que presentan los diversos efectos de la pandemia ocasionada por la covid-19 en varias democracias constitucionales. Si bien los ordenamientos jurídicos seleccionados son diferentes por las particularidades y retos que los han ido moldeando, todos fueron sometidos a la difícil prueba presentada por la pandemia. En este sentido, conforme a las características de su sistema constitucional, los órganos estatales de cada uno tuvieron que adaptarse a los nuevos problemas a partir de la estructura ofrecida por la constitución nacional. Las dificultades ocasionadas por el coronavirus afectaron de manera amplia varios ámbitos del Estado, en particular, el efectivo desarrollo de los derechos fundamentales, por eso, los temas desarrollados en esta obra tematizan el uso del test de proporcionalidad durante tiempos de emergencia y los retos para los órganos estatales y operadores jurídicos que tuvieron que emplearlo en tiempos de gran incertidumbre.

La colección de textos comienza con la experiencia del sistema constitucional alemán. El ordenamiento jurídico alemán está fincado en la Ley Fundamental de Bonn de 1949; ésta surgió como una respuesta a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el nacionalsocialismo, por lo que fue concebida como una constitución enfocada en el papel central del legislador democrático y la vinculación de los derechos fundamentales a todos los órganos del Estado; sin embargo, esas características representaron un problema para el Estado alemán en la emergencia ocasionada por la pandemia de covid-19, puesto que dicha situación tuvo como consecuencia cambios materiales que trastocaban los principios y lineamientos establecidos por la Ley Fundamental. Es así que los textos de esta obra constituyen un informe de todos estos cambios acontecidos durante la pandemia.

La obra comienza con el texto de Marie-Christine Fuchs y Julia Nassl, quienes presentan los efectos que tuvo el combate de la pandemia de covid-19 en el sistema federal alemán. Alemania tiene una forma de Estado federal, que se caracteriza por una robusta distribución de competencias entre la federación y los estados federados (*Länder*). En su texto las autoras desmenuzan de manera precisa todas las particularidades del sistema federal alemán y describen los modelos de cooperación existentes entre los dos ámbitos. A partir de dicho análisis es posible comprender los problemas que presentó la lucha de la pandemia, como una situación de crisis extraordinaria, a los diferentes órdenes del gobierno. Dentro del texto se describen el cambio normativo a favor de la federación producto de la pandemia y sus efectos en los derechos fundamentales, así como, de manera general, la actividad judicial durante esta etapa de incertidumbre.

Por su parte, la contribución de Carsten Bäcker se enfoca en el menoscabo de la función legislativa en el sistema constitucional alemán ocasionado por la pandemia de covid-19. La actividad legislativa en Alemania se vio fuertemente mermada durante gran parte del desarrollo de la pandemia, lo que tuvo como consecuencia que las decisiones encaminadas a combatirla se establecieran a través de decretos o reglamentos del Ejecutivo federal y los gobiernos de los estados federados. Entre estas medidas, varias tuvieron como efecto la restricción de derechos fundamentales. Esto constituye un punto importante, porque las restricciones de los derechos fundamentales son una competencia del legislador que lleva a cabo a través de la "reserva de ley". Aunado a ello, conforme al principio de la esencialidad en el sistema constitucional alemán, esas restricciones son decisiones fundamentales en manos del legislador federal.⁴ En su texto, Bäcker analiza los problemas de constitucionalidad formal ocasionados por el fortalecimiento del Ejecutivo y presenta algunas soluciones propuestas

⁴ Véase, Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Múnich, C.H. Beck, t. III/1, 1988, pp. 1348 y 1349; Borowski, Martin, "El esquema de Intervención-Restricción de la dogmática alemana de los derechos fundamentales", en Borowski, Martin, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 113 y 114.

por la academia para evitar un fortalecimiento inconstitucional del gobierno debido a la pandemia.

Retomando la problemática de las restricciones ocasionadas por las medidas estatales para combatir la pandemia, Arnulfo Daniel Mateos Durán describe en su texto los problemas derivados de las medidas estatales encaminadas a controlar los contagios, pero enfocándose en la libertad de reunión. Este derecho tiene un lugar especial en el orden objetivo de valores⁵ establecido por la Ley Fundamental. Al ser un derecho de ejercicio grupal, fue una de las libertades más afectadas por las medidas para combatir la covid-19. La importancia de este derecho en la jurisprudencia constitucional es tal, que logró que el Tribunal Constitucional Federal Alemán declarara inconstitucionales todas las prohibiciones de reuniones públicas durante las etapas más críticas de la pandemia. Sin embargo, grupos de extrema derecha, neonazis y antivacunas vieron una oportunidad en la posibilidad de salir a marchar a las calles para atacar a las instituciones democráticas del Estado. Lo anterior produjo como consecuencia la prohibición de algunas marchas por el peligro que representaban para la sociedad y para los participantes. El estudio de estos casos tiene como trasfondo el uso del test de proporcionalidad en situaciones de gran incertidumbre.

El texto de Reinhard Merkel y Steffen Aue se centra en la discusión sobre los efectos constitucionales y de derecho penal del triaje en el ordenamiento jurídico alemán. En las etapas más críticas de la pandemia, varios países tuvieron que recurrir al triaje como procedimiento médico para la distribución de recursos escasos en situaciones extraordinarias. En su texto, los autores hacen énfasis en las características del sistema constitucional alemán, el cual prohíbe desde un principio todo criterio valorativo que pueda afectar la importancia de la vida humana. Esto adquiere relevancia teniendo en cuenta que en el triaje son necesarios

⁵ Relativo al "orden objetivo de valores", véase, Mora-Sifuentes, Francisco, *Legalismo y Constitucionalismo*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 216 y ss.

requisitos de diferenciación para negar a ciertos pacientes el acceso a un ventilador respiratorio (triaje *ex ante*), o, dado el caso, para desconectar a un paciente en favor de otra persona con un mejor pronóstico clínico (triaje *ex post*). Igualmente, los autores describen los efectos en el sistema penal alemán de la falta de una regulación relativa a estas situaciones de triaje y plantean preguntas sobre las consecuencias jurídico-penales para los médicos que lleven a cabo este procedimiento en pacientes enfermos de covid-19 u otros afectados de manera colateral por la falta de suministros médicos. Lo anterior, desde el punto de vista de la dogmática penal alemana.

El texto de Martin Borowski retoma la discusión relativa a la implementación del triaje en Alemania, pero lo realiza con un especial énfasis en el derecho a la igualdad protegida constitucionalmente en el artículo 3 de la Ley Fundamental. El autor se enfoca en una decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán relativa a la constitucionalidad del uso del triaje en personas con alguna discapacidad o una enfermedad crónica.⁶ A partir de esta sentencia, describe las cuestiones planteadas por la dimensión de igualdad de los derechos fundamentales vinculada a los derechos de prestación, en su variante de derecho de protección.⁷ Además, explica el uso mediato de la *Drittwirkung* (efecto horizontal de los derechos fundamentales) para la protección del derecho a la igualdad.⁸ En el texto, critica la fundamentación empleada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y plantea los verdaderos problemas no resueltos en el ámbito de la protección del derecho a la igualdad.

La segunda parte del libro empieza con el artículo de los profesores Eric Richardson y Colleen Devine sobre la mejor manera de analizar las

⁶ Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia del 16 de diciembre de 2021, 1 BvR 1541/20.

⁷ Sobre los derechos de prestación, véase, Borowski, Martin, "Derechos fundamentales de prestación", en Borowski, Martin, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 215-269.

⁸ Relativo a esta modalidad de la *Drittwirkung*, véase, Borowski, Martin, "Una introducción a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales", en Mateos Durán, Arnulfo Daniel (ed.), *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 9-30.

restricciones de derechos fundamentales provocadas por la pandemia de covid-19 de acuerdo con los parámetros fijados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los autores reconstruyen la ruta que llevó desde la alerta temprana de la propagación acelerada de un virus novedoso hasta la declaratoria de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud. También relatan las medidas que empezaron a tomar diferentes países para frenar el contagio: restricciones de movilidad local e internacional, confinamientos y vigilancia a través de teléfonos celulares y aplicaciones de contacto y contagio. Esas decisiones públicas provocaron dudas sobre las restricciones que imponían a los derechos humanos internacionales, en particular, del cumplimiento estatal de las obligaciones establecidas en el Pacto. El artículo 4 de ese instrumento establece el deber de los Estados de notificarle al secretario de la ONU cuando, debido a una emergencia sanitaria, debe suspender el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos humanos. Según afirman los autores, 6 meses después de la declaratoria de pandemia sólo 21 países habían hecho esa notificación. Analizan, entonces varias de las medidas tomadas por los estados que implican una restricción seria a los derechos humanos establecidos en el Pacto. Mediante el uso del test de proporcionalidad como herramienta de análisis muestran cómo muchas no pasan ese examen de constitucionalidad, es decir, evidencian que varias de esas decisiones de política pública de emergencia fueron desproporcionadas.

Kalpna Kannabiran presenta cuál ha sido la relación entre justicia y derechos cuando se han presentado problemas virales graves en India, especialmente, durante la emergencia por covid-19. Luego de eso se refiere, en términos más normativos, a los mandatos de justicia, constitucionalismo y derechos humanos que deben informar la actuación cuando se presentan ese tipo de situaciones de los gobiernos en política pública, en el trato que les da a los trabajadores y en la ética de sus intervenciones. La autora analiza una de las medidas más estrictas que adoptaron los gobiernos durante la pandemia: la de confinamiento. En relación con esta limitación estricta del derecho a la libertad de circulación, señala que tanto en

el ámbito académico como en la judicatura una de las discusiones centrales era si esa restricción supera el test de proporcionalidad. Kannabiran presenta dos casos decididos por las cortes indias, *Puttaswamy I y II*, en los cuales esa fue precisamente la cuestión: si las medidas de confinamiento ordenadas por el gobierno tenían una finalidad legítima, eran adecuadas, necesarias y proporcionales en sentido estricto, es decir, si pasaban el test de proporcionalidad.

Daniela Vara reflexiona sobre las restricciones al derecho humano al trabajo debido a las medidas derivadas de la pandemia por covid-19. Por un lado, miles de empleados tuvieron que mudar su lugar de trabajo de las oficinas a sus casas, y pese a que estos trabajadores conservaron sus empleos —lo cual los ubicó en una buena posición—, muchos tuvieron que enfrentar los desafíos de cumplir con sus labores y realizar tareas del hogar. Por otro lado, están los miles de personas que perdieron sus empleos, que pasaron de un día para otro a no tener ingresos propios y a no poder salir a buscar trabajo debido a las medidas de confinamiento. Dados estos contextos nacional y global, la autora explora cuáles son las principales medidas de restricción implementadas en el mundo del trabajo en diferentes países, así como los derechos humanos afectados debido a esas restricciones. A partir de esto, analiza la justificación dada por las autoridades para la implementación de ciertas limitaciones en específico. Finalmente, Vara reflexiona sobre la importancia de la aplicación del test de proporcionalidad en tiempos de pandemia, de manera particular, respecto del derecho humano al trabajo.

En el último artículo que integra esta obra, Ismael Martínez Torres retoma, desde otra perspectiva, el tema de los choques entre los derechos a la salud pública y la libertad de circulación provocados por las medidas de confinamiento durante la pandemia por covid-19. Resalta que en los Estados de derecho esas restricciones a derechos fundamentales deben estar plenamente justificadas y que la herramienta más usada por los jueces y más discutida por los académicos para esos efectos es la ponderación. Pero esa metodología de decisión no es la única y, tal vez, tampoco

es la mejor para adjudicar en estas circunstancias. El texto explora, entonces, algunas de las objeciones centrales contra esta herramienta y ofrece una alternativa de decisión racional en casos de restricción de derechos fundamentales: medidas como el confinamiento no acotan la eficacia de los derechos, sino que los maximizan.

En el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación esperamos que esta obra contribuya al conocimiento, análisis y reflexión sobre los alcances de la herramienta de adjudicación constitucional que es el test de proporcionalidad. La pandemia por covid-19 ha permitido corroborar cómo este recurso no es sólo cada vez más usado por diferentes jurisdicciones, sino que es especialmente útil para evaluar la constitucionalidad de derechos fundamentales en casos de emergencias globales.

Bibliografía

- Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2012.
- Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2018.
- Borowski, Martin, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022.
- Borowski, Martin, "Una introducción a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales", en Mateos Durán, Arnulfo Daniel (ed.), *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 9-30.
- Huster, Stefan, *Rechte und Ziele*, Berlín, Duncker und Humblot, 1993.
- Klatt, Matthias y Meister, Moritz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus", *Juristische Schulung*, año 54, vol. 3, marzo 2014, pp. 193-199.

Mora-Sifuentes, Francisco, *Legalismo y Constitucionalismo*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021.

Sieckmann, Jan-Reinardt, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, C.H. Beck, t. III/1, 1988.

PRIMERA PARTE

Méritos y desafíos del sistema federal alemán ante la pandemia de covid-19*

Marie-Christine Fuchs**

Julia Nassl***

* Texto publicado originalmente en alemán como "Bundesrepublik Deutschland: Föderalismus und die Covid-19-Pandemie", en Nader, E. y Fuchs, M. C., *COVID-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales*, Tirant lo Blanch, 2021. Disponible en: <https://www.kas.de/documents/271408/4591369/Covid19+y+Estados+en+acción++un+estudio+constitucional+comparado++entre+pa%C3%ADses+federales+y+no+federales.pdf/882baa4e-f650-727e-16c6-966187a92b48?version=1.0&xt=1625191219244>. Versión actualizada en la que se republican partes de la original. Fue traducido al español por el Dr. iur. John Zuluaga LL.M.

** Abogada alemana LL.M. (Eur.) y Doctora en Derecho (Dr. iur.) por la Universidad de Saarland (Alemania). Fue directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung. mariechfuchs@gmail.com.

*** Estudiante de Derecho y pasante del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung. julia-nassl@t-online.de.

SUMARIO: A. Federalismo y normativa de emergencia en el nivel constitucional; I. Estructura constitucional del sistema federal en Alemania; 1. Desarrollo histórico constitucional del Estado federal alemán; 2. Concepto general del federalismo en la Constitución alemana; a. Autonomía de los estados federados; b. Excepciones a la autonomía de los estados federados; II. Normativa de emergencia en el nivel constitucional federal y de los estados federados; 1. Historia de la normativa de emergencia en la Constitución alemana y su inaplicabilidad en caso de la crisis sanitaria; 2. Inaplicabilidad de la normativa constitucional de emergencia en los *Länder*; B. Manejo de la crisis sanitaria en el ámbito de la legislación ordinaria; I. Competencias legislativas; 1. Distribución básica de competencias legislativas en la Constitución alemana; 2. Diseño y ejercicio de competencias legislativas por parte del gobierno federal en razón de la pandemia; II. Legislación para enfrentar catástrofes por parte de los estados de la federación; III. Competencias administrativas; 1. Distribución básica de competencias administrativas en la Constitución alemana; 2. Medidas para confrontar el coronavirus por parte de los estados federados con base en la IfSG como forma de administración propia del Estado; IV. Distribución de gastos e ingresos entre la Federación y los estados federados en la Constitución alemana y su aplicación en caso de emergencia sanitaria; C. Cooperación en la Federación en tiempos de crisis; I. Principios y desarrollo del federalismo cooperativo en Alemania; 1. Modelos de cooperación regulados en la Constitución; 2. Modelos de cooperación informal; II. Cooperación entre la Federación y los estados federados frente a la pandemia; 1. Descripción general de los instrumentos. 2. Cronología de coordinación; III. Cambio normativo de competencias a favor de la Federación durante la crisis; D. Control judicial: ¿unificación mediante derechos fundamentales?; E. Conclusiones: ambivalencias del Estado federal alemán en el manejo de la pandemia del coronavirus.

Con 91,709 muertes a causa del coronavirus (cifra del 29 de julio de 2021) y 3.78 millones de personas infectadas hasta la fecha (cifra del 29 de julio de 2021),¹ la crisis del SARS-CoV-2 ha afectado a la República Federal de Alemania de una forma más o menos benigna, si se la compara con lo sucedido a nivel global, sobre todo en India o en algunos países latinoamericanos. En este texto se analiza el papel que jugó la estructura fede-

¹ Las cifras de los casos proceden de la descripción general que diariamente es actualizada por el Instituto Robert Koch (RKI). Disponible en: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html.

rativa básica de Alemania en la lucha contra la crisis y se discute si esto fue provechoso en la confrontación de la pandemia. Por la distribución de competencias entre el nivel central y los estados federados en Alemania, los *Länder*, el marco normativo alemán para la prevención y mitigación de emergencias puede parecer difuso y marcadamente administrativo. Aunque como respuesta a la crisis sanitaria causada por el virus SARS-CoV-2 se hicieron importantes ajustes normativos y adaptaciones informales a la distribución de competencias a nivel federal, el país pudo enfrentar, de la mano del proceso de vacunación durante los últimos meses, las —hasta la fecha— tres olas de la pandemia con instrumentos legales ordinarios y, especialmente, jurídico-administrativos, en lugar de acudir a medios constitucionales.

Así las cosas, en primer lugar, el texto expone la historia y describe tanto la estructura básica del Estado federal —que tiene su arraigo a nivel constitucional—, como las medidas de emergencia decididas en la República Federal; después da cuenta de los medios a los que recurrieron los estados federados para combatir la crisis hasta la fecha, en el marco de la estructura del federalismo alemán. Además, señala los instrumentos de cooperación entre el gobierno federal y los estados federados, especialmente en tiempos de crisis, así como los cambios normativos que se efectuaron para adecuar el funcionamiento del federalismo alemán a las necesidades en pandemia; en los dos últimos títulos, se discute sobre el control ejercido por el Poder Judicial, para finalizar con una valoración de cierre a manera de conclusiones.

A. Federalismo y normativa de emergencia en el nivel constitucional

Para comprender cómo se ha enfrentado la pandemia *a la alemana*, dos premisas resultan de especial importancia: en primer lugar, el robusto diseño del federalismo alemán a nivel constitucional, con un fuerte posicionamiento de los estados federados, a los que en principio se les

encomiendan las preocupaciones sobre la seguridad y el orden público, incluso en el contexto de una crisis de salud. En segundo lugar, la repugnancia de los órganos estatales alemanes respecto a la legislación de emergencia, lo que, entre otras cosas, explica por qué el gobierno federal no declaró el estado de emergencia durante toda la crisis de covid-19.

I. Estructura constitucional del sistema federal en Alemania

1. Desarrollo histórico constitucional del Estado federal alemán

Nunca existió un Estado unitario alemán, aparte del Estado totalitario nazi. La historia alemana más bien da cuenta de numerosos intentos por unir pequeñas entidades territoriales para configurar un Estado nacional alemán. Los fundamentos del federalismo alemán se remontan a los tiempos medievales del Sacro Imperio Romano Germánico, compuesto por una multitud de estados independientes y autónomos, siendo los reinos de Prusia y Austria los más grandes y poderosos. Esta línea histórico-política de Alemania como conglomerado de fuertes entidades autónomas continuó durante los tiempos de la Confederación Germánica (*Deutscher Bund*) de 1815, el Imperio Alemán de 1871 y la República de Weimar, hasta los tiempos de la República Federal de Alemania. Durante el Tercer Reich, por primera y única vez en su historia, Alemania fue un Estado centralizado.² La implementación del sistema federal alemán en su forma actual, después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, fue una exigencia, entre otras cosas, de los poderes de ocupación para garantizar la distribución del poder político en diferentes centros, tanto a nivel horizontal como a nivel vertical, como bastión contra el totalitarismo.

² Véanse las dos leyes de sincronización (*Gleichschaltungsgesetze*) de 1933: Ley provisional para la sincronización de los estados con el Reich del 31 de marzo y la Segunda Ley para la sincronización de los estados con el Reich del 7 de abril.

2. Concepto general del federalismo en la Constitución alemana

a. Autonomía de los estados federados

La Constitución alemana, también denominada Ley Fundamental o *Grundgesetz* (GG), define a la República Federal de Alemania en su artículo 20, párrafo 1, como un Estado federal, democrático y social, y prohíbe su derogación en la llamada cláusula de intangibilidad o perpetuidad (*Ewigkeitsklausel*),³ artículo 20, párrafo 3, en concordancia con el artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental.⁴ La relación entre la Federación y los estados federados se concibe como una coexistencia autónoma e igualitaria, pero no independiente.⁵ Como resultado, a los 16 estados miembros se les concede un alto grado de autonomía. Junto al ejercicio del poder estatal del respectivo estado federado, tal autonomía involucra sus propios órganos ejecutivos, primeros ministros y ministros de Estado. Este aspecto se manifiesta de una forma especial en la existencia de constituciones estatales (*cfr.* artículo 142 de la Ley Fundamental), parlamentos estatales legitimados democráticamente de forma directa y tribunales constitucionales estatales, así como en una personalidad jurídica-internacional parcial —o al menos derivada— de los respectivos estados federados (artículo 32, párrafo 3 de la Ley Fundamental).⁶ Sólo la llamada cláusula de homogeneidad (artículos 28, párrafo 1, y 3 de la Ley Fundamental) establece límites a la autonomía constitucional de los estados federados, que no tienen que imitar a la Federación en cuanto a su organización estatal; sin embargo, la libertad para definir su propia organización sólo

³ La cláusula de intangibilidad del artículo 79, párrafo 3, de la Constitución alemana protege la estructura de la Federación en los *Länder*, la participación fundamental de éstos en la legislación y los principios del artículo 1, párrafos del 1 al 3 (de garantía de la dignidad humana y derechos fundamentales vinculantes para todo poder estatal) y el artículo 20, párrafos del 1 al 4 (forma republicana de gobierno, principio de democracia y Estado de bienestar, Estado de derecho, separación de poderes y Estado federal) ante un abandono mediante enmiendas constitucionales.

⁴ Esto protege la estructura federal como tal, pero no la subdivisión precisa del territorio federal.

⁵ Grzeszick, B., "Art. 20 GG", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020, número marginal 41.

⁶ Bauer, H., "Art. 20", en Horst, D. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015, número marginal 42.

llega hasta el límite que supone el respeto de los principios democráticos y constitucionales —sobre todo, el respeto de los derechos fundamentales por parte de los órganos estatales— prescritos en la Constitución alemana.⁷ Más allá de las consideraciones relativas a la organización estatal, el artículo 31 de la Ley Fundamental asegura la homogeneidad del ordenamiento jurídico alemán, al regular una preponderancia de la ley federal, independientemente de su rango, sobre la ley de los estados federados en conflicto ("La ley federal invalida la ley del estado federado"),⁸ siempre y cuando la Federación posea la competencia legislativa correspondiente.

Una expresión de la soberanía organizativa de los estados federados y, por tanto, de la "democracia dividida", es su suborganización en otras subunidades: las denominadas entidades o autoridades locales o comunales (*kommunale Gebietskörperschaften*).⁹ De acuerdo con el artículo 28, párrafo 2, de la Ley Fundamental, éstas disponen del derecho a autogobernarse, de modo que regulan los asuntos locales de manera independiente, bajo su propia responsabilidad dentro del marco de las leyes (del Estado federado)¹⁰ y protegidas de la influencia del gobierno federal y de los estados federados.¹¹

b. Excepciones a la autonomía de los estados federados

La Constitución alemana sólo se aparta de la decisión constituyente a favor de la soberanía y la independencia de los estados federados cuando, por medio del llamado poder de coacción federal (*Bundeszwang*), el

⁷ El Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCF) exige un "grado mínimo de homogeneidad" en las sentencias BVerfGE 24, 367 (p. 390); BVerfGE 36, 342 (p. 361); BVerfGE 60, 175 (pp. 207 y 208); BVerfGE 90, 60 (p. 85); Dittmann, A., "Verfassungshoheit der Länder und bundesstaatliche Verfassungshomogenität", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, t. VI, 2009, número marginal 13.

⁸ Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, C.F. Müller, 1999, p. 116.

⁹ TCF, sentencia BVerfGE 52, 95 (pp. 111 y ss.).

¹⁰ Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 202 y ss.

¹¹ Según reiterada jurisprudencia del BVerfG, el Estado debe garantizar los siguientes derechos soberanos en el nivel municipal en un grado básico: soberanía territorial, urbanística, de personal, organizativa y financiera. TCF, sentencias BVerfGE 138, 1 (pp. 21 y ss., número marginal 59); BVerfGE 91, 228 (p. 239).

gobierno federal puede emprender de forma supletoria acciones que un estado federado no ha regulado o si transgredió una "obligación federal" (*cfr.* artículos 83 y siguientes de la Ley Fundamental).¹² Sin embargo, la mera falta de idoneidad de una medida ejecutiva por parte de los estados federados a los ojos del gobierno federal es insuficiente para promover la coacción federal.¹³ Por otro lado, el gobierno federal puede proporcionar ayuda oficial a los estados federados en razón de una catástrofe (artículo 35, párrafos 2 y 3, de la Ley Fundamental). Es de notar que se trata de servicios de asistencia, es decir, que el gobierno federal u otros estados federados proporcionan fuerzas de la policía federal o estatal o fuerzas armadas a solicitud del estado afectado por desastres naturales o graves accidentes. Aquí no tiene lugar una efectiva ruptura de la autonomía de los estados federados, porque el gobierno federal no puede actuar por iniciativa propia, sino exclusivamente a petición de los estados.¹⁴

De este modelo de Estado federal alemán —el gobierno federal y los estados federados como unidades relativamente autónomas unas de otras— se deduce en última instancia que en los casos de emergencia no es posible una centralización ni siquiera temporal. Por tanto, resulta fundamental dejar claro que el orden federal prevalece.

II. Normativa de emergencia en el nivel constitucional federal y de los estados federados

El federalismo alemán incluso en tiempos de crisis se completa por el hecho de que la Constitución alemana, por algunas razones históricas que se explican más adelante, no prevé una regulación del estado de

¹² Oebbecke, J., "§ 136 Verwaltungszuständigkeiten", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, t. VI, 2009, número marginal 49; Klein, H., "Art. 37 GG", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020, número marginal 45 y ss.

¹³ Hasta el momento no se ha aplicado la coacción federal. Véase, también Oebbecke, J., *op. cit.*, número marginal 50.

¹⁴ Walus, A., "Pandemie und Katastrophenzustand: Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzmängel des Bundes", *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, vol. 3, pp. 127-133, 2010, p. 131.

emergencia en caso de crisis sanitaria que permita un traslado excepcional y exclusivo de poderes al servicio del Poder Ejecutivo (federal).

1. Historia de la normativa de emergencia en la Constitución alemana y su inaplicabilidad en caso de la crisis sanitaria

En lo que concierne al diseño institucional del federalismo alemán, la Constitución alemana ha sido descrita como un "contrapunto al totalitarismo del régimen nacionalsocialista".¹⁵ Durante las deliberaciones del Consejo Parlamentario sobre una nueva Constitución para Alemania en 1949, se expresó un marcado escepticismo ante las propuestas sobre una normativa constitucional que regulara el estado de emergencia.¹⁶ Se plantearon razones para ello porque, después de su llegada al poder, el gobierno nacionalsocialista usó los poderes excepcionales de la Constitución de Weimar (artículo 48) para deshabilitar efectivamente la democracia y el Estado de derecho.¹⁷ Aun antes, en los últimos años de la República de Weimar, el estado de excepción había sido utilizado como un instrumento de legislación sustitutiva que era ejercido por el presidente,¹⁸ razón por la cual el Parlamento dejó de ejercer su función legislativa a partir de 1930. Por consiguiente, hasta 1968 la Constitución alemana no previó ningún tipo de estado de excepción.¹⁹

¹⁵ TCF, sentencia del 4 de noviembre de 2009, 1 BvR 2150/08, párr. 65.

¹⁶ Comité Constitucional de la Conferencia de Primeros Ministros de las Zonas de Ocupación Occidental, *Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948*, 48, citado en Dederer, G., "Art. 91", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. Múnich, C.H. Beck, 2020, número marginal 13.

¹⁷ Raithe, T. y Strenge, I., "Die Reichtagsbrandverordnung. Grundlegung der Diktatur mit den Instrumenten des Weimarer Ausnahmezustandes", *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, vol. 48, 2000, pp. 421 y ss.

¹⁸ La Constitución de Weimar concedió al presidente (*Reichspräsident*) un inmenso poder: fue legitimado por elección directa, podía nombrar y destituir al canciller (*Reichskanzler*, artículo 53) y disolver el Parlamento (*Reichstag*; artículo 25). El artículo 48 resultó ser el medio de poder más incisivo, pues permitió al presidente emitir decretos de emergencia sin especificar las condiciones de ésta. Lo anterior hizo posible gobernar sin participación parlamentaria en la forma de los llamados gabinetes presidenciales (*Präsidentkabinette*) y allanó el camino para la toma del poder por Hitler.

¹⁹ Véase Fuchs, M.-C. y Hein, J., "La historia tiene patas largas: el combate 'a la alemana' contra la covid-19", *Agenda Pública*, 11 de mayo, 2020. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17051/historia-tiene-patas-largas-combate-alemana-contra-covid-19>.

En un punto álgido de la Guerra Fría, en 1968, el Parlamento de la RFA incluyó un régimen de excepción que incluía el estado de peligro exterior o defensa y el estado de excepción interior. Para el estado de peligro exterior, es decir, una agresión desde fuera, incluyó el artículo 115a, párrafo I de la Ley Fundamental, que prevé, entre otras cosas, un procedimiento legislativo especial. Para el estado de excepción interior incorporó el artículo 35, para el caso en el que una "catástrofe natural o siniestro pusieren en peligro el territorio" de un *Land*, y el artículo 91 para el caso de "peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia". *De lege lata*, esta normatividad no aplica para una crisis sanitaria y no hubiera permitido la declaración constitucional del estado de emergencia.

Además, en el ámbito de los derechos fundamentales, en lugar de un "modelo de suspensión de derechos" la Constitución alemana optó por crear un "modelo de restricción" de derechos.²⁰ Es decir, la doctrina de los derechos fundamentales de la Constitución no distingue entre la vigencia en tiempos normales y de emergencia, sino que plantea límites a los poderes de injerencia que pueden adaptarse al contexto real regulatorio.²¹ Sobre todo, el principio de proporcionalidad y el principio del contenido esencial representan frenos inherentes,²² pues impiden

²⁰ Kaiser, A.-B., *Ausnahmezustand*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2020, p. 221; Stein, T., "§ 24-Grundrechte im Ausnahmezustand", en Merten, D. y Papier, H.-J., *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C.F. Müller, pp. 945-987, 2004, 945-987.

²¹ La doctrina de los derechos fundamentales en Alemania contiene cuatro pilares conceptuales para el examen de constitucionalidad de actos estatales: primero, hay que demarcar el ámbito protegido del derecho y verificar si se incorpora el supuesto particular. Segundo, es necesario identificar la intervención estatal concreta. Tercero, la Ley Fundamental establece límites precisos a los derechos fundamentales que constituyen el marco de las posibilidades de restricción (*Schranken*). Finalmente, estas posibilidades de restricción deben, por su parte, ser valoradas a la luz de sus límites jurídico-constitucionales, los llamados límites de los límites (*Schranken-Schranken*), entre ellos el principio de proporcionalidad, la garantía del contenido esencial o el principio de precisión legislativo. Véase, Casal, J. M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones: Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*, Bogotá, Temis, KAS, 2020.

²² De acuerdo con el principio de proporcionalidad, las intervenciones del Estado en los derechos fundamentales sólo se permiten si son proporcionales al propósito o al éxito que se pretende con la intervención. El Tribunal Constitucional Federal estableció cuatro requisitos que emanan del principio de proporcionalidad y se aplican a toda intervención estatal: el fin legítimo (*legitimer Zweck*),

la restricción de un derecho hasta el punto de suspenderlo *de facto*, dado su menor peso en situaciones de balance con derechos colectivos y sociales.²³

2. Inaplicabilidad de la normativa constitucional de emergencia en los Länder

De los estados federados, 12 de los 16 tienen provisiones constitucionales para casos de emergencia, pero ninguno las utilizó para adoptar las medidas durante la pandemia; sin embargo, las constituciones de 4²⁴ se limitan a la constitucionalización de deberes extraordinarios o a la ayuda en caso de catástrofe. Sólo en 8 de los 12 estados²⁵ —entre otros, Baviera— las reglas constitucionales permiten restricciones extraordinarias a los derechos fundamentales o prevén competencias extraordinarias materiales en beneficio de los gobiernos u otro órgano ejecutivo del respectivo estado. Aunque la Constitución alemana permite a los estados federados adoptar su propio catálogo de derechos fundamentales (artículo 142 de la Ley Fundamental)²⁶ sólo si refuerzan o aumentan la protección de estos derechos, debido al principio de la primacía del derecho federal (artículo 31 de la Ley Fundamental) son inaplicables las restricciones o suspensiones de derechos fundamentales no previstas en la Ley Federal.²⁷

la idoneidad (*Geeignetheit*), la necesidad (*Erforderlichkeit*) y la proporcionalidad en sentido estricto (*Angemessenheit*). Véase BVerfGE 30, 292, 316; BVerfGE 92, 277 (pp. 326 y ss.); BVerfGE 67, 157 (p. 173); BVerfGE 107, 299 (pp. 316 y ss.); instructivo en Hirschberg, L., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Gotinga, Schwartz, 1981. El último requisito conlleva una ponderación que busca "el grado permisible de incumplimiento o menoscabo de un principio en comparación con el grado de importancia del cumplimiento del otro principio"; Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1986, p. 146. Véase, también, Schlink, B., *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1975, pp. 17-19.

²³ Kaiser, A.-B., *op. cit.*, pp. 238-241.

²⁴ Los estados federados de Berlín (art. 17, BerlV), Brandeburgo (art. 46, BraLV), Mecklemburgo-Pomerania Occidental (constitución financiera) y Schleswig-Holstein (constitución financiera).

²⁵ Baviera (arts. 48, 98, 112 y 122 BayLV), Baden-Württemberg (art. 62 para 1-3 BWLV), Bremen (arts. 10 y 101 BLV), Hesse (arts. 110 y 125 HLV), Baja Sajonia (art. 44 párr. 1 NLV), Norte-Westfalia (art. 60 NWLV), Renania-Palatinado (arts. 22 y 112 RPLV) y Sajonia (art. 113 SLV).

²⁶ TCF, sentencia del 15 de octubre 1997, 2 BvN 1/95, BVerfGE 96, 345 (p. 368).

²⁷ Barczak, T., *Der nervöse Staat*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2020, p. 75; Pietzcker, J., "§ 134 Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F Müller, t. VI, 2009, número marginal 66 y ss. Véase

Por ende, declarar un estado de emergencia basado en la constitución de un estado federado y en contra de la decisión federal sería plenamente inconstitucional a nivel federal.

B. Manejo de la crisis sanitaria en el ámbito de la legislación ordinaria

Para afrontar la crisis del coronavirus y dado que en la Constitución alemana no se reconoce una distinción entre el "derecho constitucional ordinario y el derecho constitucional de excepción" en casos de crisis sanitaria, se ha conservado vigente el orden constitucional ordinario, sobre todo en lo que respecta a la repartición de competencias entre la Federación y los estados federados. La cuestión del ámbito y la forma de acción en el Estado —centralizada o descentralizada, unitaria o compuesta a la manera de una colcha de retazos— es fundamental para determinar la capacidad de obrar del Estado, especialmente cuando éste se enfrenta a la cuestión de cómo combatir una pandemia. Con ello se puede mantener o menguar la efectividad, pero también la legitimidad y aceptación de las medidas utilizadas para combatir el coronavirus y, en ese marco, del siguiente proceso de vacunación. Por tanto, fueron los estados federados los que tomaron casi todas las medidas anticoronavirus emitidas como reacción a la pandemia. También fueron ellos los principales responsables de los procesos de vacunación.

I. Competencias legislativas

1. Distribución básica de competencias legislativas en la Constitución alemana

En principio, la competencia para legislar de acuerdo con los artículos 30 y 70 de la Ley Fundamental recae en los estados federados, de modo que

Dreier, H., "Art. 28", en Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015, número marginal 44, quien a través del artículo 1, párrafo 3 de la Constitución alemana quiere aplicar directamente los derechos constitucionales básicos más amplios en el caso de infragarantía constitucional estatal, porque en ese caso no existe ningún conflicto en el sentido del artículo 31 de la Ley Fundamental, sino que existe un *aliud*.

toda actividad legislativa de la Federación requiere una asignación especial de competencia en el rango constitucional.²⁸ Sin embargo, esta relación de regla y excepción a favor de los estados federados no debe ocultar el hecho de que la Constitución alemana le asigna a la Federación el grueso de los ámbitos regulatorios en los artículos 71 y 73 de la Ley Fundamental —con exclusividad— junto a los artículos 72 y 74 de la Ley Fundamental —de forma concurrente—.²⁹ La asignación exclusiva de competencia a la Federación excluye *a priori* una acción legislativa por parte de los estados federados (la denominada "*ausschließliche Gesetzgebungskompetenz*"). Por regla general, se trata de áreas temáticas que, por su propia naturaleza, sólo pueden ser discernidas en el nivel federal. Así, el artículo 73 de la Ley Fundamental enumera dichas áreas temáticas: los asuntos exteriores (número 1) o referentes a la ciudadanía (número 2). La legislación concurrente, por el contrario, permite que los poderes legislativos de los estados federados actúen, en principio, mientras y en la medida en que la legislatura federal no haya actuado. Dentro de éstas se encuentran materias enumeradas en el artículo 74, párrafo 1 de la Ley Fundamental, tales como el derecho civil y el derecho penal (número 1), ambas reguladas casi por completo por el Código Civil y el Código Penal federal (*geteilte Gesetzgebungskompetenz/Zuständigkeit*); sin embargo, incluso a pesar del constante crecimiento en el área de la legislación federal,³⁰ los intereses de los estados federados no pasan desapercibidos en razón de la participación del Consejo Federal en la segunda cámara del Parlamento alemán (*Bundesrat*) para el tratamiento de asuntos legislativos (véase el apartado "1. Distribución básica de competencias legislativas en la Constitución alemana").

²⁸ Además de la asignación expresa de competencias por parte de la Constitución alemana, ahora se reconocen indiscutiblemente otras tres competencias legislativas no escritas del gobierno federal: competencia federal en virtud del contexto fáctico, por naturaleza del asunto y competencia anexa.

²⁹ *Cfr.*, al respecto como ilustrativo, Hesse, K., *Der unitarische Bundesstaat*. Karlsruhe, C.F Müller, 1962. Disponible en: <http://ds.ub.uni-bielefeld.de/viewer/image/97324/1/>.

³⁰ El ámbito de las competencias legislativas (y también administrativas) ha sido objeto de 19 reformas desde que entró en vigor la Ley Fundamental alemana, que finalmente amplió la competencia legislativa del gobierno federal. Uhle, A., "Art. 73", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020, número marginal 21.

2. Diseño y ejercicio de competencias legislativas por parte del gobierno federal en razón de la pandemia

Siguiendo esa lógica de competencias legislativas, en los primeros meses de la pandemia (primera mitad de 2020) la primera cámara del Parlamento alemán (el *Bundestag*) adoptó un paquete legislativo dirigido a estabilizar la economía,³¹ el cual resulta inédito en la historia de Alemania.³² Este paquete incluyó fondos considerables para apoyar a empresas, empleadores y trabajadores independientes y para fortalecer el sistema de salud, en lo que respecta a la prevención del SARS-CoV-2 y al diagnóstico de covid-19. Al día de hoy, los trabajadores independientes y las empresas siguen siendo apoyados con este dispositivo de ayuda.³³ También intervino temporalmente el Código Civil —competencia concurrente de la Federación (artículo 74, párrafo 1 de la Ley Fundamental)— para introducir modificaciones y alivios en el derecho contractual, por ejemplo, mediante una mejor protección de los arrendatarios en caso de que para ellos fuese imposible el pago del arriendo. Es principalmente por estas medidas que se demostró que, también en días de crisis, Alemania guarda su carácter como Estado social de derecho.

La Federación también es responsable del manejo de las fronteras. Después de un cierre total de fronteras entre marzo y junio de 2020, el gobierno federal ordenó para los viajeros que regresan del extranjero y que ingresaron a la República Federal de Alemania a partir de julio de 2020, test obliga-

³¹ Para comparar: durante la crisis financiera de 2008-2009 la Federación ayudó a la economía con dos paquetes de apoyo directo por un monto de 73 mil millones de euros y el Fondo Especial para la Estabilización del Mercado con un volumen máximo de 480 mil millones de euros. Para luchar el frenazo económico derivado de la pandemia del covid-19 se estableció, entre otros, un fondo de estabilización de 600 mil millones de euros, un programa de apoyo directo de 130 mil millones y un apoyo extraordinario de 10 mil millones. El presupuesto suplementario de 2020 se elevó a 218 mil millones de euros y supera el récord de 2010 de 47 mil millones.

³² La página web LexCorona contiene todas las normas que se tomaron para el combate a la crisis de covid-19. Disponible en: <http://lexcorona.de/doku.php>.

³³ "Unterstützung für Selbstständige und Unternehmen", *Bundesregierung.de*, 19 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/info-unternehmen-selbstaendige-1735010>.

torios para probar o descartar el coronavirus, y determinó unas regulaciones de cuarentena que se orientan según el país desde del cual viajan (área de riesgo, área de alto riesgo, áreas de variantes de virus)³⁴. Hasta el día de hoy, el decreto de protección contra el coronavirus emitido por el gobierno federal prevé una prohibición de movilidad para los viajeros provenientes de zonas en las que existan variantes del virus, sujeto a excepciones muy limitadas³⁵. Éstas y otras normativas se han adaptado y se siguen adaptando en función del número de infecciones.

El gobierno federal también tomó medidas legislativas durante el proceso de vacunación. Estableció la estrategia nacional de vacunación que asegura el financiamiento, distribución y producción de la vacuna. El propio gobierno federal asumió la tarea de adquirir y financiar las vacunas (véase el apartado " IV. Distribución de gastos e ingresos entre la Federación y los estados federados en la Constitución alemana y su aplicación en caso de emergencia sanitaria"). Con la aprobación europea de la vacuna de Biontec, el proceso de vacunación comenzó el 28 de diciembre de 2020. Aunque las dosis se pidieron a través de una adquisición conjunta de vacunas, fueron los Estados de la Unión Europea en el aspecto individual los que acordaron los contratos de suministro con las respectivas empresas. Las dosis se encargaron por parte del gobierno federal antes de ser entregadas a los Estados federados y desde allí se distribuyeron a los centros de vacunación y equipos móviles en dichos Estados. Con el Decreto de vacunación emitido por el Ministerio Federal de Salud, el gobierno federal estableció el orden en que se vacunarían las personas.³⁶

Más allá de los aspectos señalados, sin duda la ley federal más importante en el marco de la lucha contra la pandemia fue la Ley de Protección contra

³⁴ "Verordnung zum Anspruch auf bestimmte Testungen für den Nachweis des Vorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2", 15 de septiembre de 2020.

³⁵ "Sechste Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Schutzverordnung", *Bundesgesundheitsministerium*, 27 de abril de 2021.

³⁶ "Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2", *Bundesgesundheitsministerium*, 31 de marzo de 2021.

Infecciones³⁷ (*Infektionsschutzgesetz-IfSG*), una norma de la cual sólo los especialistas habían oído hablar antes de la llegada del SARS-CoV-2: en el año 2000, en el marco de su competencia concurrente para legislar en el ámbito de enfermedades humanas y animales contagiosas (artículo 74, párrafo 1, número 19 de la Ley Fundamental), el Parlamento alemán la adoptó, indudablemente, sin conocer la importancia que 20 años más tarde tendría esta norma. Como se profundizará más adelante, los estados federados fundamentaron la mayoría de las medidas administrativas para la contención de covid-19 en una cláusula general de la IfSG como ley federal.

En el § 1.1 IfSG se establecen, por un lado, normas relacionadas con la prevención de enfermedades contagiosas (§§ 15a y 23a) y, por el otro lado, disposiciones para la contención de su propagación (§§ 24 y 32). En la versión de la IfSG que fue vigente al inicio de la pandemia, la ley previó como medidas de contención la posibilidad de declarar la cuarentena en casa o en instituciones médicas (§ 30) o prohibiciones al ejercicio de la profesión (§ 31), esto sólo frente a personas enfermas o con sospecha de enfermedad o contagio. En el § 28, el más importante de esta ley en el contexto de la crisis, se encontró una cláusula general de contención de enfermedades contagiosas, que permitió a los estados federados la adopción de "todas las medidas de protección necesarias" para combatir infecciones contagiosas como la de covid-19 (§ 28.1 frase 1).³⁸ Este párrafo se cambió varias veces durante la crisis. Esta cláusula general fue la razón principal por la que los estados federados fueron percibidos como los principales actores en el combate a la crisis y no así la Federación.

³⁷ Ley del 20 de julio 2000 (BGBl. p. 1045), última actualización: 19 de junio de 2020. Versión en alemán, Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor), "Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz-IfSG)". Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/BjNR104510000.html>.

³⁸ Las dudas sobre la certeza legal de esta norma como fundamento jurídico de confinamientos obligatorios o restricciones de contacto provocaron una reforma del IfSG del 27 de marzo que pretendió introducir más certeza legal.

Por su parte, hasta el día de hoy, el § 32 les permite a los estados federados expedir estas medidas de manera y con vigencia general mediante decretos administrativos orientados al combate de enfermedades contagiosas.³⁹ Como ya se mencionó, durante los meses de la pandemia, entre otros para contrarrestar críticas sobre la repartición de competencias entre la Federación y los estados federados, la IfSG experimentó varios cambios. Algunos de éstos, relevantes para el análisis en el presente texto, los presentamos más adelante.

II. Legislación para enfrentar catástrofes por parte de los estados de la federación

La IfSG se complementa con el derecho que regula las medidas de protección contra catástrofes en un aspecto más general y que está sujeto a la competencia legislativa de los estados federados, en ausencia de una asignación constitucional específica de competencias de la Federación.

A diferencia de la protección civil —competencia exclusiva de la Federación según el artículo 73.1 GG— que se refiere a la protección de la población en caso de defensa, la protección contra desastres cubre la prevención de catástrofes en tiempos de paz.⁴⁰ Dado que todos los estados federados han hecho uso de su competencia, existen 16 codificaciones separadas en el área de las medidas legales de protección contra catástrofes (*Landeskatastrophenschutzgesetze*) que, incluso, poseen un contenido similar.⁴¹

³⁹ La diferencia es que, distinto de un decreto, un acto administrativo, en primer lugar, sigue siendo vinculante, a pesar de una posible ilegalidad, y la ilegalidad sólo induce la impugnabilidad. Su cesación requiere la anulación por un tribunal administrativo, y en segundo lugar, dicha anulación meramente tiene efectos *inter partes*, no *erga omnes*. Por tanto, si la corte anula el acto administrativo respecto al impugnante, sigue en pie para el resto de la ciudadanía.

⁴⁰ Walus, A., *op. cit.*, número marginal 8.

⁴¹ Un panorama sobre la KatSchG de los estados federados puede encontrarse en Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe, "Links zu den Katastrophenschutzgesetzen der Bundesländer". Disponible en: https://www.bbk.bund.de/DE/Infothek/Fachinformationsstelle/fachinformationsstelle_node.html.

En general estas leyes ordinarias de protección contra catástrofes facilitan la concentración del control normativo y administrativo para la gestión de la crisis por parte del gobierno del respectivo estado federado y una ampliación material de las competencias en lo que respecta a la unidad de crisis. Para que se pueda declarar un "estado de catástrofe" generalmente tienen que existir: 1) un peligro concreto para una gran cantidad de personas de escala inusual y 2) una sobrecarga de las estructuras de auxilio extraordinarias que sólo se pueda solventar por medio de una concertación entre las autoridades competentes para catástrofes.⁴² En el contexto del combate a la pandemia curiosamente sólo algunos estados (por ejemplo, Baviera o en cierta parte también Turingia) declararon el estado de catástrofe (artículo 4 de la Ley de Estado de Catástrofe de Baviera). La mayoría optó por la cláusula general del IfSG en su versión vigente al inicio de la pandemia como fundamento legal de su política anticoronavirus. Por un lado, es convincente considerar la IfSG como *lex specialis* frente a las leyes de catástrofe de los estados federados y,⁴³ por otro lado, existe cierta incertidumbre sobre si la pandemia puede calificarse como "catástrofe" en el sentido tradicional. Además, por las razones explicadas antes, los actores políticos mostraron una especie de aversión a la hora de declarar la situación de catástrofe, debido a las consecuencias políticas, sociales y psicológicas de esa declaración.

III. Competencias administrativas

1. Distribución básica de competencias administrativas en la Constitución alemana

Parece evidente que las leyes promulgadas por los estados federados también serán siempre ejecutadas por ellos. Sin embargo, más allá de esto, la fragmentación de competencias legislativas y administrativas

⁴² Véase, por ejemplo, el artículo 1.2 de la Ley de Protección contra Catástrofes de Baviera; Grüner, A.-M., *Biologische Katastrophen*, Baden-Baden, Nomos, 2017, 195.

⁴³ Gusy, C., "Ende der Krise ohne Ende des Krisenrechts?", *Verfassungsblog*, 15 de junio, 2021, p. 86. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/ende-der-krise-ohne-ende-des-krisenrechts/>.

es una "particularidad"⁴⁴ del Estado federal alemán y una expresión del federalismo cooperativo existente en Alemania, esto por la siguiente razón: incluso si la Federación tiene la competencia legislativa —como es el caso de la IfSG—, las leyes federales de alcance nacional generalmente son implementadas y administradas por los estados federados, es decir, como un asunto propio y de su responsabilidad (artículo 84, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental).⁴⁵ También el poder organizativo recae en principio en los estados federados,⁴⁶ de tal manera que éstos puedan delegar el ejercicio de funciones a los municipios en el marco de las constituciones del estado federado o de normas facultativas de derecho ordinario.⁴⁷

Es decir, en lo que concierne a la ejecución de las leyes, incluso las federales, el papel del gobierno federal se reduce esencialmente a la promulgación de disposiciones administrativas generales (artículo 84, párrafo 2 de la Ley Fundamental) y a la supervisión de la ejecución de las leyes que tengan alcance federal por parte de los estados federados (artículo 84, párrafo 3 de la Ley Fundamental).⁴⁸ Las únicas excepciones a la ejecución por parte del estado federado las constituyen los casos de ejecución por delegación de la Federación (artículo 85 de la Ley Fundamental) y de administración propia de la Federación (artículo 86 y siguientes de la Ley Fundamental).

⁴⁴ TCF, sentencia BVerfGE 12, 205, 146.

⁴⁵ Véase Mehde, V., "Art. 28", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. Múnich, C.H. Beck, 2020, p. 58, quien caracteriza el Estado federal alemán como un "federalismo ejecutivo cooperativo asimétrico".

⁴⁶ El gobierno federal puede establecer requisitos para la aplicación de la ley, de los cuales pueden desviarse los estados federados (art. 84, párrafo 1, frases 2-4 de la Ley Fundamental), a menos que una regulación federal uniforme sea particularmente necesaria (art. 84, párrafo 1, frases 5-6 de la Ley Fundamental).

⁴⁷ Cfr. Hermes, G., "Art. 84 GG", en Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015, número marginal 47.

⁴⁸ El artículo 84, párrafo 3 de la Ley Fundamental le otorga al gobierno federal un derecho de supervisión, pero se limita a un control de legalidad y no se puede verificar la conveniencia. Cfr. Kirchhof, F., "Art. 84 GG", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020, número marginal 214. Además, al gobierno federal le está absolutamente prohibido asignar directamente tareas a los municipios (artículo 84, párrafo 7 de la Ley Fundamental).

2. Medidas para confrontar el coronavirus por parte de los estados federados con base en la IfSG como forma de administración propia del Estado

En la lógica mencionada en el apartado anterior, la administración y ejecución de la IfSG es un asunto propio de los estados federados (artículo 84, párrafo 1 de la Ley Fundamental). En especial, la cláusula general contenida en el § 28.1 IfSG en su versión vigente en los primeros meses de la pandemia sirvió de base para que los estados federados expidieran actos administrativos (generales) dirigidos a la protección de la salud. Durante los días en los que se registró el primer pico más alto de la pandemia, a partir del 20 de marzo de 2020, en Baviera, Berlín, Brandemburgo, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Sarre se tomaron medidas administrativas de confinamiento obligatorio basadas en la entonces cláusula general de los §§ 28.1 num. 1 y 32 IfSG, las cuales sólo permitían salir de casa con motivos justificados, como el desplazamiento al lugar de trabajo que tuviera relevancia estructural, la asistencia a centros sanitarios o la adquisición de alimentos u otros productos de primera necesidad.⁴⁹ Mientras tanto, los otros estados federados en su mayoría fueron menos restrictivos y sólo limitaron el contacto con personas de otros hogares en el espacio público. Se estipuló, entre otras medidas, un distanciamiento social de 1.5 metros (en algunos estados, de 2 metros) en espacios públicos y una prohibición de encuentros de más de dos,⁵⁰ cinco⁵¹ o seis⁵² personas de diferentes hogares. Pero no se estipuló un confinamiento total. A esto se sumó la disposición de los estados federados de cerrar las tiendas o centros comerciales que no tuvieran una "relevancia sistemática" para cubrir las necesidades básicas de las personas. Algunos de esos estados

⁴⁹ Por ejemplo: § 2 CoronaSchVO Sajonia, del 31 de marzo de 2020; § BayIfSMV Bayern, del 24 de marzo de 2020; § 11.3-4 SARS-CoV-2-EindV Brandemburgo, del 22 de marzo de 2020; § 3, 4 AV Corona Sarre, del 20 de marzo de 2020.

⁵⁰ Por ejemplo: § 3 Corona-VO Baden-Wuerttemberg, del 22 de marzo de 2020.

⁵¹ Por ejemplo: § 2.2 CoBeLVO Renania Palatinado, del 20 de marzo de 2020.

⁵² Por ejemplo: § 1 AV Corona Hamburgo, 20 de marzo de 2020.

incluso cerraron temporalmente sus fronteras interiores con otros estados federados.⁵³

En mayo de 2020, cuando las cifras empezaron a bajar en Alemania al final de la primera ola, representó un punto de inflexión en dos aspectos. En primer lugar, los estados federados decidieron seguir un proceso de flexibilización paulatino de las medidas.⁵⁴ En segundo lugar, se lanzó la llamada estrategia de "puntos calientes" o "puntos de mayor actividad", que consistió en que si durante la llamada incidencia de los siete días⁵⁵ en una región se superaba el valor de 50 casos de infección, serían necesarias nuevas restricciones, pero sólo en esa región, no en todo el departamento o estado federado. Esta estrategia permitió una reacción a la crisis más descentralizada y más puntual. Tanto el establecimiento como el alcance de estas restricciones ahora recayeron en particular en los municipios (§ 54 IfSG en concordancia con las respectivas leyes de protección y autorización de infecciones de los estados federados).⁵⁶

A finales de octubre de 2020, la tasa de infección volvió a adquirir una dinámica de crecimiento exponencial, cuestión que ya no pudo ser limitada a unos puntos calientes locales. Por lo tanto, la Federación y los estados federados acordaron nuevamente un procedimiento general, en la forma de un denominado cierre suave (*Lockdown Light*). El término como tal no está definido legalmente y también incluye medidas por debajo del umbral del confinamiento. A diferencia de lo que ocurrió al comienzo de la pandemia, los estados federados decidieron entonces imponer, de manera mayoritariamente uniforme, restricciones de contacto más estrictas y cierres de instalaciones culturales, de ocio y restaurantes.

⁵³ § 2 Corona-VO Schleswig-Holstein, del 23 de marzo de 2020, derogado el 2 de abril de 2020, prohíbe viajar en el área del Estado alemán.

⁵⁴ Resolución Bund/Länder, del 6 de mayo de 2020, p. 1. Telefonschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder. Disponible en: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1750986/fc61b6eb1fc1d398d66cfea79b565129/2020-05-06-mpk-beschluss-data.pdf?download=1>.

⁵⁵ La incidencia indica el valor de nuevas infecciones en siete días por cada 100,000 habitantes.

⁵⁶ Resolución Bund/Länder, del 6.05.2020, p. 1.

Por otro lado, las escuelas, guarderías, e incluso el comercio minorista, fueron excluidos de los nuevos cierres.

En noviembre de 2020, debido a otro aumento significativo en las cifras, los gobiernos federales y estatales restringieron en una gran parte la vida pública durante un mes para poder contener la propagación del coronavirus, el cual apenas era controlable para ese momento. Las restricciones impuestas, que la mayoría de los Estados federados aplicaron a partir de las "resoluciones federales-estatales", estuvieron en gran parte relacionadas con el sector del ocio. En principio, sólo se permitió reunirse a dos hogares con un máximo de 10 personas.⁵⁷

Además, como ya se mencionó, la vacunación comenzó a fines de diciembre de 2020.⁵⁸ Para el nuevo año, el confinamiento se extendió hasta finales de enero de 2021. Las restricciones de contacto también se endurecieron en la medida en que sólo se permitió que una persona se reuniera con otra que no viviera en el hogar. Adicionalmente, para los denominados puntos calientes (*hotpots*) se impuso un radio de movimiento de 15 kilómetros, de cual no estaba permitido salir. Estas medidas se prorrogaron hasta el 14 de febrero y se endurecieron mediante la exigencia del uso de tapabocas en el transporte público.⁵⁹

A finales de febrero de 2021, hubo una relajación ocasional debido a la disminución de las estadísticas de contagio. Por ejemplo, se relajaron las restricciones de contacto en Bremen, se reabrieron gradualmente las escuelas en Brandeburgo y retornaron a su funcionamiento las guarderías y peluquerías en Baden-Württemberg. Sin embargo, debido a la dinámica exponencial y a una fuerte tasa de contagio, las resoluciones generales de protección contra el coronavirus durante los días de Pascua se prolongaron hasta el 18 de abril. Además, estaba el "freno de emergencia" al coronavirus

⁵⁷ "November-Notbremse-was gilt wo?", *Tagesschau.de*, 2 de noviembre de 2020.

⁵⁸ "Was gilt wo im Corona-Dezember?", *Tagesschau.de*, 1 de diciembre de 2020.

⁵⁹ "Lockdown bis zum 14. Februar", *Tagesschau.de*, 19 de enero de 2021.

por parte del gobierno federal, que se introdujo debido a las medidas inconsistentes tomadas por los estados federados y que serán discutidas más adelante. Este denominado "freno de emergencia" entró en vigor el 21 de abril.⁶⁰ En varios estados federados, hubo una relajación en mayo de 2021 y muchos estados federados dieron los primeros pasos hacia la reapertura. En julio de 2021, las cifras se redujeron a un valor de incidencia de un solo dígito. Esto llevó a que el debate sobre la relajación adquiriera dimensiones cada vez mayores; sin embargo, en el transcurso del aumento de la mutación delta proveniente de Gran Bretaña y que ha llegado a Alemania, esta discusión debe tratarse con cautela.

IV. Distribución de gastos e ingresos entre la Federación y los estados federados en la Constitución alemana y su aplicación en caso de emergencia sanitaria

La distribución de tareas entre los gobiernos federal, estatal y local descrita anteriormente sólo puede implementarse de manera efectiva si las unidades responsables cuentan con los recursos financieros necesarios.⁶¹ Por lo tanto, la Constitución financiera es la "piedra angular del orden federal consagrado en la Constitución alemana",⁶² porque estipula el principio de sincronización de la responsabilidad sobre tareas y gastos (artículo 104a, párrafo 1 de la Ley Fundamental) y garantiza a cada nivel de la estructura sus propias posibilidades de ingresos.⁶³

Hasta 2020 la distribución de ingresos entre la Federación y los estados federados se llevó a cabo en dos etapas. En la primera, los ingresos tributarios se distribuyeron entre el gobierno federal, los estados federados y

⁶⁰ "Machtgerangel um die Bundesnotbremse", *Tagesschau.de*, 11 de abril de 2021.

⁶¹ Schwarz, A., "Art. 104a", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020, número marginal 30; Schwarz, A., "106", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020, número marginal 99.

⁶² TCF, BVerfGE 55, 274 (p. 300).

⁶³ Schwarz, A., "Art. 104a", número marginal 30.

los municipios (artículo 106, párrafos 1-3 de la Ley Fundamental).⁶⁴ En la segunda hubo una compensación financiera horizontal entre los estados federados "más pobres y más ricos" (la llamada compensación financiera de los estados, artículo 107, párrafo 1 de la Ley Fundamental, versión antigua).⁶⁵ Ahora la Federación asume la tarea de compensar las diferencias en la capacidad financiera de los *Länder* en la distribución del porcentaje que cada estado federado recibe en la recaudación del impuesto al valor agregado. De esta manera, el procedimiento de múltiples niveles está siendo reemplazado por un procedimiento uniforme de un solo momento (artículo 107, párrafo 2 de la Ley Fundamental, nueva versión).⁶⁶ Esta reforma mantiene la idea central de encontrar una compensación entre la responsabilidad individual de los estados federados por sus finanzas y el "principio de solidaridad".⁶⁷

Los gastos generados a partir de las medidas primarias para la contención del coronavirus, como los derivados de la creación de nuevos puestos para el denominado *contact tracing* ante las autoridades sanitarias, el establecimiento de centros de prueba o los costos de implementación de las medidas son gastos administrativos clásicos que deben ser cubiertos por el respectivo estado federado o municipio (artículo 104a, párrafo 1 de la Ley Fundamental). De conformidad con el principio de autogobierno

⁶⁴ Existe soberanía de ingresos exclusiva del gobierno federal, por ejemplo, para monopolios financieros, derechos de aduana, impuestos al consumidor, impuestos al transporte, impuestos adicionales al impuesto sobre la renta y de sociedades e impuestos dentro de la Unión Europea. Los estados federados tienen soberanía fiscal sobre los impuestos de sucesiones, impuestos sobre vehículos, otros impuestos sobre el tráfico, impuestos sobre la cerveza y sobre los casinos. Los municipios tendrán soberanía recaudatoria conjunta en impuesto a la renta e impuesto a las ventas, y soberanía recaudatoria única, entre otras cosas, concedido al impuesto predial y comercial.

⁶⁵ Esta redistribución financiera es siempre motivo de duras críticas, especialmente hay tres estados donantes (Baviera, Hesse y Baden-Württemberg) que cofinancian los 13 restantes. En el derecho constitucional financiero se concreta de forma especial el conflicto entre federalismo competitivo y cooperativo.

⁶⁶ Ley que modifica la Constitución Alemana (arts. 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) del 13.7.2017, BGBl, 2017 I p. 2347. Esta nueva regulación tuvo lugar en 2017 debido a la expiración de una regulación temporal del sistema de reparto de impuestos federales a los estados de 2001 a 2020.

⁶⁷ TCF, BVerfGE 72, 330, (p. 386); BVerfGE 86, 148 (p. 214); Sommermann, K.-P., "Art. 20", en Mangoldt, H. et al. (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Múnich, C.H. Beck 2018, 2018, número marginal 41.

local (efectivo) (artículo 28, párrafo 2, frases 1-2 de la Ley Fundamental), los estados federados tienen la tarea de proporcionar a sus municipios los recursos financieros adecuados.⁶⁸ Al contrario, las medidas secundarias, que tienen como objetivo amortiguar el daño económico como consecuencia de la crisis causada por la pandemia, están a cargo de la Federación (*cfr.* artículo 104a, párrafo 3 de la Ley Fundamental).

El gobierno federal también se hizo cargo del financiamiento de la vacuna. Éste no sólo ordenó la vacuna, sino que también impulsó su desarrollo proporcionando a tres empresas farmacéuticas hasta 750 millones de euros para su fabricación. Los estados federados, por su parte, asumen la obtención y financiación de jeringas, cánulas, etc., así como los costos de la logística de vacunación, almacenamiento y distribución de las dosis. Además, la mitad de los costos de los centros de vacunación corre a cargo del gobierno federal y la otra mitad, de los estados.

C. Cooperación dentro de la Federación en tiempos de crisis

I. Principios y desarrollo del federalismo cooperativo en Alemania

La distribución de competencias entre la Federación y los estados federados que se expuso en el apartado 2 delimita claramente los ámbitos de actividad de éstos y deja ver a primera vista dos niveles autónomos concurrentes; sin embargo, la realidad federal en Alemania no se estancó ahí. Gradualmente se introdujeron elementos de federalismo cooperativo⁶⁹ —en parte, normativos, pero en su mayoría informales— para garantizar la homogeneidad en las condiciones de vida a través de las fronteras de

⁶⁸ Las constituciones estatales contienen correspondencias con el principio de conexidad para la relación entre estado y municipio. *Cfr.* Mehde, V, "Art. 28", número marginal 24.

⁶⁹ El concepto de federalismo cooperativo apareció por primera vez en 1966 como parte de un documento conceptual de la denominada Comisión Troeger para la reforma de la constitución financiera; véase, en detalle, Grzeszick, B., *op. cit.*, número marginal 142 y ss.

los estados federados o para compensar las aparentes deficiencias y dificultades en la distribución constitucional de competencias.⁷⁰ Este desarrollo se profundizó durante los días de la crisis sanitaria.

1. Modelos de cooperación regulados en la Constitución

Desde que la Constitución alemana entró en vigor en 1949, el engranaje entre las competencias de la Federación y de los estados federados se ha expresado especialmente en el hecho de integrar dos cámaras en el Parlamento alemán. La segunda cámara, el Consejo Federal (*Bundesrat*, artículo 50 de la Ley Fundamental), representa al Poder Ejecutivo de los estados federados a nivel de la Federación.⁷¹ Además de las facultades para participar en la legislación federal,⁷² especialmente si ésta invade la soberanía administrativa y organizativa de los estados federados,⁷³ el *Bundesrat* tiene importantes competencias: por ejemplo, participa en las elecciones de los jueces del Tribunal Constitucional Federal (artículo 94, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental) y en asuntos de la Unión Europea (artículo 23, párrafos 4-5 de la Ley Fundamental). Además, puede participar en la elaboración de la agenda legislativa de la Federación a través del derecho a presentar proyectos de ley en virtud del artículo 76, párrafo 1 de la Constitución.

⁷⁰ En el discurso de la ciencia política, la teoría de la interdependencia política según Scharpf se ha establecido para analizar la insuficiencia de las "estructuras de toma de decisiones de un solo nivel" para la solución de "problemas multinivel", véase Scharpf, F. W., "Theorie der Politikverflechtung", en Scharpf, F. W. et al. (eds.), *Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*, Múnich, Cornelsen Verlag, 1976, p. 13).

⁷¹ Müller-Terpitz, R., "Art. 50 GG", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020, número marginal 39.

⁷² Sin embargo, cabe señalar que el Consejo Federal no forma parte de un parlamento general como segunda cámara y no participa por igual en el proceso legislativo. TCF, Sentencia BVerfGE 37, 363, p. 380; Korioth, S., "Art. 50", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. Múnich, C.H. Beck, 2020, número marginal 24.

⁷³ Por ejemplo, al emitir ordenanzas legales (arts. 80, párrafo 2, art. 84, párrafo 2, art. 85, párrafo 2, art. 108, párrafo 7 GG) el organismo de inspección alemán (art. 84, párrafos 3-4 de la Ley Fundamental) o en la coacción federal (art. 37, párrafo 1 de la Ley Fundamental).

Adicionalmente, en el marco de numerosas reformas constitucionales, vienen regulándose cada vez más formas de cooperación formal entre la Federación y los estados federados, como las llamadas tareas comunes (artículos 91a y 91b de la Ley Fundamental) o modelos de financiación mixta (artículo 104b, párrafo 1 de la Ley Fundamental). Los momentos de cooperación también se pueden encontrar en el artículo 91 de la Constitución alemana, relativo al concurso de fuerzas policiales de otros estados federados, o en el artículo 35, párrafos 2-3 de la Constitución alemana, que regula la ayuda oficial en caso de catástrofes naturales o siniestros, tal como fue descrito anteriormente. Más allá de esto, rige el principio de comportamiento amistoso a nivel federal o entre los estados federados, que entre tanto es reconocido en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán⁷⁴ y que obliga a la Federación y a los *Länder* a una cooperación verdadera, más allá de los momentos de cooperación expresamente previstos en la Constitución alemana.

2. Modelos de cooperación informal

A pesar de lo anteriormente descrito, en la práctica el trabajo común y cooperativo entre la Federación y los estados federados se ha configurado de una forma deficiente en la Constitución alemana. En la historia de la República Federal de Alemania estas brechas se han ido cerrando paulatinamente mediante la creación de formas de cooperación informal.⁷⁵ Estas modalidades varían en términos de intensidad, fuerza legalmente vinculante y diseño. De esta manera, en la actualidad existen formas institucionalizadas, pero informales, de realización de convenciones, conferencias y comisiones entre los niveles de gobierno federal y de los *Länder*, modelos unificados (no vinculantes) de leyes para los *Länder* que tienen como objetivo asegurar un diseño armonioso del derecho a nivel

⁷⁴ Véase por todos TCF, sentencias BVerfGE 1, 299 (p. 315); BVerfGE 34, 9 (p. 20).

⁷⁵ Rudolf, W., "§ 141 Kooperation im Bundesstaat", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, t. VI, 2009, número marginal 31.

del estado federado o regulaciones contractuales a la manera de acuerdos administrativos o convenios interestatales.⁷⁶

La falta de regulación de los procedimientos cooperativos en la Constitución alemana no impide que se llene este vacío de manera informal. Los estados federados, más bien, tienen derecho a ello debido a su autonomía.⁷⁷ Sin embargo, ni *de iure* ni *de facto*, la cooperación informal entre la Federación y los estados federados debe socavar la capacidad de acción de estos últimos, garantizada por la Constitución.⁷⁸

II. Cooperación entre la Federación y los estados federados frente a la pandemia

1. Descripción general de los instrumentos

Siendo la ejecución de la IfSG —la ley más importante para el manejo de la crisis— un asunto propio de los estados federados, el gobierno federal en teoría no pudo hacer más que recomendaciones a la espera de que las autoridades de los respectivos estados federados las cumplieran. Esto con el fin de asegurar la homogeneidad del actuar de éstos en el afrontamiento de la crisis, al menos durante los primeros meses y antes de que se realizaran varios cambios a la IfSG; sin embargo, en la práctica los numerosos mecanismos informales de cooperación han jugado un papel muy importante, en especial la llamada Conferencia de los Ministros Presidentes, de la cual también hace parte la canciller Angela Merkel, o la Conferencia de los Ministros de Salud de la Federación y de los *Länder*.⁷⁹

⁷⁶ Maurer, H., *Staatsrecht I*, Múnich, C.H. Beck, 2010, número marginal 58-62.

⁷⁷ Grzeszick, B., *op. cit.*, número marginal 162.

⁷⁸ *Ibidem*, número marginal 160. Además, se critica la cooperación intrafederal y *praeter*-constitucional, porque el Estado de derecho y el principio de democracia son precarios en los procesos de alto Poder Ejecutivo. Naturalmente, éstos están orientados a la eficacia y existe riesgo de falta de transparencia, pérdida de pluralidad y dilución de responsabilidad.

⁷⁹ Klafki, A. y Kießling, A., "Fighting Covid-19. Legal Powers and Risks. Germany", *Verfassungsblog*, 20 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany/>.

En este sentido, para atenuar el peligro que se corre con la adopción de medidas incontroladas o caóticas, el gobierno federal y los primeros ministros de los estados federados, desde el inicio de la crisis, mantuvieron comunicación estrecha, muchas veces en forma de videoconferencia y, derivado de ello, publicaron directrices para la coordinación conjunta de la contención a la pandemia.⁸⁰ En los primeros meses de la pandemia, por ejemplo, en estas directrices se acordó la implementación uniforme de medidas de distanciamiento social y no de medidas más restrictivas, como la cuarentena obligatoria. Aunque las directrices no tienen ningún valor legal vinculante, crearon un impulso, una especie de "presión de grupo", para que se siguieran estas directrices.⁸¹

Lo mismo fue y todavía sigue vigente para el proceso de vacunación. Aquí, también, los gobiernos federales y estatales están en contacto regular y discuten conjuntamente los próximos pasos y las estrategias. Así, por ejemplo, los gobiernos federal y estatal celebraron una "cumbre de vacunación" en mayo de 2021, en la que se discutió el tema de las ofertas de vacunas para niños.⁸²

Adicionalmente, los estados federados concurren al Centro de Situación Común de la Federación y los estados federados (*Gemeinsames Lagezentrum von Bund und Ländern*),⁸³ desde el cual se coordinaron las solicitudes de asistencia de estos estados durante la crisis. Además, el Instituto Robert

⁸⁰ Bundesregierung "Vereinbarung zwischen Bundesregierung und den Bundesländern. Leitlinien zum Kampf gegen die Corona-Epidemie". Disponible en: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/leitlinien-zum-kampf-gegen-die-corona-epidemie-vom-16-03-2020-1730942>.

⁸¹ Roberto Gargarella y Jorge Ernesto Roa Roa subrayan la preponderancia de la deliberación como respuesta a la concentración y el abuso de poder en tiempos de covid-19, Gargarella, R. y Roa Roa, J. E., "Diálogo democrático y emergencia en América Latina", *Max Planck Institute for International Law. Research Papers*, núm. 2020-21, 2020.

⁸² "Worauf sich Bund und Länder geeinigt haben", *Tagesschau*, 27 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.tagesschau.de/inland/ueberblick-gipfel-103.html>.

⁸³ El Centro de Situación Común elabora cuadros de situación actuales y completos sobre temas relacionados con la protección de la población en el país y en el extranjero. El Centro pone sus evaluaciones y análisis a disposición de los ministerios y autoridades federales, los estados federados y las organizaciones nacionales e internacionales de protección civil. Si bien los análisis no tienen ningún tipo de obligatoriedad, sería políticamente inadecuado ignorarlos.

Koch, una institución federal adscrita al Ministerio Federal de Salud, tiene como tarea proveer información epidemiológica especializada a las autoridades competentes al nivel federal y publicar recomendaciones con significancia epidemiológica, como lo es la crisis sanitaria actual (§ 4 IfSG). Estas recomendaciones también tuvieron un fuerte efecto unificador "de hecho" sobre la actuación administrativa de los 16 estados federados en tanto son vigentes de la misma manera para todos.

2. Cronología de coordinación

Cuando la primera ola de la crisis fue superada, en el verano de 2020, se produjo una reducción del número de rondas de coordinación que promovió un escenario de medidas más dispersas, sobre todo a nivel local.⁸⁴ Las rondas federales-estatales en otoño de 2020 mostraron nuevamente una clara tendencia a la adopción de medidas más uniformes, lo que puede atribuirse no sólo al número creciente de nuevas infecciones, sino también directamente a las críticas dirigidas desde los medios de comunicación contra las reacciones descoordinadas de los estados federados ante procesos de infección comparables.⁸⁵ En octubre de 2020 se escaló hasta la petición de un procedimiento cada vez más formal por una "reparlamentarización" de los procesos de toma de decisiones fuera de las conferencias de los primeros ministros de los *Länder*. Los llamados por asumir un rol más protagónico por parte de la Federación también se hicieron más fuertes.⁸⁶ Esto, por un lado, porque las últimas rondas de coordinación en particular se limitaron a una votación respecto de la estrategia de contención en general,⁸⁷ pero dejaron el ajuste de los detalles

⁸⁴ Resolución Bund/Länder, del 6 de mayo de 2020.

⁸⁵ "Kritik am Beherbergungsverbot-Das ist fast schon grober Unfug", *Tagesschau*, 10 de octubre de 2020; "Kritik an Beherbergungsverbot wird immer massiver", *Sächsische Zeitung*, 12 de octubre de 2020.

⁸⁶ Capellan, F., ("Im Namen des Föderalismus viel Vertrauen verspielt", *Deutschlandfunk*, 7. De octubre, 2020. Disponible en: https://www.deutschlandfunk.de/deutsche-corona-kleinstaaterei-im-namen-des-foederalismus.720.de.html?dram:article_id=485429.

⁸⁷ Resolución Bund/Länder, del 7 de octubre de 2020.

a los ejecutivos de los estados federados. Por otro lado, porque creció el escepticismo frente al secretismo que crearon las reuniones de pasillo entre la canciller y los primeros ministros.⁸⁸

En cambio, con el aumento rápido del número de infecciones a finales de 2020 que se extendió hasta inicios de 2021 y requirió nuevas restricciones, también creció la capacidad de alcanzar un consenso entre los primeros ministros de los estados federados, otra vez utilizando los mecanismos informales de coordinación. Con el fin de prevenir una "emergencia sanitaria nacional aguda", llegaron a un acuerdo con la canciller Merkel sobre el concepto *Lockdown Light* y, con ello, la ejecución de nuevas injerencias de alta intensidad, restrictivas de los derechos humanos.⁸⁹ Sin embargo, hasta finales de octubre de 2020 la participación del Parlamento federal se limitó a debates sobre cuestiones de actualidad (*Aktuelle Stunde*) o acerca de algunas peticiones. Esto también fue criticado por algunos primeros ministros en vista de la prolongación de la pandemia y de las medidas correspondientes de contención, que no tienen sustento en una ley parlamentaria más apta para el combate al SARS-CoV-2 y que vaya más allá de la cláusula general en el § 28 del IfSG.⁹⁰

Con el descubrimiento y la introducción gradual de la vacuna, se generó otro campo de cooperación. Otra vez los gobiernos federal y estatal recurrieron principalmente a mecanismos de coordinación informales. Por ejemplo, se decidió una estrategia conjunta para la vacunación contra el coronavirus y se coordinó el establecimiento y expansión de los centros de vacunación. La secuencia de vacunación la define inicialmente el Ministerio Federal de Salud.⁹¹ Sin embargo, la forma en que se asignan las fechas para las vacunas lo regula cada estado federado por sí mismo.

⁸⁸ "Führende Parlamentarier fordern mehr Mitspracherecht", *Spiegel*, 19 de octubre de 2020.

⁸⁹ Resolución Bund/Länder, del 28 de octubre de 2020.

⁹⁰ Resolución Bund/Länder, del 28 de octubre de 2020, Declaración Protocolaria de Turingia (*Protokollerklärung Thüringen*).

⁹¹ "Die Schwächsten zu schützen, ist das erste Ziel", *Bundesregierung*, 18 de diciembre de 2020.

Luego de que el número de infecciones se mantuviese en un nivel muy alto a principios de 2021, la canciller Merkel advirtió a los estados que era necesario que tomaran medidas más estrictas y evitaran cualquier medida de relajamiento. Asimismo, advirtió que dado el caso de que algunos estados federados no llegasen a implementar medidas adecuadas "en el futuro previsible", considerarían cómo tal vez pudiera regularse a nivel nacional.⁹² Así, nuevamente, se pronunció a favor de una acción uniforme de los estados federados en la lucha contra la pandemia. Sin embargo, algunos criticaron al gobierno federal por el hecho de que él mismo aún no había presentado un plan progresivo, uniforme y vinculante.⁹³ Las críticas al comportamiento no uniforme de los estados federados con respecto a las medidas anticoronavirus se hicieron cada vez más fuertes. Debido a los caminos, en parte diferentes, que siguieron algunos estados federados, por ejemplo, con multas por violaciones a las reglas, medidas y decretos anticoronavirus, se hizo cada vez más popular el término "mosaico" para describir la situación.

Durante el verano de 2021, el número de nuevas infecciones y los referentes de incidencia se redujeron gradualmente. Esto puede deberse, por un lado, al creciente número de vacunaciones y, por el otro lado, a las medidas tomadas. Como resultado, los estados federados, por ejemplo, Turingia, emitieron nuevas regulaciones en el marco de la contención del coronavirus para introducir gradualmente el desmonte de medidas y, por lo tanto, un retorno a la normalidad. La priorización inicial en el proceso de vacunación también se levantó en junio de 2021 en un acto consensuado por parte de los gobiernos federal y estatal, de tal manera que a partir de ahora todo el que quiera vacunarse puede intentar concertar una cita.⁹⁴

⁹² "Merkel drängt Länder zur Notbremse", *mdr.de*, 29 de marzo de 2021,

⁹³ "Ramelow erneuert Forderung nach Corona-Stufenplan", *mdr.de*, 29.30.2021.

⁹⁴ "Impf-Priorisierung aufgehoben", *Bundesregierung*, 7 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-impfung-priorisierung-entfaellt-1914756>.

III. Cambio normativo de competencias a favor de la Federación durante la crisis

Durante la pandemia se realizaron varios cambios a la IfSG. Las enmiendas son una reacción a las fuertes críticas que arrastraba dicha ley. La mayoría de los cambios se concibieron para aumentar las facultades de la Federación, en detrimento de las competencias de los estados federados. Algunos de los cambios desataron una discusión sobre si están en línea o no con la repartición de competencias entre la Federación y los *Länder* consagrada en la Constitución.

En primer lugar, la asignación de roles *de iure* entre la Federación y los estados federados se cambió con la enmienda de la IfSG del 27 de marzo de 2020:⁹⁵ en el nuevo § 5 IfSG se reguló una redistribución de competencias a favor de la Federación, sobre todo a favor del Ministerio Federal de Salud (*Bundesministerium für Gesundheit-BMG*). Precondición para el despliegue de esta nueva competencia es que el Parlamento alemán reconociera la existencia de una "situación epidémica de alcance nacional". Esta determinación se tomó el 25 de marzo de 2020 con respecto al SARS-CoV-2 y ha continuado aplicándose desde entonces. Una vez declarada una "situación epidémica de alcance nacional" al Ministerio Federal de Salud le resulta posible intervenir a nivel nacional en la implementación de la IfSG (§ 5.2, numerales 1, 2, 5, 6) y en las regulaciones de los estados federados.⁹⁶ Además, a través de nuevas competencias regulatorias (§ 5.2, numerales 3, 4, 7, 8), discrecionalmente puede admitir excepciones a las disposiciones de la IfSG (§ 5.2, numerales 3).

⁹⁵ Cfr. Ley para proteger a la población ante una situación epidémica de alcance nacional (*Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage nationaler Tragweite*) del 27 de marzo de 2020-BGBl. I 2020, p. 587.

⁹⁶ Cfr. Parlamento Alemán, Proyecto de ley de los grupos parlamentarios CDU/CSU. Proyecto de ley para proteger a la población ante una epidemia de alcance nacional (*Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU. Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*), en BT-Drs. 19/8111, 18. Disponible en: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/181/1918111.pdf>.

Estas "competencias especiales" expiran cuando se levante la declaratoria de situación epidémica de alcance nacional.⁹⁷

Desde el punto de vista constitucional, existen reservas fundadas sobre esta ampliación de competencias del Ejecutivo federal, también con miras a la distribución federal de competencias en la Constitución.⁹⁸ El BMG ahora puede intervenir a nivel nacional en la implementación de la IfSG y así socavar la competencia de los estados federados que les garantiza el artículo 83 de la Constitución.⁹⁹ Muchos argumentaron que en ausencia de una asignación constitucional explícita de competencias a la Federación, no puede haber obligación de los estados federados de cooperar con el gobierno federal y, por ende, tampoco puede ser introducida por ley ordinaria.¹⁰⁰

En los primeros meses de la crisis, el Ministerio Federal de Salud sólo empleó las competencias del § 5 IfSG en áreas de interferencia en las que la Federación, ya tiene competencia exclusiva (artículo 73, párrafo 5, número 5 de la Ley Fundamental sobre protección de fronteras), por ejemplo, para test obligatorios al entrar a Alemania desde las denominadas áreas de riesgo, y respecto de las obligaciones de recopilación y divulgación de datos de quienes se encargan del transporte de pasajeros a nivel transfronterizo.¹⁰¹ Sin embargo, más adelante el uso de estas competencias se extendió. Se emitieron más decretos a lo largo del año, por ejemplo,

⁹⁷ Informe del 12 de octubre de 2020. El Parlamento alemán trató por última vez el 17 de septiembre de 2020 las mociones que pedían el fin de la declaratoria de la "situación epidémica de alcance nacional, pero fueron rechazadas. Deutscher Bundestag, "Aussprache: Aufhebung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite". Disponible en: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw25-de-corona-rechtsverordnungen-701082>.

⁹⁸ El cumplimiento constitucional es un tema de debate. Véase, por todos, Mayen, T., "Der verordnete Ausnahmezustand", NVwZ, 2020, p. 828; Wiss. Dienst des Bundestages, WD 3-3000-080/20, con otras referencias, p. 7. Disponible en: <https://www.bundestag.de/resource/blob/690262/cb718005e6d37ecce82c99191efbec49/WD-3-080-20-pdf-data.pdf>.

⁹⁹ En principio, los actos jurídicos derivados, como las ordenanzas, también tienen prioridad en virtud del artículo 72, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Uhle, A., *op. cit.*, número marginal 102.

¹⁰⁰ Walus, A., *op. cit.*, p. 131.

¹⁰¹ Órdenes relativas a viajes después de que se haya establecido una situación epidémica de alcance nacional en Bundesministerium für Gesundheit, con fecha del 29 de septiembre de 2020. Disponible en: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Anordnungen_Einreise_Risikogebiete_BAnz_AT_290920.pdf.

durante el proceso de vacunación con respecto a la obligación de proporcionar evidencia sobre el resultado negativo de una prueba de coronavirus.¹⁰²

En noviembre de 2020 hubo otra enmienda al IfSG, que muchos habían estado exigiendo durante varios meses.¹⁰³ En las semanas anteriores, se discutió acerca de que la IfSG no ofrecía un fundamento jurídico suficiente para las medidas dirigidas a restringir las libertades fundamentales de los ciudadanos a los fines de combatir la pandemia. Además, era la vaguedad de la cláusula general de los §§ 28 y 32 del IfSG lo que proporciona a los ejecutivos de los estados federados un margen de maniobra demasiado grande para adoptar medidas de confrontación del coronavirus.¹⁰⁴ La cláusula no cumplía con el *Bestimmtheitsgrundsatz* (principio de certeza; también conocido como principio de especialidad).¹⁰⁵ Éste establece que una norma debe ser formulada de tal manera que el comportamiento de las autoridades esté precisamente determinado en términos de contenido, propósito y alcance y que los tribunales deben poder controlar los procesos oficiales a partir de este estándar. En aquel momento sólo la Ley Fundamental puso límites a la "creatividad" de los gobiernos de los estados federados. Incluso algunos Tribunales por sí mismos, como el VGH de Múnich, habían considerado necesaria una reforma del IfSG.¹⁰⁶

¹⁰² "Verordnung zum Anspruch auf Testung in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Testverordnung-TestV)", *Bundesgesundheitsministerium*, 24 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.bundesanzeiger.de/pub/publication/dsEpltrqcihB2AFHbjw/content/dsEpltrqcihB2AFHbjw/BAnz%20AT%2025.06.2021%20V1.pdf?inline>.

¹⁰³ El servicio científico interno del *Bundestag* (*Wissenschaftlicher Dienst*) recomendó medidas para fortalecerse frente al poder de los estados federados en el combate de la crisis sanitaria, sobre todo una estandarización de medidas especialmente intensivas y generalizadas: "Maßnahmen zur Stärkung des Bundestages gegenüber der Exekutive bei der Bewältigung der Corona-Pandemie". Disponible en: <https://www.bundestag.de/resource/blob/800008/935d55b4b84c5cce286d08247886197b/2020-10-19-Empfehlungen-Corona-data.pdf>.

¹⁰⁴ Véase, al respecto, Rixen, S., "Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise-Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1097-1103, 2020, pp. 1098 y ss.; Bethge, J., "Ausgangssperre", *Verfassungsblog*, 24 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/ausgangssperre/>.

¹⁰⁵ Véase TCF; sentencia del 20.05.2021-1 BvR 928/21.

¹⁰⁶ Decisión del VGH de Múnich del 29 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/20a02360b.pdf>.

Por ende, como resultado de la reforma legal, se han incluido en el IfSG regulaciones y disposiciones más específicas para las medidas anticoronavirus impuestas principalmente por los estados federados. La IfSG en su versión reformada ahora proporciona bases legales más precisas respecto a las injerencias en los derechos fundamentales. Se ha precisado la cláusula general original contenida en el § 28 IfSG. La norma especifica las "medidas de protección necesarias para combatir el coronavirus SARS-CoV-2" que están permitidas "mientras se mantenga la determinación de una situación epidémica de alcance nacional de acuerdo con el § 5 (1) primera frase". Ahora, las medidas permitidas para combatir una infección (por ejemplo, la exigencia de mascarilla protectora, cierres de restaurantes o restricciones de contacto) se enumeran explícitamente en un catálogo no exhaustivo (§ 28 a -a c IfSG).¹⁰⁷ De esta manera, se creó una base jurídica más cierta y precisa para las restricciones a derechos en tiempos de crisis sanitaria. Si bien los expertos del campo de la salud y lo social dieron la bienvenida a la nueva versión del IfSG, incluso después de la reforma persistieron algunas críticas desde el punto de vista jurídico.¹⁰⁸ La ley modificada violaría la reserva parlamentaria, es decir, la obligación del legislador de dictar por sí mismo regulaciones esenciales que son decisivas para la realización de los derechos fundamentales y no dejarlo en manos de otros órganos normativos o del Ejecutivo.¹⁰⁹

Debido a las voces cada vez más fuertes que pidieron un enfoque más uniforme en la lucha contra la pandemia, hubo otro cambio en el IfSG el 23 de abril de 2021. El *Bundestag* aprobó el llamado "freno de emergencia nacional" mencionado anteriormente. Con éste se prevé la aplicación automática de varias medidas de protección contra el coronavirus si en

¹⁰⁷ "Bundestag und Bundesrat beschließen neues Infektionsschutzgesetz", *mdr.de*, 18 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/politik/bundestag-beraet-infektionsschutzgesetz-100.html>.

¹⁰⁸ Kießling, A., "Was verlangen Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot?: Standardmaßnahmen im Infektionsschutzgesetz", *Verfassungsblog*, 4 de noviembre, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-und-bestimmtheitsgebot/>.

¹⁰⁹ Vease, TCF, sentencia del 20.05.2021-1 BvR 928/21.

tres días consecutivos el valor de incidencia es superior a 100 nuevas infecciones por cada 100,000 habitantes en 7 días.¹¹⁰ Con este cambio, se otorgó al gobierno federal la facultad de ordenar restricciones de contacto u otras medidas en ciertos casos frente a los cuales anteriormente eran responsables los estados federados. No se consideró necesaria la aprobación del *Bundesrat* a este cambio del IfSG, lo que en parte llevó a que la ley fuese criticada como formalmente inconstitucional.¹¹¹ Además, desató una ola de críticas al fondo de la ley. El primer ministro de Sajonia-Anhalt describió el recién creado "freno de emergencia" como el "punto más bajo de la cultura federal en Alemania".¹¹² Otros hablaron de un "voto de desconfianza contra los estados y municipios federados".¹¹³ Hasta el día de hoy muchos consideran que el freno de emergencia es materialmente inconstitucional porque socava la división de competencias entre la Federación y los estados federados según lo dispuesto en la Constitución.

El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) recibió varias mociones urgentes y recursos de amparo contra el "freno federal de emergencia". Hasta ahora ha rechazado todas las solicitudes urgentes. Aún quedan pendientes muchos recursos de amparo al respecto. Los jueces del BVerfG enfatizaron reiteradamente que aún no habían tomado una decisión final sobre la constitucionalidad de la nueva normativa en la IfSG.¹¹⁴ El "freno de emergencia" era válido hasta el 30 de junio de 2021, por lo que ya ha perdido vigencia. Con el final del plazo, las regulaciones anticoronavirus de cada estado federado cobraron de nuevo vigencia.¹¹⁵

¹¹⁰ "Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite", *Bundesregierung*, 22. De abril de 21. Disponible en: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start_xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl121s0802.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s0802.pdf%27%5D_1648782767542.

¹¹¹ Grefrath, H., "Die ‚Bundesnotbremse‘ ist nicht zustande gekommen: Der Reform des Infektionsschutzgesetzes fehlt die Zustimmung des Bundesrates", *Verfassungsblog*, 26 de abril, 2021. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/die-bundesnotbremse-ist-nicht-zustande-gekommen/>.

¹¹² "Haselhoff kritisiert Infektionsschutzgesetz", *mdr.de*, 22 de abril de 2021.

¹¹³ Véase la nota 73.

¹¹⁴ "Wieder kein Erfolg in Karlsruhe", *Legal Tribune Online*, 2 de junio de 2021.

¹¹⁵ "Die Bundesnotbremse endet", *rbb.de*, 29 de junio de 2021.

D. Control judicial: ¿unificación mediante derechos fundamentales?

Incluso en tiempos de pandemia, el Poder Judicial no perdió su papel protagonista como guardián del Estado de derecho y del cumplimiento de la Constitución y refutó nuevamente aquel adagio de la crisis sanitaria según el cual es la "hora del Poder Ejecutivo". Al inicio de la pandemia este último se dejó guiar sobre todo por la efectividad de las medidas de combate a la propagación del SARS-CoV-2. Un enriquecimiento del debate desde una perspectiva ética, social y constitucional sólo empezó a tener lugar paulatinamente a lo largo de la pandemia:¹¹⁶ el Estado tiene el deber de proteger "poniendo por delante la vida" humana (artículo 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, el cual se concreta en el § 1 de la IfSG).¹¹⁷ Sin embargo, el derecho a la integridad física no se asegura sin restricciones (artículo 2, párrafo 2, frase 3 de la Ley Fundamental), ya que tiene que ponderarse con los derechos fundamentales de terceros que entran en conflicto en el sentido de una concordancia práctica. Por ende, una comprensión demasiado absolutista del deber de protección de la vida y la integridad física frecuentemente llevo a que durante la crisis se tomaran decisiones por parte de los tribunales administrativos de los estados federados¹¹⁸ y del Tribunal Constitucional Federal,¹¹⁹ la mayoría de ellas en el escenario de medidas provisionales y caracterizadas

¹¹⁶ El Consejo de Ética (*Ethikrat*) que tuvo un papel preponderante iniciando un debate más amplio respecto a repercusiones económicas, sociales o psicológicas provocadas por el combate contra la crisis sanitaria. Sus declaraciones sirven como base de las decisiones de los actores políticos. Véase, Deutscher Ethikrat, Declaración *ad-hoc* "Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise". Disponible en: <https://www.ethikrat.org/publikationen/kategorie/ad-hoc-empfehlungen/>. [Nota de la coordinadora: en esta obra se encuentra un estudio más completo de esta declaración en el artículo titulado "La tragedia del triaje (*triage*). Fundamentos constitucionales y penales y sus límites"].

¹¹⁷ TCF, Sentencias BVerfGE 39, 1, (p. 42); BVerfGE 46, 160 (p. 164).

¹¹⁸ Las bases de datos relevantes en el contexto de la pandemia SARS-CoV-2 condujeron a casi 480 decisiones de los tribunales administrativos superiores y 580 de los tribunales administrativos nacionales sólo para la jurisdicción administrativa.

¹¹⁹ Según el sitio web Tribunal Constitucional Federal Alemán, hasta ahora éste ha decidido más de 35 procedimientos en el contexto de la crisis ocasionada por el coronavirus en 2020. Un resumen de las decisiones está disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html?language =de.

por la exigencia de una ponderación proporcional entre la protección de la vida, la salud y las libertades civiles. Este control de los derechos fundamentales se caracterizó por tener un efecto unificador, al punto que ha garantizado una protección uniforme de los derechos fundamentales a nivel nacional, ya que el parámetro de control son los derechos fundamentales consagrados en la Constitución federal.¹²⁰

Las medidas de contención del coronavirus representaron una injerencia que tuvo lugar especialmente en los siguientes derechos fundamentales: libertad personal (artículo 2, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental), en particular debido a las restricciones de salida nocturna en la primera mitad de 2021¹²¹ y en razón de las medidas de cuarentena en Baviera¹²² y Sarre que tuvieron lugar en los primeros meses de la pandemia; libertad de creencias y de confesión (artículo 4, párrafos 1-2 de la Ley Fundamental), debido al cierre de iglesias y a las prohibiciones de cultos religiosos;¹²³ libertad artística (artículo 5, párrafo 3 de la Ley Fundamental) en razón del cierre del sector cultural,¹²⁴ derecho de cuidado y educación de los padres (artículo 6, párrafo 2 de la Ley Fundamental), incluido el derecho a la formación (artículo 2, párrafo 1, en concordancia con los artículos 1, párrafo 1; 3, párrafo 1; 6, párrafos 1-2; 7, párrafo 1; 12, párrafo 1, de la Ley Fundamental),¹²⁵ en vista del cierre de guarderías, escuelas y

¹²⁰ Esta afirmación no manifiesta lo obvio, porque sería concebible una aplicabilidad funcionalmente separada de los derechos fundamentales del estado federado desde el punto de vista de los catálogos de los de las constituciones estatales; sin embargo, los estados federados incorporan plenamente los derechos fundamentales de la Constitución alemana (TCF, sentencia del 15 de octubre 1997, 2 BvN 1/95).

¹²¹ TCF, sentencia del 5 de mayo de 2021-1 BvR 781/21, número marginal 1-56. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/05/rs20210505_1bvr078121.html.

¹²² Negando la anulación del decreto del 24 de marzo de 2020 con el que Baviera ordenó el confinamiento obligatorio a través de medidas cautelares: TCF, sentencia del 7 de abril de 2020, 1 BvR 755/20.

¹²³ Véase, TCF, sentencia del 10 de abril de 2020, 1 BvQ 28/20 sobre prohibición de cultos religiosos durante semana santa y TCF, sentencia del 29 de abril de 2020, 1 BvQ 44/20 sobre prohibición de oración colectiva sagrada durante el mes de ramadán.

¹²⁴ TCF, sentencia del 20 de mayo de 2021-1 BvR 928/21, número marginal 1-37. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/05/rk20210520_1bvr092821.html.

¹²⁵ El derecho a la educación no está expresamente garantizado en la Constitución alemana. Su consagración sigue siendo controvertida: *cfr.* Robbers, G., "Art. 7", en von Mangoldt, H. et al. (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Múnich, C.H. Beck, 2018, número marginal 31.

universidades; libertad de asociación (artículo 8, párrafos 1-2 de la Ley Fundamental);¹²⁶ libertad de movimiento dentro del territorio federal (artículo 11, párrafo 1 de la Ley Fundamental), que estaba limitada debido a las restricciones de contacto o a la prohibición provisional de alojamiento;¹²⁷ libertad de profesión (artículo 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental),¹²⁸ y protección de la propiedad (artículo 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental) en vista de que algunos negocios estuvieron cerrados.¹²⁹

Este problema básico de la dogmática alemana de los derechos fundamentales, es decir, el de la decisión proporcional sobre las colisiones de derechos fundamentales mediante ponderación, se hizo más complejo durante la pandemia del SARS-CoV-2 debido a dos nuevas líneas de problemas: 1) el "dinámico y generalmente volátil proceso de contagio"¹³⁰ y 2) la incierta evaluación *ex ante* sobre la eficacia de determinadas medidas. Los cuatro parámetros clásicos del juicio de proporcionalidad (adecuación a un fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) pierden nitidez y dependen en gran medida de circunstancias temporales y espaciales acerca de las cuales aún no hay total certeza.¹³¹ En este sentido, las medidas para enfrentar el coronavirus, que podrían parecer excesivas, rara vez resultan desaprobadas debido a su falta de idoneidad para combatir la pandemia. Como un ejemplo de medidas no

¹²⁶ Véase TCF, sentencia del 15 de abril de 2020, 1 BvR 828/20. Véase, al respecto *El País*, "El Constitucional alemán defiende el derecho de manifestación, también en tiempos de pandemia", 16 de abril de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-04-16/el-constitucional-aleman-defiende-el-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia.html>; TCF, sentencia del 5 de diciembre de 2020-1 BvQ 145/20, número marginal 1-9. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/12/qk20201205_1bvq014520.html.

¹²⁷ TCF, sentencia del 22 de octubre de 2020. 1 BvQ 116/20, número marginal 1-12. Disponible: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/10/qk20201022_1bvq011620.html.

¹²⁸ TCF, sentencia del 11 de noviembre de 2020, 1 BvR 2530/20, Rn. 1-18. Disponible: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/11/rk20201111_1bvr253020.html.

¹²⁹ Véase, TCF, sentencia del 29 de abril de 2020, 1 BvQ 47/20 sobre prohibiciones de operación para tiendas con una superficie de venta de más de 800 m².

¹³⁰ Véase, TCF, sentencia del 11 de junio de 2020, 1 BvQ 66/20, número marginal 5.

¹³¹ Véase Kersten, J. y Rixen, S., *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, Múnich, C.H. Beck, 2020.

idóneas se pueden mencionar regulaciones expedidas durante el primer periodo de relajación de medidas. Por ejemplo, la apertura de las tiendas se condicionó a que el área del negocio afectado tuviera menos de 800 metros cuadrados. Frente a esto se puede decir que no es evidente una conexión entre el límite específico y la reducción del riesgo de infección.¹³²

Con más frecuencia se pudo encontrar que las medidas anticoronavirus no superaron el requisito de necesidad, es decir, que existió, en el caso concreto, un medio menos invasivo, pero igualmente eficaz, para llegar al mismo fin: en algunos casos las autoridades competentes declararon prohibiciones generales sin utilizar el poder discrecional que les otorga la ley para averiguar —atendiendo a situaciones individuales y, dado el caso, en coordinación con las autoridades sanitarias— acerca de la posibilidad de una autorización bajo condiciones y restricciones adecuadas para cada situación, como opción menos invasiva de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en lugar de prohibiciones generales a la aglomeración de personas¹³³ o de reuniones religiosas,¹³⁴ las autoridades competentes, según las cortes, deben utilizar el margen de discrecionalidad del que disponen para sopesar si la protección contra la infección no puede garantizarse también con medidas de protección tomadas teniendo en cuenta cada caso individual, tales como el número limitado de participantes, reglas de distancia o protección para la boca y la nariz, en lugar de una prohibición total de manifestaciones o reuniones religiosas.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, se ponderan los derechos en colisión. Por lo que puede verse hasta la fecha, los tribunales administrativos han tenido la mayor cautela al respecto. Por ejemplo, el derecho a la integridad personal rara vez está sujeto a otras posiciones

¹³² VG Hamburg, sentencia del 21 de abril de 2020, 3 E 1675/20, p. 7. Ante la OVG de Hamburgo, la decisión fue nuevamente revocada con referencia a la prerrogativa de evaluación. OVG Hamburg, 5 Bs 64/20. Véase, también TCF, sentencia del 29 de abril de 2020, 1 BvQ 47/20.

¹³³ Véase, TCF, sentencia del 17 de abril de 2020, 1 BvQ 37/20, número marginal 23.

¹³⁴ Véase, TCF, sentencia del 29 de abril de 2020, 1 BvQ 44/20, número marginal 14-16.

sobre derechos fundamentales en este nivel de consideración.¹³⁵ Por ende, la concordancia práctica en tiempos del coronavirus tiene en cuenta el margen de configuración y discrecionalidad del legislador de una manera muy especial y, en cierto modo, conduce a una relatividad dependiente del tiempo y el lugar y, como también enfatizó el BVerfG, hace necesaria una reevaluación continua de la situación epidemiológica teniendo en cuenta los últimos conocimientos en la materia.¹³⁶ Por lo tanto, un nivel uniforme de protección de los derechos fundamentales no exige medidas iguales, sino diferenciadas y decididas caso por caso. El efecto "homogenizador" que tiene la protección de los derechos fundamentales sólo llegó hasta el punto en el que los tribunales pudieron restringir la legislación reglamentaria —particularmente ambiciosa— a partir del principio de proporcionalidad.¹³⁷ Así, por ejemplo, en Brandeburgo la OVG consideró que las prohibiciones de alojamiento eran desproporcionadas.¹³⁸

Aunque los ciudadanos han cuestionado la constitucionalidad de tantas variaciones y grandes diferencias entre las distintas modalidades de confinamiento que se han impuesto¹³⁹ y los tribunales han levantado parcialmente diversas prohibiciones de alojamiento¹⁴⁰ u horarios de cierre en los estados federados, tampoco es posible derivar algo más, desde el punto de vista del principio de igualdad (artículo 3 de la Ley Fundamental), porque no todo trato desigual subjetivo entre residentes de diferentes estados federados se traduce en una violación del artículo 3 de la Ley Fundamental.¹⁴¹ La libertad de configuración de los estados federados es

¹³⁵ Así, por ejemplo, el OVG Greifswald, sentencia del 9 de abril de 2020, 2 KM 268/20 OVG u. 2 KM 281/20 OVG, número marginal 41, sobre restricciones de viaje dentro del propio Estado alemán.

¹³⁶ Véase, sentencia del 10 de abril de 2020, 1 BvQ 28/20, número marginal 14.

¹³⁷ Véase, la última derogación de la prohibición del alcohol en toda la ciudad en Tribunal Superior Administrativo de Baviera (BayVGH), sentencia del 1 de septiembre de 2020, 20 CS 20.162.

¹³⁸ "Beherbergungsverbot auch in Brandenburg gestoppt", *Tagesschau*, 16 de octubre de 2020.

¹³⁹ Véase, VG München, sentencia del 12 de mayo de 2020, 20 NE 20.969.

¹⁴⁰ Véase, VGH Mannheim, sentencia del 15 de octubre de 2020, 1 S 3156/20; OVG Schleswig-Holstein, sentencia del 26 de octubre de 2020, 3 MR 47/20.

¹⁴¹ Aquí es diferente con un trato desigual dentro del ámbito de validez de una reglamentación relativa a la confrontación del coronavirus. Véase, BayVGH, sentencia del 27 de abril de 2020, 20 NE 20.793, número marginal 37.

el resultado y la salvaguarda del sistema federal,¹⁴² por lo que el gobierno federal y los estados federados sólo están sujetos al artículo 3, párrafo 1 de la Constitución alemana dentro de su área de competencia.

E. Conclusiones: ambivalencias del Estado federal alemán en el manejo de la pandemia del coronavirus

En un debate general en el Parlamento alemán el 30 de septiembre de 2020, la canciller alemana Angela Merkel destacó el sistema federal como la mayor fortaleza de Alemania en la lucha contra la pandemia y señaló que "su adaptabilidad y dinamismo son altamente ideales".¹⁴³ La percepción de la población, al contrario, es menos positiva: ya en otoño de 2020, a 78% de los encuestados les hubiera gustado que los estados federados adoptaran un procedimiento más unificado contra la pandemia causada por el coronavirus.¹⁴⁴ Y también según muestra una encuesta de Forsa de junio de 2021: más de la mitad de la población (51%) está a favor de cambiar la distribución federal de competencias a favor del gobierno federal.¹⁴⁵ Las diversas medidas anticoronavirus y las medidas referidas al proceso de vacunación, que variaron según el estado federado —como los variados catálogos de multas, los tamaños de grupos permitidos en fiestas o en espacios públicos, las regulaciones divergentes de horarios de apertura de las escuelas o las prohibiciones de alojamiento y la velocidad del proceso de vacunación—, a menudo se percibieron y todavía se perciben como confusas y fragmentadas, ralentizadoras y cualitativamente deficientes.¹⁴⁶ El término "colcha de retazos" (*Flickenteppich*)

¹⁴² Véase Kersten, J. y Rixen, S., *op. cit.*, p. 114.

¹⁴³ Bundestag, Plenarprotokoll 19/179, 30 de septiembre de 2020, p. 10. Disponible en: <https://www.bundestag.de/protokolle>.

¹⁴⁴ Encuesta representativa, Infratest Dimap, ARD-DeutschlandTREND, periodo de la encuesta: 28 al 29 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/ard-deutschlandtrend/2020/oktober/>.

¹⁴⁵ "Mehr Kompetenzen für den Bund: Jeder zweite Deutsche will weniger Föderalismus", *RND*, 17 de junio de 2021.

¹⁴⁶ *Cfr.* Plück, M., "Föderalismus, wie er nicht sein sollte", *Rheinische Post*, 13 de octubre, 2020. Disponible en: https://rp-online.de/nrw/landespolitik/foederalismus-wie-er-nicht-sein-sollte_aid-54025565.

se hizo cada vez más popular en relación con los diferentes decretos anticoronavirus. Este panorama se vio reforzado por lo que a veces parecía ser una competencia que existía entre los primeros ministros de los 16 estados federados por la definición de la mejor medida, inicialmente con miras a las disposiciones restrictivas para el combate a la pandemia y ahora con miras a la relajación de dichos cierres y el proceso de vacunación.

La afectación relativamente leve de Alemania en la llamada primera ola de la pandemia puede atribuirse no sólo a la llegada del verano de 2020, que ocasionó una reducción "automática" de infecciones. También, en gran medida, fue consecuencia del alto nivel de aprobación popular de las medidas adoptadas.¹⁴⁷ Sin embargo, este estado de ánimo cambió a raíz de la segunda ola del coronavirus, que sacudió a Alemania de manera mucho más dura que la primera ola. Una encuesta publicada a mediados de febrero de 2021 mostró cómo había crecido la fuerte insatisfacción con la política en general entre la población a raíz de la crisis del coronavirus. En razón de ello, casi la mitad de la población criticó la gestión a la crisis por parte de los políticos, aunque la mitad de los alemanes también consideró la necesidad de las medidas anticoronavirus como requerida.¹⁴⁸ Además, según una encuesta realizada en marzo, uno de cada tres alemanes exigió medidas más estrictas en la lucha contra la pandemia.¹⁴⁹ Esta tendencia se deterioró hasta el punto de que en abril de 2021 sólo uno de cada cinco evaluó positivamente la gestión de la crisis del coronavirus.

Esta valoración negativa de la población también se debió a un supuesto "lento inicio de la vacunación". Aquí también hubo críticas al gobierno federal, que tuvo que aguantar el reproche por la "deficiente estrategia

¹⁴⁷ Encuesta representativa, Infratest Dimap, ARD-DeutschlandTREND extra "Medidas anticorona" del 5 de noviembre de 2020, periodo de la encuesta: 2 al 4 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/ard-deutschlandtrend/2020/november-extra-coronamassnahmen/>.

¹⁴⁸ "Unzufriedenheit mit Krisenmanagement von Bund und Ländern wächst", *Tagesspiegel.de*, 4 de febrero de 2021.

¹⁴⁹ "Jeder Dritte für strengere Maßnahmen", *Tagesschau.de*, 18 de marzo de 2021.

de pedidos de vacunas". Las críticas vinieron de varios lados, incluidos algunos primeros ministros, que cuestionaron la aparente uniformidad de la línea de actuación de los gobiernos federal y estatal en lo que respecta a la política de vacunación. Por otro lado, medidas homogeneizadoras como el "freno de emergencia anti-corona", que otorgó más poderes al gobierno federal, también fueron atacadas fuertemente y se cuestionó su constitucionalidad. Los estados federados vieron violados sus poderes de origen constitucional. Fue sólo hasta el verano de 2021 que la aprobación de las medidas anticoronavirus por parte de la población volvió a subir, lo que también se debe a la caída de la incidencia, el aumento de las vacunas y la relajación cada vez mayor de las medidas restrictivas.¹⁵⁰

Otro aspecto de crítica se relacionó con la Conferencia de Primeros Ministros, que se convirtió en un órgano muy poderoso para la toma de decisiones a raíz de la crisis causada por el coronavirus. A pesar de no haber sesionado en público, se decidieron en ese marco varias medidas y restricciones sin haber pasado por los parlamentos (tanto el *Bundestag* como los parlamentos estatales). Voces como las de Nathalie Behnke, profesora del Instituto de Ciencias Políticas de TU Darmstadt, criticaron en particular el carácter informal de la "Cumbre Corona".¹⁵¹ En razón de ello, las Conferencias de los Primeros Ministros no pueden llegar a resoluciones que tengan carácter vinculante, ya que no son un órgano constitucional y, además, debido a la situación actual, se ha confrontado con expectativas que no ha podido cumplir.

A final de cuentas, en nuestra opinión, adaptar el federalismo alemán según las lecciones aprendidas durante la pandemia no requiere una fractura del sistema federal. Difícilmente se puede descartar de plano

¹⁵⁰ "Bewertung der Corona-Maßnahmen 2021", *Statista*, 11 de junio de 2021. Disponible en: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1147567/umfrage/umfrage-zu-corona-massnahmen-und-deren-kontrollen/>.

¹⁵¹ Behnke, N. y Hondl, K., "Ministerpräsidenten-Konferenz wird völlig überfrachtet", *Deutschlandfunk*, 2 de abril, 2021. Disponible en: https://www.deutschlandfunk.de/foederalismus-in-der-corona-pandemie-ministerpraesidenten.694.de.html?dram:article_id=495158.

que la proximidad sustancial y espacial en la toma de decisiones federales y regionales contribuyó significativamente a una confrontación flexible, puntual y relativa de la pandemia a nivel de los procesos de infección local.¹⁵² Por el contrario, las estructuras federales empezaron a reflejarse negativamente en el valor de aceptación, cuando las decisiones de ponderación entre las posiciones de derechos fundamentales divergieron drásticamente de un estado federado al otro teniendo en cuenta la misma tasa de infección. Lo mismo vale para el proceso de vacunación. Por ende, fue necesario un desarrollo cooperativo de planes conjuntos para confrontar la pandemia entre la Federación y los estados federados, que se pudieron activar gradualmente y dependiendo de las circunstancias concretas de una situación epidemiológica.

Sin embargo, sería deseable que existiera una regulación normativa de los mecanismos de cooperación entre la Federación y los estados federados que se utilizaron durante la crisis; sobre todo con el propósito de legitimar estos mecanismos, aumentar la seguridad jurídica y hacerlos más transparentes para contrarrestar las críticas públicas respecto al secretismo y la informalidad de estos mecanismos. Adaptar el funcionamiento del federalismo alemán a las exigencias de una crisis sanitaria es una de las tareas más urgentes de los tiempos pospandemia. Sin embargo, el modelo como tal ha superado con éxito su prueba más difícil hasta la fecha.

Bibliografía

Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1986.

Barczak, T., *Der nervöse Staat*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2020.

¹⁵² Para un análisis empírico de las medidas tomadas por los estados federados que refuta la impresión de descoordinación total, véase Behnke, N., "Föderalismus in der (Corona-)Krise? Föderale Funktionen, Kompetenzen und Entscheidungsprozesse", Bundeszentrale für Politische Bildung, 21 de agosto, 2020. Disponible en: <https://www.bpb.de/apuz/314343/foederalismus-in-der-corona-krise>. (Primera Publicación del Proyecto de investigación "Regulaciones Anticorona en el Federalismo Alemán" de la TU Darmstadt).

Bauer, H., "Art. 20", en Horst, D. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015.

"Beherbergungsverbot auch in Brandenburg gestoppt", *Tagesschau.de*, 16 de octubre, 2020. Disponible en: <https://www.tagesschau.de/inland/beherbergungsverbot-brandenburg-103.html>.

Behnke, N., "Föderalismus in der (Corona-)Krise? Föderale Funktionen, Kompetenzen und Entscheidungsprozesse", Bundeszentrale für Politische Bildung, 21 de agosto, 2020. Disponible en: <https://www.bpb.de/apuz/314343/foederalismus-in-der-corona-krise>.

Behnke, N. y Hondl, K., "Ministerpräsidenten-Konferenz wird völlig überfrachtet", *Deutschlandfunk*, 2 de abril, 2021. Disponible en: https://www.deutschlandfunk.de/foederalismus-in-der-corona-pandemie-ministerpraesidenten.694.de.html?dram:article_id=495158.

Bethge, J., "Ausgangssperre", *Verfassungsblog*, 24 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/ausgangssperre/>.

"Bundestag und Bundesrat beschließen neues Infektionsschutzgesetz", *mdr.de*, 18 de noviembre, 2020. Disponible en: <https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/politik/bundestag-beraet-infektionsschutzgesetz-100.html>.

Casal, J. M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones: constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*, Bogotá, Temis, KAS, 2020.

Capellan, F., ("Im Namen des Föderalismus viel Vertrauen verspielt", *Deutschlandfunk*, 7. De octubre, 2020. Disponible en: https://www.deutschlandfunk.de/deutsche-corona-kleinstaaterei-im-namen-des-foederalismus.720.de.html?dram:article_id=485429.

Dederer, G., "Art. 91", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München, C.H. Beck, 2020.

"Die Bundesnotbremse endet", *rbb.de*, 29 de junio, 2021. Disponible en: <https://www.rbb24.de/politik/thema/corona/beitraege/2021/06/ende-bundesnotbremse-30--juni.html>.

"Die Schwächsten zu schützen, ist das erste Ziel", *Bundesregierung*, 18 de diciembre, 2020. Disponible en: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/spahn-impfverordnung-1829996>.

Dittmann, A., "Verfassungshoheit der Länder und bundesstaatliche Verfassungshomogenität", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, t. VI, 2009.

Dreier, H., *Grundgesetz-Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

Dreier, H., "Art. 28", en Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

El País, "El Constitucional alemán defiende el derecho de manifestación, también en tiempos de pandemia", 16 de abril, 2020. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-04-16/el-constitucional-aleman-defiende-el-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia.html>.

Fuchs, M.-C. y Hein, J., "La historia tiene patas largas: el combate 'a la alemana' contra la covid-19", *Agenda Pública*, 11 de mayo, 2020. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17051/historia-tiene-patas-largas-combate-alemana-contr-covid-19>.

"Führende Parlamentarier fordern mehr Mitspracherecht", *Spiegel*, 19 de octubre, 2020. Disponible en: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/corona-krise-fuehrende-parlamentarier-fordern-mehr-mitspracherecht-bei-massnahmen-a-997601cf-98b8-4262-832d-8fddf91073a0>.

Gargarella, R. y Roa Roa, J. E., "Diálogo democrático y emergencia en América Latina", *Max Planck Institute for International Law. Research Papers*, núm. 2020-21, 2020.

Grefrath, H., "Die ‚Bundesnotbremse‘ ist nicht zustande gekommen: Der Reform des Infektionsschutzgesetzes fehlt die Zustimmung des Bundesrates", *Verfassungsblog*, 26 de abril, 2021. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/die-bundesnotbremse-ist-nicht-zustande-gekommen/>.

Grüner, A.-M., *Biologische Katastrophen*, Baden-Baden, Nomos, 2017.

Grzeszick, B., "Art. 20 GG", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020.

Gusy, C., "Katastrophenschutzrecht- Zur Situation eines Rechtsgebiets im Wandel", *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, vol. 3, 85-95, 2011.

Gusy, C., "Ende der Krise ohne Ende des Krisenrechts?", *Verfassungsblog*, 15 de junio, 2021. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/ende-der-krise-ohne-ende-des-krisenrechts/>.

"Haselhoff kritisiert Infektionsschutzgesetz", *mdr.de*, 22 de abril, 2021. Disponible en: <https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen-anhalt/landespolitik/haseloff-kritisiert-bundes-notbremse-100.html>.

Hermes, G., "Art. 84 GG", en Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2015.

Hesse, K., *Der unitarische Bundesstaat*. Karlsruhe, C.F. Müller, 1962. Disponible en: <http://ds.ub.uni-bielefeld.de/viewer/image/97324/1/>.

Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, C.F. Müller, 1999.

Hirschberg, L., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Gotinga, Schwartz, 1981.

"Impf-Priorisierung aufgehoben", *Bundesregierung*, 7 de junio, 2021.
Disponible en: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-impfung-priorisierung-entfaellt-1914756>.

Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, t. VI, 2009.

"Jeder Dritte für strengere Maßnahmen", *Tagesschau.de*, 18 de marzo, 2021.
Disponible en: <https://www.tagesschau.de/inland/deutschlandtrend/deutschlandtrend-2561.html>.

Kaiser, A.-B., *Ausnahmestand*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2020.

Kersten, J. y Rixen, S., *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, Múnich, C.H. Beck, 2020.

Kießling, A., "Was verlangen Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot?: Standardmaßnahmen im Infektionsschutzgesetz", *Verfassungsblog*, 4 de noviembre, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-und-bestimmtheitsgebot/>.

Kirchhof, F., "Art. 84 GG", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020.

Klafki, A. y Kießling, A., "Fighting Covid-19. Legal Powers and Risks. Germany", *Verfassungsblog*, 20 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany/>.

Klein, H., "Art. 37 GG", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020.

Korioth, S., "Art. 50", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München, C.H. Beck, 2020.

"Kritik am Beherbergungsverbot-Das ist fast schon grober Unfug", *Tagesschau.de*, 10 de octubre, 2020.

"Kritik an Beherbergungsverbot wird immer massiver", *Sächsische Zeitung*, 12 de octubre, 2020. Disponible en: <https://www.sueddeutsche.de/politik/coronavirus-deutschland-beherbungsverbot-1.5054487>.

"Lockdown bis zum 14. Februar", *Tagesschau.de*, 19 de enero, 2021.

"Machtgerangel um die Bundesnotbremse", *Tagesschau.de*, 11 de abril, 2021. Disponible en: <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/coronavirus-notbremse-101.html>.

Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, München, C.H. Beck, 2020.

Maurer, H., *Staatsrecht I*, München, C.H. Beck, 2010.

Mayen, T., "Der verordnete Ausnahmezustand", *NVwZ*, 2020.

Mehde, V., "Föderalismusbilder im Wandel-Rechtliche Perspektiven zwischen Empirie und Ideologie", *Der Moderne Staat: Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management*, vol. 5, núm. 2, pp. 443-458, 2012.

Mehde, V., "Art. 28", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. München, C.H. Beck, 2020.

"Mehr Kompetenzen für den Bund: Jeder zweite Deutsche will weniger Föderalismus", *RND*, 17 de junio, 2021. Disponible en: <https://www.rnd.de/politik/mehr-kompetenzen-fuer-den-bund-jeder-zweite-deutsche-will-weniger-foederalismus-RYSCQ7DQUZC7RTR74ICS4XREDI.html>.

"Merkel drängt Länder zur Notbremse", *mdr.de*, 29 de marzo, 2021.
Disponible en: <https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/politik/merkel-draengt-laender-zur-notbremse-100.html>.

Müller-Terpitz, R., "Art. 50 GG", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, München, C.H. Beck, 2020.

"November-Notbremse-was gilt wo?", *Tagesschau.de*, 2 de noviembre, 2020. Disponible en: <https://www.tagesschau.de/inland/corona-regeln-november-103.html>.

Oebbecke, J., "§ 136 Verwaltungszuständigkeiten", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, t. VI, 2009.

Pietzcker, J., "§ 134 Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, t. VI, 2009.

Plück, M., "Föderalismus, wie er nicht sein sollte", *Rheinische Post*, 13 de octubre, 2020. Disponible en: <https://rp-online.de/nrw/landespolitik/foederalismus-wie-er-nicht-sein-sollte-aid-54025565>.

"Ramelow erneuert Forderung nach Corona-Stufenplan", *mdr.de*, 29.30.2021. Disponible en: <https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/ramelow-coronavirus-bundesweiter-stufenplan-100.html>.

Raithel, T. y Strenge, I., "Die Reichtagsbrandverordnung. Grundlegung der Diktatur mit den Instrumenten des Weimarer Ausnahmezustandes", *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, vol. 48, pp. 413-460, 2000.

Rixen, S., "Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise-Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1097-1103, 2020.

Robbers, G., "Art. 7", en von Mangoldt, H. et al. (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Múnich, C.H. Beck, 2018.

Rudolf, W., "§ 141 Kooperation im Bundesstaat", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, t. VI, 2009.

Scharpf, F. W., "Theorie der Politikverflechtung", en Scharpf, F. W. et al. (eds.), *Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*, Múnich, Cornelsen Verlag, 1976.

Schlink, B., *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1975.

Sommermann, K.-P., "Art. 20", en Mangoldt, H. et al. (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Múnich, C.H. Beck 2018.

Stein, T., "§ 24-Grundrechte im Ausnahmezustand", en Merten, D. y Papier, H.-J., *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C.F. Müller, pp. 945-987, 2004.

Schwarz, A., "Art. 104a", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020.

Schwarz, A., "106", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020.

Uhle, A., "Art. 73", en Maunz, T. y Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2020.

"Unterstützung für Selbstständige un Unternehmen", *Bundesregierung*, 19 de julio, 2021. Disponible en: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/info-unternehmen-selbstaendige-1735010>.

"Unzufriedenheit mit Krisenmanagement von Bund und Ländern wächst", *Tagesspiegel*, 4 de febrero, 2021. Disponible en: <https://www.tagesspiegel.de/politik/kippende-stimmung-in-der-corona-pandemie-unzufriedenheit-mit-krisenmanagement-von-bund-und-laendern-waechst/26885084.html>.

Walus, A., "Pandemie und Katastrophenzustand: Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzmängel des Bundes", *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, vol. 3, pp. 127-133, 2010.

"Was gilt wo im Corona-Dezember?", *Tagesschau.de*, 1 de diciembre, 2020. Disponible en: <https://www.tagesschau.de/inland/corona-plan-bundeslaender-beschluss-103.html>.

"Wieder kein Erfolg in Karlsruhe", *Legal Tribune Online*, 2 de junio, 2021. Disponible en: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/corona-bundesnotbremse-bverfg-1bvr79421-1bvr92721-eilverfahren-verfassungsbeschwerde-covid19/>.

Wittreck, F., "Art. 73", en Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015.

"Worauf sich Bund und Länder geeinigt haben", *Tagesschau.de*, 27 de mayo, 2021. Disponible en: <https://www.tagesschau.de/inland/ueberblick-gipfel-103.html>.

La larga "hora del gobierno". Covid-19 y la reserva parlamentaria en Alemania*

Carsten Bäcker**

* Traducido al español por Arnulfo Daniel Mateos Durán.

** Profesor de la Universidad de Bayreuth en la Cátedra de Derecho Público, Teoría Constitucional y Filosofía del Derecho.

SUMARIO: A. Los fundamentos dogmáticos de la reserva parlamentaria; B. El combate de la pandemia en Alemania: evitando en gran medida al Parlamento; C. La crisis del parlamentarismo; I. El problema estructural estatal; II. La crisis del parlamentarismo.

El debate jurídico académico en Alemania gira, desde inicios del año 2020, en torno a los deberes y límites que el derecho impone al Estado en sus medidas para combatir la pandemia del coronavirus; desde los inicios de ésta, la pregunta estuvo acompañada de una discusión de la teoría constitucional relativa al estado de excepción. El estado de excepción es una situación en la que el derecho —incluido el derecho constitucional— no puede dirigir o limitar la acción estatal, porque la situación en cuestión no está regulada —o escapa *per se* de la solución jurídica—. ¹ Sin embargo, en el progresivo desarrollo de la pandemia, algunas veces fuertemente dramatizado por los medios de comunicación, se impuso rápidamente la concepción de una situación jurídica normal dentro de una situación excepcional de pandemia. Desde entonces, el debate

¹ Depende esencialmente del concepto de derecho, lo que éste comprende y regula —entre esto cuenta si el derecho determina la acción estatal también bajo situaciones extraordinarias—: ¿es una cuestión de derecho (constitucional) escrito, coescrito o incluso no escrito? ¿de derecho positivo o suprapositivo? Lo que es razonable: entre más amplio se adopte el concepto de derecho, más entra en su regulación; entre más estrecho, por lo tanto, más cercano es el estado de excepción.

se concentra completamente en la regulación que el derecho vigente tiene ya a su disposición —en Alemania en el ámbito federal, en especial, la Ley Federal de Protección Contra Infecciones (*Infektionsschutzgesetz*)—. ² Por ello, la discusión se transformó esencialmente en una cuestión de derecho administrativo. ³

Para ambos puntos de vista, el constitucional y el administrativo, los límites de importancia son los que el derecho constitucional establece —sobre todo, los derechos fundamentales— para el derecho administrativo y para las medidas excepcionales adoptadas a fin de combatir la pandemia. La cuestión fue y sigue siendo si son constitucionales los cierres generales de escuelas, establecimientos de venta, centros culturales, ⁴ lugares de hospedaje, así como prohibiciones para restaurantes y restricciones de movilidad hasta el toque de queda; ⁵ más adelante, el orden de la vacunación o incluso las obligaciones (indirectas) de vacunación; ⁶ hoy en día, menores restricciones ⁷ o gravámenes para los no vacunados. En resumen: restricciones de gran alcance de los derechos fundamentales, las cuales en suma ⁸ eran impensables en la República Federal de Alemania,

² Ley para la protección y combate de enfermedades infecciosas para el hombre (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionsschutzkrankheiten beim Menschen*) del 20 de julio de 2000, BGBl. I, 1045, modificada por última vez a través del artículo 8, párrafo VIII de la ley del 27 de septiembre de 2021 (BGBl. I, 4530).

³ Un alegato exhaustivo contra el estado de excepción y a favor de un manejo efectivo de la pandemia dentro de los límites del derecho vigente es sostenido por Kersten, J. y Rixen, S., *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2a. ed., Múnich C.H. Beck, 2021, pp. 39 y ss.

⁴ Relativo también a las implicaciones antidemocráticas de las restricciones a instituciones culturales, véase Häberle, P. y Kotzur, M., "Der schmerzvolle Leerlauf des vielgestaltigen Kulturverfassungsrechts in Corona-Zeiten", *Juristen Zeitung*, vol. 76, núm. 4, 2021, pp. 161 y ss.

⁵ De manera crítica sobre del toque de queda, con vista en los peligros para la democracia que entraña, véase Boehme-Nefler, V., "Ausgangssperren zur Pandemiebekämpfung? Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Verhältnismäßigkeit in Zeiten von Corona", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 40, 2021, pp. 670 y ss.

⁶ Sobre el problema de la obligación indirecta de vacunación, véase con más detalle, Kersten, J. y Rixen, S., *op. cit.*, 164 y ss.; Gierhake, K., "Freiwilligkeit der Impfung gegen das Corona-Virus", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2021, p. 115.

⁷ La eliminación de restricciones para los vacunados no es un privilegio, sino que es en principio exigido constitucionalmente, véase solamente Fechner, J., "Keine Frage eines Privilegs-zum Umgang mit Geimpften", *Recht und Politik*, vol. 57, 2021, p. 164; pero plantea nuevas preguntas de los derechos fundamentales relativas al manejo de las personas no vacunadas; voluntariamente o no.

⁸ Relativo a la clasificación del fenómeno especial de varios portadores de derechos fundamentales que al mismo tiempo son afectados en varios derechos, *cfr.*, Ruschemeier, H., "Kollektive Grundrechtseinwirkungen", *Rechtswissenschaft*, vol. 11, núm. 4, 2020, p. 450.

pero que son constitucionales de cara a la situación de peligro sanitario contra la cual el Estado está obligado constitucionalmente a proteger.⁹ En este sentido, en los derechos fundamentales deben entenderse tanto razones como límites del combate a la pandemia.¹⁰ La frontera material de la conformidad constitucional —por un lado, los deberes de protección, y por el otro, la libertad ciudadana, así como los derechos de igualdad— se determinará en última instancia a través del principio de proporcionalidad, conforme a cuyas gradas se consigue un balance de los bienes en colisión.¹¹ Lo único cierto es que la pandemia exige esencialmente una dinámica paralela de medidas: agravantes y atenuantes.

Junto a los derechos fundamentales —como fronteras jurídicas materiales que permanecen realmente difusas en vista de la necesidad de su ponderación—, el derecho constitucional establece también límites jurídico-formales —sobre todo, competenciales— al derecho administrativo, en lo general, así como al derecho para combatir la pandemia, en lo particular. Dentro de estos límites significativamente estrictos de la Ley Fundamental se encuentra sobre todo la reserva parlamentaria, a través de la famosa teoría de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*) y el mandato de certeza (*Bestimmtheitsgrundsatz*), que han sido definidos por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su jurisprudencia. De manera indirecta, la reserva parlamentaria protege a su vez las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, por lo cual necesariamente debe perder rigor. De manera directa, se trata de la preservación de los principios estructurales

⁹ Por ejemplo, Richter, C., "Die Schutzpflicht des Verfassungsstaates in der Pandemie", *Deutsches Verwaltungsblatt*, vol. 136, núm. 1, 2021, p. 16.

¹⁰ Sobre los desafíos especiales de la dogmática de los derechos fundamentales que están vinculados con la pandemia, de manera clara, véase Goldhammer, M. y Neuhöfer, S., "Grundrechte in der Pandemie- Allgemeine Lehren", *Juristische Schulung*, núm. 3, 2021, p. 212.

¹¹ Relativo a los retos especiales de la aplicación del test de proporcionalidad sobre las medidas para combatir la pandemia, *cf.*, por ejemplo, Woschek, P., "Rationalität und Unsicherheit als Probleme der Verhältnismäßigkeit in der Corona-Krise", *Ad Legendum*, vol. 18, núm. 1, 2021, p. 94). Drástico desde el inicio de la pandemia y su combate, Lepsius, O., "Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie", *Verfassungsblog.de*, 4 de abril, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>.

del Estado contenidos en la Constitución —sobre todo, la separación de poderes y la democracia—. ¹²

En este trabajo se examinará la reserva parlamentaria como el límite del combate contra la pandemia; protegido por las competencias jurídicas del parlamentarismo. De tal modo, primero se asegurará su fundamento constitucional (A), antes de describir la situación actual de este bastión formal-jurídico del parlamentarismo en el transcurso del combate a la pandemia en Alemania (B). Para finalizar, en este trabajo se defenderá la tesis de que la pandemia ha evidenciado una debilidad estructural del Estado de derecho parlamentario (C). Es importante, en este aspecto, aprender de la crisis.

A. Los fundamentos dogmáticos de la reserva parlamentaria

La reserva parlamentaria cuenta como uno de los elementos esenciales del Estado de derecho, republicano y democrático. ¹³ Ésta estandariza el vínculo de la ley parlamentaria a los poderes Ejecutivo y Judicial. En la Ley Fundamental, esta norma tiene expresión en el artículo 20, párrafo 3, que dispone: "[...] los poderes ejecutivo y judicial (están sometidos), a la ley y al Derecho". La vinculación a la ley aquí anclada tiene repercusiones para el Poder Ejecutivo en el principio de la legalidad de la administración, el cual se diferencia de la primacía de la ley y la reserva de ley. La primacía de la ley señala que el Poder Ejecutivo debe actuar en el sentido de la ley —si y en la medida que una ley exista, que se refiera a las circunstancias del entorno vital a regular—. Asimismo, esto significa que el Poder Ejecutivo está libre de la vinculación a la ley, en la medida que las circunstancias que se regularán no estén reguladas por una ley. La reserva de ley

¹² Cfr. BVerfGE 149, 407, p. 416: "el principio de esencialidad derivado del principio democrático y el Estado de Derecho".

¹³ Para una visión general de los fundamentos del parlamentarismo en la Ley Fundamental, véase, escrito de manera reciente, Schenke, W.-R., "Die grundgesetzliche Ausprägung des parlamentarischen Regierungssystems", *Juristische Schulung*, vol. 61, 2021, p. 713.

restringe esta libertad del Poder Ejecutivo: para algunos ámbitos del entorno vital, el Poder Ejecutivo puede solamente actuar en la medida que esté fundado en una ley parlamentaria.¹⁴

Detrás de la reserva parlamentaria y el principio de legalidad de la administración pública se encuentra una serie de principios estatales estructurales de carácter formal y metas estatales materiales. Entre los requisitos lógicos está en primer plano la separación de poderes —el poder promulgador de las leyes (Legislativo), el ejecutor de las leyes (Ejecutivo) y el poder controlador de la aplicación de las leyes (Judicial)—. No obstante, una separación de poderes orientada en la ley como piedra angular sería superflua sin la vinculación del poder estatal a las leyes. A la vinculación a la ley y a la separación de poderes basada en ella está lógicamente conectado su escalonamiento: el legislador se encuentra en la punta de la vinculación a la ley. Primero, su actuar crea las leyes. La aplicación de las leyes sigue como un segundo escalón. En el tercer escalón se encuentra el control de la aplicación de las leyes a través de los tribunales.

A partir de un vistazo más profundo, este escalonamiento lógico se quiebra en varios aspectos. Así, la facultad de control del Poder Judicial lo eleva al mismo nivel que el Ejecutivo; sin embargo, el Judicial no puede simplemente reemplazar a través de sus actos los del Ejecutivo como regla general, sino solamente anular actos ejecutivos contrarios al derecho en el sentido del mandato de la protección legal efectiva (artículo 19, párrafo IV de la Ley Fundamental); no obstante, en el proceso de configuración existen excepciones. Si se amplía la facultad de control del Poder Judicial más allá de la legalidad hasta incluir la conveniencia de los actos ejecutivos, el margen de discrecionalidad del Ejecutivo queda reducido significativamente. En la medida en que a la judicatura se le confieran además facultades de control de la legalidad o de plano la conveniencia de

¹⁴ De manera más profunda sobre el principio de la legalidad de la administración, véase Maurer, H. y Waldhoff, C., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. ed., Múnich, C.H. Beck, 2017, § 6.

las leyes —en Alemania, la Ley Fundamental reserva lo primero para los tribunales constitucionales (artículo 100, párrafo I de la Ley Fundamental) y lo segundo no está reconocido—, ésta se encontraría al mismo nivel que el legislador. En tanto el ordenamiento jurídico confiera, además, competencias de control correspondientes para el Ejecutivo,¹⁵ la nivelación del escalonamiento lógico de los poderes es completa; bajo la limitación de la vinculación de la ley y una proporcional compensación de la separación de poderes.

Al igual que el establecimiento de todos los principios jurídicos, las configuraciones de la separación de poderes y el escalonamiento de éstos requieren de justificación, es decir, legitimidad. En el sistema jurídico federal republicano su legitimidad descansa en el principio republicano —entendido como el rechazo a un sistema monárquico y como una decisión del Parlamento como cabeza de la acción estatal—¹⁶ y el principio democrático —entendido como la decisión para una identidad (ideal) del legislador con el destinatario de la ley, mediante la representación del pueblo elector en el Parlamento—. La meta estatal material esencial de la vinculación de la ley es —junto a la garantía (formal) de la justicia en el sentido de igualdad por medio de la vinculación a las leyes abstractas y generales— la seguridad jurídica, o sea, la protección de la confianza de los destinatarios de la ley de que el poder estatal solamente los tratará como lo prescriba ésta. En tal sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán describe al Parlamento como el representante del pueblo que establece las normas y como el garante de la democracia liberal. Por esta razón, aplica constitucionalmente lo siguiente: "El Parlamento no puede eximirse de su responsabilidad como cuerpo legislativo cuando le transfiere

¹⁵ Para una visión general de la competencia de revisión e invalidación de las autoridades administrativas relativa a la ley, *cfr.* Maurer, H. y Waldhoff, C., *op. cit.*, § 4 párrafo 64 y ss.

¹⁶ Rolf Gröschner aboga por una comprensión más amplia de la república más allá de ser la mera negación de la monarquía, véase Gröschner, R., "Republik", en *Leitgedanken des Rechts, Festschrift für Paul Kirchhof*, Heidelberg, C.F. Müller, t. 1, 2013, 263.

al Ejecutivo una parte de su poder legislativo sin que haya considerado y precisado correctamente los límites de estas competencias transferidas".¹⁷

Naturalmente, el Parlamento no debe regular por sí mismo todas las cuestiones, algunas pueden ser decididas por el Ejecutivo, otras, por la judicatura. Algunas están reservadas funcionalmente a estos poderes y sus formas específicas de actuar (por ejemplo, el acto administrativo y el contrato administrativo, por un lado, y la sentencia declarativa y la sentencia obligatoria, por el otro); sin embargo, el alcance de la reserva de la ley bajo la Ley Fundamental no se tasa en primera línea conforme a las funciones, sino de acuerdo con el principio de la vinculación de todos los poderes estatales a los derechos fundamentales conforme al artículo 1, párrafo III de la Ley Fundamental, tanto positiva como negativamente. A partir de ese principio, anclado constitucionalmente por primera vez en Alemania en 1949, de la vinculación general de los derechos fundamentales se desarrolló el principio de la esencialidad (*Wesentlichkeitsgrundsatz*). De acuerdo con éste, que circunscribe el elemento central del ordenamiento liberal-democrático constitucional, se mide la necesidad de una regulación a través de la ley parlamentaria como una razón y límite de un determinado acto estatal.

El enunciado central del principio de la esencialidad es que el legislador debe regular por sí mismo las cuestiones esenciales para la consecución de la protección de los derechos fundamentales. El pronunciamiento de la "realización de los derechos fundamentales"¹⁸ (*Grundrechtsverwirklichung*) apunta más allá de la clásica dimensión de defensa, pues están incluidas todas las dimensiones de los derechos fundamentales. Por esta razón, la realidad constitucional de la república federal ha superado la idea tradicional de la reserva de intervención, conforme a la cual solamente

¹⁷ BVerfGE 34, 52, p. 60.

¹⁸ *Cfr.*, BVerfGE 147, 253, p. 310: "Éste (el principio de esencialidad) obliga al legislador parlamentario a decidir por sí mismo de manera decisiva las regulaciones esenciales para la realización de los derechos fundamentales y no delegarlo a otros cuerpos legislativos o a el ejecutivo". Jurisprudencia vigente.

las intervenciones (esenciales) en los derechos fundamentales, garantizados constitucionalmente, requieren de un fundamento parlamentario (ley). En este punto se ve reflejada la gran ampliación del significado de los derechos fundamentales en comparación con sus raíces liberales en la República de Bonn.¹⁹

La reserva parlamentaria está acompañada del principio de certeza, de acuerdo con el cual no toda ley que haya sido aprobada formalmente por el Parlamento se considera ley en el sentido de la reserva parlamentaria, sino solamente aquella que describa con suficiente precisión el ámbito de actuación del poder estatal. Una ley imprecisa es, por lo mismo, inconstitucional. Sólo así se puede materializar el vínculo de la ley con el Poder Ejecutivo y también, de manera indirecta, el Judicial —en el sentido del artículo 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental—. Una norma legal (mejor dicho: un enunciado normativo legal)²⁰ debe ser formulada de tal manera que el actuar del Ejecutivo sea limitado conforme a su contenido, fin y alcance, y los tribunales puedan controlar el actuar de las autoridades de acuerdo con ese parámetro, el cual ha sido detallado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán de manera más precisa a partir de la fórmula "cuanto-más" (*Je-desto*): "El legislador debe configurar la regulación legal con más detalle, cuanto más intensas sean las repercusiones al ejercicio de los derechos fundamentales de los afectados".²¹ Lo anterior aclara lo siguiente: el grado de certeza requerido se determinará a través de una ponderación. Si se acepta que también la esencia de las

¹⁹ Relativo al desarrollo de la esencia del derecho fundamental, véase, más detallado, Bäcker, C., "Historische und ideengeschichtliche Grundlagen der Grundrechte", en Stern, K. Sodan, H. y Möstl, M. (es.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Múnich, C.H. Beck, 2022, § 65.

²⁰ Sobre el concepto semántico de norma, según el cual se debe distinguir entre norma (como contenido de significado) y enunciado normativo (como indicio lingüístico), *cfr.* Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, 1a. ed., Baden-Baden, Nomos, 1985, 42 y ss.

²¹ BVerfGE 145, 20, p. 91. — El Tribunal Constitucional Federal Alemán prosigue de la siguiente manera: "Los requisitos necesarios no tienen que desprenderse directamente del texto de la ley; sino que es suficiente que se infieran con ayuda de los fundamentos generales de la interpretación, sobre todo, del fin, la conexión con el fin y la historia previa de la regulación". [Nota del traductor: sobre este tema, véase, Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 110].

garantías constitucionales afectadas es una cuestión de grado, se vuelve notoria la incertidumbre dogmática que está vinculada con el uso de estos principios. Lo anterior influye en la evaluación de las medidas para el combate de la pandemia en Alemania, de las cuales hasta ahora no hay consenso respecto de su constitucionalidad.

B. El combate de la pandemia en Alemania: evitando en gran medida al Parlamento

En la República Federal de Alemania, así como en la mayoría de los países, llegó a principios del año 2020 la conocida primera ola de la pandemia.²² Se pueden encontrar tres posiciones esenciales en el debate jurídico sobre el combate a esta primera ola, en la cual no eran previsibles la dimensión de la pandemia ni su duración: según la primera, las regulaciones parlamentarias ya existentes —sobre todo, la Ley Federal de Protección contra Infecciones (*Infektionsschutzgesetz*), respecto de la cual se limitarán las consideraciones aquí presentadas— pueden interpretarse ampliamente y se considerarán de forma adecuada determinadas para fundamentar de manera suficiente, desde un punto de vista constitucional, restricciones a los derechos fundamentales,²³ particularmente, a través de regulaciones emanadas por el Ejecutivo. Esta posición de la "extensión de la cláusula general" suscita serias preocupaciones en el marco de la reserva parlamentaria, ya que tal tipo de ampliación de las disposiciones de los derechos fundamentales —sin precedentes en la República Federal alemana que, no obstante, sucedieron— difícilmente puede fundarse en las habilitaciones

²² Relativo a las fases previas del combate contra la pandemia, tanto general como de manera crítica, véase Kingreen, T., "Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie", *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 74, núm. 38, 2021, pp. 2767-2771.

²³ Entre algunas medidas, se ordenaron prohibiciones o limitaciones generales para hoteles y restaurantes (art. 12, párr. 1 y art. 2, párr. 1 de la Ley Fundamental); cierres generales de escuelas y guarderías (art. 6, párr. 1, art. 7, párr. 1 y art. 12, párr. 1 de la Ley Fundamental); restricciones de viaje; alerta global de viaje (art. 2, párr. 1 de la Ley Fundamental); prohibiciones generales para servicios religiosos (Art. 4, párr. 1 y 2 de la Ley Fundamental); foco de atención general a la medicina de servicios intensivos (art. 2, párr. 2 de la Ley Fundamental); restricciones generales a comercios (art. 12, párr. 1 y art. 14, párr. 1 de la Ley Fundamental); restricciones generales de contacto social (art. 2, párr. 1 vinculado con el art. 1, párr. 1 de la Ley Fundamental).

constitucionales con carácter de cláusula general,²⁴ mucho menos con carácter duradero.²⁵ Lo anterior, evidentemente, lesionaría el principio de esencialidad y el principio de certeza.²⁶ Por el contrario, se argumentó de manera pragmática que sería mejor actuar más allá de la ley en la situación excepcional, en lugar de tener más adelante una ley muy amplia en la situación de normalidad.²⁷ No obstante, este argumento puede invertirse: si se pasa por alto el orden vertical de las competencias en la situación excepcional, esto puede afianzarse dentro la situación de normalidad.²⁸

Conforme a la segunda posición, la pandemia debe considerarse un fenómeno excepcional para el cual el derecho promulgado por el legislador no tiene dispuesta una solución adecuada, porque no lo pudo prever. En la hora de la necesidad parlamentaria el Ejecutivo tuvo que actuar, ante la duda, incluso más allá de las disposiciones legales para proteger de una situación de peligro urgente, porque el Parlamento —así se insinúa— no puede actuar con suficiente rapidez. Esta posición fortalece materialmente a la "hora del Ejecutivo"²⁹ desde un punto de vista consti-

²⁴ La disposición decisiva en el parágrafo 28 IfSG señala: "(1) Si se identifican personas enfermas, sospechosas de estar enfermos, sospechosas de estar infectados o en cuarentena, o resulta que un fallecido estaba enfermo, era sospechoso de estarlo o estaba en cuarentena, entonces, las autoridades competentes adoptaran las medidas necesarias [...], en la medida que sean necesaria para evitar la propagación de enfermedades transmisibles [...]" .

²⁵ Por ejemplo, de manera más clara, véase Volkmann, U., "Heraus aus dem Verordnungsregime. Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, p. 3153; Dreier, H., "Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie", *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 6, 2021, p. 229; Kluckert, S., "Die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG im Spannungsverhältnis zwischen epidemiologischer Fachlichkeit, rechtsstaatlicher Machtbegrenzung und demokratischer Verantwortlichkeit", *Deutsches Verwaltungsblatt*, vol. 136, núm. 2, 2021, p. 96.

²⁶ Por ejemplo, *cfr.* Bäcker, C., "Corona in Karlsruhe", en *Verfassungsblog.de*, 25 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/corona-in-karlsruhe/>; Pautsch, A. y Haug, V. M., "Parlamentensvorbekalt und Corona-Verordnungen-ein Widerspruch", *Neue Justiz*, núm. 7, 2020, pp. 282 y 283; Barczak, T., "Die 'Stunde der Exekutive'. Rechtliche Kritik einer politischen Vokabel", *Recht und Politik*, vol. 56, núm. 4, 2020, 462 y ss.

²⁷ Por ejemplo, *cfr.* Bethge, J., "Ausgangssperre", en *Verfassungsblog.de*, 24 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/ausgangssperre/>, "en situaciones imprevisibles, medidas provisionales y también drásticas pueden ser fundadas en cláusulas generales".

²⁸ *Cfr.* Brüning, C., "Was wirklich nottut-Parlamentsroutine statt Notparlament", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 40, núm. 5, 2021, p. 272.

²⁹ Ilustrativo sobre este concepto, véase Barczak, T., *op. cit.*

tucional, porque los mandatos constitucionales superiores, como la protección de la ciudadanía, del Estado y sus instituciones, sobre todo, la salud pública, exigían una acción inmediata del Estado a través de sus órganos con capacidad de actuación. Sin embargo, esta posición del mandato de protección efectiva frente a peligros puede solamente ser convincente en tanto el Parlamento en los hechos no cuente con el tiempo suficiente de decidir por sí mismo las regulaciones necesarias. Para esto bastarían, de modo ideal, algunos días, en todo caso, algunas semanas. El valor declaratorio de esta posición se hunde, por lo mismo, con la continuación de la pandemia. Dicho de otra manera: el peso de la reserva parlamentaria aumenta también en las situaciones extraordinarias conforme aumenta la duración de la excepcionalidad.

Según la tercera posición, deben considerarse algunas medidas o todas como inconstitucionales —sea por razones jurídico-materiales, en particular, la no proporcionalidad de las medidas, o por razones jurídico-formales, sobre todo, por la falta de competencias por parte del Ejecutivo—. ³⁰ No obstante, estas medidas deben seguirse por razones estatales, hasta que los tribunales las anulen. Los defensores de esta concepción, de la "tolerancia a pesar de la inconstitucionalidad", esperaban una rápida corrección por parte de los tribunales —la cual, sin embargo, hasta el día de hoy poco ha sucedido con vista en el derecho de las competencias—. ³¹ Más bien, los tribunales han mantenido gran parte o todas las medidas para combatir la pandemia —aunque solamente predominen hasta el momento los casos de protección jurídica urgente—. ³² A esto

³⁰ Cfr. solamente Kingreen, T., "Whatever it Takes?", *Verfassungsblog.de*, 20 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/>.

³¹ En el mismo sentido, Volkmann, U., "Heraus aus dem Verordnungsregime. Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage", p. 3154, hasta finales de 2020: "La cual continúa conduciéndose extensivamente". Posteriores excepciones dignas de mención constituyen las sentencias (en primera instancia) del Tribunal de Distrito de Weimar (AG Weimar), Urt. v. 11.1.2021 — 6 OWi 523 Js 202518/20, así como el Tribunal de Distrito de Ludwigsburg (AG Ludwigsburg), Urt.v. 29.01.2020 — 7 OWi 170 Js 112950/20. Relativo a las preocupantes reacciones críticas de la opinión pública, cfr. Blankenagel, A., "Did Constitution Matter?", *Jursiten Zeitung*, vol. 76, núm. 14, 2021, p. 710, nota 92.

³² Relativo a esto, véase "I. El problema estructural estatal".

contribuyó incuestionablemente desde un comienzo que la pandemia siguiera manteniéndose y en contra de todas las expectativas y esperanzas no se debilitara en algún grado, sino que en los hechos se agudizara. Se mantuvo lo que se predijo desde el inicio: ningún tribunal (constitucional) del mundo declararía las medidas como inconstitucionales, en tanto la amenaza por la pandemia continúe sin un freno.³³

A pesar del acalorado debate sobre su reconocimiento en la ciencia jurídica, las primeras medidas fueron consideradas por una impresionante parte de la población, apoyado en las dramáticas noticias de los medios públicos, como ampliamente necesarias. La población se ajustó sorprendentemente sin oponer resistencia al primer *lockdown*, las nuevas reglas se seguían de manera casi unánime y también se consideraban de forma amplia como materialmente correctas. Desde el punto de vista de la teoría jurídica, las preocupaciones de algunos juristas, con vista en la legalidad de las regulaciones, quedaron anuladas por un grado claramente suficiente de eficacia social. Asimismo, en el transcurso posterior hubo reacciones en la ciencia jurídica respecto a la constitucionalidad formal de las medidas legales del Ejecutivo.³⁴

De tal modo, se añadió textualmente a la Ley Federal de Protección contra Infecciones la necesaria participación del Parlamento (*Bundestag*);³⁵ éste promulgó el 27 de marzo de 2020 una ley³⁶ para modificar la Ley Federal de Protección contra Infecciones, por lo que puede (mejor dicho, debe)

³³ *Cfr.* Volkmann, U., "Der Ausnahmezustand", *Verfassungsblog.de*, 20 de marzo, 2020. Disponible: <https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand/>: "Ningún Tribunal administrativo, o incluso constitucional, se arriesgaría en la situación actual a objetar alguna medida o detener al gobierno en la lucha contra lo que se percibe como un peligro para la existencia".

³⁴ Dreier, H., *op. cit.*, p. 234, habrá que admitir que los tribunales aquí pudieron haber influido mucho más en los partidos gobernantes en comparación de lo que señala la teoría constitucional; véase, relativo a esto, nota 35.

³⁵ Sobre las posibilidades, limitadas desde un inicio, de los parlamentos de los estados federados (*Länder*) que, sin embargo, todavía no han sido agotadas, *cfr.* Amhaouach, L. *et al.*, "Die Beteiligung der Landesparlamente in der Pandemie-Modelle und Entwicklungen", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 40, núm. 12, 2021, p. 825.

³⁶ Ley para la Protección de la Población en Caso de una Situación de Epidemia a Nivel Nacional (Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite del 27 de marzo de 2020, BGBl. I 587).

declarar la existencia de la situación de epidemia de alcance nacional.³⁷ Con base en esta declaración, el Ejecutivo federal puede adoptar medidas especificadas de manera más precisa en la ley. La decisión de la existencia de una situación de epidemia de alcance nacional sucedió poco después, el 25 de marzo de 2020. La modificación de la ley resultó ser en ese sentido una legalización *ex post*. Además, la elección del medio eficaz para el combate a la pandemia quedó todavía en manos del Ejecutivo. Por esta razón se criticó que se siguiera sin observar el principio de certeza ni el de esencialidad.³⁸ No obstante, el Parlamento alemán se reservó la posibilidad de anular todas las medidas del Ejecutivo por medio de la declaración de la finalización de la situación de epidemia de alcance nacional. Pero al final, quedó nada más como una declaración forzada del estado de normalidad constitucional: el énfasis en la primacía del Parlamento —la cual él mismo había cedido—.

En el transcurso de la tercera ola de la pandemia en el otoño de 2020 siguieron posteriores modificaciones a la Ley de Protección contra Infecciones.³⁹ En la ley modificada se mencionaron, por primera vez, los requisitos de la situación de pandemia declarada por el Parlamento. Aparte de esto, la ley se complementó con un explícito listado (no

³⁷ Relativo a la particularidad de esta forma parlamentaria de toma de decisiones, a la que deben vincularse traslados competenciales de gran alcance, *cfr.* Gärditz, K. F., "Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite—ein Experiment parlamentarischer Handlungsformen", *Medizinrecht*, vol. 38, 2020, p. 741; con más detalle sobre el área del problema, Babiak, N., *Die rechtsetzende Funktion des schlichten Parlamentsbeschlusses*, Hamburgo, Verlag Dr. Kovač, 2021.

³⁸ *Cfr.* Klafki, A., "Neue Rechtsgrundlagen im Kampf gegen Covid-19", *Verfassungsblog.de*, 25. De marzo de 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/neue-rechtsgrundlagen-im-kampf-gegen-covid-19/>.

³⁹ Tercera Ley para la Protección de la Población en Caso de una Situación de Epidemia a Nivel Nacional (Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite del 18.11.2020, BGBl. I 2397.; *cfr.* Sangs, A. y Eibenstein, H., "Die epidemische Lage von nationaler Tragweite—Eine Analyse der aktuellen Pandemiegesetzgebung", *Juristen Zeitung*, vol. 76, núm. 14, 2021, p. 710; sin embargo, con la poca significativa conclusión de que "debería haber quedado claro que las discusiones sobre futuras normativas en el marco de las modificaciones post-pandemia [...] deben realizarse absolutamente con la amplitud y profundidad necesaria", p. 719 —relativo al llamado "freno federal de emergencia" (*Bundesnotbremse*) como piedra angular de la siguiente fase del combate contra la pandemia, *cfr.* Greve, H. y Lassahn, P., "Die bundeseinheitliche 'Notbremse'-Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 40, 2021, p. 665.

exhaustivo) de posibles medidas legales del Ejecutivo para el combate a la pandemia; para alcanzar un mayor grado de precisión legal.⁴⁰ En esencia, sencillamente se legalizaron como posibilidades previstas en ley las medidas ya adoptadas —con una larga duración y en su conjunto enormemente invasivas de los derechos fundamentales— del derecho del Ejecutivo en los estados federados (*Länder*).⁴¹ También aquí: una legalización *ex post*. Esto no puede ser considerado una legislación sensible a los derechos fundamentales y deliberada de manera independiente por el Parlamento, como presupone la idea de la reserva parlamentaria.⁴²

En el invierno de 2020, el Parlamento alemán tuvo la oportunidad, también destacada desde la percepción pública, de configurar legalmente de forma decisiva el combate contra la pandemia sobre una cuestión pendiente, central, originalmente política y que previsiblemente debía ser atendida hace mucho tiempo.⁴³ Primero, ante la limitada cantidad de vacunas, era necesario legislar si se debía priorizar la vacunación de

⁴⁰ Por ello, algunos consideraron que las normativas habían sido tanto clarificadas como legitimadas, por ejemplo, Greve, H., "Infektionsschutzrecht in der Pandemielage-Der neue § 28a IfSG", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 39, 2020, p. 1786; otros se mostraron menos convencidos, *cfr.* solamente Kießling, A., "Was verlangen Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot?", en *Verfassungsblog.de*, 4 de noviembre de 2020. Disponible en <https://verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-und-bestimmtheitsgebot/>.

⁴¹ *Cfr.* Kingreen, T., "Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie", p. 2768: "simplemente se limitó a enumerar retrospectivamente las medidas que se adoptaron en el pasado".

⁴² Del mismo modo, tras un profundo análisis, Boehme-Neßler, V., "Das Parlament in der Pandemie. Zum Demokratiegrundsatz am Beispiel von § 28a InfSchG", *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 6, 2021, p. 251: "un cheque en blanco [...] para intervenir de manera fuerte y profunda en los derechos fundamentales"; véase también, Kirchhof, F., "Untergesetzliche Regeln im Gesundheitswesen-Normentypen, Besonderheiten, Einsatz in Zeiten von Corona", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2021, p. 692: "El legislador no ha cumplido con "su tarea de efectuar para cada medida una ponderación de derechos y convertirla en requisitos del supuesto del hecho o directrices legales".

⁴³ Una situación similar existió, y sigue sucediendo hasta el día de hoy, en la normativa legal del triaje (*triage*). Algunos ven en esta normativa lesiones a los deberes de protección; *cfr.* Brade, A. y Müller, M., "Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2020, p. 1792. Reflexiones profundas desde la perspectiva constitucional del triaje, véase, por ejemplo, Lehner, R., "'Triage' und Grundrechte-Überlegungen aus der Perspektive von Schutzpflichtendogmatik und Diskriminierungsverboten", *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 6, 2021, p. 252; Kersten, J. y Rixen, S., *op. cit.*, pp. 143 y ss. [Nota del traductor: en este compendio se encuentran contribuciones que manejan la discusión constitucional y penal del triaje, véase Merkel, R. y Augsburg, S., "La tragedia del triaje (Triage)-fundamentos constitucionales/penales y sus límites" y Borowski, M., "Personas con discapacidad en el triaje por covid-19. La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 16 de diciembre de 2021"].

la población, y en caso afirmativo, cómo. En esta cuestión no se podía argumentar que la situación que se iba a regular aparecía de forma sorpresiva y bajo presión de tiempo; la inminente aprobación de la primera vacuna efectiva se perfilaba desde el verano de 2020. Además, el orden de la vacunación no era de forma abierta una cuestión principalmente administrativa, la cual permanecería de manera lógica en manos de la regulación del Ejecutivo; se trataba de la cuestión del acceso a la vacuna, la cual debía regularse de manera unitaria en el ámbito federal y que muchos vislumbraban como el único camino desde el brote de la pandemia. Por lo tanto, quedaba una evidente cuestión relativa a los derechos fundamentales que tenía que ser respondida por medio de la ley. La cuestión del orden del acceso a la vacuna también se debatió en el Parlamento; sin embargo, fue regulada por medio de un reglamento del Ministerio Federal de Salud, contrario a la opinión casi unánime de la comunidad jurídica implicada.⁴⁴ El orden⁴⁵ de vacunación establecido por el reglamento precisa,⁴⁶ con algunos cambios ya realizados, la campaña de vacunación en Alemania hasta el día de hoy. Con el trasfondo del principio de esencialidad y la ausencia de una necesidad urgente, así como de prerrogativa técnica del Ejecutivo, no se puede justificar que el Parlamento no haya regulado esta cuestión por sí mismo a través de la ley.⁴⁷

El posterior combate a la pandemia se ha caracterizado, desde la aplicación de las vacunas, esencialmente por medidas para aumentar la tasa de vacunación. Por ello, con vista en el inicio de una cuarta ola en el otoño

⁴⁴ Cfr. solamente una breve noticia del Parlamento alemán (*Bundestages*) del 13 de enero de 2021 (hib 61/2021); de manera retrospectiva, Kießling, A. et al., Keine Priorität für die Rechtswissenschaft, en *Verfassungsblog.de*, 2 de febrero, 2021. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/keine-prioritat-fur-die-rechtswissenschaft/>.

⁴⁵ Conforme a los párrafos 2-4 CoronImpfV.

⁴⁶ Reglamento del derecho a la protección por vacunación contra el Coronavirus SARS-CoV-2 (*Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 "CoronaImpfV"*), BAnz AT 21.12.2020 V3, 1.

⁴⁷ Cfr., sin embargo, Leisner-Egensperger, A., "Impfpriorisierung und Verfassungsrecht", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, p. 208, quien no considera necesaria una "prioridad a través de la ley", sino una "prioridad debido a la ley". Una opinión, incluso, más reservada, en Stüer, B., "Der geimpfte Mensch: Vom homo vaccinandus zum homo vaccinatus", *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 6, 2021, p. 374: "Debe reconocerse: se puede imaginar una habilitación legal concreta".

de 2021, se discutieron reglas de acceso solamente para los vacunados y sanados (2G) o para vacunados, sanados y personas con una prueba de antígeno negativa —a medios de transporte públicos, instituciones culturales y de interés general, también para las tiendas para el consumo diario, salones de belleza y restaurantes—. La elección de un régimen 2G o 3G es nuevamente una cuestión, en esencia, acerca de los derechos fundamentales —y, de nuevo, no es determinada por los parlamentos locales, sino a través de reglamentos de los ejecutivos locales (*Länder*) o en manos de los propios operadores (privados) de las respectivas instalaciones (el llamado "modelo opcional "G")—. ⁴⁸

C. La crisis del parlamentarismo

El combate a la pandemia del coronavirus, conducida particularmente por el gobierno, presenta, de forma reconocible, serios déficits estructurales para el Estado. Dicho brevemente, ésta arraiga un bajo desempeño del legislador parlamentario que, cada vez más, lleva consigo un rechazo a actuar. Este bajo rendimiento se ha compensado en Alemania, desde el inicio de la pandemia, con un alto rendimiento del Ejecutivo, ciertamente también inducido. A pesar de que las medidas del Ejecutivo para el combate a la pandemia intervienen en los derechos fundamentales de manera evidente en una extensión que requeriría, conforme al principio de esencialidad, de un actuar por parte del Parlamento. Asimismo, el Ejecutivo, hasta el día de hoy, poco ha sido contenido por el Poder Judicial

En general, esto atestigua un profundo problema jurídico estructural del Estado: cuando el órgano verdaderamente habilitado deja su lugar a un órgano en realidad no habilitado cambian en los hechos las condiciones jurídicas estructurales del Estado. La práctica de la vida constitucional da forma al derecho constitucional normativo. El principio de esencialidad

⁴⁸ *Cfr.*, por ejemplo, § 3 Abs. 2 Nr. 5, § 15 Abs. 2 S. 4 BW-CoronaVO del 15 de septiembre de 2021, aplicable desde el 15 de octubre.

y el mandato de certeza —hasta entonces, las bases legales de la organización estatal, generalmente consensuadas y estrictamente protegidas— han sido superados en la crisis del coronavirus.⁴⁹

I. El problema estructural estatal

Si examinamos más de cerca el problema estructural estatal: según el consenso constitucional hasta ese momento, el Legislativo tiene la competencia de ponderación originaria en cuestiones relativas a los derechos fundamentales. Éste debe, a través de la ley, formar previamente el actuar estatal esencial para los derechos fundamentales en normas típicamente generales y abstractas. Tal tipo de normas generales y abstractas exigen típicamente de concretizaciones, que pueden ser diferentes dependiendo de la característica del ámbito de aplicación concreto-individual. En la pandemia del coronavirus han sido promulgadas pocas normas legales. El argumento fundamental fue, tras una primera fase de parálisis del Parlamento, que la dinámica de la pandemia tornó necesarias reacciones prontas y cambios en la situación legal.

De hecho, a manera de ejemplo, en Baviera está vigente el decimocuarto reglamento de medidas de protección contra infecciones.⁵⁰ Este reglamento, a su vez, ha sido modificado ya tres veces desde inicios de septiembre hasta mediados de octubre; así que cada dos semanas la situación jurídica sigue cambiando. Además, los reglamentos centrales de las entidades federativas están acompañados por una serie completa de reglamentos y resoluciones generales⁵¹ que están concretizados para ámbitos individuales (escuela, viajes) y, del mismo modo, sujetos continua-

⁴⁹ Lepsius, O., "Partizipationsprobleme und Abwägungsdefizite im Umgang mit der Corona-Pandemie", *Jahr des öffentlichen Rechts*, vol. 69, núm. 1, 2021, pp. 730 y ss.; véase, con buenas razones, que también tambalea el principio de proporcionalidad como límite del control material.

⁵⁰ Reglamento del 1 de septiembre de 2021, BayMBl. 2021 Nr. 615.

⁵¹ Relativo a la cuestión jurídica —secundaria, pero compleja— de cuándo los reglamentos legales son convenientes y cuándo los decretos generales, *cf.* Brodmerkel, S., "Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung im IfSG-In welchen Fällen ist welche Handlungsform nötig?", *Bayerische Verwaltungsblätter*, 2021, p. 37.

mente a modificaciones.⁵² Mucho de esto tendría (y debería) ser regulado por el Parlamento, ya sea en el ámbito federal o de las entidades. En este aspecto, el Ejecutivo ha actuado, según los parámetros del principio de esencialidad, más allá de sus competencias. El argumento de una competencia extraordinaria en el sentido de una situación de emergencia del Ejecutivo, antes expuesto, podría interponerse solamente en la fase temprana de la pandemia. Hasta el día de hoy no se ha llevado a cabo una reforma constitucional con el objetivo de incluir en la Constitución la pandemia actual y posteriores, como situaciones de emergencia con competencias extraordinarias. Por tal razón, el Ejecutivo actúa desde hace tiempo ampliamente *ultra vires*.

En este contexto, cabría esperar que el Poder Judicial anulara las medidas ejecutivas, a partir de consideraciones de competencia, o al menos las enumerara; sin embargo, esto ha sucedido poco.⁵³ La mayoría de las pocas sentencias que han o podrían haber conducido a la supresión de las medidas se realizaron con base en consideraciones jurídico-materiales, principalmente con vista en el principio de igualdad.⁵⁴ Esto se debe a varias razones. La primera consiste en que una crítica fundada en consideraciones jurídico-formales debía haber encaminado a la supresión de una gran parte de las medidas. En cambio, en las consideraciones jurídico-materiales se encuentran disponibles ponderaciones y, con ello, matices con los cuales el Judicial puede dosificar los revires.⁵⁵ Lo anterior

⁵² En este punto cabe preguntarse si el principio de certeza establece límites en una dimensión temporal; de esto adopta, por ejemplo, el Tribunal de Distrito de Ludwigsburg (AG Ludwigsburg) (nota 20, párrafo 43).

⁵³ Relativo a las excepciones individuales, *cfr.*, por ejemplo, Volkmann, U., "Heraus aus dem Verordnungsregime. Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage", pp. 3153 y 3154 —los tribunales en Austria actuaron de manera más crítica, *cfr.*, por ejemplo, una visión general en Eller, M. y Wachter, D., "Die Rechtsprechung des VfGH zu den 'Corona-Regelungen' der Bundesregierung", *Österreichische Juristen-Zeitung*, núm. 1, 2021, p. 12—.

⁵⁴ *Cfr.*, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior Administrativo de Saarlouis (OVG Saarlouis, Beschl. v. 9.3.2021—2 B 58/21).

⁵⁵ Esta distinción se diluye cuando la propia reserva parlamentaria es un objeto de la ponderación con las razones materiales, así Kalscheuer, F y Jacobsen, A., "Der Parlamentsvorbehalt: Wesentlichkeitstheorie als Abwägungstheorie", *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 13, 2018, p. 523; con referencia al

conduce a la segunda razón: una amplia supresión de las medidas, fundada en el déficit de habilitación jurídica, habría dejado al Estado incapaz de actuar en su práctica actual; al menos, hasta que el Parlamento, con la competencia original, hubiera actuado. Esa fue, y sigue siendo, ante la actual pandemia y su dinámica, una situación potencialmente peligrosa para el Estado y definitivamente para los bienes jurídicos protegidos, cuya producción difícilmente puede ser responsabilidad de los tribunales. Esta razón se refleja en que la disposición de crítica de los tribunales disminuyó con el resurgimiento de la pandemia en el otoño de 2020.⁵⁶

La tercera razón reside en las posibilidades existentes en el derecho procesal. Hasta ahora, los tribunales especializados y también el Tribunal Constitucional Federal Alemán han actuado, en gran medida, a través de medidas cautelares urgentes, o bien provisionales. Para la protección jurídica urgente son necesarios parámetros importantes, aquí la ponderación de las consecuencias tiene nominalmente un papel más importante que el fondo del proceso principal.⁵⁷ De este modo, el Tribunal Constitucional Federal alemán, en un temprano y pionero⁵⁸ procedimiento de protección judicial urgente, no anuló las medidas intervencionistas de la normativa del Ejecutivo, debido a las consecuencias derivadas de la supresión de estas medidas —sin que con ello se haya determinado que éstas eran constitucionales—. ⁵⁹No obstante, el Tribunal tampoco consideró

coronavirus, Kalscheuer, F y Jacobsen, A., "Der Chaosgedanke-Rechtsanwendung in Krisen und Umbruchzeiten", *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 14, 2021, p. 633.

⁵⁶ Cfr. Blankenagel, A., *op. cit.*, sobre todo, pp. 708 y 709.

⁵⁷ Blankenagel, A., *op. cit.*, p. 707, denomina a las medidas cautelares urgentes como "el talón de Aquiles de la protección de los derechos fundamentales".

⁵⁸ Según un informe de *beck-aktuell* del 17 de agosto de 2021, hasta ese mismo mes estaban pendientes en el Tribunal Constitucional Federal Alemán 124 procedimientos puramente urgentes en contra de las medidas para el combate de la pandemia, de los cuales 2 fueron concedidos; así como 468 solicitudes urgentes presentadas junto a un recurso de amparo constitucional, de las cuales hasta la fecha solamente una ha prosperado; cfr., BVerfGK, sentencia del 15.4.2020 — 1 BvR 828/20: solicitud exitosa a una medida cautelar debido a una lesión "evidente" del derecho fundamental de reunión. [Nota del traductor: una descripción de uno de estos casos puede verse en Mateos Durán, A. D., "El reglamento del coronavirus y la protesta pública en la ciudad de Stuttgart. Un estudio dogmático del ejercicio de la libertad de reunión durante la pandemia de COVID-19", *Revista Universitas*, núm. 34, 2020].

⁵⁹ Cfr. BVerfGK, sentencia del 7 de abril de 2020, 1 BvR 755/20, párrafo 11: "Los intereses aquí alegados son de peso, sin embargo, no parecen tener tal gravedad según los estrictos parámetros

las medidas examinadas como evidentemente inconstitucionales —caso contrario, debería haber dictado una medida cautelar a favor del inconstitucional—. ⁶⁰ Esta opinión puede defenderse desde un punto de vista jurídico-material, pero no es convincente desde uno jurídico-competencial. ⁶¹ Por lo tanto, no es una coincidencia que el Tribunal haya callado acerca de la cuestión (urgente) jurídico-competencial. ⁶² Esto ya no será posible en las decisiones pendientes acerca del fondo del asunto. ⁶³

II. La crisis del parlamentarismo

Los mencionados déficits estructurales estatales surgen de las particularidades de la separación de poderes, de las características de los procesos legislativos y de gobierno, así como de las peculiaridades de la pandemia del coronavirus que llegó de manera sorpresiva y continua siempre dinámica. Lo anterior da motivos para reflexionar acerca de la ampliación de las competencias del estado de emergencia en la Constitución o de un comité parlamentario de emergencia. ⁶⁴ Menor Parlamento es mejor a ninguno;

aquí aplicados, puesto que no parece razonable el posponerlas por el momento, con el fin permitir de la manera más amplia posible la protección de la salud y la vida, a lo cual el Estado también está obligado por el derecho a la vida y a la integridad física de acuerdo con el art. 2, párr. 2 de la Ley Fundamental".

⁶⁰ *Cfr.* BVerfGK, sentencia del 7 de abril de 2020, 1 BvR 755/20, párrafo 7: "El recurso de amparo constitucional no es —en todo caso, en tanto se refiere a las medidas lesivas que afectan al inconstitucional— inadmisibles de entrada o evidente infundado. Éste requiere de un examen más profundo, lo cual no es posible en el marco de un procedimiento urgente".

⁶¹ *Cfr.* Bäcker, C., "Corona in Karlsruhe II", en *Verfassungsblog.de*, 8 de abril, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/corona-in-karlsruhe-ii/>.

⁶² En otro procedimiento urgente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán omitió un examen de las preocupaciones jurídico-formales, las cuales —como el Tribunal señaló— habían sido apreciadas de manera distinta por los tribunales especializados, porque el solicitante del recurso no había sustanciado de manera suficiente sus respectivas preocupaciones, *cfr.* BVerfGE, sentencia del 22 de octubre de 2020, 1 BvQ 116/20, número marginal 8.

⁶³ Mientras tanto, se han adoptado las primeras sentencias de los tribunales administrativos respecto del fondo de la fase temprana de la pandemia, *cfr.*, por ejemplo, recientemente, BayVGH, sentencia del 4 de octubre de 2021, Az. 20 N 20.767. Aquí se sigue asumiendo, a saber, la constitucionalidad formal del toque de queda, particularmente estricto, en Bavaria durante la primera ola de la pandemia, pero se niega la constitucionalidad material, es decir, la proporcionalidad. El recurso de revisión ante el Tribunal Administrativo Federal Alemán ha sido admitido.

⁶⁴ Ya desde los inicios de la pandemia Thielbörger, P. y Behlert, B., "Covid-19 und das Grundgesetz", *Verfassungsblog.de*, 19 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/covid-19-und-das-grundgesetz/>; *cfr.* también Schmidt, T. I., "Das Parlament in der Pandemie zwischen

especialmente, porque el Parlamento puede estar intrínsecamente motivado a superar de manera rápida el estado de emergencia parlamentaria. Sin embargo, hoy en día, ciertamente no se puede hablar más acerca de un estado de emergencia parlamentaria.⁶⁵ Por lo tanto, ¿es necesario un traslado permanente de la competencia al Ejecutivo para el caso de la pandemia? Una regulación constitucional sería, en todo caso, preferible a lo que vemos actualmente: un traslado de la responsabilidad —vergonzoso desde un punto de vista constitucional— del Parlamento al gobierno en la Ley Federal contra Infecciones. No obstante, un fundamento constitucional sería necesario para desplazar las competencias del Parlamento al Ejecutivo, hasta el punto en el que se puede ver en Alemania desde inicios de 2020.⁶⁶

Incluso al principio de la pandemia, algunos observadores ya reconocían en el manejo estatal una silenciosa transformación del Estado. El Estado de la Ley Fundamental se aleja *de facto* de un Estado constitucional liberal, basado en la ley parlamentaria, hacia un "Estado de salubridad fascista e histórico".⁶⁷ Sin ninguna duda, esto es una elección de palabras retóricas y exageradas —pero muestra las grandes preocupaciones que están vinculadas a la lucha contra el coronavirus, predominantemente llevada a cabo por el Ejecutivo y de carácter legal—. Éste sería el mejor momento para que el Parlamento retome su responsabilidad.⁶⁸ Por lo menos, existe

Notverordnungsrecht und Notausschuss", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2021, p. 231; cauteloso sobre el tema, Ipsen, J., "Notstandsverfassung und Corona-Virus", *Recht und Politik*, vol. 56, núm. 2, 2020, pp. 126 y 127. Instructivo sobre las normativas de emergencia en los estados federados (*Bundesländer*), véase, Lemke, M., "Notstandsföderalismus. Ausgewählte verfassungsrechtliche Regelungen der Bundesländer im Notstandsfall", *Recht und Politik*, vol. 57, núm. 1, 2021, p. 16.

⁶⁵ Relativo a las restricciones del trabajo parlamentario desde inicios de la pandemia, *cfr.* Untrieser, C. y Neußer, F., "Parlamentsarbeit in der Corona-Pandemie", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2021, p. 282.

⁶⁶ *Cfr.* Ipsen, J., "Deutschland im Ausnahmezustand-Grund und Grenzen administrativer Maßnahmen der Pandemiebekämpfung", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2020, p. 1037.

⁶⁷ Heinig, M., "Gottesdienstverbote auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes", *Verfassungsblog.de*, 17 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/gottesdienstverbot-auf-grundlage-des-infektionsschutzgesetzes/>.

⁶⁸ Ésta también es la conclusión de la descripción exhaustiva de la situación por Gölzer, S. *et al.*, "Die ungenutzte Macht der Parlamente in der Covid-19-Pandemie", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2021, p. 935.

la esperanza de que se pueda recuperar la situación de normalidad constitucional previa a la pandemia después de que ésta acabe.⁶⁹ Es necesario el retorno del Parlamento a su función central, es decir, la representación de la soberanía. No obstante, este regreso no sucede.

Aun así, continúa siendo preocupante que el Legislativo no haya mostrado hasta ahora ningún esfuerzo serio en superar la crisis estatal estructural resultante de su inactividad.⁷⁰ Las preocupaciones se agravan por el hecho de que el soberano parece poco molesto por ello —la política relativa al coronavirus por parte del Ejecutivo cuenta con una amplia aceptación en Alemania—. Ante esta amplia aprobación, la insistencia jurídica en la legalidad, que se supone otorgaría legitimidad, adquiere cada vez más un carácter formalista.⁷¹ ¿puede una práctica estatal (jurídico competencial) ilegal ser ilegítima cuando el soberano la acepta? ¿Prevalece la legitimidad *ex post*, debido al continuo plebiscito silencioso, que la ilegalidad *ex ante* qua el ordenamiento jurídico constitucional? Dada la incertidumbre percibida en los cambios de esta pandemia, ¿sería una vinculación legal del Ejecutivo demasiado rígida o de plano paralizante? En breve: ¿no exige la situación un Ejecutivo fuerte? Independientemente de las respuestas a estas preguntas, que encaminan la discusión de vuelta a la teoría constitucional, es previsible que la "larga hora del gobierno" permanezca por largo tiempo.

⁶⁹ *Cfr.* la esperanzadora frase final en Kingreen, T., "Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie", p. 2771: "Cuando el virus dé pronto tregua, volverá la necesaria tranquilidad para una buena legislación".

⁷⁰ Ya desde los inicios de la pandemia Möllers, C., "Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus", *Verfassungsblog.de*, 26 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>.

⁷¹ Por ejemplo, Utz Schliesky tiene un entendimiento de legitimidad distinto, véase Schliesky, U., "Prekäre Legitimität-Die Staatsgewalt in Zeiten der Pandemie", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2021, p. 27; el autor reconoce la "idea de legitimidad de las democracias occidentales [en la] libertad del individuo, combinada con el bien común vinculante del poder estatal, garantizada a través de un Estado que respeta la dignidad humana y la igualdad del hombre", p. 28 —y ve esta legitimidad menguada en el combate contra la pandemia—.

Bibliografía

- Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, 1a. ed., Baden-Baden, Nomos, 1985.
- Amhaouach, L. *et al.*, "Die Beteiligung der Landesparlamente in der Pandemie-Modelle und Entwicklungen", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 40, núm. 12, 2021.
- Babiak, N., *Die rechtsetzende Funktion des schlichten Parlamentsbeschlusses*, Hamburgo, Verlag Dr. Kovač, 2021.
- Bäcker, C., "Corona in Karlsruhe", en *Verfassungsblog.de*, 25 de marzo, 2020.
Disponible en: <https://verfassungsblog.de/corona-in-karlsruhe/>.
- Bäcker, C., "Corona in Karlsruhe II", en *Verfassungsblog.de*, 8 de abril, 2020.
Disponible en: <https://verfassungsblog.de/corona-in-karlsruhe-ii/>.
- Bäcker, C., "Historische und ideengeschichtliche Grundlagen der Grundrechte", en Stern, K. Sodan, H. y Möstl, M. (es.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, München, C.H. Beck, 2022.
- Barzcak, T., "Die 'Stunde der Exekutive'. Rechtliche Kritik einer politischen Vokabel", *Recht und Politik*, vol. 56, núm. 4, 2020.
- Bethge, J., "Ausgangssperre", en *Verfassungsblog.de*, 24 de marzo, 2020.
Disponible en: <https://verfassungsblog.de/ausgangssperre/>.
- Blankenagel, A., "Did Constitution Matter?", *Jursiten Zeitung*, vol. 76, núm. 14, 2021.
- Boehme-Neßler, V., "Ausgangssperren zur Pandemiebekämpfung? Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Verhältnismäßigkeit in Zeiten von Corona", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 40, 2021.

- Boehme-Neßler, V., "Das Parlament in der Pandemie. Zum Demokratiegrundsatz am Beispiel von § 28a InfSchG", *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 6, 2021.
- Brade, A. y Müller, M., "Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung? ", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2020.
- Brodmerkel, S., "Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung im IfSG-In welchen Fällen ist welche Handlungsform nötig?", *Bayerische Verwaltungsblätter*, 2021.
- Brüning, C., "Was wirklich nottut-Parlamentsroutine statt Notparlament", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 40, núm. 5, 2021.
- Dreier, H. , "Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie", *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 6, 2021.
- Eller, M. y Wachter, D., "Die Rechtsprechung des VfGH zu den 'Corona-Regelungen' der Bundesregierung", *Österreichische Juristen-Zeitung*, núm. 1, 2021.
- Fechner, J., "Keine Frage eines Privilegs-zum Umgang mit Geimpften", *Recht und Politik*, vol. 57, 2021.
- Gärditz, K. F., "Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite-ein Experiment parlamentarischer Handlungsformen", *Medizinrecht*, vol. 38, 2020.
- Gierhake, K., "Freiwilligkeit der Impfung gegen das Corona-Virus", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2021.
- Goldhammer, M. y Neuhöfer, S., "Grundrechte in der Pandemie- Allgemeine Lehren", *Juristische Schulung*, núm. 3, 2021.

- Gölzer, S. *et al.*, "Die ungenutzte Macht der Parlamente in der Covid-19-Pandemie", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2021.
- Greve, H., "Infektionsschutzrecht in der Pandemielage-Der neue § 28a IfSG", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 39, 2020.
- Greve, H. y Lassahn, P., "Die bundeseinheitliche 'Notbremse'-Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 40, 2021.
- Gröschner, R., "Republik", en *Leitgedanken des Rechts, Festschrift für Paul Kirchhof*, Heidelberg, C.F. Müller, t. 1, 2013.
- Häberle, P. y Kotzur, M., "Der schmerzvolle Leerlauf des vielgestaltigen Kulturverfassungsrechts in Corona-Zeiten", *Juristen Zeitung*, vol. 76, núm. 4, 2021.
- Heinig, M., "Gottesdienstverbote auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes", *Verfassungsblog.de*, 17 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/gottesdienstverbot-auf-grundlage-des-infektionsschutzgesetzes/>.
- Ipsen, J., "Notstandsverfassung und Corona-Virus", *Recht und Politik*, vol. 56, núm. 2, 2020.
- Ipsen, J., "Deutschland im Ausnahmezustand-Grund und Grenzen administrativer Maßnahmen der Pandemiebekämpfung", *Deutsches Verwaltungsblatt.*, 2020.
- Kalscheuer, F. y Jacobsen, A., "Der Parlamentsvorbehalt: Wesentlichkeitstheorie als Abwägungstheorie", *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 13, 2018.
- Kalscheuer, F. y Jacobsen, A., "Der Chaosgedanke-Rechtsanwendung in Krisen und Umbruchzeiten", *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 14, 2021.

Kersten, J. y Rixen, S., *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2a. ed., München C.H, Beck, 2021.

Kießling, A., "Was verlangen Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot?", en *Verfassungsblog.de*, 4 de noviembre, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-und-bestimmtheitsgebot/>.

Kießling, A. et al., Keine Priorität für die Rechtswissenschaft, en *Verfassungsblog.de*, 2 de febrero, 2021. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/keine-prioritat-fur-die-rechtswissenschaft/>.

Kingreen, T., "Whatever it Takes?", *Verfassungsblog.de*, 20 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/>.

Kingreen, T., "Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie", *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 74, núm. 38, 2021.

Kirchhof, F., "Untergesetzliche Regeln im Gesundheitswesen-Normentypen, Besonderheiten, Einsatz in Zeiten von Corona", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2021.

Klafki, A., "Neue Rechtsgrundlagen im Kampf gegen Covid-19", *Verfassungsblog.de*, 25. De marzo de 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/neue-rechtsgrundlagen-im-kampf-gegen-covid-19/>.

Kluckert, S., "Die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG im Spannungsverhältnis zwischen epidemiologischer Fachlichkeit, rechtstaatlicher Machtbegrenzung und demokratischer Verantwortlichkeit", *Deutsches Verwaltungsblatt*, vol. 136, núm. 2, 2021.

Lehner, R., "'Triage' und Grundrechte-Überlegungen aus der Perspektive von Schutzpflichtendogmatik und Diskriminierungsverboten", *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 6, 2021.

- Leisner-Egensperger, A., "Impfpriorisierung und Verfassungsrecht", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021.
- Lemke, M., "Notstandsföderalismus. Ausgewählte verfassungsrechtliche Regelungen der Bundesländer im Notstandsfall", *Recht und Politik*, vol. 57, núm. 1, 2021.
- Lepsius, O., "Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie", *Verfassungsblog.de*, 4 de abril, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>.
- Lepsius, O., "Partizipationsprobleme und Abwägungsdefizite im Umgang mit der Corona-Pandemie", *Jahr des öffentlichen Rechts*, vol. 69, núm. 1, 2021.
- Maurer, H. y Waldhoff, C., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. ed., München, C.H. Beck, 2017.
- Möllers, C., "Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus", *Verfassungsblog.de*, 26 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>.
- Pautsch, A. y Haug, V. M., "Parlamentarvorbehalt und Corona-Verordnungen-ein Widerspruch", *Neue Justiz*, núm. 7, 2020.
- Richter, C., "Die Schutzpflicht des Verfassungsstaates in der Pandemie", *Deutsches Verwaltungsblatt*, vol. 136, núm. 1, 2021.
- Ruscheimer, H., "Kollektive Grundrechtseinwirkungen", *Rechtswissenschaft*, vol. 11, núm. 4, 2020.
- Sangs, A., "Das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite und Gesetzgebung

während der Pandemie", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 39, 2020.

Sangs, A. y Eibenstein, H., "Die epidemische Lage von nationaler Tragweite-Eine Analyse der aktuellen Pandemiegesetzgebung", *Juristen Zeitung*, vol. 76, núm. 14, 2021.

Schenke, W.-R., "Die grundgesetzliche Ausprägung des parlamentarischen Regierungssystems", *Juristische Schulung*, vol. 61, 2021.

Schliesky, U., "Prekäre Legitimität-Die Staatsgewalt in Zeiten der Pandemie", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2021.

Schmidt, T. I., "Das Parlament in der Pandemie zwischen Notverordnungsrecht und Notausschuss", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2021.

Stüer, B., "Der geimpfte Mensch: Vom homo vaccinandus zum homo vaccinatus", *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 6, 2021.

Thielbörger, P. y Behlert, B., "Covid-19 und das Grundgesetz", *Verfassungsblog.de*, 19 de marzo, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/covid-19-und-das-grundgesetz/>.

Untrierer, C. y Neußer, F., "Parlamentsarbeit in der Corona-Pandemie", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2021.

Volkman, U., "Heraus aus dem Verordnungsregime. Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020.

Volkman, U., "Der Ausnahmezustand", *Verfassungsblog.de*, 20 de marzo, 2020. Disponible: <https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand/>.

Woschek, P., "Rationalität und Unsicherheit als Probleme der Verhältnismäßigkeit in der Corona-Krise", *Ad Legendum*, vol. 18, núm. 1, 2021.

¿Está la democracia en Alemania en riesgo? Libertad de reunión, covid-19, extrema derecha y antivacunas

Arnulfo Daniel Mateos Durán*

* Doctorando de la Universidad Karl-Ruprecht Heidelberg bajo la tutela del profesor Martin Borowski. Investigador aliado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUMARIO: A. Introducción; B. El derecho de reunión como un derecho de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*); I. Ámbito de protección de la libertad de reunión; II. Intervenciones en el derecho de reunión; III. Justificación de la intervención (restricciones); C. La extrema derecha y los antivacunas; D. Las particularidades de la democracia alemana ante los grupos de extrema derecha; I. El Estado constitucional alemán como una "democracia militante"; II. La libertad de reunión y la extrema derecha; E. El principio de proporcionalidad en una situación de incertidumbre; F. Conclusiones.

A. Introducción

La pandemia del coronavirus sigue siendo —hasta el momento de redacción de este texto— un reto para los gobiernos en el ámbito global. La variante del virus denominada ómicron ocasionó un incremento de casos no vistos durante el transcurso de la pandemia. Este desarrollo fortuito de la enfermedad dio como resultado una intensa actividad por parte de la Administración Pública, que buscó, por un lado, contener el número de contagios entre la población para así evitar un colapso de los sistemas de salud, y, por otro, permitir el mejor desarrollo posible de la actividad económica, política y social del Estado. Así, en tiempos de la pandemia, la discusión respecto a la protección y garantía de los derechos fundamentales adquiere un acento especial, pues el ejercicio de varios derechos se ha visto limitado como resultado de la adopción de medidas para combatir los contagios ocasionados por la covid-19.

Si bien la existencia y distribución de las vacunas para evitar más contagios fue el foco de atención de varios gobiernos en los últimos meses, la

aparición de nuevos rebrotes de infección, ocasionados por la mutación natural del virus, puso en duda la efectividad de las vacunas y conllevó, de manera implícita, el peligro de un nuevo cierre total del movimiento de las personas, con repercusiones para las economías de los países.

Lo anterior ha ocasionado que los gobiernos planteen medidas que aunque evitan la implementación de estrictas cuarentenas a la población en general, tienden a limitar la libertad de aquellas personas que se niegan a vacunarse. Estas tensiones se han materializado en diversas marchas y manifestaciones en varios países, particularmente en Alemania, donde las primeras marchas en contra de las medidas de cuarentena fueron permitidas gracias a una decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

La libertad de reunión constituye uno de los derechos fundamentales más afectados durante la pandemia, ya que su ejercicio requiere de la intervención de varias personas, por lo que la probabilidad de transmisión del virus es alta entre los participantes. La libertad de reunión, sin embargo, representa el medio por excelencia por el que la sociedad civil manifiesta su opinión de manera pública con el fin de participar en el debate democrático. La inconformidad sobre las medidas estatales para combatir la pandemia fue, por supuesto, un motivo justificado para que los individuos salieran a las calles a manifestar su negativa. Aunque en varios países tales manifestaciones públicas estaban prohibidas, no fue el caso de Alemania.

En este país el derecho de reunión ha tenido un papel muy importante en la historia constitucional desde su pleno reconocimiento como un derecho subjetivo consagrado en el artículo 8 de la Ley Fundamental de Bonn. Tal importancia se vio reflejada en la decisión pronunciada el 17 de abril de 2020 por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la cual permitió la realización de una marcha en el centro de la ciudad de Stuttgart planeada para el 18 de abril.

La determinación de permitir la marcha en Stuttgart fue un hito en un momento de total incertidumbre respecto del desarrollo y propagación del coronavirus.¹ Debido a esta sentencia, la ciudad fue considerada la capital de las manifestaciones públicas en Alemania. Igualmente, la decisión del Tribunal Constitucional dio paso a que otras administraciones locales permitieran que otras marchas se llevaran a cabo, estableciendo medidas de salubridad necesarias para evitar contagios entre sus participantes (portar cubrebocas y mantener distancia entre cada integrante). El sentido de la decisión del Tribunal es comprensible a partir del concepto de libertad de reunión en el ordenamiento jurídico alemán.

La libertad de reunión tiene un lugar preponderante en el orden objetivo de valores² establecido en la Ley Fundamental, pues se ha materializado como derecho de una prioridad procesal y un gran peso en la ponderación, frente a otros bienes constitucionales del mismo grado.

Pese a lo anterior, en noviembre de 2020 la autoridad administrativa de la ciudad de Bremen decidió prohibir la realización de una marcha organizada por un grupo autodenominado Querdenken, al considerar que la realización de marchas masivas de forma simultánea en el centro histórico no podría garantizar que los participantes guardasen una distancia adecuada para evitar más contagios. La decisión fue ratificada por la jurisdicción contenciosa-administrativa y, más adelante, el caso llegó a la jurisdicción constitucional. A diferencia del caso de Stuttgart, esta vez el Tribunal Constitucional Federal Alemán contó con más información sobre la probabilidad de infección durante las marchas y decidió no conceder la protección constitucional a los organizadores.³

¹ Véase Mateos Durán, A. D., "El Tribunal Constitucional de Alemania y el derecho de reunión en tiempos de Covid-19", *Nexos*, 7 de mayor, 2020. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/el-tribunal-constitucional-aleman-y-el-derecho-de-reunion-en-tiempos-de-covid-19/>.

² Relativo al orden objetivo de valores en la Ley Fundamental, véase Mora-Sifuentes, F. M., *Legalismo y Constitucionalismo*, Ciudad de México, Tirant lo blanch, 2021, p. 216.

³ Sentencia del 5 de diciembre de 2002, BVErfGE 1 BvQ 145/20.

Entre las razones que justificaron tal decisión deben mencionarse la actitud de los organizadores de la marcha respecto de la autoridad administrativa y la argumentación presentada por la jurisdicción contenciosa-administrativa, la cual reforzó su negativa al basarse en las medidas sanitarias para prevenir contagios establecidas por el Instituto Robert Koch.⁴

Con el cambio de gobierno en el Parlamento alemán (Bundestag), las medidas para combatir la pandemia empezaron a relajarse; sin embargo, las personas inconformes con tales medidas siguieron tomando las calles de manera frecuente y, en algunos casos, violenta. El descontento con el manejo de la pandemia por parte de los gobiernos ha sido el tema central de varias marchas. Aunado a esto, la poca participación del Poder Legislativo ha mermado el *pedigree* democrático de las medidas del gobierno para limitar las libertades.⁵ No obstante, incluso con la reciente participación del Bundestag en la creación de leyes que fundamenten las medidas restrictivas, uno de los motivos principales para salir a marchar fue para rechazar la discusión de una posible obligación general de vacunación para toda la población.⁶ Debido al incremento de casos de contagio derivados de la variante ómicron, la necesidad de tener a toda la población con al menos el cuadro básico de vacunación constituye un tema de estabilidad social y económica para Alemania.

En este complejo contexto para las instituciones democráticas del Estado, grupos de extrema derecha y neonazis han aprovechado los movimientos

⁴ En la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de la ciudad hanseática de Bremen (OVG: 1B 385/20) se hizo referencia textual a las medidas del Instituto Robert Koch para la realización de marchas masivas. Disponibles en: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/artikel/handlungsempfehlungen-corona-rki.html>.

⁵ Durante la pandemia los cuerpos legislativos federal y locales en Alemania vieron sus funciones fuertemente limitadas, por lo que la mayoría de las decisiones para combatirla tuvieron como origen los poderes ejecutivos federal y local. Para más respecto a esta situación, véase el artículo del profesor Carsten Bäcker "La 'larga hora del gobierno'. El Covid-19 y la reserva parlamentaria en Alemania".

⁶ Por mencionar alguna. Véase <https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/heilbronn/me-hrere-demonstrationen-heilbronn-100.html>.

de descontento para minarlas. Estos grupos utilizan a su favor la inconformidad social y la actitud de desconfianza hacia las instituciones estatales para difundir un discurso de odio, buscando refundar las instituciones de Estado a través de su destrucción. Desde las primeras marchas de Stuttgart surgió el grupo autodenominado Querdenken, el cual utiliza como fachada pública la lucha por las libertades ciudadanas;⁷ sin embargo, con el transcurso del tiempo se ha detectado en éste la participación de grupos de extrema derecha que, junto con otros grupos antivacunas (quienes generalmente ponen en duda la peligrosidad o existencia del virus), cometen actos de violencia durante las marchas y evitan acatar las medidas de salubridad necesarias para el desarrollo de las manifestaciones.

La violencia y la desobediencia de las medidas de salubridad han alcanzado puntos álgidos en varias marchas durante el transcurso de la pandemia. Por ejemplo, en agosto de 2020, durante una marcha, varios participantes con consignas de extrema derecha intentaron tomar el Parlamento alemán,⁸ en un hecho similar a la toma del Capitolio estadounidense en 2021;⁹ sin embargo, fueron contenidos en las escaleras del inmueble.

En el centro de todo este complejo escenario está la libertad de reunión. Un derecho fundamental que mantiene importante conexión con la forma de gobierno democrática y las instituciones del Estado, pues supone la vía a través de la cual los individuos de una sociedad expresan sus ideas a favor o en contra de una política pública o un problema social. Dicha conexión servirá como eje para el desarrollo de este trabajo.

El objetivo de este trabajo es comprender de mejor manera el desarrollo de la libertad de reunión durante la situación extraordinaria que repre-

⁷ Véase <https://www.tagesschau.de/inland/verfassungsschutz-querdenker-103.html>.

⁸ Cfr. Deutsche Welle, "Amago de asalto al Parlamento alemán: "Un ataque al corazón de nuestra democracia", 31 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.dw.com/es/amago-de-asalto-al-parlamento-alemán-un-ataque-al-corazón-de-nuestra-democracia/a-54771698>.

⁹ Véase "El mundo contempla atónito los sucesos de Washington", *El País*, 6 de enero de 2021. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2021-01-06/boris-johnson-vergonzosas-imagenes-del-capitolio-es-vital-un-traspaso-de-poder-pacifico-y-ordenado.html>.

sentó el inicio de la pandemia del coronavirus. Un mejor entendimiento de este derecho fundamental permitirá, del mismo modo, comprender las particularidades del sistema constitucional alemán y su forma de gobierno democrática. Por esta razón, se analizarán: 1) la estructura del derecho de reunión y las nuevas medidas de restricción ocasionadas por la pandemia del coronavirus; 2) el vínculo entre extrema derecha y los grupos antivacunas; 3) las particularidades del régimen democrático alemán, el trato constitucional a los grupos de extrema derecha y sus efectos para el ejercicio en la libertad de reunión; 4) las repercusiones de la incertidumbre derivadas de la pandemia en el test de proporcionalidad dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, y por último 5) se ofrecerán algunas conclusiones.

B. El derecho de reunión como un derecho de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*)

El artículo 8 de la Ley Fundamental reconoce el derecho subjetivo de todos los individuos a reunirse en espacios privados, vías públicas y lugares techados abiertos al público, para manifestar su opinión sobre diversos temas y con ello contribuir al debate democrático.¹⁰ La reunión debe contar con una "conexión interna" entre sus integrantes y la consecución de un determinado "fin",¹¹ por lo que no se considera que las meras aglomeraciones de personas en espacios públicos sean el ejercicio de ese derecho —por ejemplo, personas frente a un local comercial o en un concierto—.¹² La garantía de la libertad de reunión cuenta primordialmente con una función de derecho de libertad o derecho de defensa.¹³ la pretensión principal consiste en una omisión por parte del Estado, es

¹⁰ Véase, BVerfGE 69, 315 (pp. 342 y ss.)

¹¹ BVerfGE 104, 92 (pp. 104 y 105).

¹² Kingreen, T. y Poscher, R., *Grundrechte Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller, 2021, pp. 254 y 255, número marginal 882; Jarass, H. D. y Kemt, M. (eds.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 16. A, Múnich, C.H. Beck, 2020, p. 309, número marginal 3.

¹³ Cfr. BVerfGE 73, 206 (p. 249).

decir, que las autoridades públicas no prohíban, inhiban o disuelvan la marcha organizada por los portadores del derecho fundamental.¹⁴

La libertad de reunión no es únicamente un derecho subjetivo, tiene también un efecto protector que "irradia"¹⁵ toda la actuación de los órganos del Estado, debido a que contiene una "decisión de valor objetivo-jurídica".¹⁶ Este trabajo no tiene por objetivo realizar un estudio dogmático exhaustivo del derecho de reunión en la Ley Fundamental, sino simplemente mencionar los elementos clave que han sufrido un cambio ocasionado por la covid-19.¹⁷ Teniendo en cuenta los rasgos generales del derecho de reunión, será sencillo comprender los puntos de tensión ocasionados por la enfermedad, así como las restricciones a las reuniones públicas organizadas por grupos de extrema derecha.

I. Ámbito de protección de la libertad de reunión

Como se mencionó anteriormente, el derecho de reunión protege la reunión física¹⁸ de individuos en espacios cerrados y públicos. La protección de esta libertad garantiza a sus portadores el derecho a decidir sobre los siguientes elementos de la reunión: lugar, forma, tiempo y temática.¹⁹ Entre los requisitos más importantes para el disfrute del derecho

¹⁴ Véase Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 199.

¹⁵ Relativo al "efecto de irradiación" de los derechos fundamentales, véase, Mora-Sifuentes, F. M., *Legalismo y Constitucionalismo*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 226.

¹⁶ Cfr. Ernst, C., "Art. 8 [Versammlungsfreiheit]", en von Münch, I. y Kunig, P. (fundadores)/Kammerer, J. A. y Kotzur, M. (eds.), *Grundgesetz Kommentar. Band 1: Präambel bis Art. 69*, pp. 677-742, 7a. ed., München, C.H. Beck, 2021, p. 720.

¹⁷ Para un estudio más detallado de la libertad de reunión en el sistema constitucional alemán, véase Mateos Durán, A. D., "El Tribunal Constitucional de Alemania y el derecho de reunión en tiempos de Covid-19".

¹⁸ En este sentido, las reuniones "virtuales" en chats y foros de internet no están protegidas por la libertad de reunión del artículo 8 de la Ley Fundamental, esto porque la presencia física de los participantes es lo que justifica la protección de la marcha, pues éstos pueden ser objeto de represión estatal, Kingreen, T. y Poscher, R., *op. cit.*, p. 256, número marginal 889.

¹⁹ Cfr., BVerfGE 87, 399 (p. 406); BVerfGE 69, 315 (p. 343); BVerfGE 73, 206 (p. 249).

—señalados por el supuesto de hecho del artículo 8, párrafo 1 de la Ley Fundamental— encontramos "pacíficamente y sin armas". La libertad de reunión protege en la misma medida e intensidad a los organizadores, participantes y dirigentes de la marcha.²⁰

El artículo 8 de la Ley Fundamental subraya la gran importancia del derecho de reunión en su párrafo 1, puesto que la protección de las reuniones en espacios cerrados no contiene ninguna reserva de ley o reserva calificada que permita al legislador limitarlas. Esta importancia también ha tenido eco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán; en ésta se subraya el vínculo de la libertad de reunión con el principio democrático.²¹ Asimismo, la libertad de reunión cuenta con una prioridad procesal dentro de los tribunales contencioso-administrativos, e incluso ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán, a través, del recurso de la petición urgente (*einswilligen Anordnung*).²² Esta prioridad procesal tiene por objetivo que los tribunales contencioso-administrativos y el constitucional se pronuncien sobre la legalidad de la reunión o el otorgamiento del permiso por parte de la autoridad administrativa antes de la fecha señalada por los organizadores de la marcha. Las marchas que utilicen o evoquen ideas y símbolos del nacionalsocialismo o de extrema derecha o izquierda no están cubiertas por el ámbito de protección, pero su examen se realiza en la etapa de las restricciones.

La importancia de la libertad de reunión no ha cambiado durante la pandemia del coronavirus; si bien en los inicios existieron medias estatales que limitaban de una forma muy grave el ejercicio de varios derechos, entre éstos, la libertad de reunión. Conforme fue pasando el tiempo, los tribunales de lo contencioso-administrativo y el Tribunal Constitucional Federal Alemán empezaron a recuperar el lugar especial de la libertad de reunión en el sistema jurídico alemán través de sus sentencias.

²⁰ Ernst, C., *op. cit.*, p. 704.

²¹ BVerfGE 69, 315 (pp. 342 y ss.).

²² *Ibidem*, pp. 363 y 364.

II. Intervenciones en el derecho de reunión

Por intervención se entiende cualquier actividad del Estado, ya sea acto u omisión, que busque afectar de manera fáctica el pleno desarrollo del derecho fundamental.²³ El artículo 8, párrafo 1 de la Ley Fundamental contempla dos casos especiales de intervención: el deber de aviso y el deber de un permiso. En el caso de reuniones en espacios cerrados no es necesario ningún tipo de requisito para su realización, por lo que cualquier prohibición de reuniones en espacios privados es considerada una intervención de la libertad de reunión. Lo anterior no es válido para las marchas que tienen lugar en los espacios públicos, pues en éstas el legislador puede establecer los requisitos a través de la reserva de ley establecida en el artículo 8, párrafo 2 de la Ley Fundamental.²⁴ En este tipo de marchas, cualquier negativa u omisión no justificada relativa a su organización, por parte de la Administración Pública, será considerada una intervención. Asimismo, se considera intervención cualquier prohibición o medida encaminada a la disolución de la marcha, es decir, algún acto u omisión de la autoridad que impida la organización de la reunión o cualquier menoscabo de ésta durante su realización (intimidación policiaca, falsas advertencia de peligro, etc.).²⁵

En este sentido, durante la pandemia del coronavirus cualquier reglamento o decreto emitido por el Ejecutivo federal y los gobiernos de los estados federados (*Länder*) que tuviera como efecto una limitación de las reuniones en espacios cerrados y abiertos constituyó *per se* una intervención en la libertad de reunión. Toda regulación que prohibiera la aglomeración de personas en espacios públicos o que limitara la reunión de

²³ Sobre el concepto de intervención en los derechos fundamentales en Alemania, véase Mateos Durán, A. D., "Restricciones de los derechos fundamentales", en Caballero González, E. S. (coord.), *Diccionario Práctico de Derecho Constitucional*, pp. 68-72, Ciudad de México, Centro de Estudios Carbonell, A. C., 2020.

²⁴ BVerfGE 69, 315 (pp. 348 y ss.); BVerfGE 87, 399 (p. 406).

²⁵ Solamente si se emplea el concepto amplio de intervención, véase Mateos Durán, A. D., "Restricciones de los derechos fundamentales", pp. 152 y 153.

personas de distintos domicilios en espacios cerrados, con la finalidad de evitar contagios, representa una intervención en el derecho fundamental de libertad de reunión protegido por el artículo 8 de la Ley Fundamental. Por ejemplo, a inicios de la pandemia, en el *Land* de Baden-Württemberg estuvieron prohibidas las reuniones de más de dos personas en espacios públicos y de más de cinco en espacios cerrados.²⁶

Del mismo modo, la negativa de entregar un permiso para la organización de una marcha es considerada intervención en el derecho fundamental —como señaló el Tribunal Constitución Federal Alemán en su sentencia del 15 de abril de 2020 relativa a la marcha de Stuttgart—. ²⁷

III. Justificación de la intervención (restricciones)

El derecho de reunión no es ilimitado, pues pueden existir razones de peso que justifiquen restricciones a la libertad de reunión. Por restricción se entiende cualquier norma jurídica que limite el ejercicio, satisfacción o situación jurídica garantizada por un derecho fundamental.²⁸ No obstante, en la libertad de reunión es necesario distinguir entre "espacios cerrados" y "en lugares abiertos". Esta distinción es importante, pues establece las cargas probatorias y argumentativas para las autoridades que busquen limitar las reuniones y marchas.²⁹ Del mismo modo, entre menos requisitos establezca la disposición constitucional para la restricción de un derecho fundamental — por ejemplo, a través de una mera "reserva de ley"—, el legislador cuenta con mayor margen de discrecionalidad

²⁶ Regulado en el párrafo 3 del *Verordnung der Landesregierung über Infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-Cov-2 (Corona-Verordnung–CoronaVO)* del 17 de marzo de 2020 (GBl. BW, p. 120). Un recuento sobre los efectos de este reglamento en la jurisdicción constitucional puede verse en Mateos Durán, A. D., "El Tribunal Constitucional de Alemania y el derecho de reunión en tiempos de Covid-19".

²⁷ BVerfGE, 1 BvQ 37/20, párrafo 28.

²⁸ Relativo a la definición de "restricción de los derechos fundamentales", véase, Mateos Durán, A. D., "Restricciones de los derechos fundamentales".

²⁹ Entre más privada y personal sea la reunión, mayor protección despliega el derecho fundamental y, por ende, entre más pública y colectiva, mayor es el margen de discrecionalidad de la autoridad para disolverla.

para configurar las restricciones del derecho fundamental. En caso de que el derecho fundamental no establezca ninguna restricción, entonces, solamente podrá ser limitado el disfrute por otros derechos de terceros y bienes de rango constitucional a través del test de proporcionalidad.³⁰

La libertad de reunión contenida en el artículo 8, párrafo 1 de la Ley Fundamental no dispone textualmente de algún tipo de restricción, pero en el párrafo 2 existe una reserva de ley para las reuniones en espacios abiertos; ésta se considera una "reserva de ley calificada", pues solamente se refiere a una modalidad precisa de la libertad de reunión.³¹ La competencia para promulgar una ley en materia de marchas y manifestaciones corresponde a la federación (Bund), por lo que la principal regulación de las marchas se encuentra en la Ley Federal de Reuniones y Marchas (Versammlungsgesetz [VersG]). Sin embargo, después de la reforma constitucional de 2006, la *competencia concurrente* entre la Federación y los estados federados fue derogada,³² gracias a esto, los estados federados alemanes (*Länder*) pueden legislar también sobre las marchas.³³

De especial mención es el papel del derecho del orden público (leyes de tránsito, días festivos, derecho policíaco, etc.). Las normas del orden público pueden establecer restricciones para la realización de las marchas, pero la Ley Federal de Reuniones y Marchas tiene prioridad respecto a cualquier otro tipo de regulación infraconstitucional que afecte la marcha.³⁴

³⁰ Kingreen, T. y Poscher, R., *op. cit.*, pp. 109 y 100, número marginal 388 y ss.

³¹ *Ibidem*, p. 261, número marginal 903; Höfling, W., "Art. 8 [Versammlungsfreiheit]", en Schachs, M. (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, pp. 388-410, 9a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2021, p. 403.

³² Véase Mateos Durán, A. D., "El Tribunal Constitucional de Alemania y el derecho de reunión en tiempos de Covid-19", p. 24, nota 93.

³³ Los *Länder* que han hecho uso de esta competencia son: Bavaria, Berlín, Brandemburgo, Baja Sajonia y Schleswig-Holstein.

³⁴ Höfling, W., "Art. 8 [Versammlungsfreiheit]", en Schachs, M. (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, pp. 388-410, 9a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2021, p. 404. El derecho del orden público y policíaco tiene la función de suplir los vacíos existentes en el derecho de reunión relativos a la garantía de protección del orden público, en palabras de Wolfram Höfling: "Debido a que la Ley Federal de Reuniones y Marchas faculta, sin embargo, únicamente a proceder en contra de la reunión como tal (por ejemplo, disolución de la marcha), pero no contiene normas de competencia de interferencia en contra de alborotadores en particular, se permite, por lo tanto, el recurso a las medidas estándares del derecho policíaco", *idem*.

Un requisito especial para la realización de marchas en lugares abiertos —parágrafo 14, inciso 1, VersG— consiste en el deber de notificación de los organizadores a la autoridad administrativa para obtener el subsecuente permiso.³⁵ A diferencia de las reuniones en espacios cerrados, los organizadores de las reuniones en espacios abiertos tienen la obligación de proporcionar a la autoridad administrativa la información (lugar, fecha, finalidad, etc.) relativa a la marcha. De acuerdo con el "mandato de cooperación" —también denominado "mandato de amistosa cooperación a las reuniones"—³⁶, la autoridad está obligada a cooperar con los organizadores.³⁷ La inobservancia del deber de los organizadores (parágrafo 14, inciso 1, VersG) no es una razón que justifique inmediatamente su prohibición, porque también están protegidas las marchas espontáneas y las urgentes.³⁸

Sin embargo, en el caso de reuniones masivas, el deber de los organizadores de informar a la autoridad administrativa es más intenso, pues la probabilidad de daños a derechos de terceros aumenta con un gran número de participantes. La autoridad administrativa, por su parte, está obligada a emitir un permiso o a negar a los organizadores el desarrollo de la marcha.³⁹ La falta de notificación a la autoridad administrativa aumenta la posibilidad de que se prohíba la marcha, pero siempre como *ultima ratio*,⁴⁰ pues la importancia de la libertad de reunión es tan grande

³⁵ La restricción de las marchas en espacios cerrados procede solamente a través del test de proporcionalidad, *cf.* Kingreen, T. y Poscher, R., *op. cit.*, pp. 261 y 262, número marginal 906.

³⁶ Ernst, C., *op. cit.*, p. 722. Señala también que esta cooperación crea confianza entre la autoridad y los organizadores y, a su vez, es un reflejo del principio de proporcionalidad.

³⁷ Un estudio más detallado del "mandato de cooperación" puede verse en Mateos Durán, A. D., "El Tribunal Constitucional de Alemania y el derecho de reunión en tiempos de Covid-19", pp. 27 y ss..

³⁸ Jarass, H. D. y Kemt, M., *op. cit.*, p. 316 y 317, número marginal 25.

³⁹ La expedición o la negativa del permiso es un elemento clave para la satisfacción de la libertad de reunión. Respecto a las características de estos permisos, véase Mateos Durán, A. D., "El reglamento del Coronavirus y la protesta pública en la ciudad de Stuttgart. Un estudio dogmático del ejercicio de la libertad de reunión durante la pandemia de Covid-19", *Revista Universitäts*, vol. 34, pp. 2-38, 2021.

⁴⁰ BVerfGE 69, 315 (p. 353); véase también Jarass, H. D. y Kemt, M., *op. cit.*, p. 316, número marginal 23.

que hace que recaiga toda la carga probatoria, relativa a la peligrosidad de la marcha, en la autoridad administrativa.

La autoridad administrativa puede establecer requisitos o modos legales a los organizadores de la marcha (parágrafo 15, inciso 1, VersG), la inobservancia de estos requisitos por parte de los organizadores no conduce directamente a la prohibición de la marcha, pero afecta la decisión final de otorgar el permiso. En caso de una negativa de parte de la autoridad administrativa, los organizadores pueden atacar la decisión en sede de jurisdicción contencioso-administrativa y, por último, a través de la jurisdicción constitucional. Gracias a la prioridad procesal con la que cuenta la libertad de reunión, la decisión judicial relacionada con la realización de la marcha se emitirá antes de la fecha planeada por los organizadores y portadores del derecho fundamental.⁴¹

El examen de constitucionalidad de la reunión o marcha no depende del contenido de la expresión de las ideas que se busca compartir en el espacio público, sino que tiene como finalidad revisar los posibles peligros desencadenados por la realización de la marcha. Por esta razón, el parágrafo 15 de la VersG es una norma neutral con el contenido de la opinión, pues simplemente justifica restricciones a la libertad de reunión con el objetivo de evitar daños a terceros;⁴² dicho parágrafo menciona la seguridad del "orden público" como un bien protegido que justifica restricciones a la libertad de reunión. El Tribunal Constitucional Federal Alemán define de la siguiente manera el orden público:

Característico del concepto de orden público es que remite a reglas no escritas cuyo seguimiento se considera —conforme a la correspondiente idea social y ética dominante y compatible con

⁴¹ BVerfGE 69, 315 (pp. 363 y ss.).

⁴² Cfr. Baudewin, C., *Öffentliche Ordnung im Versammlungsrecht*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2020, p. 168.

el contenido valorativo de la Ley Fundamental— como un requisito imprescindible de una vida ordenada de las personas en comunidad dentro de un determinado territorio.⁴³

La razón que subyace en el deber de notificar la organización de la marcha radica en que la autoridad competente pueda llevar a cabo una "decisión de pronóstico" de los resultados de ésta.⁴⁴ La autoridad administrativa realiza, al momento de otorgar el permiso para la organización de la marcha en espacios abiertos, un pronóstico de los posibles daños a bienes y derechos de terceros ocasionados por su realización. Este pronóstico consiste en una ponderación por parte de la autoridad administrativa, la cual al momento de decidir si otorga o no el permiso toma en consideración los posibles daños a derechos de terceros ocasionados por los participantes de la marcha. La decisión no puede basarse en suposiciones subjetivas de la autoridad, sino que debe estar justificada en información veraz, por ejemplo, el comportamiento de los organizadores y los voceros invitados a participar en la marcha.

La información con la que cuenta la autoridad administrativa es proporcionada por la policía.⁴⁵ Esta decisión de pronóstico se materializa en la negativa de otorgar el permiso, dicha negativa debe contener la ponderación realizada por la autoridad administrativa señalando las razones de la prohibición de la reunión.⁴⁶ Michael Kniesel describe los elementos que se toman en cuenta en el "pronóstico de peligro":

⁴³ BVerfGE 111, 147, pp. 155 y 156. Kniesel explica que por "orden público", en materia de marchas, se entiende el orden jurídico policíaco, el cual se compone de tres bienes jurídicos: "[...] la inviolabilidad del orden público, la inviolabilidad de los derechos subjetivos y los bienes jurídicos del individuo y, por último, la continuidad del Estado y las instituciones y actos del Estado y otros portadores de poderes estatales". Kniesel, M., "§ 15 [Verbot, Auflagen, Auflösung]", en Dietel, A. et al., *Versammlungsgesetze. Kommentierung des Versammlungsgesetzes des Bundes und der Versammlungsgesetze der Länder*, pp. 275-338, 18a. ed., Carl Heymanns Verlag, 2019, p. 286, número marginal 31.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 285, número marginal 27.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 285, número marginal 28.

⁴⁶ Kloepfer, M., "§ 164 Versammlungsfreiheit", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VII Freiheitsrechte*, pp. 977-1033, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, pp. 997 y 998, número marginal 40.

Relativo al pronóstico de la alta probabilidad de disturbios violentos o la comisión de delitos vinculados a la opinión, son relevantes el slogan de la reunión, llamamientos a la reunión, las declaraciones de los organizadores y de los potenciales participantes, la composición del círculo de participantes, la persona que dirige, carpetas judiciales iniciadas, experiencias de reuniones marchas anteriores, el número esperado de participantes, las circunstancias del lugar y el reconocimiento de la proclividad a la violencia.⁴⁷

Una importante restricción a la libertad de reunión se encuentra en el párrafo 15, inciso 1, de la VersG, pues dispone la disolución de las marchas por razones de seguridad o de orden público. La seguridad del "orden público" constituye un bien jurídico protegido que engloba una suma de derechos, pues se considera que el peligro de la marcha radica no en la idea que buscan difundir, sino en los posibles daños a derechos y bienes de terceros durante su realización.

Todos los elementos mencionados en este apartado de restricciones han tenido un papel muy importante durante la pandemia del coronavirus. En la sentencia del 17 de abril de 2020, el Tribunal Constitucional Federal Alemán consideró inconstitucional la falta de probidad de la autoridad administrativa de Stuttgart, pues negó de plano la posibilidad de salir a marchar y omitió entregar la negativa a los organizadores, lo cual constituye una lesión al "mandato de cooperación" que tienen todos los órganos del Estado en relación con la libertad de reunión. Incluso, dentro de una situación extraordinaria ocasionada por la pandemia, la autoridad administrativa no puede dejar de observar el lugar importante que tiene la libertad de reunión en el sistema democrático establecido por la Ley Fundamental. La autoridad no realizó un pronóstico del peligro a través de una ponderación de los derechos y bienes en colisión. Tampoco contaba con una facultad estipulada por el párrafo 3, inciso 6, del Reglamento del coronavirus en el Land de Baden-Württemberg para apreciar excepciones a la prohibición de aglomeraciones en las vías públicas.

⁴⁷ Kniesel, M., *op. cit.*, pp. 285 y 286, número marginal 30. Traducción propia.

La omisión en el uso de una propia competencia fue considerada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán como una intervención grave en la libertad de reunión, por lo que ordenó la realización de la marcha.

En cambio, en la sentencia del 5 de diciembre de 2020, el Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró constitucional la prohibición de una marcha organizada por un grupo relacionado con movimientos de extrema derecha: Querdenken. Un factor determinante para la prohibición de la marcha fue la falta de cooperación de los organizadores, ya sea por la poca disposición o la simple negativa de acatar los requisitos administrativos (modos legales) que establecía la autoridad administrativa. Estas medidas tenían por objetivo reducir el número de asistentes y evitar que marchas paralelas se unieran en una marcha masiva en un espacio reducido, como el centro histórico de la ciudad de Bremen.

C. La extrema derecha y los antivacunas

Las diversas marchas durante la pandemia tienen lugar en un contexto de crisis de la democracia en Alemania y en diversos países de occidente. Antes de la pandemia del coronavirus, empezaba a crecer en los ciudadanos alemanes una percepción menos favorable de la forma de gobierno democrático.⁴⁸ Si bien la mayoría de la población consideraba la democracia como una buena forma de gobierno, el número de personas que estaría conforme con un régimen totalitario ha ido en aumento con el pasar de los años.⁴⁹ Estas voces disidentes de las instituciones democráticas vieron una oportunidad en el descontento social producto de las restricciones a la libertad durante los puntos más álgidos de la pandemia.

⁴⁸ Cfr. Decker, F, "Die Demokratie im Zeichen der Coronakrise. Chance oder Bedrohung", *Zeitschrift für Politik*, vol. 67, pp. 123-132, 2020, pp. 124 y ss.

⁴⁹ En un estudio realizado por la Fundación Friedrich-Ebert entre 2018 y 2019 demostró que casi 59% de los encuestados tienen desconfianza en la democracia; 62% se inclina al autoritarismo de ley y orden, y una cuarta parte defiende opiniones peyorativas en contra de los "extranjeros", cfr. Küpper, B. et al., "Aufputschen von Rechts: Rechtspopulismus und seine Normalisierung in der Mitte", en Schröter, F. (ed.), *Verlorene Mitte–Feindselige Zustände. Rechtsextreme Einstellungen in Deutschland 2018/19*, pp.173-202, Bonn, Verlag J. Verlag J.H.W. Dietz, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2019, p. 182.

Sin embargo, durante la pandemia del coronavirus surgió un nuevo movimiento social en las marchas, que si bien no tenía como objetivo la erradicación de la democracia en el Estado, partía de una desconfianza absoluta hacia sus instituciones en distintos ámbitos, en particular, con el uso de vacunas para el control de enfermedades. Los antivacunas o "anti-vaxxers" han sido un movimiento recurrente en las marchas durante la pandemia del coronavirus. Por un lado, no reconocen la gravedad de la situación al considerar la enfermedad como poco peligrosa o inexistente, por el otro, buscan eliminar cualquier medida estatal directa o indirecta que los obligue a vacunarse. Asimismo, generalmente los grupos antivacunas se niegan a usar mascarillas médicas en lugares cerrados o públicos, incluso cuando era legalmente obligatorio. Estos grupos ven reforzadas sus creencias no a partir de datos científicos, sino a través de "teorías conspirativas"⁵⁰ que refuerzan errores cognitivos.⁵¹

Por su parte, los grupos de extrema derecha aprovecharon el contexto ocasionado por la pandemia del coronavirus para difundir postulados de resistencia popular y autoritaria. Para estos grupos es necesaria una sublevación y resistencia en contra de la "dictadura Merkel" (*Merkel-Diktatur*).⁵² Curiosamente, se puede ver que varios grupos de extrema derecha tampoco

⁵⁰ Una posible definición de "teoría conspirativa" la ofrece Alan Schink: "Las teorías conspirativas" pueden ser conceptualizadas en las ciencias sociales y socialmente como modelos de interpretación. A través de estos se interpretan sucesos de la sociedad o conexiones como el producto de una teoría conspirativa. Los modelos interpretativos son siempre *bases de conocimientos colectivos* y, por ello, exceden las meras *opiniones* individuales", Schink, A., *Verschwörungstheorie und Konspiration. Ethnographische Untersuchungen zur Konspirationskultur*, Salzburgo, Springer VS, 2019, p. 88. Traducción propia.

⁵¹ La estructura de las teorías conspirativas es explicada por Judith Faessler y Ahmad Mansour: "Cada narrativa conspirativa sigue la misma estructura: Un grupo conspirador controla el mundo, la nación, el Estado, los medios o el *Establishment*. La meta conspirativa a conseguir es: el control mundial. Fracasos, desgracias, medidas estatales represivas en contra de la persona, todo esto sucede porque uno pertenece a los pocos sabedores, que habrían logrado reconocer esto y por ello sería peligroso para los conspiradores. Para las teorías conspirativas nunca es demasiado tarde para salvar el mundo, uno se encuentra a nada de una toma del poder por parte de los malvados, por lo que se transmite una pequeña ventana de esperanza". Faessler, J. y Mansour, A., "Verschwörungstheorien. Eine wahnsinnige Gefahr?", en Möllers, M.H.W. y van Ooyen, R.C. (eds.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit*, 2020/2021, p. 276. Trad. Libre. Resaltado en original.

⁵² Cfr. Häusler, A. y Küpper, B., "Rechtsextreme Widerstandspostulate und völkisch-autoritäre Rebellion", en Schröter, F. (ed.), *Die geforderte Mitte. Rechtsextreme und demokratiegefährdende Einstellungen in Deutschland 2020/21*, pp. 225-245, Bonn, Verlag J.H.W. Dietz, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2021, p. 233.

acatan las medidas de salubridad durante las marchas.⁵³ La razón de dicho desobedecimiento no solamente radica en mostrar su protesta a cualquier medida adoptada por las instituciones del gobierno, también se debe a que varios grupos de extrema derecha postulan y creen en "teorías conspirativas", al igual que los antivacunas.

Entre los grupos antivacunas y de extrema derecha existen ciertas semejanzas. Ambos comparten una visión similar de los medios de comunicación *mainstream*, pues dudan de la credibilidad de la información que difunden. Judith Faessler y Ahmad Mansour consideran que aunque dudar de la información puede hasta cierto grado considerarse como algo positivo y racional, las teorías conspirativas y las ideologías extremistas conducen a una "desconfianza cínica y destructiva".⁵⁴ Estos grupos dicen poseer la única información veraz, debido a que se orientan con narrativas alternativas e interpretaciones paralelas. Por ello, no participan en el debate democrático, pues al considerarse los únicos sabedores de la verdad, cualquier contraste con otras versiones es innecesario.⁵⁵

Sin embargo, Faessler y Mansour reconocen que existe una diferencia entre los conspiranoicos y los extremistas, pues los primeros emplean "complejas y sorprendentes explicaciones" para sucesos simples.⁵⁶ Estos grupos encuentra relaciones de causalidad no comprobables en todas partes, lo que no es muy común en las ideologías de extrema derecha.⁵⁷

⁵³ En su estudio Häusler y Küpper encuentran una yuxtaposición de creencias entre los grupos de extrema derecha y los antivacunas: "Los encuestados con opiniones populares/autoritarias/rebeldes consideran por su parte a la pandemia como peligrosa para el país. Estos se sienten afectados negativamente por la pandemia y tienen una verdadera preocupación de que su situación económica, así como la de Alemania, empeore por la pandemia. Al mismo tiempo, temen sinceramente que la pandemia del coronavirus "sea utilizada para una vacunación obligatoria", y, por ello, tienden a ver de manera positiva las "marchas en contra de las medidas para combatir el coronavirus", *ibidem*, p. 243.

⁵⁴ *Cfr.* Faessler y Mansour, *op. cit.*, p. 277.

⁵⁵ En palabras de Faessler y Mansour: "Los conspiranoicos se ven a sí mismos como una parte de un círculo elite de 'sabedores'. Ellos reconocen a sus antagonistas igualmente en el pequeño grupo de los conspiradores. Todas las demás personas son 'ciegas' a la verdad, son 'ovejas dormidas' o 'sheeple', un acrónimo de sheep (oveja) y people (gente), manipuladas por las élite o simplemente sirvientes dóciles". *Idem*.

⁵⁶ *Cfr. idem*.

⁵⁷ Faessler y Mansour describen tales diferencias: "La creencia en un 'saber superior' y, por ende, el resultante monopolio interpretativo de los "elegidos" se puede encontrar tanto en los conspiranoicos

Sin embargo, reconocen que ambos grupos se acercan en su aversión hacia la ciencia.⁵⁸ En este sentido, existe una superposición de grupos de diversa índole, aunque tienen finalidades distintas al momento de salir a marchar. En palabras de Beate Küpper y Alexander Häusler:

Al mismo tiempo ha surgido un nuevo movimiento de protesta en contra de las medidas estatales para la contención de la pandemia, el cual puede ser denominado como el movimiento de los negadores de la pandemia. Este movimiento vincula diversos entornos sociales y culturales que se han encontrado a través de teorías conspirativas, adversidad a la ciencia y exigencias de "resistencia" y "sublevación" orientadas a la derecha. Sin embargo, el movimiento anticorona no puede caracterizarse simplemente por medio de una sola ideología, sino que debe entenderse como una "comunidad de la desconfianza".⁵⁹

La diseminación de "desinformación" en el transcurso de la pandemia aumentó la desconfianza de la población en las acciones del gobierno.⁶⁰ Las infundadas creencias, reforzadas con la desinformación se vieron reflejadas en las marchas en las que participaban grupos antivacunas y de extrema derecha, impidiendo la observancia de cualquier medida encaminada a evitar contagios. La participación de estos grupos en las reuniones implicó un nuevo reto, ya que el problema no se centró en el contenido de la protesta dentro de la marcha, sino en las consecuencias de no acatar las medidas de salubridad.

En este punto, cabe mencionar que lo relevante de esta nueva situación es saber qué repercusiones ha tenido esta mezcla de grupos de antivacunas

como en los extremistas. No obstante, los extremistas justifican, por ello, sus demandas de poder y una situación social especial. Sus metas están orientadas al futuro, mientras que los conspiranoicos no albergan ningún plan político. Estos se enfocan en la lucha contra los *malos*". *Idem*. Resaltado en texto original.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Häusler, A. y Küpper, B., *op. cit.*, pp. 233 y ss.

⁶⁰ La Organización Mundial de la Salud ha denominado el problema de la desinformación durante la pandemia como una "infodemia" y establece algunas medidas para luchar contra ésta. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/spotlight/let-s-flatten-the-infodemic-curve>.

y extrema derecha en las marchas para el desarrollo de la libertad de reunión. Si bien la creencia en teorías y narrativas alternas —fuera de las que plantean el Estado y los medios de comunicación masiva— está protegida por la libertad de expresión, también lo está su manifestación en los espacios públicos. No obstante, la posible afectación a derechos a terceros, debido a la probabilidad de contagios entre los asistentes a la marcha, justificaría imponer restricciones a ese derecho. Aunado a esto, durante el desarrollo de varias marchas ha aumentado el uso de la violencia por parte de los grupos de extrema derecha. Un ejemplo fue la del 7 de noviembre de 2020 en Leipzig, en donde varios grupos de extrema derecha se reunieron, cometieron actos de violencia y profirieron expresiones en contra de la democracia.⁶¹ Por lo tanto, los grupos anti-vacunas y de extrema derecha han convergido en un movimiento social que dificulta el ejercicio de la libertad de reunión y trae consigo inminentes peligros para la democracia en Alemania. Esta aglomeración de grupos "deslegitimadores del Estado"⁶² ha llamado la atención del gobierno federal y de los *Länder* en Alemania.⁶³

D. Las particularidades de la democracia alemana ante los grupos de extrema derecha

En este punto, resulta pertinente destacar un elemento particular del sistema constitucional alemán que debe ser considerado y es el relativo

⁶¹ La situación es descrita en el informe de prensa del Bundestag del 18 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.bundestag.de/presse/hib/817980-817980>.

⁶² El órgano estatal *Verfassungsschutz* utiliza este concepto para agrupar a todos estos movimientos, véase: <https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2021/2021-04-29-querdenker.html>.

⁶³ Un informe especial del ministerio interior del Land Nordrhein-Westfale describe esta situación: "En el transcurso de las protestas ocasionadas por la pandemia se ha construido un nuevo campo de grupos de personas, que en su conformación es totalmente heterogéneo. Su punto de partida fue la crítica a las medidas para combatir la pandemia o el cuestionar la pandemia como tal. Sin embargo, en una parte del movimiento de protestas se efectuó una transición de cuestiones de hecho a cuestiones de sistema. De manera más precisa, la crítica de los hechos fue motivo para una crítica fundamental de la constitucionalidad del orden fundamental democrático-liberal, el cual debía ser derrotado". Disponible en: https://www.im.nrw/system/files/media/document/file/sonderbericht_2022_verschwoerungsmymthen_und_corona-protestler.pdf.

a las prohibiciones constitucionales y legales a los enemigos de la democracia, particularmente, aquellos que difunden las ideas del nazismo. Esta situación especial debe ser tomada en cuenta debido a la participación de grupos de extrema derecha en las marchas durante la pandemia del coronavirus, lo cual amerita dar un breve repaso a las características del sistema jurídico alemán y al manejo constitucional y legal de los grupos extremistas.

I. El Estado constitucional alemán como una "democracia militante"

La Ley Fundamental de Bonn de 1947 es en parte el resultado de la experiencia del régimen nazi y la caída del orden constitucional establecido por la Constitución de la República de Weimar.⁶⁴ Aunque los conceptos de democracia militante (*wehrhafte Demokratie*) o democracia combativa (*streitbare Demokratie*)⁶⁵ no se encuentran descritos textualmente en la Ley Fundamental, la jurisprudencia y la academia consideran al principio de la "democracia militante" como un elemento material del sistema de valores de la Ley Fundamental.⁶⁶ El elemento nuclear de la "democracia militante" recae en el reconocimiento de que la democracia se encuentra siempre en peligro de ser abolida.⁶⁷ La experiencia de la trágica caída de la República de Weimar influye considerablemente en la concepción de la "democracia militante" de la Ley Fundamental, pues la falta de contrapesos

⁶⁴ Volkman, V., *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?*, Berlín, Duncker und Humblot, 2019, pp. 131 y 132; Jesse, E., *Streitbare Demokratie. Theorie, Praxis und Herausforderungen in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, Colloquium Verlag, 1980, pp. 10 y ss. Altenhof señala que "la disposición a la defensa de la Ley Fundamental fue una reacción inmediata hacia la toma del poder del nacionalsocialismo, así como también a la experiencia con la dictadura soviética en las zonas de ocupación soviéticas", Altenhof, R., "Die Entwicklung der streitbaren Demokratie über die Krise einer Konzeption", en Jesse, E. y Löw, K. (eds.), *50 Jahre Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, Duncker und Humblot, 1999, p. 166..

⁶⁵ Los términos de "democracia militante" (*wehrhafte Demokratie*) y "democracia combativa" (*streitbare Demokratie*) se utilizan recurrentemente como sinónimos, *cfr.* Volkman, V., *op. cit.*, p. 186; Schliesky, U., "§ 277 Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetz", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, t. XII, 2014, p. 856, número marginal 1.

⁶⁶ Véase Jesse, E., *op. cit.*, pp. 18 y ss.

⁶⁷ *Cfr.*, Schliesky, U., *op. cit.*, p. 848, número marginal 1; Volkman, *op. cit.*, p. 132.

al Ejecutivo, el caótico sistema de partidos y su fuerte relativismo de valores fueron factores que contribuyeron a la toma del poder del nazismo en Alemania.⁶⁸ Utz Schliesky describe la "democracia militante" como aquel principio que exige "el comprender a la democracia constituida en la Ley Fundamental, —o bien el orden fundamental democrático-liberal— como un orden vinculado a valores y a la protección de este orden de los enemigos de la democracia".⁶⁹ El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha reconocido varias veces el carácter combativo de la Ley Fundamental en contra de los enemigos del orden democrático, señalando, por ejemplo:

La protección del orden fundamental democrático-liberal puede ser una razón para la admisible restricción de bienes protegidos constitucionalmente. En la jurisprudencia del Tribunal está reconocido que es posible una limitación de los derechos de libertad para la protección del orden fundamental democrático-liberal, porque la Ley Fundamental se ha decidido por una democracia combativa [...] Los enemigos de la constitución no deben afectar o destruir, apelando las libertades que protege la Ley Fundamental, el orden constitucional o poner en peligro la situación del Estado [...].⁷⁰

En el ámbito constitucional no existe una única disposición general que señale textualmente el carácter combativo de la democracia alemana, sino más bien se interpreta de un gran número de disposiciones constitucionales.⁷¹ Schliesky considera que el principio de la "democracia militante" tiene una contradicción

⁶⁸ Schliesky, U., *op. cit.*, p. 852, número marginal 10.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 853, número marginal 11.

⁷⁰ BVerfGE, Beschl. 17.09.2012, número marginal 112.

⁷¹ No existe un listado preciso jurisprudencial o académico de cuáles disposiciones de la Ley Fundamental comprenden este principio. No obstante, Christian Baudewin ofrece el siguiente: "La democracia militante protege los valores garantizados en el Art. 79, párr. 3 de la Ley Fundamental contra las amenazas de los enemigos constitucionales ('de abajo') así como del mismo Estado ('de arriba'). Los art. 9, párr. 2, art. 18, y art. 21, párr. 2 de la Ley Fundamental protegen contra de los intentos de los enemigos constitucionales desde abajo, en contra de tales amenazas desde arriba están los art. 98, párr. 2 y 79, párr. 3 de la Ley Fundamental. Además, viene a la vista el art. 20, párr. 4 de la Ley Fundamental que funda el derecho de los ciudadanos a la resistencia. El Tribunal Constitucional Federal Alemán considera a veces del mismo modo el art. 26, párr. 1, art. 2, párr. 1, art. 91 y art. 98, párr. 5 de la Ley Fundamental como testimonios del principio de la democracia combativa, mientras que la literatura académica en parte considera al art. 5, párr. 3, enunciado 2, art. 10, párr. 2, art. 61 y art. 87a, párr. 4, enunciado 1 de la Ley Fundamental, así como el art. 73, núm. 10 inciso b, art. 87, párr. 1, enunciado 2 y el art. 11, párr. 2 de la Ley Fundamental", Baudewin, C., *op. cit.*, p. 208.

inmanente, porque la libertad del ordenamiento democrático se desarrolla en la pluralidad de opiniones, las cuales deben ser protegidas —incluso en contra del Estado—, pero al mismo tiempo existe la experiencia de la República de Weimar, que justamente encaminó al desarrollo de la "democracia militante".⁷² En todo caso es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional Federal Alemán declarar si el ordenamiento democrático ha sido afectado por los enemigos de la democracia.

La pregunta que surge ahora es si los grupos de extrema pueden considerarse como enemigos del Estado. El gobierno federal, a través del órgano *Verfassungsschutz*, señala que el extremismo de derecha es contrario a la democracia, pues se dirige contra la constitución moderna, particularmente, la separación de poderes, el Estado de derecho y protección a las minorías.⁷³ Asimismo, la extrema derecha postula la negación del principio de igualdad para favorecer una nacionalidad étnica definida: aquella con raíz caucásica.⁷⁴ Estas características han permitido clasificarlos como enemigos de la democracia.⁷⁵ No obstante, la siguiente cuestión es determinar si estos grupos están protegidos por la libertad de reunión y si las disposiciones constitucionales que forman parte de la democracia militante —que están dirigidas a la restricción de las libertades de los enemigos de la democracia como particulares (artículos 9, párrafo 2; 18, y 21, párrafo 2 de la Ley Fundamental)— pueden justificar restricciones para este tipo de marchas.

II. La libertad de reunión y la extrema derecha

Se podría pensar que gracias al espíritu combativo de la Ley Fundamental frente a los enemigos de la democracia, las marchas organizadas por

⁷² Schliesky, U., *op. cit.*, p. 863, número marginal 26.

⁷³ Disponible en: https://www.verfassungsschutz.de/DE/themen/rechtsextremismus/begriff-und-erscheinungsformen/begriff-und-erscheinungsformen_node.html. Para Beate Küpper *et al.*, las definiciones del extremismo de derecha pueden diferenciarse respecto a que tan estrecho es el vínculo entre la ideología de derecha y la violencia, *cfr.*, Küpper, B. *et al.*, *op. cit.*, p. 79.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ Esto fue reconocido por el gobierno de Willy Brandt en el *Extremistenbeschluss* o *Radikalerlass* del 28 de enero de 1972. Relativo a esta promulgación, véase, Altenhof, R., *op. cit.*, pp. 169 y 170)

grupos de extrema derecha estarían de plano prohibidas; sin embargo, estos grupos también son portadores del derecho fundamental a la libertad de reunión. Es más, paradójicamente, este grupo representa uno de los movimientos sociales más recurrentes de los que salen a marchar a las calles.⁷⁶ La extrema derecha hace uso de la libertad de reunión para dar eco a sus ideas contrarias a las instituciones del Estado.⁷⁷ La falta de una prohibición textual de la participación de los grupos de extrema derecha en el artículo 8 de la Ley Fundamental —a diferencia del derecho de asociación en el artículo 9, párrafo 2— dificulta que se justifique constitucionalmente la disolución de sus marchas. Si bien el parágrafo 15, inciso 2, de la VersG prohíbe las marchas de extrema derecha o neonazis en monumentos para recordar a las víctimas del holocausto y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está prohibido el uso de estandartes o símbolos del nazismo durante las marchas,⁷⁸ no obstante, no existe una prohibición para las marchas que difundan ideas de grupos de extrema derecha; siempre y cuando no se configure alguno de los supuesto penales previstos en el parágrafo 130, inciso 4 del Código Penal alemán. El Tribunal Constitucional Federal lo ha declarado de manera expresa en una decisión de cámara: "La expectativa, de que en la marcha se difundan ideas del nacionalsocialismo, no justifica el prohibir la realización de la marcha. Esto es distinto, en la medida que las expresiones estén prohibidas legalmente de manera compatible con la Constitución".⁷⁹

Se ha intentado utilizar la protección del bien jurídico del "orden público" —contenida en el parágrafo 15, inciso 1 de laVersG— como una justificación para disolver este tipo de marchas. El argumento consiste en

⁷⁶ En palabras de Vincent Klausmann: "Los Neonazis mismos han resultado 'estudiantes inteligentes del derecho de reunión' y evitan en sus marchas el sobrepasar los límites existentes en el derecho penal", Klausmann, V., *Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus*, Baden-Baden, Nomos, 2019, p. 65.

⁷⁷ Christian Baudewin describe la importancia de las protestas sociales para los grupos de extrema derecha: "Las demostraciones son una columna del, mejor conocido como, modelo de cuatro columnas de la estrategia de la extrema derecha: Junto a la 'lucha por las calles' se encuentran además la lucha por las mentes (intelectualismo, influencia por el poderío de las letras), por el parlamento (candidaturas, pacto electorales) y la voluntad organizada (concretización de las fuerzas nacionales, unidad del grupo de derecha)", Baudewin, C., *op. cit.*, p. 183.

⁷⁸ BVerfGE 111, 147, p. 157.

⁷⁹ BVerfGE 2, 1, p. 5.

considerar a la democracia como parte del "orden público" que se ve afectado por la realización de las marchas. En este punto, Vincent Klausmann señala que la restricción de la libertad de reunión a través de la protección del "orden público" solamente tendría lugar por peligros causados por la marcha, no por el contenido de las expresiones dentro de ésta.⁸⁰ Igualmente, Christian Baudewin señala que la seguridad del "orden público" no puede establecer alguna restricción para la ideología de extrema derecha y, del mismo modo, que el principio de la "democracia militante" no puede justificar constitucionalmente intervenciones en la libertad de reunión.⁸¹ El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha negado en su jurisprudencia las restricciones a la libertad de reunión basadas en el principio de "democracia militante":

La Ley Fundamental contiene en el art. 9, párr. 2, art. 18 y art. 21, párr. 2 así como también el art. 26, párr. 1 de la Ley Fundamental, medidas precautorias especiales que muestran que el estado constitucional de la Ley Fundamental se defiende en contra de peligros al orden fundamental —también en la medida que descansan en la distribución de la ideología nacionalsocialista— dentro del marco del procedimiento regulado por el derecho estatal. No obstante, de las normas mencionadas de la Ley Fundamental no se pueden desglosar consecuencias de mayor alcance que las que están textualmente dispuestas.⁸²

Aunado a esto, Wolfgang Hoffmann-Riem explica que la juridicidad del contenido de las expresiones de los participantes está regulada por la libertad de opinión garantizada en el artículo 5 de la Ley Fundamental, y señala además que cualquier restricción a la libertad de expresión se puede justificar únicamente por el artículo 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, por lo que esta normativa excluye el uso del parágrafo 15 de la VersG, pues éste concierne a la libertad de reunión del artículo 8 de la

⁸⁰ Klausmann, V., *op. cit.*, pp. 63 y 64.

⁸¹ Baudewin, C., *op. cit.*, p. 239. En el mismo sentido, Kloepfer, M., *op. cit.*, pp. 1027-1028, número marginal 113.

⁸² BVerfGE 11, 147, p. 158.

Ley Fundamental.⁸³ Existe un estrecho vínculo entre la libertad de reunión (artículo 8 de la Ley Fundamental) y el derecho a la libertad de expresión (artículo 5 de la Ley Fundamental).⁸⁴ Sin embargo, el examen de las restricciones solamente se efectúa dentro del marco de la correspondiente disposición. Esto quiere decir que las restricciones de uno de los derechos no pueden trasladarse al otro y justificar una restricción. Dicha situación es descrita por el Tribunal Constitucional Federal Alemán de la siguiente manera:

Las restricciones estatales del contenido y forma de una expresión de opinión afectan el ámbito de protección del art. 5, párr. 1 de la Ley Fundamental. La justificación para las restricciones se encuentra, incluso cuando la opinión tiene lugar en o debido a una reunión, en las restricciones del art. 5, párr. 1 de la Ley Fundamental [...] En cambio, el art. 8, párr. 2 protege la libertad de reunirse con otras personas con el fin social de participar en la discusión dirigida a la construcción de la opinión pública o manifestación local. [...] El ámbito de protección de este derecho fundamental es lesionado cuando una reunión es igualmente prohibida o disuelta o restringida en su desarrollo por medidas estatales. Las restricciones contenidas en los segundos párrafos del art. 5 y art. 8 de la Ley Fundamental se refieren al respectivo ámbito de protección de los derechos fundamentales afectados. No se puede recurrir al contenido de la expresión de opinión, que en el marco del art. 5 de la Ley Fundamental no puede ser prohibida, para justificar medidas que limiten el derecho fundamental del art. 8.⁸⁵

La autoridad administrativa puede disolver o negar el permiso a marchas realizadas por grupos de extrema derecha, pero no debido al contenido de

⁸³ Hoffmann-Riem, W., "§ 106 Versammlungsfreiheit", en Merten, D. y Papier, H.-J. (eds.), *Handbuch der Grundrechte. Band IV Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I*, Heidelberg, C.F Müller, 2011, p. 1193.

⁸⁴ BVerfGE 82, 236 (258).

⁸⁵ BVerfGE 11, 147, pp. 154 y 155.

su discurso contra el Estado,⁸⁶ sino por la probabilidad de la comisión de actos violentos durante la realización.⁸⁷ Aunque en este tipo de marchas es común la comisión de actos violentos, no siempre es así, por lo que pueden salir a las calles a marchar.

E. El principio de proporcionalidad en una situación de incertidumbre

La pandemia del coronavirus tuvo efectos en todos los ámbitos del Estado, incluso en la jurisdicción constitucional. La incertidumbre ocasionada por las medidas estatales para combatir la pandemia afectó también una de las herramientas metodológicas más importantes de los operadores jurídicos del sistema alemán, el test de proporcionalidad. En Alemania, el principio de proporcionalidad (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) cuenta con rango constitucional en el sistema jurídico.⁸⁸ Todos los actos y leyes del Estado deben ser proporcionales con el fin buscado a través de la ley o acto de autoridad. Del mismo modo, el test de proporcionalidad es considerado un tipo especial de restricción de los derechos fundamentales.⁸⁹ En el test de proporcionalidad se realiza un examen de la relación fin-medio respecto del derecho fundamental afectado y se llega a un resultado que señala si la ley o acto estatal —objeto del control constitucional— es proporcional y, por ende, constitucional. Sin embargo, el uso del test de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán —e incluso, de las jurisdicciones ordinarias— nunca había experimentado una situación de emergencia como la acaecida durante la pandemia del coronavirus. Muchas veces se ha criticado que la Ley Fundamental es una constitución de "buen clima", la cual no prevé

⁸⁶ Incluso la libertad de expresión en el artículo 5 de la Ley Fundamental comprende en su ámbito de protección las expresiones de extrema derecha, en tanto no caigan en el supuesto penal del párrafo 130, inciso 4 del Código Penal alemán.

⁸⁷ BVerfGE 111, 147, p. 157.

⁸⁸ Aunque el principio de proporcionalidad no se encuentra expresamente en alguna disposición de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal Alemán le conferido rango constitucional, *cfr.*, BVerfGE 55, 2, p. 30; BVerfGE 76, 1, pp. 50 y 51.

⁸⁹ Kingreen, T. y Poscher, R., *Grundrechte Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller, 2021 p. 109, número marginal 391 y ss.

situaciones de emergencia estatal. Lo anterior, también podría aplicarse al uso del test de proporcionalidad en el contexto de la pandemia del coronavirus; durante ésta las autoridades públicas y los órganos jurisdiccionales debían resolver la colisión de derechos ocasionada por la protección a la vida y a la salud (artículo 2, párrafo 1, enunciado 1 de la Ley Fundamental) con las otras libertades que se veían afectadas con las medidas para combatir la pandemia; entre ellas, la libertad de reunión. Aun cuando el derecho a la vida y a la salud son dos bienes de suma importancia —la cual se ve reflejada en su gran peso dentro de la ponderación entre derechos—, no son absolutos, pues contienen una reserva de ley, lo que implica que su restricción puede ser fundada en la ley. El problema con la pandemia del coronavirus consistió en la gran incertidumbre respecto del efecto y eficacia de las medidas estatales. La ponderación realizada por los órganos del gobierno, dentro de su pronóstico del peligro, y la de los órganos jurisdiccionales para determinar la constitucionalidad del acto o ley, se caracterizaron por encontrarse en una situación de total desconcierto. Por un lado, los órganos del Estado tenían que actuar de manera urgente para evitar un colapso del sistema de salud y, por el otro, los órganos jurisdiccionales no podían prever qué efectos tendría anular estas medidas estatales para la protección de la vida y salud de las personas. Peter Häberle y Markus Kotzur retratan justo este nuevo contexto para el test de proporcionalidad:

En donde los mitos conspirativos se hacen amplios, los negadores del Covid reclaman para sí mismos el monopolio de la interpretación de la realidad y los autodenominados "Querdenker" incluso asedian a los diputados del Bundestag [...]. Un balance, compatible con la totalidad de la sociedad y soportable para la comunidad política —como comunidad de derechos fundamentales—, entre la libertad y seguridad —Konrad Hesse habría hablado de una "práctica concordancia— puede solamente darse con el costo de la incertidumbre".⁹⁰

⁹⁰ Häberle, P. y Kotzur, M., "Die Covid-19-Pandemie aus der kulturwissenschaftlichen Perspektive einer europäischen und universalen Verfassungslehre", *Neue Juristischen Wochenschrift*, 2021, p. 133.

La incertidumbre producto del estado de emergencia ocasionado por la pandemia permea toda la actividad estatal, incluso el principio de proporcionalidad:

¿Qué quiere decir esto? Que debido a que reina una gran inseguridad —por un lado, de la verdadera dimensión del peligro y, por el otro, de la idoneidad y necesidad de las medidas—, son difíciles de aplicar las clásicas gradas del principio de proporcionalidad. Complejas cuestiones preliminares y, tal vez aun más complejas, cuestiones sobre las consecuencias se encuentra vinculadas con la decisión de ponderación.⁹¹

Uno de los elementos que debe considerarse dentro del test de proporcionalidad es el relativo a la certidumbre del caso concreto por parte del órgano de control constitucional. Entre mayor certidumbre tenga el órgano de control de constitucionalidad, mayor es la intensidad de control de la ley o acto de autoridad; entre menor sea la certidumbre, menor intensidad debe tener el control jurisdiccional, lo que se traduce en una mayor deferencia a la autoridad estatal.⁹² Por esta razón, la incertidumbre de la pandemia afectó el margen de discrecionalidad de los órganos del Estado.⁹³ Un problema importante para la prohibición de las marchas fue que las restricciones a la libertad de reunión no fueron a través de la ley expedida por el legislador, sino de decretos y reglamentos expedidos por el Ejecutivo. Esta situación es relevante en Alemania, pues conforme a la "teoría de la esencialidad", las restricciones a los derechos fundamentales son decisiones que primordialmente están en manos del legislador

⁹¹ *Ibidem*, p. 134.

⁹² Véase, Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, p. 190; Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 325. Respecto a los niveles de intensidad de control, *ibidem*, pp. 316, 323 y 324.

⁹³ En palabras de Jens Kersten y Stephan Rixen: "Este (des) conocimiento repercutió igualmente en la (in) certidumbre de la valoración de las consecuencias sociales y económicas de la pandemia. Entre mayor es el desconocimiento sobre el SARS-CoV-2 y Covid-19, así como sus consecuencias sociales y económicas, mayor es el margen de discrecionalidad de las prerrogativas de evaluación legislativas y ejecutivas", Kersten, J. y Rixen, S., *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2021, p. 99.

democrático.⁹⁴ Lo anterior tiene repercusiones en el establecimiento de restricciones para los derechos fundamentales, pues los decretos emitidos por el gobierno federal y los *Länder* no están obligados a justificar las intervenciones en los derechos fundamentales,⁹⁵ a diferencia del legislador.⁹⁶ Sin embargo, debido a la situación extraordinaria representada por el coronavirus, no fue posible la actividad legislativa por un largo tiempo, por lo que el control de la situación recayó en manos del Ejecutivo. Debido a esto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán tuvo que decidir en un periodo de gran incertidumbre sobre la constitucionalidad de las medidas estatales. En un principio, el Tribunal actuaba de manera dubitativa al momento de examinar las diversas restricciones de los derechos fundamentales ocasionadas por las medidas estatales, pues no podía predecir qué efectos tendría la declaratoria de inconstitucionalidad. Se sobreentendía que las medidas estatales del gobierno eran el resultado de una ponderación entre el derecho a la vida y a la salud frente a las libertades de los afectados. El problema era que frecuentemente los decretos y reglamentos del gobierno federal y los *Länder* no explicaban o motivaban

⁹⁴ Thilo Marauhn señala que la mera existencia de un estado de emergencia no justifica la omisión legislativa en su papel de establecer (a través de ponderaciones) las restricciones de los derechos fundamentales: "En una democracia parlamentaria, las decisiones esenciales son tomadas por el legislador. No es suficiente el declarar 'una situación de pandemia de alcance nacional'. En cambio, se deben incluir las concretas posiciones de libertad y ponderar entre ellas. La repetida insistencia de la protección a la vida y la integridad física no es suficiente para esta ponderación, cuando las correspondientes posiciones de libertad —afectadas por las restricciones— no son reconocidas y son puestas como directivas de actuación para posibles medidas alternativas", Marauhn, T., "Sicher und frei", *Süddeutsche Zeitung*, 11 de diciembre, 2020. Disponible en: <https://www.sueddeutsche.de/meinung/corona-und-grundrechte-sicher-und-frei-1.5145412>.

⁹⁵ *Cfr.*, Kersten, J. y Rixen, S., *op. cit.*, pp. 111 y 112.

⁹⁶ De acuerdo con Martin Borowski, la teoría de la esencialidad comprende tres exigencias con vista en el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica del derecho fundamental: "(1) lo 'esencial' debe ser regulado a través de la ley parlamentaria, no puede dejarse en manos de la administración pública; (2) 'esencial' es, lo que 'es esencial para la realización de los derechos fundamentales' (también más allá de las intervenciones en los derechos fundamentales en sentido tradicional) o 'por lo demás esencial'; y además, la teoría de la esencialidad exige que (3) entre más esencial sea la regulación en cuestión (en las intervenciones de los derechos fundamentales: entre más intensa es la intervención), más precisa debe ser la ley parlamentaria en el supuesto de hecho y consecuencia jurídica", Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, pp. 113 y 114. Lo anterior, en el contexto de la pandemia, implica que las fuertes restricciones a los derechos fundamentales —producto de las medidas estatales— debían ser decididas por el legislador a causa de la fuerte intervención que representaban en varios derechos fundamentales.

estas decisiones de ponderación de manera clara, lo que dificultaba la actividad jurisdiccional al estudiar los casos.⁹⁷ Esta incertidumbre se reflejó en la intensidad del control jurisdiccional. En palabras de Jens Kersten y Stephan Rixen:

El problema constitucional de estas complejas ponderaciones se reflejó también en la intensidad del control jurisdiccional de las sentencias: debido a la complejidad de las decisiones de ponderación multidimensionales tomadas por los gobiernos de los Länder en los reglamentos-corona, el poder judicial debió conceder un muy amplio margen de discrecionalidad y configuración, el cual fue objeto de una revisión jurisdiccional muy limitada.⁹⁸

Sin embargo, conforme transcurría el tiempo, el Estado tenía más conocimiento de las características del virus. Esta ganancia en certidumbre se reflejó también en las sentencias del Tribunal Constitucional relativas al permiso o prohibición de marchas en diferentes momentos de la pandemia del coronavirus. Gracias a los informes del Instituto Robert Koch —institución encargada de estudiar la evolución del virus en Alemania—,⁹⁹ el Tribunal comenzó a retomar sus reflexiones establecidas por años en la jurisprudencia respecto a ciertos derechos,¹⁰⁰ por ejemplo, el importante lugar de la libertad de reunión en la Ley Fundamental.¹⁰¹ Ya antes algunos tribunales contenciosos-administrativos señalaban la

⁹⁷ Kersten, J. y Rixen, S., *op. cit.*, p. 112.

⁹⁸ Kersten, J. y Rixen, S., *op. cit.*, p. 11. Traducción propia.

⁹⁹ El Instituto Robert Koch tiene la función de observar la situación epidemiológica en el ámbito federal y de aconsejar al legislador federal y demás autoridades del gobierno. *Cfr.* Gebhard, F., *Impflicht und Grundgesetz. Eine verfassungsrechtliche Analyse der Einführung einer allgemeinen Impflicht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2022, p. 476.

¹⁰⁰ En palabras de Anne Frankewitsch: "En casi todas las sentencias en cuestiones de SARS-COV-2 en esta fase inicial, la jurisprudencia se basó en el pronóstico del riesgo del Instituto Robert Koch", Frankewitsch, A., "Die ausgefallene Versammlung", en Frevel, B. y Heinicke, T. (eds.), *Managing Corona*, Baden-Baden, Nomos, 2021.

¹⁰¹ Véanse Mateos Durán, A. D., "El Tribunal Constitucional de Alemania y el derecho de reunión en tiempos de Covid-19"; Mateos Durán, A. D., "El Tribunal Constitucional de Alemania y su relectura de la libertad de reunión en tiempos de Covid-19", *Nexos*, 10 de diciembre, 2020. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/alemania-y-su-relectura-de-la-libertad-de-reunion-en-tiempos-de-covid-19/>.

necesidad de justificar las restricciones a las marchas a través de la ley promulgada por el legislador.¹⁰² Así, en la decisión relativa a la marcha de Stuttgart del 18 de abril de 2020, el Tribunal Constitucional volvió a reconocer la importancia de la libertad de reunión, incluso dentro de la situación de emergencia ocasionada por la pandemia del coronavirus.¹⁰³ Los efectos de las decisiones del Tribunal, relativas a la libertad de reunión, también afectaron a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Clemens Arzt divide en tres fases el manejo de la jurisdicción contencioso-administrativa de la situación extraordinaria presentada por la pandemia del coronavirus:¹⁰⁴

1) En la primera fase, que duró hasta mediados de abril de 2020, señala que los tribunales contencioso-administrativos consideraron como justificadas las intervenciones a la libertad de reunión ocasionadas por las medidas estatales para prevenir la pandemia del coronavirus.¹⁰⁵ En la ponderación de la autoridad administrativa, el derecho a la salud y la vida tenían mayor peso que el derecho a la libertad de reunión. Esto tenía como consecuencia que las autoridades administrativas negaran el otorgamiento de permisos.

2) En la segunda fase, que comenzó a mediados de abril, los tribunales contenciosos-administrativos volvieron a reconocer la importancia de la libertad de reunión dentro del sistema constitucional alemán. En parte, amparados por la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán que permitió la realización de la marcha en la ciudad de Stuttgart del 14 de abril de 2020. No obstante, todas las marchas requerían del permiso de la autoridad administrativa. Para el otorgamiento de los permisos el número de participantes se volvió un criterio importante para determinar la posibilidad de concederlo o no, así como el deber en algunos casos de portar mascarilla.¹⁰⁶

¹⁰² Cfr. Arzt, C., "Versammlungsfreiheit unter Druck", *Verfassungsblog*, 12 de enero, 2022. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-unter-druck/>.

¹⁰³ Véase Frankewitsch, A., *op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁴ Arzt, C., *op. cit.*

¹⁰⁵ *Idem.* En el mismo sentido, Frankewitsch, A., *op. cit.*, p. 82).

¹⁰⁶ Arzt, C., *op. cit.*

3) En la fase 3, a mediados del verano de 2020 e inicios de 2021, los organizadores empezaron a desobedecer las medidas de salubridad durante el desarrollo de la marcha. El Tribunal contencioso administrativo de Fráncfort del Meno declaró en la decisión 5 L 3330/20.F que aunque la marcha tenía como objetivo protestar en contra de las medidas implementadas por el coronavirus, los organizadores estaban obligados a garantizar las medidas de salubridad durante la marcha.¹⁰⁷ Por lo que los tribunales, en su pronóstico de daños, empezaron a tomar en consideración las actuaciones pasadas de los organizadores de marchas, por ejemplo, que no acataran los requisitos administrativos requeridos por la autoridad administrativa para el desarrollo seguro de la actividad.¹⁰⁸

A diferencia de los primeros meses de la pandemia, el Tribunal Constitucional Federal Alemán y los tribunales de lo contencioso-administrativo ahora cuentan con más experiencia sobre la probabilidad de contagios durante las marchas, éstas fueron posibles, incluso dentro del contexto del coronavirus, en tanto se observaran las medidas de salubridad exigidas por la autoridad administrativa, por lo que ésta, en lugar de prohibirlas, realizaba un pronóstico del daño tomando en cuenta la peligrosidad del virus. En la medida que se observara en la conducta de los participantes poca cooperación al no acatar los requisitos administrativos —por ejemplo, no reducir el número de participantes o no seguir la ruta planeada por la autoridad administrativa— o una intención manifiesta de no acatar las medidas de salubridad necesarias, la autoridad administrativa contaba con más argumentos para prohibir la marcha. Fue éste el caso de las diversas organizadas por el grupo Querdenken. La autoridad administrativa empezó a considerar las marchas anteriores realizadas por estos grupos que generalmente no acataban las medidas para evitar contagios.

¹⁰⁷ VG Frankfurt/M 5 L 3330/20.F

¹⁰⁸ Arzt explica los nuevos criterios de la autoridad administrativa al realizar el pronóstico de daños: "Desde hace más de un año, para una nueva marcha pueden considerarse —conforme probablemente la opinión unánime de la jurisprudencia— eventos relacionados con anteriores marchas en el marco del pronóstico de peligro, en la medida que estos presenten similitudes respecto al eslogan, lugar, la fecha, así como los participantes y el círculo interno de los organizadores", Arzt, C., *op. cit.*

Los grupos de extrema derecha y antivacunas buscaron en varias ocasiones realizar marchas masivas en lugares públicos reducidos, por lo que la autoridad administrativa buscó reducir el número de participantes para evitar contagios entre ellos. En algunos casos, como la marcha en Bremen en noviembre de 2020,¹⁰⁹ los grupos de extrema llamaban a la realización de varias marchas paralelas con el fin de unirse en una masiva. A través de requisitos administrativos (modos legales) para los organizadores se logró controlar tales intentos de marchas masivas. La autoridad administrativa establecía no solamente los requisitos para el otorgamiento del permiso, realizaba al mismo tiempo un pronóstico del peligro. Actualmente existe el problema de marchas espontáneas llamadas "paseos" (*Spaziergang*), con la finalidad de evitar las estrictas medidas exigidas por el derecho fundamental a la libertad de reunión.¹¹⁰

Un dato muy relevante es el papel del Instituto Robert Koch, pues en varias de las decisiones jurisdiccionales relativas a la permisión o prohibición de las marchas se tomaron como base las estadísticas y medidas preventivas de la institución. Esta situación también se repitió con la mayoría de las decisiones de Estado para combatir la pandemia. En este sentido, las estadísticas y los informes del instituto aportaban legitimidad a las medidas estatales y decisiones jurisdiccionales.¹¹¹ Lo anterior es significativo, pues la autoridad administrativa podía simplemente prohibir la marcha en caso de que existiera un alto índice de contagio en la ciudad o comunidad, sin embargo, debido a la gran importancia del derecho fundamental a la libertad de reunión, estaba obligada a realizar todo lo posible para la consecución de la marcha.

¹⁰⁹ Véase Mateos Durán, A. D., "El Tribunal Constitucional de Alemania y su relectura de la libertad de reunión en tiempos de Covid-19".

¹¹⁰ Véase el informe del *Land* de Baden-Württemberg. Disponible en: https://www.verfassungsschutzbw.de/Lde/Corona-Proteste_+Von+der+Demonstration+zum+_Spaziergang_.

¹¹¹ El Instituto Robert Koch cuenta por sí mismo con una gran legitimidad institucional dentro del engranaje del aparato estatal alemán, véase Gebhard, E, *op. cit.*, p. 479.

F. Conclusiones

El estrecho vínculo entre la libertad de reunión y la democracia es indudable. La participación de la sociedad en la formación de la opinión pública es necesaria para el mantenimiento de una sociedad democrática. Esto también es válido en situaciones de emergencia como la que vivimos en la pandemia del coronavirus. El sistema jurídico alemán es un buen candidato para entender las consecuencias de la pandemia, no sólo en la cuestión relativa a los derechos fundamentales, sino ante todo sobre sus efectos en la democracia. Aunque el sistema constitucional alemán cuenta con disposiciones constitucionales que limitan las libertades de grupos enemigos de la democracia, la Ley Fundamental no prohíbe que salgan a marchar, en la medida en que no porten símbolos relativos al nazismo ni realicen actos de violencia penalmente sancionados.

La autoridad administrativa no puede prohibir las marchas para la difusión de ideas de extrema derecha o por protestar contra las medidas estatales para controlar la pandemia. Tampoco puede prohibir aquellas organizadas por los antivacunas por el simple hecho de que no creen en la seriedad o existencia del virus. En tanto los organizadores y participantes no incurran en las prohibiciones señaladas en el parágrafo 15 de la VersG, las marchas tienen que realizarse de acuerdo con las características acordadas por los organizadores. Sin embargo, la autoridad tiene el deber de garantizar la salud e integridad física no sólo de las personas que se vean afectadas por la realización de la marcha, sino también de los participantes en ésta. La importancia de la libertad de reunión obliga a la búsqueda de acuerdos entre los órganos del Estado y los portadores del derecho fundamental; sin embargo, gracias a los criterios jurisprudenciales ya establecidos y al apoyo científico de instituciones como el Instituto Robert Koch, los órganos jurisdiccionales pueden encontrar elementos compatibles con el orden de valores establecido por la Ley Fundamental que justifiquen la prohibición o disolución de las marchas. Criterios como el acatamiento de los requisitos administrativos (medidas de salubridad) y el comportamiento de los organizadores en anteriores

marchas pueden ser razones justificadas para limitar las marchas de este tipo de grupos. Lo importante es que puedan salir a marchar, pero el ejercicio de ese derecho fundamental no debe tener como consecuencia el daño a derechos de terceros. No obstante, cada vez hay más voces dentro del gobierno que manifiestan el peligro de las marchas de extrema derecha y su impacto en la opinión pública al difundir ideas contrarias a la democracia.¹¹² El que se limite este tipo de marchas requerirá un cambio de la jurisprudencia, lo que implica una carga argumentativa para las autoridades administrativas y para el mismo Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Alemania ha apostado por defender su sistema democrático y constitucional a través de los mecanismos jurídicos dispuestos por la Ley Fundamental. Esta situación exhorta a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales a tomar en serio todo lo construido en las varias décadas que ha tenido vigencia la Constitución alemana. Si bien la pandemia del coronavirus representa un reto nunca antes visto para las instituciones del Estado, es justamente ésta la razón por la que la defensa y protección de los derechos fundamentales tienen que ser más efectivas. La protección de los derechos fundamentales no acaba en su mera positivización en las constituciones o tratados internacionales, sino en su desarrollo y evolución a través del aprendizaje de las experiencias, ya sean buenas o malas.

Bibliografía

Altenhof, R., "Die Entwicklung der streitbaren Demokratie über die Krise einer Konzeption", en Jesse, E. y Löw, K. (eds.), *50 Jahre Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, Duncker und Humblot, pp. 165-180, 1999.

¹¹² Véase https://www.verfassungsschutz-bw.de/Lde/Corona-Proteste_+Von+der+Demonstration+zum+_Spaziergang_.

- Arzt, C., "Versammlungsfreiheit unter Druck", *Verfassungsblog*, 12 de enero, 2022. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-unter-druck/>.
- Baudewin, C., *Öffentliche Ordnung im Versammlungsrecht*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2020.
- Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2018.
- Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 81-128.
- Deutsche Welle, "Amago de asalto al Parlamento alemán: "Un ataque al corazón de nuestra democracia", 31 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.dw.com/es/amago-de-asalto-al-parlamento-aleman-un-ataque-al-corazon-de-nuestra-democracia/a-54771698>.
- "El mundo contempla atónito los sucesos de Washington", *El País*, 6 de enero de 2021. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2021-01-06/boris-johnson-vergonzosas-imagenes-del-capitolio-es-vital-un-traspaso-de-poder-pacifico-y-ordenado.html>.
- Decker, F., "Die Demokratie im Zeichen der Coronakrise. Chance oder Bedrohung", *Zeitschrift für Politik*, vol. 67, pp. 123-132, 2020.
- Ernst, C., "Art. 8 [Versammlungsfreiheit]", en von Münch, I. y Kunig, P. (fundadores)/Kämmerer, J. A. y Kotzur, M. (eds.), *Grundgesetz Kommentar. Band 1: Präambel bis Art. 69*, pp. 677-742, 7a. ed., München, C.H. Beck, 2021.
- Faessler, J. y Mansour, A., "Verschwörungstheorien. Eine wahnsinnige Gefahr?", en Möllers, M.H.W. y van Ooyen, R.C. (eds.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit*, pp. 273-288, 2020/2021.

- Frankewitsch, A. , "Die ausgefallene Versammlung", en Frevel, B. y Heinicke, T. (eds.), *Managing Corona*, pp. 75-87, Baden-Baden, Nomos, 2021.
- Gebhard, F., *Impflicht und Grundgesetz. Eine verfassungsrechtliche Analyse der Einführung einer allgemeinen Impflicht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2022.
- Häberle, P. y Kotzur, M., "Die Covid-19-Pandemie aus der kulturwissenschaftlichen Perspektive einer europäischen und universalen Verfassungslehre", *Neue Juristischen Wochenschrift*, pp. 132-137, 2021.
- Häusler, A. y Küpper, B., "Rechtsextreme Widerstandspostulate und völkisch-autoritäre Rebellion", en Schröter, F. (ed.), *Die geforderte Mitte. Rechtsextreme und demokratiegefährdenede Einstellungen in Deutschland 2020/21*, pp. 225-245, Bonn, Verlag J.H.W. Dietz, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2021.
- Hoffmann-Riem, W., "§ 106 Versammlungsfreiheit", en Merten, D. y Papier, H.-J. (eds.), *Handbuch der Grundrechte. Band IV Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I*, pp. 1117-1212, Heidelberg, C.F Müller, 2011.
- Höfling, W., "Art. 8 [Versammlungsfreiheit]", en Schachs, M. (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, pp. 388-410, 9a. ed., München, C.H. Beck, 2021.
- Jarass, H. D., "Art. 8 [Versammlungsfreiheit]", en Jarass, H. D. y Kemet, M. (eds.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 16. A, München, C.H. Beck, 2020.
- Jarass, H. D. y Kemet, M. (eds.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 16. A, München, C.H. Beck, 2020.

Jesse, E., *Streitbare Demokratie. Theorie, Praxis und Herausforderungen in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, Colloquium Verlag, 1980.

Kersten, J. y Rixen, S., *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2a. ed., München, C.H. Beck, 2021.

Kingreen, T. y Poscher, R., *Grundrechte Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller, 2021.

Klausmann, V., *Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus*, Baden-Baden, Nomos, 2019.

Kloepfer, M., "§ 164 Versammlungsfreiheit", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VII Freiheitsrechte*, pp. 977-1033, Heidelberg, C.F. Müller, 2009.

Kniesel, M., "§ 15 [Verbot, Auflagen, Auflösung]", en Dietel, A. et al., *Versammlungsgesetze. Kommentierung des Versammlungsgesetzes des Bundes und der Versammlungsgesetze der Länder*, pp. 275-338, 18a. ed., Carl Heymanns Verlag, 2019.

Küpper, B. et al., "Aufputschen von Rechts: Rechtspopulismus und seine Normalisierung in der Mitte", en Schröter, F. (ed.), *Verlorene Mitte—Feindselige Zustände. Rechtsextreme Einstellungen in Deutschland 2018/19*, pp. 173-202, Bonn, Verlag J. H. W. Dietz, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2019.

Marauhn, T., "Sicher und frei", *Süddeutsche Zeitung*, 11 de diciembre, 2020. Disponible en: <https://www.sueddeutsche.de/meinung/corona-und-grundrechte-sicher-und-frei-1.5145412>.

Mateos Durán, A. D., "El Tribunal Constitucional de Alemania y el derecho de reunión en tiempos de Covid-19", *Nexos*, 7 de mayor,

2020. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/el-tribunal-constitucional-aleman-y-el-derecho-de-reunion-en-tiempos-de-covid-19/>

Mateos Durán, A. D., "Restricciones de los derechos fundamentales", en Caballero González, E. S. (coord.), *Diccionario Práctico de Derecho Constitucional*, pp. 68-72, Ciudad de México, Centro de Estudios Carbonell, A. C., 2020.

Mateos Durán, A. D., "El Tribunal Constitucional de Alemania y su relectura de la libertad de reunión en tiempos de Covid-19", *Nexos*, 10 de diciembre, 2020. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/alemania-y-su-relectura-de-la-libertad-de-reunion-en-tiempos-de-covid-19/>.

Mateos Durán, A. D., , "El reglamento del Coronavirus y la protesta pública en la ciudad de Stuttgart. Un estudio dogmático del ejercicio de la libertad de reunión durante la pandemia de Covid-19", *Revista Universitas*, vol. 34, pp. 2-38, 2021.

Mateos Durán, A. D., , "El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad. Un estudio de la dogmática alemana", en González Carvallo, D. B. y Sánchez Gil, R. (coord.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, pp. 137-174, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2021.

Mora-Sifuentes, F. M., *Legalismo y Constitucionalismo*, Ciudad de México, Tirant lo blanch, 2021.

Schink, A., *Verschwörungstheorie und Konspiration. Ethnographische Untersuchungen zur Konspirationskultur*, Salzburgo, Springer VS, 2019.

Schliesky, U., "§ 277 Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetz", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 847-877, Heidelberg, C.F. Müller, t. XII, 2014.

Volkman, V., *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?*, Berlin, Duncker und Humblot, 2019.

La tragedia del triaje. Fundamentos constitucionales y penales y sus límites*

Reinhard Merkel**

Steffen Augsberg***

* Texto publicado originalmente en alemán como Merkel, R. y Augsberg, S., "Die Tragik der Triage—straf-und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen", *Juristen Zeitung*, vol. 75, núm. 14., 2020. Traducido al español por Arnulfo Daniel Mateos Durán.

** Profesor de Derecho Penal y Filosofía de Derecho en la Universidad de Hamburgo.

*** Profesor de Derecho Público en la Universidad Justus-Liebig en la ciudad de Gießen y senior fellow en el Colegio Científico Alfred Krupp en la ciudad de Greifswald.

SUMARIO: A. El marco jurídico constitucional del triaje; B. Disposiciones de derecho penal y los principios de ética jurídica; I. Triaje *ex ante*; 1. Relativo a la crítica de Gaede et al.; 2. ¿Regulación legal de la selección?; a. Sanción de la selección incorrecta (premeditada): ¿Sanción por homicidio?; b. La probabilidad de éxito clínico, justicia y sanción; 3. ¿Racionamiento conforme a la edad?; II. Triaje *ex post*; 1. ¿Permanente continuidad de una colisión de deberes?; a. La terminación de la respiración artificial: ¿un hacer o una omisión?; b. Relativo a la cuestión de la fundamentación en la anulación de la totalidad de la función intacta del organismo; 2. ¿Pretensiones desiguales al derecho a la protección a la vida?; 3. ¿"Éxito clínico" como mera preservación de la vida?; C. Preguntas sobre la regulación; D. Conclusión.

En el contexto de la medicina intensiva se denomina triaje (*triage*) a un procedimiento de priorización, es decir, la distribución ordenada de recursos escasos para la preservación de la vida conforme a una prioridad de acuerdo con el número de pacientes cuya grave necesidad supera la totalidad de recursos disponibles. Tales decisiones de distribución —y, del mismo modo, de negativa en casos de emergencia— son decisiones de vida o muerte en casos extremos. Asimismo, estas decisiones se han convertido, en el transcurso de la crisis causada por el coronavirus, en una posibilidad amenazante para las estaciones de cuidados intensivos de Alemania. Es evidente que estas decisiones plantean cuestiones jurídicas difíciles. Esta contribución analiza la discusión actual y aborda la fundamentación de los límites constitucionales y penales de tales decisiones.

A. El marco jurídico constitucional del triaje¹

El derecho constitucional alemán se caracteriza por el empeño de aprender de las experiencias del siglo XX. Esto ha dado como resultado no sólo contenidos y entendimientos normativos específicos, sino también una cierta abstinencia normativa. Lo anterior le ha valido al constituyente el reproche de haber entablado una "Constitución de buen clima", en la cual la "despreocupación frente a los malos tiempos se considera una virtud liberal".² En los hechos, algunas opciones de acción, hoy en día consideradas como evidentes, se patentizan a través de reformas constitucionales o interpretaciones constitucionales (en ocasiones bastante atrevidas o creativas). Esto quedó ilustrado, por ejemplo, en la cuestión del rearme³ y posterior despliegue de misiones en el extranjero de las fuerzas armadas (*Bundeswehr*).⁴ Otras cuestiones siguen siendo, de forma comparativa, estrictamente reguladas, es el caso, por ejemplo, de las restricciones del despliegue de operaciones militares en el país, y junto con éstas, primordialmente, la vinculación de los derechos fundamentales, en particular, el significado de la garantía de la dignidad humana. En tal tenor, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha decidido recientemente que la protección de los derechos fundamentales frente a los poderes estatales alemanes se aplica a través de las obligaciones existentes en el derecho internacional, principalmente en el extranjero y para los individuos sin ciudadanía alemana. Lo anterior resulta inimaginable para muchos otros ordenamientos jurídicos;⁵ sin embargo, no es culpa de la

¹ Relativo al concepto de *traje*, sus diferentes significados y fronteras (imprecisas y entrecruzadas), véase Iverson, K. V. y Moskop, J. C., "Triage in Medicine, Part. I: Concept, History, and Types", *Annals of Emergency Medicine*, vol. 49, núm. 3, 2007, pp. 275 y ss.

² Isensee, J., "Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion?", en Brugger, W. y Haverkat, G., *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, núm. 84, 2002, p. 66. Véase, también relativo a esto, Kaiser, A.-B., "Ausnahmeverfassungsrecht", *Juristen Zeitung*, vol. 76, núm. 15/16, 2020, p. 26.

³ Cfr., sobre esto, solamente, Epping, V., "Wehrverfassung. Entmilitarisierung, Wiederbewaffnung Leistungsfähigkeit", en Pieroth, B. (ed.), *Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung*, Berlin, Duncker und Humblot, 2000, pp. 183 y ss.

⁴ Cfr: BVerfGE 90, 286 y ss. Véase, relativo a la complejidad del tema, Rauch, A. M., *Auslandseinsätze der Bundeswehr*, Baden-Baden, Nomos, 2006.

⁵ Cfr: BVerfGE, sentencia del 19 de mayo de 2000–I BvR 2835/17.

altanería de un universalismo de los derechos fundamentales "made in Germany", sino que se ajusta a una consecuente comprensión de la protección orientada a la sensibilidad —considerando los posibles problemas que tiene como consecuencia—. Además, en la crisis causada por el coronavirus hemos recordado que una situación de peligro especial puede legitimar también restricciones amplias y marcadas a la libertad. No obstante, el derecho constitucional nacional, tanto federal como en los estados federados (*Länder*), no reconoce una "reserva de excepcionalidad" —a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos—. Por ello, está prohibido constitucionalmente, incluso en periodos de crisis, dejar sin efecto los derechos fundamentales de manera general (aunque sea de forma temporal). Esto se evidencia con el empleo de la situación de emergencia, que es parafraseada como "interna" y "externa", y que comparativamente prevé menos alteraciones de cara a la situación normativa.⁶ Por supuesto, ello puede acarrear desventajas. La situación de emergencia establece límites estrechos al poder del Estado, quizá no considerados como adecuados para la situación. Por estas razones, la tradición constitucional particular, que aquí se refleja, debe ser investigada —desde una comparativa internacional— de manera reflexiva y crítica sobre su (dis)funcionalidad.⁷ No obstante, esta tradición no debe ser sencillamente dejada de lado cuando produce resultados que parecen problemáticos por razones morales o pragmáticas. Justo estas dos situaciones de tensión normativa interna exigen un análisis profundo de la racionalidad del derecho (constitucional) y su relación con otras dimensiones normativas.

Ante este trasfondo, vale la pena reflexionar cómo el derecho constitucional alemán y el derecho penal están preparados para el gran reto de las situaciones del triaje. A grandes rasgos, se pueden distinguir dos suposiciones de salida: la primera, a partir de una situación regulativa

⁶ Cfr. detalladamente, Kaiser, A.-B., *op. cit.*

⁷ Cfr. por ejemplo, Ladeur, K.-H. y Augsberg, I., *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2008.

deficitaria, pero modificable legislativamente (y, en consecuencia, que debe ser modificada).⁸ Según la segunda, puede ponerse en duda la existencia de tal necesidad o posibilidad de regulación. Esta última posición es la que aquí defendemos. Así, desde la convicción de que las restricciones antes señaladas del derecho constitucional alemán afectan preponderantemente las situaciones del triaje y, por su parte, el derecho penal establece una regulación comprensible y con suficiente certidumbre jurídica sobre esta base, sin presentar vacíos inaceptables de punibilidad. El derecho constitucional repercute en este punto de dos formas: contiene las normas fundamentales, no modificables por el legislador. Al mismo tiempo, prohíbe el uso de criterios no compatibles con sus normas fundamentales.

Sedes materiae de la argumentación constitucional son, entre otras, una garantía de la dignidad humana comprensiva de base igualitaria (artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental),⁹ especialmente, el derecho a la vida según el artículo 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental, el derecho general a la personalidad, artículo 2, párrafo 1 en conjunto con el artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental,¹⁰ así como el principio de igualdad del artículo 3 de la Ley Fundamental. Estas normas centrales de derechos fundamentales deben entenderse en el sentido de una interpretación histórico-teleológica, (también) como reacciones normativas de desafíos pasados. La especial protección igualitaria de la dignidad y la vida del hombre aparecen en este sentido como un rechazo al reino de terror del nacionalsocialismo y su noción estrechamente arraigada a diferentes valoraciones de la vida del hombre; pero al mismo tiempo esta protección tiene que hacer frente a los retos actuales. Con vista en las promesas y

⁸ En este sentido, Gaede, K. et al., "medstra-statement: Rechtsmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation", en *medstra*, núm. 3, 2020, pp. 129 y ss.; Taupitz, J., "Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?", *Medizinrecht*, vol. 38, núm. 6, 2020, pp. 440 y ss.; véase además el apartado B.

⁹ *Cfr.*, respecto a esto, solamente Höfling, W., "Artikel 1", en Sachs, M. (ed.), *Grundgesetz*, 8a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2018, párrafo 35.

¹⁰ Este es el vínculo constitucional habitual, principalmente, también respaldado por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Relativo a una ubicación sobre el tema, véase, solamente, Höfling, W., "Artikel 1", párrafo 68.

exigencias de la llamada "biopolítica", debe subrayarse que el derecho constitucional alemán no conoce la no-persona o el no-hombre, solamente el dotado con "la nuda vida".¹¹ El sistema de valores constitucional, fundado en el incuestionable valor intrínseco del individuo,¹² se opone a aceptar la diferenciación entre géneros. Característico y directriz de ello es el principio de la indiferencia del valor de la vida. En consecuencia, cada diferenciación directa o indirecta de acuerdo con el valor de la vida es inadmisibile: cada vida humana goza, sin consideración alguna de su duración, de la misma protección constitucional; están prohibidas las valorizaciones o devaluaciones.¹³ Al igual que la dignidad humana en su conjunto,¹⁴ funge esta prohibición valorativa, fundada en ella, como una "señal de alto". Sin embargo, en una situación de decisión trágica como el triaje, los criterios de selección predefinidos legalmente no significan solamente una concretización de las pretensiones de tratamiento,¹⁵ sino que implican necesariamente una cualificación, es decir, una valorización del orden de la vida humana. Por eso, la recomendación *ad hoc* del Consejo de Ética Alemán, "Solidaridad y responsabilidad en la crisis del coronavirus", acertadamente subraya que no es válida ninguna distinción estatal directa o indirecta conforme al valor y duración de la vida y, por ello, no es permisible cualquier requisito relativo a una distribución inequitativa de las probabilidades de supervivencia y riesgos mortales en situaciones de crisis agudas. La indiferencia ante el valor de la vida significa en los hechos que no solamente están prohibidas las distinciones, por ejemplo, debido al género u origen étnico, sino también las clasificaciones tendientes a un principio simplificado de maximización utilitaria.¹⁶

¹¹ Por ejemplo, véase, Agamben, A., *Das Offene. Der Mensch und das Tier*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2003, p. 25.

¹² *Cfr.* BVerfGE 7, 377, pp. 408, 411.

¹³ *Cfr.*, por ejemplo, BVerfGE 115, 118, p. 158.

¹⁴ *Cfr.* sobre esto Ladeur, K.-H. y Augsburg, I., *op. cit.*, pp. 8 y ss., la cita en la página 10.

¹⁵ Así, Lübke, W., "Orientierung in der Corona-Krise? Nicht mit Doppelbotschaften", *Medizinrecht*, vol. 38, núm. 6, 2020, p. 438.

¹⁶ Véase, Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-Hoc-Empfehlung*, 2020, 3 y 4. Disponible en: <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2020/solidaritaet-und-verantwortung-in-der-corona-krise?cookieLevel=not-set>. [Nota del traductor: los dos autores son miembros del Consejo de Ética Alemán y participaron en la elaboración de la recomendación

Resulta incompleto e impreciso, por decir lo menos, cuando en las publicaciones de derecho penal y derecho civil sobre el tema,¹⁷ con vista en estos requisitos fundamentales constitucionales, únicamente se remite a los pasajes respectivos en la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*). Esto sugiere que, de manera consciente o inconsciente, se trata de un posicionamiento aislado, que posiblemente conduce a errores. En este caso, el Tribunal constitucional continúa, sobre este punto, con una larga e interrumpida línea jurisprudencial. Así lo dice en la primera decisión sobre la interrupción del embarazo, "la vida humana no puede someterse a ningún tipo de valoración diferenciadora o una ponderación numérica".¹⁸ Lo cual ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán recientemente. En su decisión sobre la inconstitucionalidad del párrafo 217 del Código Penal Federal (StGB) se encuentra una discusión detallada relativa "a la raigambre del derecho a la autodeterminación de la muerte dentro de la garantía de la dignidad humana del artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental". En este contexto, el Tribunal subrayó que el artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental protege la dignidad de la persona,

en la forma que ésta comprenda por sí misma su individualidad y tome consciencia de sí misma. La voluntad del portador del derecho fundamental es determinante, la cual se sustrae de una valoración a través consideraciones de valores generales, mandatos religiosos, modelos sociales para el manejo de la vida y la muerte o consideraciones de la razonabilidad objetiva.

El Senado del Tribunal Constitucional Federal Alemán pone de relieve, además, que el derecho a la eutanasia yace "en cada fase de la existencia

ad-hoc]. Del mismo modo, G Gutmann, M., "Leben und Technik", en Gethmann, C. F., *Lebenswelt und Wissenschaft*, Hamburgo, Meiner, 2011, p. 317, nota 52.

¹⁷ *Cfr.* Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 132; Hoven, E., "Die 'Triage'-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft", *Juristen Zeitung*, vol. 75, núm. 9, 2020, p. 450; Taupitz, J., *op. cit.*, pp. 442 y 443; Witte, T., "Ressourcenknappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Seuchenfall", *Medizinrecht*, vol. 33, núm. 7, 2015, p. 494.

¹⁸ BVerfGE 39,1, p. 59.

humana" y "no se limita a estados de enfermedad graves o incurables o determinadas fases de la enfermedad o la vida".¹⁹ En el marco de las consideraciones finales *de lege ferenda*, se retoma nuevamente esta idea: el reconocimiento constitucional del derecho a la eutanasia prohíbe al legislador adoptar "una apreciación según los parámetros de la razonabilidad objetiva" y "presentar criterios materiales para la autorización de ayuda para la eutanasia, por ejemplo, hacer la eutanasia dependiente de la presencia de una enfermedad progresiva incurable o mortal".²⁰

Más adelante se abordarán las consecuencias de estas declaraciones político-jurídicas para una posible regulación de las situaciones de triaje. Por el momento, es suficiente establecer que la prohibición de cualquier tipo de evaluación o desestimación de la vida humana constituye un elemento esencial del pensamiento constitucional alemán y, de manera reciente, una constante reiteradamente confirmada por la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional. Es a "prueba de crisis", en el sentido de que bajo la validez de la Ley Fundamental los principios fundamentales contenidos en ella no se encuentran a disposición, incluso, en tiempos de extrema emergencia (interna o externa). Sin embargo, desde una perspectiva del derecho constitucional no es aplicable *fiat iustitia et pereat mundus*. Al contrario, destaca por ser un ordenamiento normativo, viable y duradero, que, por un lado, se presenta como suficientemente flexible, por otro, debe atenerse a determinadas decisiones en el caso concreto —incluso, ante las posibles consecuencias dramáticas—, porque su efecto orientador alcanza o llega más allá del caso concreto. La recomendación *ad hoc* del Consejo de Ética Alemán acertadamente postula: "Incluso en tiempos de excepcionalidad de una situación de emergencia abarcadora y catastrófica, [el Estado] tiene no solamente el deber de salvar el mayor

¹⁹ BVerfG, sentencia del 26 de febrero de 2020-2 BvR 2347/15, particularmente, párrafo 210; comentarios de Hartmann, L., "Anmerkung", *Juristen Zeitung*, vol. 75, núm. 12, 2020, pp. 642-644; entrevista de Hillenkamp, T., "Strafgesetz 'entleert' Grundrecht – Zur Bedeutung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zu § 217 StGB für das Strafrecht", *Juristen Zeitung*, vol. 75, núm. 12, 2020, p. 618.

²⁰ BVerfG, sentencia del 26 de febrero de 2020-2 BvR 2347/15.

número de personas, sino, además, y sobre todo, garantizar los fundamentos del ordenamiento jurídico".²¹ Este trasfondo de derecho constitucional, brevemente esbozado es una parte inamovible de la lógica regulativa del derecho penal. Antes de que las disposiciones de derecho penal se analicen *en détail*, se debe establecer que no se puede hablar de una regulación que no cumpla con las disposiciones constitucionales antes descritas —ya sea debido a contradicciones existentes o por una normatividad insuficiente—. Tal deficiencia se sostiene o construye más bien en parte para exigir sobre esta base una actividad legislativa. Para probar lo anterior, es necesario un análisis detallado de las disposiciones penales existentes y las críticas recientes vertidas en este aspecto (B). Por tal motivo, puede aclararse la cuestión de si una solución legal sería permitida o deseable (C). Una breve conclusión finalizará esta contribución (D).

B. Disposiciones de derecho penal y los principios de ética jurídica

Se deben distinguir tres situaciones típicas de triaje. Sus diferencias en los hechos al menos sugieren *prima facie* que están sujetas a regulaciones normativas distintas. Para simplificar, ilustraremos esta situación a través de ejemplos paradigmáticos.²² Se sobreentiende que la realidad clínica de las estaciones de cuidados intensivos presenta diversas variantes. Tales variantes, regularmente someten a las normativas reglamentarias, las cuales pueden parecer convincentes para los modelos fundamentales, a intrincadas pruebas de resistencia y ponen de manifiesto los límites de su plausibilidad.

Aquí nos encontramos ante el primer caso fundamental, marcado a continuación como triaje *ex ante*: una situación, en la cual el número de camas con respirador es menor al número de pacientes que necesiten de manera

²¹ Deutscher Ethikrat, *op. cit.*, p. 4.

²² Del mismo modo, con el fin de simplificar, pero correspondiente con la típica realidad de los cuidados intensivos de pacientes de covid-19. Además, consideramos que en la repartición de recursos para la manutención de la vida siempre se trata de aparatos de respiración altamente técnicos.

urgente ese lugar. Por ejemplo: para cinco pacientes admitidos al mismo tiempo solamente hay una cama con respirador. El segundo caso fundamental (traje *ex post*) se refiere a la situación en la que todas las camas con ventilador de una clínica están ocupadas. En el caso modelo se admite a la madre M de 30 años de edad con necesidad de respiración artificial, solamente se podría salvar cuando uno de los pacientes ya atendidos, digamos, cuando el abuelo G de 85 años de edad sea extubado con consecuencias mortales, es decir, desconectado del respirador, que sería otorgado a M. Finalmente, la tercera construcción se encuentra de manera fenotípica entre los otros dos: una estrategia (*ex ante*) preventiva para impedir, por lo demás, el triaje *ex post* amenazante. En el caso modelo: al paciente ya aceptado, G de 85 años de edad, le es negada la conexión al ventilador no utilizado y, por lo tanto, disponible, pues así, los médicos podrán contar con que el siguiente paciente de 30 o 40 años necesitado de respiración artificial probablemente sólo tenga que esperar unas horas, a más tardar, días. Según las noticias de la prensa, esta forma de triaje fue practicada varias veces en el punto más alto de la crisis en Italia y Francia.

I. Triaje *ex ante*

Desde una perspectiva del derecho penal, el primer modelo ofrece menos dificultades; al menos es lo que constataría una buena parte de la opinión académica. Este modelo es realmente el ejemplo de libro de texto de un tipo específico de colisión de deberes a justificar:²³ la existencia paralela de una pluralidad de deberes jurídicos de comisión del mismo rango de importancia, los cuales no pueden ser satisfechos todos juntos. Una regulación para tal caso es inexistente.²⁴ Sin embargo, la opinión de la

²³ Cfr. Frister, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8a. ed., München, C. H. Beck, 2018, capítulo 22, párrafo 61: dos personas gravemente heridas requieren para su supervivencia del único desfibrilador; el mismo ejemplo en Jescheck, H.-H. y Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5a. ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1996, § 33 V 1.

²⁴ La clasificación de colisiones ("verdaderas") de deberes, en el sentido indicado, no sería correcta para un estado de necesidad justificado. (La impresión, de que esta clasificación es defendida en la literatura se debe a lo poco unitario del concepto). A saber, el parágrafo 34 StGB comprende también

doctrina jurídica y la judicatura asumen de manera amplia que es correcto que la imposibilidad objetiva del cumplimiento de un deber jurídico deba excluir la antijuridicidad del incumplimiento —*ultra posse nemo obligatur*—. La opinión contraria, que, no obstante, solamente quiere excusar de tal "trampa normativa" al autor del delito aprehendido, es menos plausible. Debido a que el ordenamiento jurídico no podría mostrarle, ni siquiera teóricamente, al autor del delito una alternativa de legalidad para una reconvencción de la antijuridicidad de su comportamiento, por ello, no puede culparlo.²⁵

Hasta aquí todo resulta muy sencillo. Sin perjuicio de la falta de una regulación legal, el derecho reconoce una justificación de las omisiones ineludibles, en situaciones de colisión de deberes, justificada en principios. Por otro lado, el derecho no puede prescribir —en tanto los deberes de acción tengan el mismo rango y sus objetos de protección posean el mismo valor— cuál de los deberes en colisión en tal situación debe elegir la persona actora (y omisora) a expensas de otros deberes. Por ello, la cuestión de la legalidad del comportamiento presenta dos planos en tales colisiones de deberes.²⁶ Por un lado, se debe aclarar si el resultado de la solución del conflicto por parte de los actores requiere de una justificación legal. La respuesta es sí; porque en este resultado deriva el no cumplimiento, mortal dado el caso, de una obligación jurídica existente (esta justificación se efectúa a través del principio de la colisión de deberes).

los casos de colisión de deberes jurídicos, pero solamente aquellos en los que coinciden deberes de comisión y deberes de omisión.

²⁵ Relativo a la "trampa normativa", Neumann, U., "Rechtfertigender Notstand", en Neumann, U. *et al.* (ed.), *Strafgesetzbuch Nk-StGB*, 5a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, §34, párrafo 133; para un mero perdón, véase, Paeffgen, U. y Zabel, B., "Vorbemerkungen zu §§ 32 ff.", en Neumann, U. *et al.* (ed.), *Strafgesetzbuch Nk-StGB*, 5a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, §32, párrafo 174; del mismo modo, Fischer, T., *Strafgesetzbuch*, 67a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2020, §32, número marginal 11a; Jescheck, H.-H. y Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5a. ed., Berlín, Duncker und Humblot, 1996, § 33 V 1 c. Las formas dogmáticas en las cuales se puede construir la exclusión de la antijuridicidad (por ejemplo, también a través de la exclusión del supuesto de hecho), pueden dejarse aquí de lado; sobre los detalles, Roxin, C. y Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, 5a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2020, § 16, párrafos 115-125.

²⁶ Conciso respecto a las siguientes diferenciaciones, véase, Jakobs, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2a. ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1991, nota 11)

Por otra parte, se cuestiona si requiere de una justificación la elección del camino concreto a ese resultado. La respuesta es no. Debido a que como el ordenamiento jurídico no conoce ningún criterio para la diferenciación del rango de los bienes a proteger, tampoco especifica ningún rango de prioridad para su elección y los actos de protección requeridos.

Si relacionamos esto con el tipo de caso de triaje *ex ante*, entonces, parece dar como resultado que las decisiones médicas están justificadas en todos los casos, independientemente de la pregunta de a cuál de los cinco enfermos necesitados de un respirador se debe elegir para salvar y a cuáles otros se les debe dejar morir. Porque si algo constituye un ejemplo de la imposibilidad e inadmisibilidad de una diferenciación de rango o valores es la vida de las personas, independientemente de su edad, de su origen, género u otras características, las cuales están prohibidas como criterios para una garantía distinta de protección jurídica, por ejemplo, del artículo 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Así lo establece la recomendación *ad hoc* del Consejo de Ética alemán en una dicción breve: el resultado de la solución del conflicto médico, la omisión del rescate de los cuatro pacientes, es legal; porque aquí tiene validez "el principio de que nadie puede estar obligado a lo imposible". La determinación concreta (la elección relativa a la persona) no requiere, en cambio, de una posterior justificación. Ésta queda a la libre elección del responsable médico, porque el derecho no exige "ningún criterio de selección para esta decisión".²⁷

Sin embargo, esta respuesta, que desde hace mucho tiempo ha constituido la opinión dominante en el derecho penal, recientemente ha sido

²⁷ Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-Hoc-Empfehlung*, 2020. Disponible en: <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2020/solidaritaet-und-verantwortung-in-der-corona-krise/?cookieLevel=not-set>, p. 4; asimismo, Merkel, R., "Eine Frage von Recht und Ethik", en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 2020. Disponible en: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/beatmung-in-der-medizin-eine-frage-von-recht-und-ethik-16710882.html>: primero, el médico responsable actúa —o bien, omite— no de manera ilegal; segundo, para el salvamento éste puede seleccionar "cuando así quiera".

centro de fuertes críticas. Gaede, Kubiciel y Tsambikakis rechazan la concepción del Consejo de Ética por considerarla errónea.²⁸ La crítica se dirige también, con especial énfasis, contra las observaciones del consejo relativas al triaje *ex post*, o de manera más precisa: en contra de los límites legales dibujados por cada solución pensable (más adelante se explicará esto). No obstante, Gaede et al. no se contuvieron tampoco en su crítica respecto de la solución esbozada para el triaje *ex ante*. Por esta razón vale la pena dar un vistazo más profundo.

1. Relativo a la crítica de Gaede et al.

Los autores anuncian de manera inequívoca su primer veredicto con un signo de interrogación en unos de los subtítulos: "¿El triaje como un espacio libre del Estado o de regulación?". El Consejo de Ética, señalan, se repliega a un "estándar agnóstico". Deja "abierto si el operador jurídico debe considerar todas las opciones de actuación con el mismo valor —es decir, igualmente legales, o bien, igualmente ilegales—". Tal "espacio libre de derecho y valores" sería "muy difícil de comunicar a los responsables médicos y los pacientes afectados". Este espacio, como "renuncia absoluta de las disposiciones normativas", no es compatible con el deber de protección constitucional del Estado.²⁹

No es del todo fácil decir qué hacer con una crítica que de manera tan abierta dibuja mal su objeto de estudio. Ya la expresión antes citada del Consejo de Ética, de que nadie puede ser obligado a lo imposible, aclara inequívocamente que la decisión de los médicos de no tratar a cuatro de los cinco pacientes necesitados de respirar con el único respirador disponible no es contraria a derecho de cara a estos cuatro pacientes. Hasta

²⁸ Gaede, K. et al., *op. cit.*, pp. 129 y ss.; de igual modo, lo rechaza decididamente Hoven, E., "Die 'Triage'-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft", *Juristen Zeitung*, vol. 75, núm. 9, 2020, p. 450.

²⁹ Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 130.

qué punto tal certificación de la legalidad consolida un "espacio libre de Estado, regulación, derecho y valores", esto resulta incomprensible.³⁰

Ahora bien, el rechazo a un "supuesto espacio libre de derecho" se dirige, sobre todo, en contra de la afirmación de que la determinación concreta de la persona que será salvada en un triaje *ex ante* no está sujeta a ningún parámetro legal. En esto, es posible que los autores sencillamente hayan pasado por alto que la apreciación tiene lugar en dos planos distintos. Sin embargo, el resultado de la decisión médica, la muerte provocada por la omisión, necesita (y puede) ser legitimada jurídicamente. Además, la falta de una regla jurídica para la selección concreta de las personas que serán salvadas (y la muerte de los abandonados) no tiene nada que ver con un "espacio libre de derecho".³¹ El concepto, así como la crítica vinculada a éste, debería reservarse para ocasiones más plausibles. Debido a que, si se emplea asimismo, tal como lo hacen Gaede et al., para la elección médica que no está sujeta a la coacción del derecho, entonces, se abren inesperadamente espacios innumerables sin derecho —por ejemplo, el acto de legítima defensa de una persona agredida, quien elige, entre un "puntapié" o un "puñetazo", como igualmente idóneos y necesarios como posibilidad de defensa, lo cual está permitido por el parágrafo 32 StGB—. Llamar a esto "espacio libre de derecho" hace que el concepto carezca de sentido.

2. ¿Regulación legal de la selección?

Naturalmente, Gaede et al. exigen una regulación legal para esta elección médica. Mientras que el Consejo de Ética pretende confiar las medidas

³⁰ La interpretación incorrecta raya en lo sorprendente, cuando del artículo Merkel se cita el comentario de que el médico puede "seleccionar, cuando así quiera", pero no la anterior de que "no está actuando ilegalmente" y entonces se agrega: "En contra, Brech (2008, 355): 'El derecho debe "declarar la decisión como legal'" —es decir, exactamente lo mismo que se encuentra en Merkel [Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 130, nota 10)].

³¹ Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 130, por cierto, comienzan su crítica con la advertencia de que en el derecho vigente no hay ninguna disposición de "cómo deben ser distribuidos los escasos recursos y, con ello, las probabilidades de supervivencia".

correspondientes a criterios de ética bien meditados, fundados, transparentes y, en la medida posible, aplicados unitariamente —como fueron concretizados, por ejemplo, en las recomendaciones de las sociedades médicas competentes—,³² Gaede et al. declaran como inaceptable el desistimiento de una regulación del derecho. Porque este desistimiento conduce a la "dispensa" de criterios puramente "condicionados a la subjetividad" y abren "camino para la discriminación desenfrenada de personas de edad avanzada".³³ El legislador se encuentra obligado, tiene que legislar una disposición vinculante para el triaje; si rehúye de ese deber, entonces deben hacerse cargo la ciencia y la práctica jurídica.³⁴ De tal manera, el criterio determinante para la elección médica concreta debe ser, como exigían las sociedades médicas, la "perspectiva de éxito clínico" de cada uno de los pacientes que necesita respirar de manera urgente. En tanto, como material ético, se prefiere respecto de todos aquellos criterios meramente formales que se basan en la casualidad (por ejemplo, por sorteo)³⁵ y, por lo mismo, deben ser evitados. Este criterio garantiza el uso "más efectivo para salvar vidas" dentro de los recursos médicos, porque exigen que se dé prioridad a los pacientes "con las evidentes y mejores esperanzas de supervivencia". Por ello, son determinantes factores fiables como "patologías previas, el curso de la enfermedad hasta ahora, la reacción a terapias y el cuadro de síntomas", es decir, no meros "antecedentes clínicos superficiales".³⁶

Ahora bien, desde el punto de vista de la opinión académica mayoritaria y, por ejemplo, también del Consejo de Ética, no hay nada fundamental

³² Y de ninguna manera, como Gaede, K. et al., *op. cit.*, consideran, la arbitrariedad "condicionada a la subjetividad" del decisor, *cfr.*, Deutscher Ethikrat, *op. cit.*, p. 4; Merkel, R., "Eine Frage von Recht und Ethik", habla de un "corredor normativo para la ética".

³³ Gaede, K. et al., *op. cit.*, pp. 133 y 134.

³⁴ *Ibidem*, p. 129, "Tesis principal" 2.

³⁵ Propuesto por Walter, T., "Lasst das Los entscheiden!", en *ZEIT Online*, contribución del 2.4.2020, 2020. Disponible en: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung>.

³⁶ Todas las citas, Gaede, K. et al., *op. cit.*, pp. 133, 134 y 136; en contra de criterios dependientes del azar, véase, Hoven, E., *op. cit.*, pp. 451 y 452.

que objetar en el empleo de estos criterios para el triaje *ex ante*, pues satisfacen orientaciones éticas fundamentales defendibles, aunque controvertidas.³⁷ Por supuesto, estos criterios, como se verá continuación, no son de ninguna manera convincentes para todas las situaciones del triaje y en algunas de plano son equivocados. Por lo tanto, solamente se puede justificar una transparencia normativa de los criterios de decisión en las polifacéticas particularidades de tales situaciones. De esta manera lo ve también la opinión académica mayoritaria: el derecho no interfiere (más) aquí con la normativa obligatoria. No obstante, esto parece insostenible para Gaede et al. En lugar de eso, el legislador —y en el caso de su negativa, la academia y la judicatura— debería designar cada criterio clínico como legalmente obligatorio e implementarlo en la práctica. En contra de esto hay varias objeciones importantes. Por desgracia, los autores las pasaron por alto o las ignoraron.

*a. Sanción de la selección incorrecta (premeditada):
¿sanción por homicidio?*

Al principio parece sorprendente la afirmación de los autores, en contraste con la opinión académica mayoritaria, de que su postulado asegura protección legal para "los profesionales de la salud que luchan por la vida". Los protege de que el derecho los abandone "con la referencia a una decisión de conciencia individual, lo que haría que carguen con la absoluta responsabilidad ética y los amplios riesgos de responsabilidad civil".³⁸ Evidentemente esto es incorrecto para el triaje *ex ante*. La elección individual de los pacientes que serán salvados no está sujeta, según la opinión académica mayoritaria, a ninguna restricción legal. Esto garantiza a los responsables de la decisión una protección más comprensiva

³⁷ Sobre esto, en el contexto de las decisiones de triaje, de manera breve y clara, véase, Schöne-Seifert, B., "Wen soll man sterben lassen?", en Frankfurter Allgemeine Zeitung, contribución del 31.3.2020. 2020, p. 11. Disponible en: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/konflikte-wegen-corona-wen-soll-man-sterben-lassen-16703671.html>.

³⁸ La primera cita Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 133, la segunda ("1 primera tesis central"), p. 129.

que un mandato legal que prescribiera un criterio X —el cual naturalmente señalaría sanciones en caso de una desviación deliberada o imprudente de este mandato—.

Se podría pensar que esta distinción es insignificante. No obstante, el problema de la sanción no es éste. Debido a que pone en duda la concepción de Gaede et al. con miras en la parte de las consecuencias jurídicas. ¿A qué supuesto de hecho estarían vinculadas estas sanciones? Precisemos el primero de los modelos antes mencionados: de los cinco pacientes con necesidad grave de respirar, de A hasta E, el paciente A satisface claramente el criterio de selección de la mejor "perspectiva de éxito clínico". Su probabilidad de supervivencia es "evidentemente mejor" en comparación con los demás. No obstante, en una evaluación más correcta de este diagnóstico, el médico responsable X intuba a B. B sobrevive; A muere, como esperaba X. ¿Es punible debido al homicidio (por omisión)? Si se sigue la concepción de Gaede et al., entonces, uno debe responder afirmativamente: el médico X dejó morir de manera premeditada a A, a quien pudo salvar y estaba obligado legamente a salvar. La irritación que rápidamente surge aquí —porque el comportamiento de X no sería punible según la opinión académica mayoritaria— sugiere un vistazo más preciso del criterio "perspectivas de éxito clínico". ¿Qué quiere decir eso? Y sobre todo: ¿de dónde deriva su significado normativo, el cual podría predestinar la decisión sobre la cuestión de si un acto médico es lícito o un delito grave? Es evidente que la respuesta no puede encontrarse en una referencia casual al mejor "uso de los recursos idóneos al fin".³⁹ La eficiencia como tal no fundamenta ningún mandato normativo.

³⁹ No obstante, en este sentido, Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 136, aparentemente sin conciencia del problema. Porque la fuerza normativa del mandato no puede derivarse del mandato de economía del parágrafo §12 SGB V, por lo que es evidente que las prestaciones médicas deben ser idóneas, o sea, sensatas desde un punto de vista médico. En nuestro contexto no se trata de la "idoneidad al fin" como tal, sino sobre si se puede recurrir a la idoneidad como un criterio comparativo entre los distintos pacientes sobre los que debe decir sobre su vida y muerte. Esto no tiene nada que ver con el parágrafo §12 SGB V.

Esto lo puede hacer, más bien y en el mejor de los casos, cuando la eficiencia satisface el mandato de justicia.

La referencia apodíctica a las "perspectivas de éxito clínico" puede tener origen en una intuición equivocada de principio: ya que el deber médico frente al paciente individual consiste en aspirar al mejor resultado clínico posible, éste debe lograr un resultado global clínico óptimo en una situación de triaje con dos pacientes en competencia. Esto es falso. Ayudar al individuo que está siendo tratado corresponde a un deber jurídico y moral. En cambio, la pregunta de quién de los dos pacientes debe recibir el único posible tratamiento disponible es una cuestión de justicia distributiva, cuya decisión descansa notablemente en consideraciones más numerosas y diversas que las predicciones del éxito clínico. En muchos casos se traslapa o sustituye su relevancia con otras consideraciones.

Ahora bien, para las situaciones de triaje se subraya que la maximización del "éxito clínico" de una medida garantiza su uso para el "mayor salvamento de vidas posible".⁴⁰ Esto puede parecer *prima facie* un mandato de justicia. El problema consiste solamente en este criterio dentro de las situaciones de triaje, a saber, salvar la vida de uno, pero a costa de la vida de otro. Sin embargo, este criterio debe ser considerado justo respecto del otro paciente. Por eso, la simple referencia a que la máquina será empleada para el "mayor salvamento de vidas posible" es inadecuada. Debido a que esta afirmación resulta evidentemente falsa para la persona que le cueste la vida el uso de este criterio. Formulado de otra manera: la maximización abstracta del tiempo de vida humana puede ser (tal vez) un mandato de la ética del consecuencialismo. Sin embargo, la maximización no puede ser un mandato de justicia en un ordenamiento jurídico cuyo principio son los derechos fundamentales del individuo. De este modo, la vida de una persona no está protegida simplemente porque es *una* vida, sino,

⁴⁰ Así, Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 136.

porque es la vida de *alguien*.⁴¹ Si el rescate de uno cuesta la vida de otro, entonces, la afirmación de que el uso de la máquina que salva vidas ha maximizado su eficiencia clínica, en la forma de tiempo de vida, no es claramente suficiente como prueba de que es justa. Y *a fortiori* tampoco para la demanda de que el legislador debería exigir legalmente tal uso. Por lo tanto, la justicia exige más que una "visión de túnel" respecto de las "perspectivas de éxito clínico" —en otras palabras, la consideración específica de los intereses de aquella persona que, en el sentido más amargo, pierda su vida—.

b. La probabilidad de éxito clínico, justicia y sanción

Si variamos, con fines ilustrativos, el caso modelo: dos pacientes enfermos de covid-19, de 40 años de edad, A y B, los dos gravemente necesitados de respiración, compiten por el único aparato disponible. A tiene patologías previas relevantes; B sufre desde el nacimiento de una forma fuerte de mucoviscidosis, una enfermedad multisistémica y genéticamente condicionada, que particularmente pone en peligro y restringe la función pulmonar. B tiene bastantes oportunidades de sobrevivir al tratamiento agudo, sin embargo, las probabilidades de A son "evidentemente mejores" con miras tanto a la respiración como al número de años de su esperanza de vida. El médico responsable, el doctor X, conoce —queremos suponer— el (nuevo) mandato legal, de acuerdo con el cual tendría que salvar a A; sin embargo, no considera su preferencia como correcta. Puesto que, a diferencia de A, B ha padecido gravemente una enfermedad gran parte de su vida. X considera que es injusto dejarlo morir de manera prematura debido a esta enfermedad. Por lo tanto, intuba a B, quien sobrevive bien el tratamiento, pero A fallece.

La pregunta no es si el acto de X es éticamente correcto o no. Respecto de eso se puede debatir (su argumento de justicia no está fuera de lugar).

⁴¹ Del mismo modo (¡el consecuencialista!), Harris, J., "What is the good health care?", *Bioethics*, vol. 10, núm. 4, 1996, p. 282.

La pregunta es si se debe exigir seriamente la sanción debido al homicidio. Junto al ejemplo de muscoviscidosis existe un gran número de distintas construcciones imaginables, en las cuales enfermedades crónicas o particularidades genéticas predisponen al portador a "evidentemente peores" probabilidades respecto de otros pacientes.⁴² En tales casos, una decisión —la cual niegue la obligación de las "perspectiva de éxito clínico"— que amenace con la pena de homicidio, no es aceptable: es una grave y clara vulneración en contra de los principios de la justicia penal.⁴³ Gaede et al., que buscan eliminar con este criterio las decisiones basadas en el azar, tampoco se dan cuenta de que tan pocas cosas dependen de la casualidad como la "perspectiva de éxito clínico", especialmente, con tal "lotería genética" ciega a la justicia, que además está acompañada de forma frecuente de condiciones sociales aleatorias que, igualmente, pueden ser todo menos justas.

Sería concebible incorporar una amenaza de sanción a la inobservancia del criterio "perspectiva de éxito clínico", para evitar la pena de homicidio en caso de dolo.⁴⁴ Esto equivaldría a un tipo de sanción de desobediencia, que tendría sus propios problemas de legitimidad. Al fin y al cabo quedaría claro que una desviación (también consciente) de este criterio no se consideraría una lesión del bien jurídico de la vida. No obstante, lo que quedaría sería la coacción jurídica de diferenciar entre un mayor y un menor valor de protección de las perspectivas de vida y, por ello, de las distintas esperanzas de vida. Asimismo, una coacción como tal no le corresponde, sin embargo, al legislador por razones constitucionales.

⁴² Por ejemplo: Parkinson, enfermedad de Huntington, EPOC (enfermedad pulmonar obstructiva crónica), infarto, enfermedades de las arterias coronarias, cáncer, diabetes, malfuncionamiento crónico de los riñones, etc.

⁴³ Por lo demás, también los argumentos morales sobre la *responsabilidad* deberían incluirse en las consideraciones de justicia. ¿Por qué el treintañero, el cual de manera grave y negligente se contagio en una reunión masiva prohibida, solamente por sus "evidentemente mejores" probabilidades de tratamiento debería preferirse frente al sexagenario, que no pudo evitar su contagio? Y ¿el médico, que conoce esta situación, sería sancionado por homicidio cuando por ello salve al sexagenario?

⁴⁴ Gaede et al. señalan, por lo menos, al final de su artículo que, bajo su criterio, las decisiones médicas erróneas serían delitos de homicidio, aunque solamente tocan la cuestión de la negligencia. En los casos como el nuestro de pacientes con muscoviscidosis, no podrían evitar la pena de homicidio.

Por cierto, uno no se deshace del problema al desdibujar los claros contornos con la insinuación de que la "perspectiva de éxito clínico" sólo se refiere a si alguien puede "realmente sobrevivir" a la "enfermedad actual a consecuencia del tratamiento de medicina intensiva".⁴⁵ Para algunos pacientes no hay ninguna oportunidad suficiente —conforme al diagnóstico médico correcto— de sobrevivir al tratamiento; no obstante, si existe tal oportunidad, el tratamiento sería exigido legalmente de manera independiente del dilema del triaje, entonces, en este caso no se puede, por ende, prohibir el tratamiento, porque en tal dilema las probabilidades de otro paciente son "evidentemente mejores". A manera de ejemplo: quien tenga una posibilidad de 50% de sobrevivir al tratamiento intensivo indicado no puede, en ningún caso, ser condenado a morir por coacción legal y bajo la amenaza de la pena de homicidio en contra del responsable médico, solamente porque las probabilidades del otro paciente ascienden a 80%.⁴⁶

3. ¿Racionamiento conforme a la edad?

Elisa Hoven, quien está de acuerdo del todo con el criterio de "perspectiva de éxito clínico", quiso ampliar la base médica de toma de decisiones, en otras palabras, mediante un criterio de edad puro, que formula de manera concisa a continuación: "¿A partir de qué diferencia en la esperanza de vida es legítima la priorización de un paciente?".⁴⁷ Por lo

⁴⁵ De este modo, Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 133, quienes por supuesto agregan que en las sociedades médicas especializadas existe una "vaguedad con respecto al sinónimo del concepto empleado, o sea, "mejor pronóstico global", sin aclarar esta vaguedad, indican que el "pronóstico de éxito clínico" del "pronóstico global" incluye naturalmente un breve tiempo de supervivencia *después* de la finalización exitosa del tratamiento agudo y que justamente esto es a lo que se refieren las recomendaciones de las sociedades médicas especializadas exactamente. Este pasaje fue eliminado en una segunda versión de las recomendaciones (del 16 de abril de 2020). Esto no cambia la objeción anterior. También se podría objetar a las sociedades médicas especializadas que un tratamiento agudo, al cual el paciente no puede sobrevivir, no está indicado.

⁴⁶ Igualmente, Hoven, E., *op. cit.*, p. 452: En "probabilidades muy bajas de supervivencia" el tratamiento es un "desperdicio irracional de recursos". El tratamiento no puede ser indicado en las "probabilidades muy bajas de supervivencia"; sin embargo, si lo hace es conforme a las reglas generales, no es ningún desperdicio irracional, sino, al contrario, es fundamentalmente exigido.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 451.

tanto, no se trata de la cuestión de si una edad avanzada puede desempeñar un papel indirecto, porque podría reducir la "perspectiva de éxito clínico" del tratamiento y, por lo mismo, la esperanza de vida, sino el postulado de entablar una diferencia de edad suficientemente grande como criterio directo y, en caso necesario, decisivo, con un efecto coactivo legal. Para justificarlo, Hoven esboza dos argumentos contractualistas, el primero es informal e impreciso; el segundo, con referencia a John Rawls. Una "diferenciación conforme a la esperanza de vida restante no niega la igualdad de base de las personas". Porque la pregunta relevante no es si un niño de 5 años tiene más valor que un nonagenario, en cambio, "si la duración de vida [...] de 90 años" tiene más valor que una de 5. No obstante, esto está fuera de cuestión para un responsable racional que tome la decisión. En "vista de una persona individual" se presenta esto como indiscutible. Si el responsable se encontrara "ante la elección de vivir con buena salud todavía 5 años u otros 50 años", los 50 años tendrían incuestionablemente "un valor más grande para éste" que los 5 años.⁴⁸

Esto seguramente es correcto, pero falla en nuestro problema. Que para el individuo sean "más valiosos" los 50 años que los 5 no significa que los 50 años *de alguien más* deben tener más valor que los 5 años que todavía le quedan a uno. Y *a fortiori* tampoco, por ello, éste tendría que consentir su muerte por razones racionales cuando solamente así se podría salvar la vida del otro. Tal generalización de la lógica de las decisiones de particulares ignora las fronteras entre las personas.⁴⁹ Para el individuo es indudablemente también "más valiosa" una vida feliz y con bienestar que aquella sin estas amenidades. Del mismo modo que no podría ser coaccionado el pobre sin suerte, *qua* racionalidad contractual, a aceptar que le dejen morir, cuando solamente así sería salvada la vida del rico con suerte, así mucho menos una persona mayor tiene una razón racional de

⁴⁸ *Idem*; naturalmente se presupone que en la persona en cuestión no quiere actualmente morir.

⁴⁹ *Cfr.*, la famosa observación correspondiente de Rawls, J., *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1975, p. 48.

valorar más los muchos años de vida de otra persona que los pocos propios. Por lo que no es posible justificar la extremadamente particular tesis (por decir menos) de que con el incremento de la edad disminuye la pretensión de seguir viviendo.

Ahora bien, Hoven objeta, además, el famoso experimento ideal de Rawls de la "posición original" y del "velo" de una específica "ignorancia", detrás del cual los potenciales miembros de una sociedad futura, sin conocimiento de su respectivo estatus dentro de ella, deliberan sobre los principios de justicia, que serían regulados por las instituciones de esta sociedad. Tras este "velo de la ignorancia", considera Hoven, los racionalizadores egoístas "[toman] la decisión que llevará consigo el mayor beneficio posible y causará el menor daño en la situación de emergencia". Y en las situaciones de triaje es igual: "poner a disposición el aparato necesario para que sobreviva el paciente con la mayor esperanza de vida".⁵⁰

Lo anterior ni es correcto de cara al experimento ideal de Rawls ni es en realidad un camino viable para la solución de nuestro problema. El (gran número) de controversias sobre la ratio lógico-argumentativa del escenario de la "posición original" puede por lo mismo dejarse de lado, así como el hecho de que, en cualquier caso, este escenario no puede ser un instrumento cognitivo para la producción y acreditación de principios normativos, sino simplemente un medio heurístico para la "explicación de las intuiciones teóricas de justicia existentes".⁵¹ En todo caso es errónea la suposición de que en la posición original rawlsiana serían acordados los principios que traerían "el mayor beneficio posible en las situaciones de emergencia". Al contrario, para Rawls, la máxima fundamental del utilitarismo es, y sigue siendo, el principal oponente de su teoría; a pesar de

⁵⁰ Hoven, E., *op. cit.*, p. 453.

⁵¹ Kersting, W., "Egalitäre Grundversorgung und Rationierungsethik. Überlegungen zu den Problemen und Prinzipien einer gerechten Gesundheitsversorgung", en Kersting, W., *Kritik der Gleichheit*, Velbrück Wissenschaft, 2005, p. 185. El mismo Rawls lo ha subrayado varias veces; véase, por ejemplo, Rawls, J., *Politischer Liberalismus*, traducción de Hinsch, W., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1998, pp. 89 y ss.): La "posición original" es simplemente un "medio ilustrativo".

todas las correcciones que ha sufrido su teoría. Por lo demás, según Rawls, los que deliberan en la posición original no son —de vista a su propio estatus (desconocido) en la futura sociedad— maximizadores de la utilidad con riesgo, sino minimizadores del daño adverso al riesgo.⁵² Para las situaciones de colisión, como en el triaje, éstos no elegirían seguramente ninguna regla de decisión, de acuerdo con la cual los tiempos de vida se maximizarían por encima de las fronteras personales y, por lo tanto, a los peor parados, aquellos con la respectiva menor esperanza de vida, se les asignaría seguramente la muerte.

Independientemente de la decisión de Rawls de rechazar un principio de decisión de "máximo beneficio posible", la figura de la posición original no es adecuada para crear un criterio alternativo para las decisiones de triaje plausible. Hoven elige, motivada por intuiciones claras, el ejemplo extremo de una diferencia de edad o esperanza de vida de 85 años. Una diferencia de 2 años no sería probablemente suficiente (aunque aún el menor "beneficio" de una pequeña diferencia sería el "mayor posible" en el caso concreto). La intuición de autoconvicción del ejemplo inicial se derrumbaría inmediatamente. Por lo que se buscaría una diferencia de edad que fuera lo bastante significativa normativamente para una decisión sobre la vida y la muerte. ¿Qué serían: 10, 20, 30, 40 años (etc.)? Tal metacriterio, que pudiera trazar una frontera racional y justificada entre las diferencias significativas e insignificativas, no existe⁵³ —y justo por eso no tiene sentido la afirmación de que decidirían tras un velo de la ignorancia originario—. Incluso si se ignora esto y se elige un mínimo formal como tipo de margen de seguridad de, digamos, 40 años, y se hiciera jurídicamente vinculante: sería injusto para la persona que solamente tenga una esperanza de vida máxima de 39 años superior a la de su competidor. De ninguna manera entraría en juego sólo por eso, junto

⁵² Una de las premisas del segundo de los principios de justicia rawlsiano, el "principio de la diferencia" y, por lo mismo, la regla "máxima" para las decisiones bajo incertidumbre a favor de los respectivos (potenciales) peor parados; *cf.*, Rawls, J., *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, pp. 175 y ss.

⁵³ De manera convincente, Kersting, W., *op. cit.*, p. 182.

con todas las demás consideraciones sobre la justicia y el problema de las consecuencias jurídicas que hemos esbozados anteriormente en la variante de nuestro caso modelo del triaje *ex ante*. Brevemente, la justificación de un criterio de racionamiento por edad es en sí una subespecie de justicia, así como una empresa inútil. Por lo demás, contradice claramente los requisitos constitucionales, descritos al principio, de tratar cada fase de la vida humana de manera uniforme y no efectuar ninguna valoración o desestimación del valor de su protección conforme a la edad. Esta severidad del derecho constitucional, aparentemente irracional, se presenta de tal modo como una reacción proporcional a los problemas subyacentes de justicia.

II. Triaje *ex post*

De lege referenda, según Gaede et al., el criterio de "pronóstico de éxito clínico" y, conforme a Hoven, el de "mayor esperanza de vida" deben aplicarse no solamente a los casos de *ex ante*, sino también a tales del triaje *ex post*. Se dice que el paciente A, ya intubado, debe ser desconectado del aparato respiratorio, lo que tendrá efectos mortales, en cuanto llegue un paciente B a la estación de cuidados intensivos con una necesidad grave de respirar y para el cual no hay un respirador disponible —cuando B tiene un pronóstico de éxito clínico "evidentemente mejor" (es decir, una esperanza de vida suficientemente alta) en comparación con A—. La decisión correspondiente estaría ya justificada *de lege lata*: para el futuro sería deseable que se convirtiera en una obligación médica a través de la ley.⁵⁴ La gran mayoría de la opinión en derecho penal ve esto de manera diferente. Tal cambio ulterior de la probabilidad de vida y el destino a morir de diferentes personas sencillamente debido a una diferencia en el diagnóstico clínico es contrario a derecho.⁵⁵ Esto

⁵⁴ Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 129, relativo a la exigencia de "disposiciones" legales; de manera incierta Hoven, E., *op. cit.*, p. 454.

⁵⁵ En lugar de varios Roxin, C. y Greco, L., *op. cit.*, § 16, párrafo 33: con el ejemplo de la desconexión de un paciente con 30% probabilidades de sobrevivir a favor de un paciente posteriormente ingresado con 70% de probabilidades.

también se encuentra en la recomendación *ad hoc* del Consejo de Ética Alemán.⁵⁶

1. ¿Permanente continuidad de una colisión de deberes?

Si permanecemos en el simple caso modelo ya bosquejado de A y B, esta posición parece presuponer dos premisas de derecho penal (para esto también es válido el criterio de decisión de "pronóstico de éxito clínico"): primero, que tales situaciones, no diferentes del triaje *ex ante* serían colisiones de deberes regulares, es decir, conflictos entre dos deberes de actuación de mismo rango —y no, por ejemplo, entre un deber de actuación (a salvar la vida de B) y un deber de omisión (el homicidio de A)—. Segundo, los requisitos implícitos de esto, la extubación ilícita de A no sería, a pesar de la actividad fenotípica, un hacer para el derecho penal, sino una omisión.

a. La terminación de la respiración artificial: ¿un hacer o una omisión?

Incluso, esto último contradice (probablemente) la mayoría de la opinión académica. Aun cuando la simple desconexión de una máquina de soporte vital a través un botón sería, independientemente de la cuestión de una posible justificación, en todo caso un homicidio activo.⁵⁷ Esto debería

⁵⁶ Deutscher Ethikrat, *op. cit.*, p. 4. También esta clara declaración ("objetivamente no legal") es rechazada por Gaede *et al.*: el Consejo exige a los médicos "de un acto directamente ilícito [...]". Esto ya no es más un malentendido, en cambio, un engaño. Ningún penalista, se podría pensar, puede seriamente malinterpretar la posibilidad insinuada por el Consejo de una *justificante* en el caso concreto (en otras palabras, en tanto el médico siga las recomendaciones de la sociedad especializada, lo que obviamente traería a juego el parágrafo § 17, y no, como Gaede *et al.* consideran, el parágrafo §35) como una "dispensa del acto", en cambio, como una "exigencia solemne" a infringir la ley.

⁵⁷ Así (aunque en algunas partes poco claro), Gaede, K., "§13 Begehen durch Unterlassen", en Neumann, U. *et al.* (ed.), *Strafgesetzbuch Nk-StGB*, 5a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, §13, párrafo 10; Freund, G., "§13 Begehen durch Unterlassen", en Erb, V. y Schäfer, J. (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Mko-StGB*, 3a. ed., München, C.H. Beck, 2017, §13, párrafo 11; Fischer, T., *op. cit.*, Vor §211, párrafo 60, todos con posteriores referencias; fundamentalmente, en el mismo senti-

de plano aplicar para la extubación de los pacientes enfermos de covid-19. Debido a que no simplemente se presiona un botón de apagado, sino que se extrae de la tráquea una sonda hueca, que se introdujo anteriormente de manera invasiva, en una intervención médica realmente laboriosa. Si esto sucede en contra de la verdadera o presumible voluntad del paciente, entraría a cuestión si se sigue la opinión académica mayoritaria en la determinación del acontecimiento como un "hacer", una justificación en todo caso conforme al parágrafo 34 StGB —lo anterior, según la opinión académica mayoritaria—. Debido a que un interés "esencial", incluso como una simple prevalencia, protegido por el acto de emergencia frente al afectado, como lo exige el parágrafo 34, no viene a cuestión en una colisión entre los intereses de supervivencia de diferentes personas. Un valor diferente de la vida, que como tal deba asignar una prioridad a los intereses en colisión, estaría descartado por la Constitución.

Sin embargo, existen buenas razones a favor de considerar normativamente como una omisión también tal terminación activa de la manutención de la vida a través de la máquina.⁵⁸ Por supuesto, la extubación es en este aspecto un caso límite, pues el dispositivo extraído estaba previamente insertado parcialmente en el cuerpo del paciente. Por tal razón, se considera como un tipo especial de tratamiento médico a largo plazo. Si se introduce *completamente* en el cuerpo un sistema artificial para el soporte de las funciones orgánicas, éste se convierte entonces en parte integrante. Cada interrupción externa de su función se califica como un hacer activo, pues no es diferente de cualquier intervención externa en la función de un órgano natural. De manera ejemplar: quien detenga el "corazón artificial" de un paciente P —quien con esa ayuda mecánica de transición

do, BGHSt 55, 191, pp. 202 y 203, el cual, sin embargo, declara la distinción como irrelevante por la falta de una justificación para un tratamiento posterior.

⁵⁸ De manera detallada, fundamentado en Merkel, R., "Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt. Altes, Neues, Ungelöstes", en Putzke et al., *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 222; igualmente, Frister, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8a. ed., Múnich, C. H. Beck, 2018, capítulo 22, párrafo 10; Neumann, U., "Vorbemerkungen zu §211", en Neumann, U. et al. (ed.), *Strafgesetzbuch Nk-StGB*, 5a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, Vor §211, párrafo 126, con posteriores referencias.

(que, dado el caso, puede durar meses) espera por un órgano donante— a través de un impulso eléctrico externo con un efecto letal comete un homicidio activo. Tampoco se trata de ninguna mera omisión de un tratamiento posterior, aunque el actor sea empleado de una clínica en cuya propiedad se encuentra el corazón artificial, para ser reutilizado después del trasplante de corazón exitoso a P. Por lo tanto, una justificación para tal interrupción del aparato no entraría a consideración —por ejemplo, debido a que sería utilizado en una situación grave de emergencia por otro paciente con un pronóstico de éxito clínico "mucho mejor"— a modo de una colisión de deberes. Y la única justificación de emergencia pensable choca con el ya mencionado límite: la prohibición constitucional de declarar como jurídicamente más importantes los intereses de supervivencia de una persona frente a los de otra.

*b. Relativo a la cuestión de la fundamentación
en la anulación de la totalidad
de la función intacta del organismo*

Esta exclusión de una justificación, a través de la colisión de deberes, tiene una razón profunda; sin embargo, no en la diferencia naturalista de "interno al cuerpo" y "externo al cuerpo". En cambio, consiste en que la integración completa de un elemento técnico en la totalidad del organismo crea para éste un *statu quo* del funcionamiento intacto. Si se concluye la función técnica, por ello, no sólo se impide su funcionamiento futuro ("omisión"), sino que se altera de manera activa este *statu quo* de la red de órganos intacta: a un estatus deficitario (en dado caso, mortal). De la misma manera se comporta la extubación del paciente en el respirador. Cuando esto sucede sin el deseo del paciente, sino en contra de su voluntad y únicamente a favor de un tercero, entonces, está prohibido atribuir —debido a razones por principios jurídicos— la simple justificación de una colisión de deberes a tal omisión mortal, ya que a la vez se altera el *statu quo* intacto del organismo a un estatus defectuoso letal. En todo caso, cuando existan razones jurídicas apremiantes para la prioridad de los intereses de ese tercero —para cuyo beneficio se consiga la

muerte del paciente intubado—, entonces se puede realizar legalmente la extubación. Tales razones pertenecen exclusivamente, sin perjuicio de la pregunta de hacer u omitir, a la lógica de la justificación del estado de necesidad.

Para la cuestión de la justificación existe, por lo mismo, una distinción principal entre la omisión de la respiración artificial en triaje *ex ante* (U_1) y la omisión de continuar con la respiración artificial en el triaje *ex post* (U_2): U_1 es la simple *no mejora (conservación) del status quo* de un defecto mortal, al contrario, U_2 es la *anulación del statu quo*, vinculada a la extubación, de un funcionamiento estable de todo el organismo. Es evidente que la justificación de la última no puede derivarse de la mecánica de un esquema de examen formal de colisión de deberes, que sólo reconozca y presuponga el concepto abstracto de una (presunta) omisión homogénea.

Lo anterior, lo ignoran Gaede et al. Partiendo de la suposición de que también el triaje *ex post* era un caso de colisión de intereses, ellos llegan a la conclusión de que la extracción fatal del respirador artificial a favor de un tercero no constituye "ninguna intervención en la esfera personal de un tercero". No obstante, la declaración de que esta extracción debe estar fundada con una "perspectiva evidente mejor" del tercero no se ajusta a esto.⁵⁹ ¿Por qué aquí, a diferencia del triaje *ex ante*, la simple fundamentación de las colisiones de deberes regulares de pronto no es suficiente: el aparato lo obtiene otro cuyas posibilidades de tratamiento son igualmente buenas? Los médicos se encuentran en el triaje *ex ante* frente al dilema de conectar el único aparato respirador a la señora A de 40 años de edad o al señor B de 40 años edad, los dos tienen las mismas perspectivas de éxito clínico, por lo que pueden (sin ninguna duda) elegir entre los dos. En cambio, los médicos extuban a A, quien ya estaba con el ventilador, con consecuencias mortales a favor del recién llegado B, por

⁵⁹ Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 135, bajo la referencia de Neumann, U., "Rechtfertigender Notstand", §34, párrafo 130, quien del mismo modo niega tal "intervención", pero es negada la conclusión de que la extracción del aparato a favor del tercero es lícita.

lo que Gaede et al. consideran esto también como ilícito. ¿Por qué esta situación no debería ser otra cosa que una colisión de deberes? ¿Y la extracción del ventilador no es más que una intervención en la esfera jurídica de A como lo es la no entrega del aparato en el triaje *ex ante*?⁶⁰

Esta inconsistencia comprueba involuntariamente la necesidad normativa de asignar al problema de justificación del triaje *ex ante* únicamente los principios de estado de necesidad agresivo. Por supuesto, la movilización de casos sugestivos no contribuye para la clarificación del asunto. Quien rechaza el examen serio (según los autores) de si el paciente A con respirador con 20% de probabilidades de sobrevivir sea desconectado para que el recién llegado B con 80% de probabilidades sea salvado, está aceptando "la flagrante y general reducción de una persona, a quien ya no le corresponde la igualdad básica".⁶¹ Para poder ver la *petitio principii* del ejemplo, se debe únicamente intercambiar a los dos pacientes. Si se da respiración a B con 80% de probabilidades de sobrevivir y es admitido A con un mero 20% de probabilidades, por lo tanto, según Gaede et al., cualquier consideración sería de si B es desconectado a favor de A es indiscutible, aunque a A "no le corresponda la igualdad básica". La crítica de una "reducción flagrante a pesar de igualdad básica" puede en el mejor de los casos entrar en consideración cuando "la mejor perspectiva de éxito clínico" se ha certificado normativamente como criterio de decisión.

Lo que debió ser mostrado por los autores es que puede haber una asimetría sustancial y jurídicamente validada entre las pretensiones de los dos pacientes a la protección de la vida. Una asimetría que permita transformar el estado estable actual en un estado deficiente mortal —a través

⁶⁰ La fundamentación —únicamente con la "marcada perspectiva de éxito" se puede justificar contra el paciente el desconectado, "por lo cual su derecho al tratamiento está afectado activamente" [!] (Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 136)— tiene, asimismo, el defecto normativo que el criterio mismo. ¿Por qué el paciente con muscoviscidosis (véase, el apartado "b. La probabilidad de éxito clínico, justicia y sanción") debería encontrar un plausible criterio tan arbitrario e injusto, por lo que ahora se encuentra obligado, por la casualidad de su genoma y por la constante afectación a la salud por la misma, a aceptar la muerte a favor de otro, el cual el destino le ha evitado esto aleatoriamente?

⁶¹ Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 135.

del retiro del medio de ayuda—, para convertir el estado deficitario mortal del otro —a través de la asignación de este medio de ayuda— en uno estable.

2. ¿Pretensiones desiguales al derecho a la protección a la vida?

Lo anterior no puede tener éxito. La visión estrecha de la "perspectiva de éxito clínico" como criterio de decisión —que por sus condiciones depende en gran medida del azar— no alcanza, como ya se vio, el mínimo exigido por la justicia. Este defecto fundamental de su criterio lo pasan por alto Gaede et al. Ya que la "perspectiva de éxito clínico" es la garantía de eficiencia de un "uso idóneo de los recursos", para ellos basta para aclarar las medidas vinculantes para la redistribución de las oportunidades de vida y coacción a la muerte.⁶² Esto se trata, así aseguran ellos, de una simple colisión de deberes. De igual forma, Gaede et al. establecen con la exigencia de una "evidente mejor perspectiva" un criterio de estado de necesidad para la justificación. Con una mirada de reojo, esto los acerca a la (supuesta) "regulación relacionada" del parágrafo 34 StGB. Debido a que su texto autoriza incluir el "grado de peligro amenazante" y, por ello, la probabilidad de la posibilidad de rescate —es decir, la perspectiva de éxito clínico— en la ponderación de intereses exigida.⁶³

No obstante, esto no ayuda para mucho. Desde un inicio es seguro que el resultado (*Ergebnis*) de la ponderación, así tan asimétricas como puedan ser también las posibilidades de rescate, no puede de ningún modo permitir la decisión en la que los pesos jurídicos de los intereses en

⁶² Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 136, complementado con una "razón médica". No obstante, requiere de una fundamentación a través de la razón normativa. Eso tampoco lo satisface el "criterio de la edad" de Hoven (véase al apartado "3. ¿Racionamiento conforme a la edad?"), aunque presenta por lo menos una referencia a la justicia (y, por supuesto, equivocadamente generalizada): la medida de la oportunidad ya efectuada de un margen de vida proporcional (el famoso "*fair-innings argument*").

⁶³ Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 134. Los principios de justificación de la colisión de deberes y el estado de necesidad agresivo no están, por supuesto, "relacionados", sino que son muy diferentes: en uno es el derecho de intervenir en virtud de un interés objetivamente de alto rango, en el otro, el permiso de omisión debido a la imposibilidad del cumplimiento completo de un deber.

colisión son tan diferentes que uno puede ser sacrificado a favor del otro. Entonces, esta asimetría de las probabilidades no puede (más) jugar un rol.⁶⁴ Sea cual sea la asimetría: el resultado no podría justificarla. Y esto es justo el caso, según la opinión académica mayoritaria aplicable, cuando "vida contra vida" deben ser ponderadas para legitimar un sacrificio de una vida a favor de la otra en el estado de necesidad; esto lo prohíben los artículos 1 y 3 de la Ley Fundamental. De esto se desprende que cada vida humana, incluso en un estado de considerable fragilidad, está protegida como la de cualquier otra persona.⁶⁵

Si consideramos el ejemplo formulado por Gaede et al.: el paciente A contagiado de covid-19, que se encuentra en el respirador, tiene únicamente una probabilidad de rescate de 20%, en cambio, el paciente B que acaba de ser ingresado tiene 80%, no significa que el interés de B por su supervivencia "supere" en alguna medida jurídica relativa al interés análogo de A; como lo exige el párrafo 34. La respectiva posibilidad de rescate obviamente no es ningún rasgo del interés de supervivencia; sólo se refiere a la idoneidad del medio de rescate disponible. Aunque, pues bien, el párrafo 34 permite incluir diferencias de esta idoneidad en la ponderación de intereses exigida; sin embargo, está garantizada *a limine* la igualdad de rango de los genuinos objetos de la ponderación —es decir, la vida de los dos afectados— por el derecho de alto rango de la Constitución —si así se desea: inmunizado contra la desigualdad de las posibilidades de rescate—. Con la mera referencia al texto de la regulación legal no se puede encubrir la prohibición constitucional. Junto a esta cuestión está el indicio de que el retiro mortal del dispositivo de rescate y su asignación a alguien con mejores probabilidades clínicas no implica ninguna "valoración comparativa de diferentes vidas".⁶⁶ Constitucio-

⁶⁴ En la medida que tales posibilidades existen, en lo absoluto, en una medida suficiente (que justifiquen la garantía del deber). Si no es el caso, entonces, el tratamiento médico no está indicado; relativo a esto, véase el apartado "b. La probabilidad de éxito clínico, justicia y sanción" y la nota 46.

⁶⁵ En lugar de varios, véase, Roxin, C. y Greco, L., *op. cit.*

⁶⁶ Gaede, K. et al., *op. cit.*, p. 136.

nalmente está prohibida la valoración diferenciada de la pretensión de protección (*Schutzanspruch*) concedida a las "distintas vidas" debido a su diferente fragilidad. Y, por ello, también la decisión de retirar activamente a una vida la protección que ya se le estaba garantizando, para otorgársela a otro, porque a su (supuesto) "interés de gran peso" también le corresponde una mayor protección. Esto no está permitido. El aseguramiento asequible, de cuidar de manera igual las dos vidas, se contradice por la protección desigual que les buscan conceder.

3. ¿"Éxito clínico" como mera preservación de la vida?

Si se pregunta —a diferencia de sus defensores— lo que realmente significa "perspectiva de éxito clínico", se deja ver otro defecto normativo del criterio. ¿Se tasa esta perspectiva solamente de acuerdo con la duración alcanzable de la supervivencia biológica? ¿O en algunos casos tienen también un papel de diferencias en la calidad subjetiva de la vida?⁶⁷ Con fines de ilustración: en Alemania hay miles de pacientes en estado vegetativo irreversible (*Wachkoma*), no pocos en un estado de completa inconsciencia.⁶⁸ Si los afectados son jóvenes adultos, no pocas veces tienen una esperanza de vida de 10 o más años.⁶⁹ Algunos de ellos necesitarán en algunos momentos de respiración artificial. Por esto, ellos también pertenecen (y no sólo los pacientes enfermos de covid-19) al grupo cuyo aparato para la preservación de la vida sería asignado o retirado correspondientemente, de acuerdo con la perspectiva clínica de la duración de vida esperada.

⁶⁷ Por lo que es evidente que esta pregunta tampoco es planteada por ningún lado por los defensores de este criterio.

⁶⁸ *Cfr.*, por ejemplo, Bender, A. et al., "Persistent Vegetative State and Minimally Conscious State. A systematic review and meta-analysis of diagnostic procedures", en *Ärztblatt*, vol. 112, 2015, pp. 235 y ss..

⁶⁹ Véase solamente de reojo Jennet, B., "The vegetative state", *Journal of Neurology, Neurosurgery & Psychiatry*, vol. 73, núm. 4, 2002, pp. 355 y ss.: en pacientes jóvenes un tiempo de sobrevivencia promedio es de 10.5 años, ocasionalmente 20 o más.

Esto sugiere para las situaciones de triaje *ex post* la pregunta de si un octogenario —mentalmente saludable, pero con un respirador artificial debido a la enfermedad provocada por el covid-19— con una esperanza de supervivencia de 2 años debe ser extubado y abandonado a su muerte a favor de alguien de 40 años —en un estado vegetativo irreversible (e inconsciente) y una esperanza de vida de 10 años—. Si solamente la duración del tiempo de vida a preservar es determinante, entonces, se debe contestar afirmativamente. Lo anterior es en gran medida contraintuitivo. Moralmente es difícil preferir una vida de 10 años en inconsciencia frente a 2 años en clara consciencia. Si, por supuesto, se reconoce que la "perspectiva de éxito clínico" incluye no únicamente la pura duración de la vida, sino también la calidad de vida subjetiva, en todo caso, cuando ésta falta completamente, entonces, no se pueden rechazar preguntas relacionadas. ¿Cómo se comporta esto en pacientes con solamente un "mínima consciencia"?⁷⁰ ¿Con fuertes detrimentos neurológicos y mentales?

Aquí se abre un vistazo al vacío. Diferencias extremas en la calidad de la vida subjetiva son irrefutables para un concepto moral de éxito clínico. Jurídicamente son irrelevantes. En un ordenamiento de derechos fundamentales que prohíbe fundar diferencias en la protección de la vida con base en la distinta calidad de vida subjetiva, tales diferencias de la calidad no pueden entrar tampoco de manera indirecta en las ponderaciones de la prelación de los intereses de supervivencia. Esto también confirma lo inoperante de la perspectiva de éxito clínico como criterio para la ponderación del estado de necesidad.⁷¹ Lo que ofrece son alternativas pronunciadamente poco atractivas. Si se ignoran las diferencias en la calidad

⁷⁰ También sobre este grupo de pacientes en estado vegetativo, Bender, A. et al., *op. cit.*, 235 y ss.

⁷¹ Seguramente, tales situaciones de conflicto serían muy raras. Sin embargo, esto no cambia que éstas certifiquen de manera muy plástica el principal defecto normativo del criterio. Por lo demás: en los pacientes en estado vegetativo se considera a menudo la suspensión de medidas de conservación de la vida. Esto tiene su razón, pero no en un juicio de valor negativo respecto a la vida como tal, sino, dado el caso, en caso de duda, en el (supuesto) consentimiento del individuo afectado a estas medidas; *cf.*, Merkel, R., "Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 107, núm. 3, 1995, pp. 559 y 560.

de vida, entonces, se deben preferir claramente los 10 años de vida en inconsciencia de la persona de 40 frente a los 2 de clara consciencia del de 80. En el caso de colisión tendría que ser "desconectado" el último a favor del primero con consecuencias mortales. Esto es abiertamente incorrecto, tanto por la moral como por la teoría de la justicia. Por lo tanto, si se incluyen tales diferencias de la calidad de vida en la ponderación, se entra en un terreno cerrado por la Constitución. Y, por lo tanto, si se confisca aquí el criterio de "perspectiva de éxito clínico", entonces, se admite que no se puede emplear en todos los casos de triaje *ex post*. Este defecto de coherencia se torna dudoso también para otro caso con la misma estructura normativa —es decir, para todas las constelaciones del triaje *ex post*—. Al igual que todas las objeciones anteriormente mencionadas, se deduce de ellas la única opción: tachar de inadecuado en su totalidad el criterio.

C. Preguntas sobre la regulación

Finalmente, se plantea la pregunta de si más allá de la negativa ante la necesidad de regulación existe al menos una opción de regulación constitucionalmente aceptable. Esto se debe responder de manera diferenciada: como se mostró, las regulaciones legales que sometan la vida humana a algún tipo de valoración están prohibidas. Por ello, el legislador no puede desarrollar criterios materiales (o dejar que se desarrollen), a partir de los cuales se puede decidir positivamente quién debería ser tratado con prioridad en una situación de decisión trágica. Aferrarse a esto no es la expresión de un "punto de vista agnóstico" ni de una desconfianza problemática con vista a la capacidad del legislador de promulgar la ley, sino la consecuencia de un criterio constitucional, confirmado por la jurisprudencia constitucional, por lo tanto, tampoco envía una "señal dudosa".⁷² Cuando los correspondientes criterios están fuera del alcance

⁷² Gelinsky, K., "Brauchen wir ein Triage-Gesetz? Zur Verteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen", 2020. Disponible en: <https://www.kas.de/documents/252038/79953358/Brauchen+wir+ein+Triage-Gesetz.pdf/dd0cb801-4217-7219-b531-278a774e311e?version=1.0&t=1586415062476>, p. 5; similar, Taupitz, J., "Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?", *Medizinrecht*, vol. 38, núm. 6, 2020, pp. 449 y 500.

del legislador (ordinario), por eso, en adelante no tiene sentido exigir un debate político sobre esto.⁷³

La referencia a la necesaria seguridad jurídica⁷⁴ tampoco altera esta opinión. Indudablemente una regulación legislativa correspondiente traería claridad y orientación adicionales, especialmente desde el punto de vista de los médicos en servicio. Sin embargo, la seguridad jurídica no es el bien jurídico más alto que derogue otros valores constitucionales; ésta es, formulado desde la filosofía del derecho, solamente una parte integral (junto a la justicia y la utilidad) de la "idea del derecho".⁷⁵ El ámbito constitucional señala un subprincipio del principio Estado de derecho, lo que no puede reclamar una superioridad *a priori* frente a otras consideraciones normativas constitucionales. Lo mismo es válido para la teoría de la esencialidad, que en parte se plantea para vincular consideraciones democráticas y de Estado de derecho.⁷⁶ Tan importante es que las decisiones esenciales de los derechos fundamentales deben ser realizadas principalmente por el legislador, también es claro que este último debe respetar determinados límites.⁷⁷ En este sentido, se puede volver nuevamente a la decisión reciente del Tribunal Constitucional Federal Alemán relativa al suicidio asistido. Dentro de toda la incertidumbre respecto de las consecuencias vinculadas a la decisión concreta para una posible nueva regulación del complejo tema de la eutanasia, no existe duda alguna en que el tribunal ve garantizado de forma incondicionada "el derecho fundamental a la autodeterminación de la muerte" y descarta, sobre todo, el vínculo en criterios materiales como la edad y el estado de salud como opciones de actuación para el legislador.⁷⁸ Qué tan problemática es una regulación legal

⁷³ No obstante, así Gelinsky, K., op. cit., p. 5; dando la razón, Taupitz, op. cit., p. 443.

⁷⁴ Gaede, K. et al., op. cit., p. 129.

⁷⁵ Cfr., Radbruch, G., "Rechtsphilosophie", 3a. ed., 1932, en Radbruch, G., Gesamtausgabe, editado por Arthur Kaufmann, Heidelberg, C.F. Müller, t. 2, Rechtsphilosophie, 1993.

⁷⁶ Cfr., por ejemplo, Gelinsky, K., op. cit., pp. 5 y 6.

⁷⁷ Véase, por ejemplo, con vista a la "distribución de oportunidades de vida" (relativa a las profesiones laborales) BVerfGE 33, 303, pp. 345 y 346; BVerfGE 45, 393, p. 399.

⁷⁸ Cfr. Höfling, W., "Autonome Selbstbestimmung – und was nun? Kritische Anmerkungen und rechtspolitische Fragen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu §217 StGb", *Zeitschrift für*

formulada de manera general para la cuestión relativa a la asignación, se muestra, por ejemplo, en la Ley de Trasplantes (*Transplantationsgesetz* [TPG]). Ahí son vinculados entre sí, en el párrafo 12, enunciado 1 de la TPG, los requisitos contradictorios de "perspectiva de éxito y urgencia" y simultáneamente enlazados con un "especialmente" y la referencia a "paciente idóneo". Las especificaciones —es decir, lo esencial— se encuentran establecidas en las directrices de la Cámara Federal de Médicos. Según la opinión casi unánime, esto no es un procedimiento constitucionalmente admisible.⁷⁹ Por eso, no puede ser un ejemplo para las situaciones de triaje.⁸⁰ En el caso concreto de la distribución de los espacios de respiración artificial significa también —a diferencia de asignación de órganos— una casi segura sentencia de muerte, lo cual no se puede considerar aquí. Tal decisión directa sobre la vida y muerte debe permanecer negada al Estado.

Desde el lado de la exigencia normativa constitucional de no regular positivamente criterios de elección, es sin más posible y deseable, para el caso del triaje *ex ante*, una penalidad propia relativa a la decisión específica —abiertamente discriminadora— sobre la distribución del aparato de salvamento. Para esto, desde una técnica regulativa, el artículo 3, párrafo 3, de la Ley Fundamental ofrece un fundamento plausible. Se complementaría con una prohibición de decisiones corruptas que estuvieran motivadas a través de la promesa de ventajas financieras o de otro tipo.⁸¹ En tal regulación (negativa), la vida humana no sería el objeto de referencia y protección. Más bien, la prohibición apuntaría especialmente al

medizinische Ethik, vol. 66, núm. 2, 2020, p. 253.

⁷⁹ *Cfr.*, en lugar de varios, Gutmann, T., "§12 Organvermittlung, Vermittlungsstelle", en Schroth, U. et al. (eds.), *Transplantationsgesetz: TPG*, Múnich, C.H. Beck, 2005. §12, párrafo 21 y ss. Que estas críticas también han alcanzado al legislador se refleja en la reserva de permiso ejecutivo que fue incorporada en 2013 en el nuevo párrafo §16, párr. 3 TPG.

⁸⁰ De manera distinta, Taupitz, J., *op. cit.*, pp. 443, 445 y ss. Permanece abierta cómo se comporta la declaración de que la "urgencia" debe primar fundamentalmente frente a la "perspectiva de éxito", *ibidem*, p. 443.

⁸¹ Por supuesto, esto no entra en el ámbito del párrafo §299a StGB. El supuesto de hecho protege la competencia justa en el sector sanitario; por ello, la otra "competencia", totalmente diferente, sobre la vida y la muerte en las situaciones triaje no tiene nada que ver.

contenido ilícito de criterios de asignación inaceptables. Una amenaza de sanción que se dirija en contra de las decisiones erróneas, no las malinterpretaría como un delito de homicidio; sin embargo, tampoco sería una mera pena por desobediencia. Con esta sanción, el legislador satisface su deber de protección con vista en la reprochable discriminación. En esto, el legislador se abstendría también de cualquier sugerencia, incluso indirecta, que diferentes oportunidades de vida y supervivencia podrían justificar diferencias en la dignidad de protección de la respectiva vida humana en cuestión.

D. Conclusión

A las situaciones de triaje les es inherente una tragedia específica; aquí no hay "buenas decisiones", en cambio, en todo caso, decisiones preferibles. Su marco normativo está trazado con suficiente claridad por el derecho constitucional y penal. Los estándares extralegales podrían servir —dentro de los límites legales determinados— para orientaciones más extensas. El que los requisitos legales se reducen de manera amplia a una limitación negativa y descartan criterios de asignación positivos no es para criticar. Es la expresión de una normatividad esencial de la relación de individuo y el Estado. La prohibición fundamental de una valorización garantiza a cada individuo una igualdad básica elemental y asegura, por ello, un lugar como sujeto fuera del alcance del Estado. Por esto, permitir excepciones —incluso parciales, temporales o limitados a un ámbito— trastocaría el fundamento del ordenamiento jurídico alemán.

Bibliografía

Agamben, A., *Das Offene. Der Mensch und das Tier*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2003.

Bender, A. et al., "Persistent Vegetative State and Minimally Conscious State. A systematic review and meta-analysis of diagnostic procedures", en *Ärzteblatt*, vol. 112, 2015.

Brech, A., *Triage und Recht*, Berlín, Duncker und Humblot, 2008.

Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-Hoc-Empfehlung*, 2020. Disponible en: <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2020/solidaritaet-und-verantwortung-in-der-corona-krise/?cookieLevel=not-set>.

Epping, V., "Wehverfassung. Entmilitarisierung, Wiederbewaffnung Leistungsfähigkeit", en Pieroth, B. (ed.), *Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung*, Berlín, Duncker und Humblot, 2000.

Fischer, T., *Strafgesetzbuch*, 67a. ed., München, C.H. Beck, 2020.

Freund, G., "§13 Begehen durch Unterlassen", en Erb, V. y Schäfer, J. (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Müko-StGB*, 3a. ed., München, C.H. Beck, 2017.

Frister, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8a. ed., München, C. H. Beck, 2018.

Gaede, K., "§13 Begehen durch Unterlassen", en Neumann, U. *et al.* (ed.), *Strafgesetzbuch Nk-StGB*, 5a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

Gaede, K. et al., "medstra-statement: Rechtsmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation", en *medstra*, núm. 3, 2020.

Gelinsky, K., "Brauchen wir ein Triage-Gesetz? Zur Verteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen", 2020. Disponible en: <https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Brauchen+wir+ein+Triage-Gesetz.pdf/dd0cb801-4217-7219-b531-278a774e311e?version=1.0&t=1586415062476>.

Gutmann, M., "Leben und Technik", en Gethmann, C. F., *Lebenswelt und Wissenschaft*, Hamburgo, Meiner, 2011.

- Gutmann, T., "§12 Organvermittlung. Vermittlungsstelle", en Schroth, U. et al. (eds.), *Transplantationsgesetz: TPG*, München, C.H. Beck, 2005.
- Harris, J., "What is the good health care?", *Bioethics*, vol. 10, núm. 4, 1996.
- Hartmann, L., "Anmerkung", *Juristen Zeitung*, vol. 75, núm. 12, 2020.
- Hillenkamp, T., "Strafgesetz 'entleert' Grundrecht – Zur Bedeutung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zu § 217 StGB für das Strafrecht", *Juristen Zeitung*, vol. 75, núm. 12, 2020.
- Höfling, W., "Artikel 1", en Sachs, M. (ed.), *Grundgesetz*, 8a. ed., München, C.H. Beck, 2018.
- Höfling, W., "Autonome Selbstbestimmung – und was nun? Kritische Anmerkungen und rechtspolitische Fragen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu §217 StGb", *Zeitschrift für medizinische Ethik*, vol. 66, núm. 2, 2020.
- Hoven, E., "Die 'Triage'-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft", *Juristen Zeitung*, vol. 75, núm. 9, 2020.
- Isensee, J., "Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion?", en Brugger, W. y Haverkat, G., *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, núm. 84, 2002.
- Iverson, K. V. y Moskop, J. C., "Triage in Medicine, Part. I: Concept, History, and Types", en *Annals of Emergency Medicine*, vol. 49, núm. 3., 2007.
- Jakobs, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2a. ed, Berlin, Walter de Gruyter, 1991.

- Jennet, B., "The vegetative state", *Journal of Neurology, Neurosurgery & Psychiatry*, vol. 73, núm. 4, 2002.
- Jeschek, H.-H. y Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5a. ed., Berlín, Duncker und Humblot, 1996.
- Kaiser, A.-B., "Ausnahmeverfassungsrecht", *Juristen Zeitung*, vol. 76, vol. 15/16, 2020.
- Kersting, W., "Egalitäre Grundversorgung und Rationierungsethik. Überlegungen zu den Problemen und Prinzipien einer gerechten Gesundheitsversorgung", en Kersting, W., *Kritik der Gleichheit*, Velbrück Wissenschaft, 2005.
- Ladeur, K.-H. y Augsberg, I., *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008.
- Lübbe, W., "Orientierung in der Corona-Krise? Nicht mit Doppelbotschaften", *Medizinrecht*, vol. 38, núm. 6, 2020.
- Merkel, R., "Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 107, núm. 3, 1995.
- Merkel, R., "Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt. Altes, Neues, Ungelöstes", en Putzke *et al.*, *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008.
- Merkel, R., "Eine Frage von Recht und Ethik", en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, contribución del 4.4.2020, 2020. Disponible en: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/beatmung-in-der-medizin-eine-frage-von-recht-und-ethik-16710882.html>.

Neumann, U., "Rechtfertigender Notstand", en Neumann, U. *et al.* (ed.), *Strafgesetzbuch Nk-StGB*, 5a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

Neumann, U., "Vorbemerkungen zu §211", en Neumann, U. *et al.* (ed.), *Strafgesetzbuch Nk-StGB*, 5a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

Paeffgen, U. y Zabel, B., "Vorbemerkungen zu §§ 32 ff.", en Neumann, U. *et al.* (ed.), *Strafgesetzbuch Nk-StGB*, 5a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

Radbruch, G., "Rechtsphilosophie", 3a. ed., 1932, en Radbruch, G., Gesamtausgabe, editado por Arthur Kaufmann, Heidelberg, C.F. Müller, t. 2, Rechtsphilosophie, 1993.

Rauch, A. M., *Auslandseinsätze der Bundeswehr*, Baden-Baden, Nomos, 2006.

Rawls, J., *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1975.

Rawls, J., *Politischer Liberalismus*, traducción de Hinsch, W., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1998.

Roxin, C. y Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, 5a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2020.

Schöne-Seifert, B., "Wen soll man sterben lassen?", en Frankfurter Allgemeine Zeitung, contribución del 31.3.2020. 2020. Disponible en: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/konflikte-wegen-corona-wen-soll-man-sterben-lassen-16703671.html>.

Taupitz, J., "Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?", *Medizinrecht*, vol. 38, núm. 6, 2020.

Walter, T., "Lasst das Los entscheiden!", en *ZEIT Online*, contribución del 2.4.2020, 2020. Disponible en: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung>.

Witte, T., "Ressourcenknappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Seuchenfall", *Medizinrecht*, vol. 33, núm. 7, 2015.

Personas con discapacidad en el triaje por covid-19. La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 16 de diciembre de 2021*

Martin Borowski**

* Texto inédito y traducido al español por Arnulfo Daniel Mateos Durán.

** Profesor de la cátedra de Derecho Público, Teoría de la Constitución y Filosofía del Derecho en la Universidad de Heidelberg (Alemania).

SUMARIO: A. Evitando el triaje y el triaje en sí; B. Las personas con discapacidad en el triaje. El problema de la discriminación indirecta; C. La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 16 de diciembre de 2021; I. Los puntos resolutivos importantes; 1. Primer punto resolutivo; 2. Segundo y tercer puntos resolutivos; II. Las consecuencias jurídicas del juicio; III. La introducción en el problema; IV. Los nueve promoventes y su afirmación; V. Informes de los órganos federales, Estados federados y varias organizaciones; VI. La admisibilidad (*Zulässigkeit*) del recurso constitucional; VII. La fundamentación (*Begründetheit*) del recurso; 1. ¿"Si" o "Si y qué?"; 2. Las dimensiones de la prohibición de la discriminación basado en la discapacidad; a. El derecho negativo frente al Estado; b. El derecho positivo a los subsidios financieros; c. El derecho positivo de protección. *Drittwirkung* mediata a través de derechos frente al Estado; 3. El derecho definitivo de protección; a. Tres resultados posibles de la concretización de derechos positivos; 4. El derecho público internacional; 5. La probabilidad de supervivencia de una enfermedad severa de covid-19 como un criterio permitido; 6. Los problemas específicos y los peligros de evaluar la probabilidad de supervivencia de corto plazo de las personas discapacitadas; VII. La crítica.

Hasta ahora, el mundo se ha encontrado por más de dos años en las garras de la pandemia de covid-19. Esta enfermedad respiratoria altamente contagiosa afecta a las personas de forma distinta, hasta el grado de poder afirmar que las discrimina. El riesgo de un desarrollo severo de la enfermedad o de muerte crece dramáticamente con la edad y se incrementa también con ciertas condiciones de salud preexistentes, particularmente, un sistema inmunológico comprometido y afecciones pulmonares o cardíacas. La vacunación mejora las probabilidades de sobrevivir a una infección o de evitar un desarrollo severo de la enfermedad; sin embargo, esto no altera los efectos inequitativos del virus —cualquiera con un alto riesgo de una enfermedad severa o muerte tendrá, incluso después de la vacunación, un riesgo más alto comparado con personas jóvenes vacunadas y personas vacunadas sin condiciones de salud preexistentes—. La pandemia se ha convertido en un asunto muy complejo —diferentes vacunas fueron desarrolladas, las cuales difieren en su efectividad—. Desafortunadamente, los efectos de cada vacuna disminuyen con el tiempo; la protección en contra de la mera transmisión e infección,

la cual podría ser ligera, disminuye más rápido que la protección contra una enfermedad severa o la muerte. Esto es relevante en el contexto de la justificación de las medidas en contra de la pandemia de covid-19, tales como el distanciamiento social, la obligación de utilizar mascarillas médicas y la vacunación obligatoria. La protección frente a enfermedades severas y la muerte es la protección del individuo vacunado que puede ser objeto de la autonomía individual, mientras que la protección frente a la transmisión es en gran medida protección de las personas distintas al individuo vacunado —cuando los riesgos para otros entran en juego, no podemos solamente tomar decisiones autónomas para nosotros mismos, tenemos que respetar los intereses de otro hasta cierta extensión—.

Para aumentar la complejidad, el coronavirus ha mutado y continúa mutando. La variante original, el tipo salvaje de Wuhan, fue superada en infecciosidad y patogenicidad por nuevas variantes preocupantes, es decir, alpha, beta y delta. Entonces, surgió ómicron, que representa un nuevo serotipo de SARS-CoV-2. Subvariantes de ómicron causaron nuevas olas en Alemania, Europa y todo el mundo, en otras palabras: ómicron BA.1, Ba.2 y, recientemente, BA.5. Cada ola causada por una nueva variante deja cierta inmunidad en la población por un tiempo determinado, lo cual puede o no proteger en contra de otras variantes. Afortunadamente, ómicron en general ha probado ser menos mortal y causa menos casos de enfermedad severa; esto es, sin embargo, una cuestión de grado y puede cambiar —actualmente hay señales de que ómicron BA.5 afecta el tejido pulmonar más que subvariantes previas de éste, lo cual puede indicar una mayor patogenicidad—. Todavía queda por ver si los serotipos Wuhan, alpha o delta resurgirán en Alemania en el otoño o si será ómicron BA.5 o alguna subvariante de éste. Biontech-Pfizer y Moderna han desarrollado vacunas adaptadas a ómicron con prometedora efectividad en pruebas de fase 2/3, las cuales esperamos estén disponibles en otoño. La siguiente ronda de la batalla entre el virus y las vacunas está por comenzar.

A. Evitando el triaje y el triaje en sí

Además de proporcionar vacunas a la población, los gobiernos alrededor del mundo han implementado medidas en contra de la transmisión de la enfermedad para prevenir principalmente la muerte y el desarrollo severo de la infección con diferente efectividad y diferentes efectos colaterales para la libertad, la economía y la vida social. Desde el punto de vista del sistema jurídico en Alemania, se debe realizar una ponderación entre el derecho a la protección¹ a la vida y la salud conforme al artículo 2, párrafo 2, enunciado 1 de la Ley Fundamental, con la resultante intervención en los derechos de libertad —libertad de religión, del ejercicio de las actividades económicas y similares—. La evaluación jurídica de estas medidas depende de la variante dominante que se está extendiendo actualmente y la amplitud de inmunidad en la respectiva población precisamente de tal variante. Las medidas legales no pueden prevenir toda muerte por covid-19 o dolencias severas de esta enfermedad, pero pueden reducir la probabilidad de caer víctima de la enfermedad y reducir muertes *evitables*.

La meta práctica más importante de las medidas legales en contra de la covid-19 fue generalmente prevenir que los hospitales y, en particular, las unidades de cuidados intensivos (UCI) quedaran sobrepasadas. Las camas UCI con ventiladores fueron y son un recurso escaso que no puede expandirse rápidamente, debido a la escasez de soportes ventilatorios y personal calificado. Si un paciente necesita una cama UCI con ventilador, pero no la consigue, es altamente seguro que muera por la falta de oxígeno en la sangre —solamente se puede administrar morfina para aligerar el proceso de muerte—. Si más personas necesitan una cama UCI y ventilador de las que hay disponibles, entonces, se debe tomar la decisión de quién obtiene el tratamiento para salvar la vida y quién no —con

¹ Relativo a los derechos de protección en la Constitución alemana, véase Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 215 y ss.; en el marco de los derechos humanos en Europa, véase Grabenwarter, C. y Pabel, K., *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2016, pp. 158-160.

una muerte segura—. Es el caso clásico de un triaje, que históricamente es conocido en los campos de batalla, una situación trágica en la cual no todo soldado o no combatiente herido puede recibir el tratamiento que salve su vida. La pandemia de covid-19 ha hecho este panorama un prospecto real. La demanda de camas UCI con ventilador depende de varios factores —la patogenicidad de la variante que actualmente se está expandiendo, qué tan infecciosa es y cuánta inmunidad existe derivada de infecciones previas o vacunación existe en la población; no obstante, el crecimiento exponencial es despiadado y existen situaciones en las que la decisión del triaje debe realizarse (particularmente en el mero inicio y después con la mortal variante delta)—, incluso si esto, infortunadamente, no fue siempre admitido de forma pública. Es más, estudios sugieren que incluso si la capacidad de la UCI no estuviera formalmente superada, las probabilidades de supervivencia en casos severos de covid-19 disminuyen ante el mayor número de pacientes dentro de la propia sala, ya que éstos son difíciles de tratar y requieren de mucha más atención que uno en circunstancias típicas. El impacto de la falta de camas de UCI no es únicamente fatal para los pacientes de covid-19, sino también para quienes tienen otras enfermedades mortales, como infartos al miocardio o derrames cerebrales. Un hospital que está abrumado con pacientes de covid-19 en la UCI y otras salas muy probablemente no realizará el escaneo o tratamiento de cáncer de acuerdo con los estándares normales. Esto tendría mayor relevancia para una porción del personal hospitalario que sufrirá de covid-19 en algún momento de la pandemia, por lo que la falta de personal también se incrementa. En otras palabras, los hospitales saturados inevitablemente causarán directa o indirectamente muertes de covid-19. Los despiadados efectos del crecimiento exponencial hacen imposible expandir la capacidad hospitalaria, en general, y la capacidad de la UCI, en particular, en poco tiempo para satisfacer la demanda.

Incluso cuando la competencia por el tratamiento para salvar la vida es básicamente una posibilidad conocida, no existieron ni existen hasta el día de hoy reglas vinculantes en una ley parlamentaria que regulen esta

situación contenida, al menos no en Alemania.² Es posible imaginar diferentes criterios, tales como preferir gente joven respecto de personas mayores, maximizar los años de vida de acuerdo a la esperanza de vida concreta, evaluar la calidad de vida, o un simple acercamiento "primero en tiempo, primero en derecho". Es más, no se pueden evitar las cuestiones de reevaluación desde una perspectiva diacrónica: ¿qué sucede si el paciente A fue admitido para recibir el tratamiento para salvarle la vida de acuerdo con el criterio de prioridad, pero tres días después llega el paciente B, a quien se le debe dar —conforme a estos criterios— prioridad sobre A? ¿Se puede privar al paciente A del tratamiento para salvarle la vida, sentenciándolo a la muerte, y comenzar a tratar al paciente B? ¿De qué valen los criterios de prioridad si no se aplican? En este caso, no obstante, los tres días de tratamiento del paciente A no contribuyeron a salvar la vida de nadie —fueron simplemente desperdiciados—.³

El acercamiento general al triaje en Alemania fue confiado a la decisión de los médicos, quienes siguieron ciertos lineamientos elaborados por las asociaciones médicas.⁴ Estos lineamientos proporcionan actualmente como único criterio permisible para decidir a quién tratar (aparte de la voluntad del paciente) la "probabilidad de sobrevivir un caso de covid-19 severo u otras enfermedades". Ésta es una decisión médica compleja para el caso que nos ocupa, otros criterios —edad, condiciones médicas preexistentes, estar vacunado o no— no son permitidos *como tales*, éstos pueden ser únicamente considerados en la medida que afecten la "probabilidad de sobrevivir la fase de enfermedad severa".⁵ Existe un debate

² Esto da cabida a incertidumbre jurídica, debido a la asignación incorrecta, la cual bien puede constituir un homicidio, incluso por omisión.

³ Este punto subraya la posibilidad de que nuevamente, tres días o más después, el paciente C pueda aparecer y se le tenga que dar —conforme a los criterios— prioridad sobre B, y así en adelante. Es obvio que el resultado puede convertirse en una asignación menos coherente de los recursos para salvar la vida.

⁴ Sobre el acercamiento alemán al triaje, véase, con gran detalle, Merkel, Reinhard y Augsberg, Steffen, "La tragedia del triaje (*triage*). Fundamentos constitucionales y penales y sus límites", en esta misma obra.

⁵ Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia del 16 de diciembre de 2021, 1 BvR 1541/20, número marginal 9-10.

no sólo sobre los propios criterios de prioridad, sino también si deben estar contenidos en una ley parlamentaria. De acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal Alemán, las decisiones importantes deben ser tomadas por la autoridad democrática a través de la ley parlamentaria y no pueden ser delegadas a los reglamentos⁶ —y la decisión de quién tiene la oportunidad de sobrevivir y quién no es definitivamente una decisión importante—. ⁷

Por fortuna, en Alemania generalmente las UCI no se han saturado, aunque hubo momentos en los cuales se estuvo muy cerca. Durante los picos de algunas olas de infección del SARS-CoV-2, los hospitales estuvieron sobrepasados en algunas áreas, por lo que tuvieron que adoptar una necesaria redistribución de pacientes por todo el país.⁸ A pesar de que las variantes de ómicron hasta la fecha causaron menos pacientes que necesitaran ventiladores, no sabemos si las futuras variantes de éste probarán ser más mortales o si una vertiente de la particularmente mortal variante delta regresará en otoño o en años por venir. Esto quiere decir que no podemos descartar una variante agresiva y altamente patogénica con una significativa evasión inmunológica en el futuro. Por su parte, la situación del triaje es, desafortunadamente, todavía un escenario realista.

⁶ De acuerdo a la teoría de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*) el legislador parlamentario debe "en ámbitos regulativos fundamentales, especialmente en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, en la medida que sea susceptible de regulación, el realizar por sí mismo todas las decisiones esenciales", véase, BVerfGE 49, 89 (p. 126); véase también, BVerfGE 34, 165 (pp. 192 y ss.); BVerfGE 40, 237 (pp. 249-250); BVerfGE 41, 251 (p. 260); BVerfGE 45, 400 (pp. 417-418); BVerfGE 47, 46 (pp. 78 y ss.); BVerfGE 48, 210 (p. 221); BVerfGE 61, 260 (p. 275); BVerfGE 76, 1 (p. 75); BVerfGE 77, 170 (p. 231); BVerfGE 80, 124 (p. 132); BVerfGE 88, 103 (p. 116). Véase, además, (Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, 113); (Ossenbühl, F, "Vorrang und Vorbehalt der Gesetze", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a. ed., Heidelberg, Springer, vol. 5, 2007, número marginal 52 y ss.).

⁷ Sobre la teoría de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*) en el contexto de covid-19, véase, en esta misma obra, Bäcker, Carsten "La larga 'hora del gobierno'. Covid-19 y la reserva parlamentaria en Alemania".

⁸ Alguna redistribución, aunque en una limitada extensión, sucedió en el ámbito europeo, entre los Estados miembros de la Unión Europea.

B. Las personas con discapacidad en el triaje. El problema de la discriminación indirecta

Ante este trasfondo general de la situación del triaje en los casos de covid-19, la decisión expuesta en este trabajo se concentrará en las personas con discapacidad. El problema es el siguiente: muchas personas con discapacidad tienen, debido precisamente a su discapacidad, condiciones de salud preexistentes que reducen su probabilidad de supervivencia incluso si son tratados en una UCI. Algunas personas con discapacidad y organizaciones no gubernamentales que representan sus intereses dieron voz al temor de que las personas con discapacidad pudieran ser discriminadas en una situación de triaje.⁹

Si presentar una discapacidad no constituye un criterio como tal, entonces, no hay una discriminación directa. Debido a que la probabilidad de sobrevivir una fase aguda de covid-19 es el único criterio sustantivo, tener una discapacidad no es considerado un criterio *como tal*. Ergo: no hay una discriminación directa.

No obstante, puede haber una discriminación indirecta. En este caso una regulación es neutral a primera vista, pero típicamente reproduce los resultados de una discriminación directa, ya que las personas con discapacidad sufren más a menudo de condiciones de salud preexistentes que reducen la probabilidad de sobrevivir en el caso de un desarrollo severo de covid-19 comparado con la población general. La pregunta es si esto reproduce una significativa extensión las consecuencias que podrían ocurrir en el caso de una discriminación directa. En otras palabras: ¿acaso la prohibición a la discriminación de personas con discapacidad a que se refiere el artículo 3, párrafo 3, enunciado 2 de la Ley Fundamental, introducida por medio de una reforma constitucional en 1994, exige que las persona con discapacidad, como condición de salud preexistente,

⁹ Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia del 16 de diciembre de 2021, 1 BvR 1541/20, número marginal 22-23.

sean tratadas en una situación de triaje como si no tuvieran una condición de salud preexistente? Desde un punto de vista moral, uno podría de inmediato inclinarse a afirmar precisamente esta consecuencia, ya que las personas con discapacidad tienen de por sí una vida más complicada y sufrir más en el triaje añadiría esta dificultad. Desde un punto de vista jurídico, se debería hacer énfasis que el segundo enunciado del artículo 3, párrafo 3, de la Ley Fundamental, que dispone: "Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico".

En contraste, la prohibición clásica de la discriminación en el enunciado 1 señala: "Nadie podrá ser perjudicado o favorecido a causa de su sexo, [...]".

Al parecer, la redacción de la reforma constitucional de 1994 explícitamente permite y posiblemente exige que las personas con discapacidad sean favorecidas sobre las personas sin discapacidades.

Si una persona con una severa condición de salud preexistente es tratada —por así decirlo, "artificialmente"— como si no tuviera una condición de salud preexistente del todo, las personas con discapacidad pueden bien ser preferidas sobre una persona que no tiene alguna discapacidad. Sin embargo, al virus no le importa la moral o las consideraciones jurídicas —la probabilidad de supervivencia de la persona con discapacidad con una severa condición de salud preexistente es significativamente más baja que la de una persona que no tiene una discapacidad—. Si el primero (la persona con discapacidad) es preferido respecto del último (sin discapacidad) en el triaje, más personas morirán en comparación con la situación, en la cual el criterio de "probabilidad de supervivencia a una fase aguda de infección de Covid-19" es *consecuentemente* aplicado. Y las probabilidades de supervivencia de personas que no tienen una discapacidad se reduce, aunque esto no puede ser justificado desde un punto de vista de optimización de la supervivencia de la fase aguda de covid-19. El triaje en general presenta difíciles cuestiones morales, y esto

es también válido para el problema especial de la discriminación indirecta de personas con discapacidad en el triaje.

C. La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 16 de diciembre de 2021

La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 16 de diciembre de 2021 fue, en ese momento, la tercera del primer senado del Tribunal sobre las medidas legales en la pandemia de covid-19. Nueve personas presentaron un recurso constitucional en contra de la omisión estatal de medidas para protegerlas efectivamente de ser discriminadas por el personal médico debido a su discapacidad.

I. Los puntos resolutivos importantes

La decisión del primer senado del Tribunal típicamente tiene puntos resolutivos, los cuales son un componente oficial de la decisión jurisdiccional.¹⁰

1. Primer punto resolutivo

El primer punto resolutivo señala: "El artículo 3, párr. 3, enunciado 2 de la Ley Fundamental dispone la prohibición de discriminación directa e indirecta por parte del Estado basada en la discapacidad y el deber del Estado de proteger efectivamente a las personas en contra de ser discriminadas por terceras personas".¹¹ En el contexto de la cuestión que nos ocupa, esto suena como si los promoventes hubieran ganado el caso —como si aplicar el criterio de "probabilidad de supervivencia la fase aguda de infección de Covid-19" constituyera consecuentemente una discriminación indirecta—.

¹⁰ Véase Weber, R. K., *Der Begründungsstil von Conseil konstitutionell und Bundesverfassungsgericht*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2019, pp. 66 y ss.

¹¹ 1 BvR 1541/20, punto resolutivo 1.

2. Segundo y tercer puntos resolutivos

El segundo punto resolutivo hace énfasis en la existencia, en las circunstancias de las personas con discapacidad en el triaje por covid-19, de un deber definitivo del Estado de protegerlas en contra de ser tratadas desfavorablemente en la asignación de los importantes recurso médicos vitales.¹² El tercer punto resolutivo señala que el Estado tiene discrecionalidad empírica y normativa con vista en la decisión de cómo cumplir la obligación de proteger —considerando, no obstante, que la efectiva protección está garantizada—.¹³

II. Las consecuencias jurídicas del juicio

El Tribunal señala en la consecuencia jurídica 1 que el legislador ha lesionado el artículo 3, párrafo 2, enunciado 2 de la Ley Fundamental debido a la omisión de "adoptar precauciones" (*Vorkehrungen*) para el efecto de que nadie sea desfavorecido con motivo de una discapacidad en la asignación de importantes recursos médicos vitales.¹⁴ La consecuencia jurídica 2 proclama la obligación del legislador federal de implementar tales precauciones inmediatamente.¹⁵

III. La introducción en el problema

En la primera parte (A.I) de la sentencia, el Tribunal ofrece una introducción respecto de los aspectos clave del problema relevante.

IV. Los nueve promoventes y su afirmación

Entonces, el Tribunal describe a los nueve promoventes del recurso. La mayoría sufría de discapacidades significativas; cuatro tenían atrofia

¹² 1 BvR 1541/20, punto resolutivo 2.

¹³ 1 BvR 1541/20, punto resolutivo 3.

¹⁴ 1 BvR 1541/20, tenor 1.

¹⁵ 1 BvR 1541/20, tenor 2.

muscular espinal; uno, síndrome de Down con adicionales lesiones graves de nacimiento, y tres, diversas condiciones de salud preexistentes con vista al riesgo de morir por covid-19.¹⁶ El noveno promovente, con una enfermedad del corazón y diabetes tipo 2, no fue considerado con una discapacidad, su recurso fue consecuentemente declarado como inadmisibile.¹⁷ Los promoventes básicamente reclamaron que ser sometidos al criterio de "probabilidad de sobrevivir la fase aguda de infección de Covid-19" en la asignación de los importantes recursos médicos vitales equivale a una discriminación basada en la discapacidad.¹⁸ De hecho, incluso si no lo dijeron explícitamente, reclamaron una "discriminación indirecta". Es más, adujeron que el legislador debía promulgar una ley parlamentaria para las decisiones en las situaciones de triaje, ya que los lineamientos de las asociaciones médicas no serían suficientes.¹⁹

V. Informes de los órganos federales, Estados federados y varias organizaciones

Más de una cuarta parte de toda la sentencia resume los informes de los órganos federales, los Estados federados alemanes, las asociaciones médicas y las organizaciones no gubernamentales.²⁰ Los tribunales típicamente solicitan tales informes por parte de actores relevantes para entender todas las aristas del problema de la manera más comprehensiva y completa posible.²¹ Con vista en el resultado, son en particular importantes las declaraciones de las asociaciones médicas, de acuerdo con las cuales las decisiones sobre determinada prioridad son normalmente hechas *ad hoc* por los médicos, debido a la significativa presión del tiempo, que estas decisiones contienen típicamente elementos subjetivos y que el personal

¹⁶ 1 BvR 1541/20, número marginal 12-19.

¹⁷ 1 BvR 1541/20, número marginal 20, 81.

¹⁸ 1 BvR 1541/20, número marginal 22.

¹⁹ 1 BvR 1541/20, número marginal 23.

²⁰ 1 BvR 1541/20, número marginal 24-65.

²¹ Véase Schlaich, K. y Koriath, S., *Das Bundesverfassungsgericht*, 12a. ed., München, C.H. Beck, 2021, número marginal 63-66.

médico a menudo tiene déficits en el conocimiento de las discapacidades.²²

VI. La admisibilidad (*Zulässigkeit*) del recurso constitucional

Un recurso constitucional en contra de la omisión del legislador es una categoría procesal específica y los recursos tienen una particular carga probatoria. Una situación en la cual el triaje se vuelve necesario es realísticamente posible y también es realísticamente posible que los promoventes sean discriminados debido a la discapacidad en la asignación de importantes recursos médicos vitales —ya sea al momento de presentar el recurso o cuando el Tribunal emita su decisión—.²³

VII. La fundamentación (*Begründetheit*) del recurso

1. ¿"Si" o "Si y qué"?

De acuerdo con la declaración de la motivación (*Urteilsgründe*), el Tribunal se ve a sí mismo sólo bajo la obligación de decidir "si" (*ob*) el legislador se encuentra bajo la obligación de adoptar las precauciones efectivas en contra de la discriminación basada en la discapacidad en el triaje. Esto es algo sorprendente, porque la decisión de si el Estado tiene que hacer algo difícilmente puede ser separada de forma clara de la decisión de "qué" (*was*) debe hacerse. Si todos los medios posibles de protección pueden ser considerados por el legislador como desproporcionales debido a que lesionan la libertad u otros derechos fundamentales y bienes en una gran medida, entonces, el legislador no está bajo la obligación de hacer algo.²⁴ Al evaluar las pretensiones derivadas de los derechos de protección, el Tribunal tiene que garantizar una significativa discrecionalidad

²² BvR 1541/20, número marginal 34, 36, 51.

²³ 1 BvR 1541/20, número marginal 68-80.

²⁴ Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 280.

al legislador.²⁵ Si el Tribunal llega a la conclusión de que, considerando discrecionalidad del legislador, todos los medios posibles de protección pueden ser considerados desproporcionales, entonces, no hacer nada —la omisión de cualquier medio de protección— es perfectamente constitucional. Argumentar que algo debe ser hecho sin analizar lo que se puede hacer y cómo los posibles medios de protección son evaluados en términos de costo beneficio, debe ser inevitablemente superficial. La declaración "algo debe ser hecho, pero el legislador tiene que decidir que es esto" es ciertamente un posible resultado, pero hay dos posibles resultados: I) que exista una obligación definitiva de emplear un cierto medio y II) que no hay una definitiva obligación de emplear cualquier medio de protección.²⁶ Si supuestamente se tienen que descartar estos otros dos resultados, habría la necesidad de más argumentación jurídica. Volveré a este punto.²⁷

2. Dimensiones de la prohibición de la discriminación basada en la discapacidad

Para comenzar, el Tribunal da una breve definición de *discapacidad*, que se asemeja a la del artículo 1, párrafo 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad (CDPD),²⁸ y explica las diferentes dimensiones de la prohibición de discriminación basado en la discapacidad.

a. El derecho negativo frente al Estado

Inicia con el derecho negativo frente al Estado de no ser discriminado, directa o indirectamente, basado en la discapacidad por medio de un

²⁵ Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, pp. 250 y ss.

²⁶ Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, pp. 280-281.

²⁷ Véase el apartado "a. Tres resultados posibles de la concretización de derechos positivos".

²⁸ La definición en el artículo 1, párrafo 2, de la CDPD señala: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

acto estatal.²⁹ Esto es obvio, porque los tres poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) son, conforme al artículo 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental, destinatarios de todos los derechos fundamentales, incluyendo derechos especiales a la igualdad, como el que está aquí en cuestión. No obstante, la mayoría de los hospitales no son gestionados por el Estado, sino que son administradores por privados, asociaciones y empresas de la salud.

b. El derecho positivo a los subsidios financieros

Segundo, la prohibición de la discriminación basada en la discapacidad también establece un derecho constitucional a la participación equitativa (*gleichberechtigte Teilhabe*).³⁰ Esto implica subsidios financieros para establecer igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, comparados con las personas sin discapacidades. El dinero o cuestión de los subsidios financieros no está, sin embargo, en riesgo en el triaje —es un tratamiento de vida o muerte con recursos limitados que no pueden expandirse a corto plazo—.

c. El derecho positivo de protección.

Drittwirkung mediata a través de derechos frente al Estado

Tercero, la prohibición de discriminación basada en la discapacidad prevé un valor constitucional objetivo (*objektive Wertentscheidung*) que es relevante en todas las ramas del derecho.³¹ En este contexto, el derecho privado es clave, porque la mayoría de los hospitales son gestionados por administradores privados. Éstos proveen de recursos médicos en general y tratamiento hospitalario en particular sobre la base del derecho privado —incluso si son fuertemente regulados por el Estado—. Esto

²⁹ 1 BvR 1541/20, número marginal 93.

³⁰ 1 BvR 1541/20, número marginal 94.

³¹ 1 BvR 1541/20, número marginal 95.

quiere decir que las decisiones sobre la asignación de los recursos médicos por hospitales privados no son un "acto estatal". El problema aquí es el efecto de los derechos fundamentales en la relación horizontal de los derechos entre los privados —el problema de la *Drittwirkung*—. La *Drittwirkung* inmediata, conforme a la cual los particulares están vinculados a los derechos fundamentales, no puede ser reconciliada con el texto de las disposiciones relevantes de la Ley Fundamental. En la década de 1950, el Tribunal prefirió el efecto horizontal mediato en la famosa decisión del caso *Lüth*.³² Este clásico efecto horizontal, limitado a la interpretación de las leyes parlamentarias en conformidad con la Constitución, necesita ser desarrollado aún más en la forma moderna de *Drittwirkung* mediata, la *Drittwirkung* a través de los derechos frente al Estado.³³ Esto es particularmente obvio en los casos en los cuales no existe una ley parlamentaria para ser interpretada de conformidad con los derechos fundamentales³⁴ y el caso en cuestión es precisamente tal situación —no existe una ley parlamentaria sobre el triaje en general y sobre las personas discapacitadas en el triaje de manera particular—. Es decir, existe un derecho fundamental a la protección de las personas con discapacidad frente al Estado para que éste promulgue una ley parlamentaria que prohíba que otros particulares discriminen a las personas con discapacidad en la asignación de los importantes recursos médicos vitales.³⁵ Ésta es la *Drittwirkung* "más allá del triángulo" que indirectamente da cabida a efectos jurídicos entre los particulares, de acuerdo con la cual ningún

³² Relativo al efecto horizontal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, véase Borowski, M., "La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos fundamentales", *Revista Derecho del Estado* 45, 2019, pp. 12 y ss.; Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, pp. 352 y ss.

³³ Borowski, M., "La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos fundamentales", pp. 14 y ss.; Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, p. 356; Borowski, M., "Una introducción a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales", en Mateos Durán, A. D. (coord.), *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 18 y ss.

³⁴ Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, p. 326; Borowski, M., "Una introducción a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales", p. 21.

³⁵ 1 BvR 1541/20, número marginal 96.

privado puede efectivamente discriminar a otro particular basado en la discriminación.

3. El derecho definitivo de protección

Los derechos definitivos de protección son la excepción en lugar de la regla. Generalmente, proveer protección a un grupo de ciudadanos exige intervenir con la libertad de otro grupo. Esto quiere decir que existen pretensiones en colisión —si el Estado provee muy poca protección, entonces ese derecho se encuentra lesionado; si el Estado provee demasiada protección, entonces la intervención con la libertad puede no estar justificada—. ¿Quién determina, cuánto es "muy poco" y "mucho"? En el primer paso, se debe indicar cuáles medios de protección son posibles y desde qué punto de vista.³⁶ El segundo paso consiste en evaluar los medios de protección posibles en los hechos desde el punto de vista de la proporcionalidad en la forma de la "prohibición de la medida mínima" (*Untermäßverbot*).³⁷ En breve, ¿cuál es el *beneficio* de estos medios en términos de proveer protección y cuál es el *costo* en términos de libertad? En esta evaluación jurídica de todos los posibles medios de protección deben considerarse diferentes formas de discrecionalidad.³⁸

a. Tres resultados posibles de la concretización de derechos positivos

En la concretización de derechos de protección por medio del principio de proporcionalidad en la forma de la "prohibición de medios insuficientes" son posibles tres resultados. Todos los posibles medios de protección deben ser evaluados por medio del análisis de la proporcionalidad y, entonces, todos los medios proporcionales deben ser comparados.³⁹

³⁶ Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, pp. 266-267.

³⁷ *Ibidem*, pp. 268-277.

³⁸ *Ibidem*, pp. 277-280.

³⁹ En caso de que más de un medio pruebe ser proporcional, está actualmente en debate si el Estado tiene discrecionalidad de escoger entre todos los medios proporcionales o si hay criterios adicionales que reduzcan la discrecionalidad estatal, *Ibidem*, pp. 274-276.

Tres resultados son posibles: I) ningún medio de protección es exigido definitivamente, II) un medio de protección en particular es exigido definitivamente y III) un único medio de protección de una cierta clase de medios de protección mutuamente excluyentes es exigido de forma definitiva.⁴⁰ El primer resultado (I) es a menudo cierto, entonces, el Estado puede decidir si una ley parlamentaria es promulgada y si es así, cuáles medios de protección son empleados. Muy rara vez un único medio particular (resultado II) es constitucionalmente exigido, cualquier otra solución —hacer nada o emplear el medio de protección "equivocado"— lesiona la Constitución. En medio se encuentra el resultado III, de acuerdo con el cual existe una clase de medios de protección —el legislador está obligado a emplear un medio de esta clase, lo que no supone que omita hacer algo o que emplee un medio que no pertenezca a esta clase—. ⁴¹

Infortunadamente, el Tribunal no distinguió entre estos tres posibles resultados de manera clara. Éste comenzó señalando que puede existir una "concreta obligación de protección" de parte del Estado bajo ciertas circunstancias.⁴² Esto excluye el no hacer nada, ¿pero se refiere a II o III? Si *concreto* significa 'definitivo', entonces, el resultado II es sugerido. Sin embargo, esto no es a lo que apunta el Tribunal, de hecho, esto es el resultado III, el cual se convierte en el siguiente razonamiento del Tribunal. Los argumentos a favor de la protección son explicados, antes el Tribunal hace énfasis en la discrecionalidad, la cual únicamente puede reducirse a un solo medio de protección bajo circunstancias excepcionales.⁴³

Sin realizar un análisis de cualquier medio posible, el Tribunal estipula que el legislador puede escoger, sin embargo, entre diferentes medios de

⁴⁰ Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, p. 252).

⁴¹ Véase, de manera general, Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, pp. 280 y 281; Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, p. 252.

⁴² 1 BvR 1541/20, número marginal 97: "concretos deberes de protección".

⁴³ 1 BvR 1541/20, número marginal 99: "La libertad de configuración del legislador puede estrecharse solamente bajo circunstancias especiales, de manera que el deber de protección únicamente puede satisfacerse a través de una medida determinado".

protección, en este caso, disposiciones para establecer criterios sustantivos para el triaje (*Regelungen des materiellen Rechts*) o disposiciones de cuestiones procedimentales (*Regelungen des Verfahrensrechts*),⁴⁴ tal como I) el requisito de que la decisión del triaje no puede ser tomada por una única persona ("el principio de cuatro ojos"); de que II) existen ciertos requisitos de la documentación del triaje, o que III) los problemas se enseñan en la formación educativa y ésta debe ser continua.⁴⁵ Al considerar que los medios de protección con una efectividad bastante débil participan de la clase de medios alternativos exigidos, surge la pregunta de por qué la omisión no es proporcional —difícilmente se puede leer un argumento del Tribunal sobre tal cuestión—.

4. El derecho público internacional

El Tribunal entonces sustenta su resultado en las consideraciones de derecho internacional, es decir, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), el CDPD, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En el marco de la Constitución alemana, estos pactos y convenciones de derecho internacional de los derechos humanos tienen el rango de normas de derecho parlamentario. No obstante, existe un principio constitucional conforme al cual la interpretación de los derechos fundamentales nacionales debe ser benevolente con vista al derecho internacional de los derechos humanos, el cual dispone un atisbo de importancia constitucional indirecta a esos instrumentos jurídicos del derecho internacional.⁴⁶ Desafortunadamente, estas consideraciones permanecen completamente superficiales y neutrales, el Tribunal sólo plantea que no hay una mayor protección ofrecida por el derecho internacional en comparación con los derechos fundamentales de la Ley Fundamental.

⁴⁴ 1 BvR 1541/20, número marginal 99.

⁴⁵ 1 BvR 1541/20, número marginal 128.

⁴⁶ Véase, BVerfGE 74, 358 (p. 370); BVerfGE 111, 307 (317 y ss.).

5. La probabilidad de supervivencia de una enfermedad severa de covid-19 como un criterio permitido

Sorprendentemente, el Tribunal no encara de manera explícita la cuestión de la discriminación indirecta en su razonamiento. En cambio, la probabilidad de supervivencia a una enfermedad severa de covid-19 solamente es declarada "tal cual" como un criterio permitido.⁴⁷ Su significado respecto de la discriminación indirecta no fue desarrollado. Un par de página después, un pasaje clave —escondido en una multitud de consideraciones— señala:

En el caso de un triaje relacionado a la pandemia, el personal médico atendiendo tiene que tomar una decisión muy difícil. Ellos tienen que decidir quién sí y quién no recibe los medios escasos de cuidados intensivos. En esta situación puede ser particularmente exigible el asignar los recursos médicos a personas con una discapacidad. Esto únicamente puede lograrse si se asegura que *solo la probabilidad de supervivencia real y de corto plazo es decisiva*.⁴⁸

En otras palabras, la cuestión clave —¿exige el artículo 3, párrafo 3, enunciado 2 de la Ley Fundamental que las personas discapacitadas con una condición de salud preexistente deban ser tratadas en una situación de triaje como si estas no tuvieran una condición de salud preexistente?—⁴⁹ tiene que ser respondida de forma negativa. Someter a las personas discapacitadas con su típica condición médica preexistente —lo cual los vuelve particularmente vulnerables a la covid-19— al criterio de "probabilidad de supervivencia de una infección aguda" no constituye una discriminación indirecta inconstitucional.

⁴⁷ 1 BvR 1541/20, número marginal 116.

⁴⁸ 1 BvR 1541/20, número marginal 123. Énfasis añadido.

⁴⁹ Véase la sección "B. Las personas con discapacidad en el triaje. El problema de la discriminación indirecta".

Por supuesto, esto es un resultado plausible; sin embargo, el problema de la decisión es que la cuestión clave no es explícitamente abordada del todo —ni siquiera es delineada y no existe una argumentación jurídica en sí del porqué someter a las personas con discapacidad al estándar de "probabilidad de supervivencia real y de corto plazo" no constituye una discriminación indirecta—. Por ejemplo, conforme el artículo 25, inciso a, del CDPD, los Estados parte "Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas [...]".

Al parecer la Convención distingue entre personas discapacitadas y no discapacitadas, así como justamente la igualdad fáctica⁵⁰ de las personas con discapacidad resulta ser clave, es decir, el garantizar el mismo resultado en términos de salud para las personas con discapacidad en comparación con las personas sin discapacidad. No obstante, esto requiere que las personas con discapacidad reciban un tratamiento más favorable que las personas sin discapacidad. Si la situación original es desigual, se requiere un trato desigual para alcanzar resultados equitativos. Esta línea argumentativa llama a negar las condiciones de salud preexistentes de personas con discapacidad y que forman parte de su discapacidad. Realizar esta dimensión sustantiva de igualdad interviene, sin embargo, con el principio igualitario de personas no discapacitadas, a quienes se les reduce la probabilidad de recibir el tratamiento para salvar la vida.

Todavía no queda claro si el Tribunal interpreta las disposiciones relevantes en la Ley Fundamental y el CDPD en el sentido de esta colisión de igualdad sustantiva y formal —tal vez asuma que la igualdad sustantiva de las personas con discapacidad no está protegida del todo—. El sentido mismo del artículo 3, párrafo 2, enunciado 2 de la Ley Fundamental es, sin embargo, la "compensación" en comparación de las personas sin

⁵⁰ Relativo a la igualdad fáctica, véase Borowski, M., "La reconstrucción de Robert Alexy del derecho general a la igualdad", en Villa-Rosas, G. et al. (eds.), *Derecho, argumentación y ponderación. Ensayos en honor a Robert Alexy*, Bogotá, Externado de Colombia, 2022.

discapacidad.⁵¹ La absoluta falta de razonamiento jurídico sobre esta cuestión clave es sorprendente.

6. Los problemas específicos y los peligros de evaluar la probabilidad de supervivencia de corto plazo de las personas discapacitadas

Entonces, ¿cuál es la "discriminación indirecta" que está prohibida conforme al primer punto resolutivo de esta decisión? El problema es que las personas con discapacidad pueden ser inadvertidamente desfavorecidas en la evaluación de la probabilidad de supervivencia a corto plazo, si los médicos siguen un enfoque esquemático o estereotipos injustificados.⁵² Es más, los lineamientos de las asociaciones médicas en su forma actual no son del todo claras en cuanto a que la esperanza de vida más allá de la fase aguda de covid-19 juegue un papel decisivo del todo.⁵³

VII. La crítica

Cualquier decisión del Tribunal puede y debe ser medida bajo dos parámetros: primero, ¿es el resultado correcto?; segundo, ¿es la justificación del resultado convincente? En la práctica, parece que los tribunales se han decantado por enfocarse primordialmente en el resultado. El resultado es importante, ya que es lo que soluciona el asunto en cuestión. Una respuesta autoritativa es pronunciada a través de la sentencia y si la decisión fue emitida por la última instancia, el resultado ya no puede ser cuestionado más.

No obstante, no se debe desestimar la importancia de una justificación convincente. En este caso, los extensos informes de los órganos federados, los Estados federados, las asociaciones médicas y las organizaciones

⁵¹ Véase Nußberger, A., "Art. 3 [Gleichheit vor dem Gesetz]", en Sachs, M. (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 9a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2021, número marginal 310.

⁵² 1 BvR 1541/20, número marginal 124-125.

⁵³ 1 BvR 1541/20, número marginal 117.

no gubernamentales sugieren que la moralidad positiva en Alemania está dividida —someter a las personas con discapacidad al criterio de probabilidad de supervivencia al corto plazo puede ser considerado discriminación indirecta inconstitucional o no serlo—. La interpretación de los instrumentos jurídicos relevantes está más allá de ser clara. El Tribunal decidió, finalmente, desestimar el sometimiento de las personas con discapacidad al criterio de "probabilidad de supervivencia real y de corto plazo", sin ninguna discriminación positiva, como una discriminación indirecta inconstitucional, pues consideró que existen contraargumentos plausibles, sin que sepa el porqué.

Por supuesto, existen bastantes decisiones de tribunales superiores o internacionales en las que la justificación no es particularmente convincente. A saber, la evasión de la cuestión clave es pasmosa en esta decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Debido a que la vaguedad del primer punto resolutivo permite a cualquiera leer dentro de la "discriminación indirecta" lo que prefiera, pues la declaración crucial está escondida en una larga lista de consideraciones al final del razonamiento.

Prueba de ello es que inmediatamente después de la notificación de la sentencia, las personas y organizaciones que defienden los intereses de las personas con discapacidad publicaron anuncios de prensa triunfantes —ellos no se han dado cuenta de que en el asunto en cuestión han perdido, en lugar de haber ganado—. ⁵⁴

En cambio, las medidas con muy poco efecto contra estereotipos tienen que ser promulgadas en la forma de leyes parlamentarias y el legislador goza de una amplia discrecionalidad en lo que precisamente puede hacer —tan amplia discrecionalidad plantea la pregunta de por qué no "hacer nada" supuestamente no era una opción—. Para citar el título de

⁵⁴ Véase Huster, S., "Much Ado About Nothing", *Verfassungsblog.de*, 2022. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/much-ado-about-nothing/>. [Consultado el 28 de junio de 2022].

una nota escrita por Stefan Huster de la Universidad de Bochum, que dice: "Mucho ruido y pocas nueces".⁵⁵

Bibliografía

Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 2018.

Borowski, M., "La Drittwirkung ante el trasfondo de la transformación de los derechos fundamentales", *Revista Derecho del Estado* 45, pp. 3-27, 2019.

Borowski, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022.

Borowski, M., "Una introducción a la Drittwirkung de los derechos fundamentales", en Mateos Durán, A. D. (coord.), *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*, pp. 9-30, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

Borowski, M., "La reconstrucción de Robert Alexy del derecho general a la igualdad", en Villa-Rosas, G. et al. (eds.), *Derecho, argumentación y ponderación. Ensayos en honor a Robert Alexy*, Bogotá, Externado de Colombia, 2022.

Grabenwarter, C. y Pabel, K., *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6a. ed., Múnich, C.H. Beck, 2016.

Huster, S., "Much Ado About Nothing", *Verfassungsblog.de*, 2022. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/much-ado-about-nothing/>. [Consultado el 28 de junio de 2022].

⁵⁵ *Idem.*

- Nußberger, A., "Art. 3 [Gleichheit vor dem Gesetz]", en Sachs, M. (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 9a. ed., München, C.H. Beck, 2021.
- Ossenbühl, F., "Vorrang und Vorbehalt der Gesetze", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a. ed., pp. 183-221, Heidelberg, Springer, vol. 5, 2007.
- Schlaich, K. y Koriath, S., *Das Bundesverfassungsgericht*, 12a. ed., München, C.H. Beck, 2021.
- Weber, R. K., *Der Begründungsstil von Conseil konstitutionell und Bundesverfassungsgericht*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2019.

SEGUNDA PARTE

**Las emergencias eventualmente terminan.
La mejor manera de analizar las
restricciones a derechos humanos
detonadas por la pandemia de covid-19 de
conformidad con el Pacto Internacional
de Derechos Civiles y Políticos**

Eric Richardson*

Colleen Devine**

* Presidente de la UNHR en Ginebra, una organización no gubernamental dedicada a nivelar el campo de juego de la ONU. Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de California Berkeley. Exabogado del Departamento de Estado de los Estados Unidos y diplomático, 1996-2017. Doctor en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan, 1991. Maestro por la Universidad de Michigan (Law & World Politics), 1991, Licenciado por la Universidad de Stanford, 1988.

** Doctora en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan, 2020, Licenciada por la Universidad de Michigan (Women's Studies), 2016. Ex asistente legal de la UNHR en la Misión Permanente sobre Afganistán de la ONU en Ginebra.

SUMARIO: A. Introducción; B. Antecedentes: el ICCPR, los mecanismos de escape, las regulaciones internacionales de la salud, y la historia de las suspensiones (*derogations*) en tiempos de crisis; I. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; II. Mecanismos de escape; 1. Artículo 4. Suspensión; 2. Cláusulas de restricción; a. Estándares que se deben seguir al evaluar la imposición de restricciones; 3. Reservas, arreglos, y declaraciones; III. Regulaciones de la Organización Mundial de la Salud sobre salud internacional; 4. Historia de la figura de suspensión en tiempos de crisis; C. ¿Están los estados considerando correctamente si las medidas sanitarias de emergencia relacionadas con la covid-19 requieren una excepción o un equilibrio entre la salud pública y los derechos humanos?; I. ¿Están los estados analizando los daños a los derechos humanos causados por las restricciones de covid-19?; 1. Daño causado por ignorar los Principios Internacionales de Derechos Humanos; II. Daños causados por no seguir los requisitos procesales del artículo 4; D. Daño causado por actuar bajo las cláusulas de restricción sustantiva; I. Sobre cuál mecanismo de escape utilizado por los estados miembros para justificar las restricciones inspiradas en la covid-19 socava el ICCPR; E. Un análisis riguroso de restricciones de aquellas medidas que violan la libertad de movimiento; I. Restricciones a la libertad de movimiento de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12(3); 1. Legalidad; 2. Necesidad; 3. Proporcionalidad; 4. No-discriminación; 5. En una sociedad democrática; II. Restricción a la libertad de movimiento de conformidad con el artículo 12(4); F. Análisis de las restricciones de la vigilancia digital relacionada con la covid-19 y su impacto en la privacidad; I. Violaciones de los derechos de privacidad a través de la vigilancia y recopilación digital; 1. Comparación de prácticas: Corea del Sur y Suiza; 2. La legalidad se daña cuando los estados se apresuran a adoptar aplicaciones digitales de vigilancia; 3. Necesidad y proporcionalidad en el contexto de evitar la interferencia arbitraria en contra de la privacidad; II. Violaciones de privacidad por falta de protección de datos privados de salud; 1. Descripción general de los estándares de protección de datos de salud; 2. Los datos recopilados por las medidas de vigilancia de covid-19 dañan la privacidad después de terminada la emergencia; III. La tecnología ofrece medidas de vigilancia contra la covid-19 menos intrusivas; G. Mejora de los análisis de restricciones de las restricciones de covid-19 a la libertad de reunión; I. Los análisis de restricciones, si es que los hay, parecen haberse realizado superficialmente; II. Un análisis riguroso de las limitaciones debería extraer lecciones del artículo 21, la jurisprudencia sobre las limitaciones de las protestas y las alternativas virtuales en la sociedad moderna; 1. "Necesario en una sociedad democrática" a partir de la historia del ICCPR; 2. Impacto de las restricciones relacionadas con covid-19 con respecto a los derechos necesarios para la democracia; 3. Lecciones de la jurisprudencia nacional sobre la limitación de las reuniones públicas; 4. Ofrecer y proteger alternativas a las reuniones presenciales, incluidas las opciones virtuales; 5. Necesidad de reequilibrar una vez que termine la emergencia; H. Conclusión.

A. Introducción

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró que el nuevo coronavirus (covid-19) tenía el estatus de pandemia, sin embargo incluso antes de la declaración oficial, algunos estados miembros de la ONU comenzaron a implementar medidas con la finalidad de aminorar la propagación de la enfermedad.¹ Restringir la entrada de viajeros procedentes de países con tasas de infección altas, prevenir la movilidad entre y al interior de los estados, confinamientos, vigilancia usando datos provenientes de teléfonos celulares; aplicaciones digitales de rastreo y contacto; órdenes de quedarse en casa, límites al número de personas permitidas para tener una reunión y otras restricciones aplicables a reuniones públicas han sido proclamadas como herramientas importantes para controlar la pandemia global.² Sin embargo, al mismo tiempo, la implementación de esas medidas ha levantado dudas importantes con respecto a los derechos humanos internacionales, estas dudas incluyen las relacionadas con el cumplimiento de los estados del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (ICCPR, por sus siglas en inglés). El ICCPR reconoce la necesidad de los gobiernos de aplicar medidas de salud de emergencia que pueden transgredir los derecho

¹ Véase International Center for Not-for-Profit Law, COVID-19 Civic Freedom Tracker. Disponible en: <https://www.icnl.org/covid19tracker/> (consultado el 30 de septiembre de 2020) (con documentación sobre las respuestas de gobiernos a la pandemia que afectan las libertades cívicas y los derechos humanos, con especial atención en leyes de emergencia). El Centro Internacional para el Derecho sin Fines de Lucro (International Center for Not-for-Profit Law) señala con respecto a la metodología del tracker que "[m]ientras que el sistema de seguimiento busca representar las respuestas de todos los países a la pandemia, solamente refleja la información que hemos recopilado o recibido. La ausencia de información con respecto a un país en particular no significa que ese país no ha implementado medidas que afectan derechos y libertades." *Methodology: COVID-19 Civic Freedom Tracker*, disponible en: <https://www.icnl.org/methodology-covid-19-civic-freedom-tracker> (Consultado el 1 de octubre de 2020). Utilizamos el Tracker en este artículo para resaltar ciertas tendencias observables en las respuestas gubernamentales y reconocemos que es posible que no sea comprensivo respecto a todas las medidas tomadas por los estados en respuesta a la covid-19 que pueden impactar las libertades cívicas.

² Véase World Health Organization, COVID-19 Strategy Update, 11 (abril 14, 2020); también, las restricciones por coronavirus en cada estado, Nat'l Pub. Radio (mayo 20, 2020), disponible en: <https://www.npr.org/series/847328455/coronavirus-restrictions-in-each-state> (consultado el 1 de octubre de 2020) (herramientas de listado implementadas o simplificadas en los estados de Estados Unidos).

humanos, pero lo hace al mismo tiempo que establece salvaguardas cruciales, de modo que las medidas de emergencia no menoscaben la protección a derechos humanos de forma permanente.³ En particular, el artículo 4 prevé que los estados deben notificar al secretario general de la ONU en caso de tener la intención de suspender el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos humanos debido a una crisis.⁴ Este poder para realizar suspensiones, sin embargo, está sujeto a la satisfacción de múltiples condiciones, incluyendo el requisito de notificación.⁵ Sorprendentemente, a seis meses de la declaración de la pandemia solamente 21 países han presentado anuncios con su intención de suspensión en relación con las medidas contra la covid-19 que han impuesto.⁶

Este artículo analiza los estándares del ICCPR que aplican a la regulación de emergencia en tiempos de crisis de salud pública y el enmarañado laberinto de test jurídicos que han sido usados para obtener el equilibrio entre los derechos humanos y las restricciones de emergencia. En términos del Pacto, un Estado que tiene la intención de restringir un derecho a causa de la covid-19 debe seguir uno de tres caminos: notificar la intención de suspender sus obligaciones con respecto a los derechos humanos; emitir una reserva, arreglo o declaración, o declarar que la restricción está justificada porque el derecho en cuestión está condicionado y al considerarlo el lenguaje del ICCPR permite la restricción.⁷

³ Véase Emergency Measures and COVID-19: Guidance, Off. High Comm'r For Human Rights [OHCHR], 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/Emergency_Measures_COVID19.pdf; también S. Silva, Diego y Smith, Maxwell J., "Commentary, limiting rights and freedoms in the context of ebola and other public health emergencies", 17, *Health & Hum. Rts. J.*, 2015, disponible en: <https://www.hhrjournal.org/2015/06/commentary-limiting-rights-and-freedoms-in-the-context-of-ebola-and-other-public-health-emergencies-how-the-principle-of-reciprocity-can-enrich-the-application-of-the-siracusa-principles/>.

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diciembre 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171.

⁵ Id. art. 4(2)

⁶ Véase Chapter IV. Human Rights: 4. International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Treaty collection: status of treaty databases (notificación de derogación), disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en (consultado el 1 de octubre de 2020). Este artículo se centra en los primeros seis meses de la pandemia, desde que fue declarada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020 hasta el 11 de septiembre de 2020.

⁷ ICCPR, arts. 4(3), 51(2).

Nosotros argumentamos que en la emergencia de covid-19, la suspensión de obligaciones es la que protege mejor los derechos humanos y la estructura de los tratados, al proveer oportunidades para vigilar y garantizar el final de las restricciones de emergencia una vez superada la crisis. Ciertamente, los estados debieron promulgar los anuncios de suspensión en mayor número en comparación con los pocos que hasta ahora han sido recibidos por el Secretario General de la ONU a seis meses de la declaración de la pandemia por covid-19.⁸ La falla al notificar la suspensión sugiere que los estados a) ignoran las implicaciones con respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (IHRL, por sus siglas en inglés) que tienen las medidas de emergencia que han impuesto tales como restricciones de viaje, confinamientos, restricciones a actividades grupales y vigilancia, b) actúan de conformidad con la parte sustantiva del artículo 4 pero ignorando los requisitos procesales, c) estiman que dada la naturaleza limitada de estos derechos en términos del ICCPR no es necesaria la suspensión.

La primera mitad de este artículo aborda los daños que se derivan de estas tres posibilidades. La segunda mitad estudia en particular la tercera de dichas posibilidades, es decir un análisis de las restricciones, y considera cómo este tipo de análisis podría haber sido aplicado por los estados en relación con las restricciones impuestas de tres derechos consagrados por el ICCPR: libertad de movimiento, derechos de privacidad, y libertad de asociación. Los estados raramente explican sus razonamientos bajo el marco de un análisis de restricciones, lo cual hace difícil determinar si de hecho se ha realizado un análisis de restricciones o por el contrario si los estados han ignorado el IHRL en su urgencia por imponer restricciones relacionadas con la covid-19. Este texto analiza

⁸ Comparar la notificación de suspensión, *supra* nota 6 (que muestra que pocos estados han emitido avisos formales de derogación), con el covid-19 tracker, *supra* nota 1 (que muestra que la mayoría de los estados han promulgado medidas de emergencia en respuesta a covid-19). El covid-19 tracker es una colaboración del Centro Internacional para la Ley sin Fines de Lucro, el Centro Europeo para la Ley sin Fines de Lucro y el Relator Especial de la ONU sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y para Contrarrestar el Terrorismo.

entonces el daño causado por la incertidumbre sobre la manera en la que los estados están justificando restricciones relacionadas con la covid-19 y el daño potencial que puede causar la restricción definitiva de derechos cruciales utilizando como marco de referencia un análisis de restricciones del ICCPR. Si bien es cierto que ignorar el IHRL es perjudicial, la alternativa —evaluar que las medidas de emergencia están justificadas en general y que no son una violación a los derechos humanos en absoluto— puede ser peor. Si los estados consideran que las medidas de emergencia están justificadas porque los derechos subyacentes están condicionados, el proceso para la restauración de libertades y la revocación de medidas excesivas al final de la emergencia podría no llevarse a cabo. Esta posibilidad sugiere que las restricciones de viaje en contra de grupos considerados política o socialmente no deseados, el despliegue de sistemas nuevos de vigilancia que atentan contra la privacidad, las limitaciones a la asociación pública y las protestas democráticas, y otras violaciones a derechos humanos causadas por medidas relacionadas con la covid-19 podrían permanecer por mucho tiempo, incluso más que el virus mismo.

Finalmente, este artículo pone en cuestión si los test tradicionales resultan aún adecuados para analizar violaciones potenciales de tres tipos de derechos consagrados por el ICCPR, en particular aquellos que contienen una cláusula de restricción: libertad de movimiento de conformidad con el artículo 12,⁹ derecho a la privacidad de conformidad con el artículo 17,¹⁰ y la libertad de asociación de conformidad con el artículo 21.¹¹ El lenguaje empleado por el ICCPR en los artículos 12, 17 y 21 ha sido resumido por las Observaciones Generales del Comité de Derecho Humanos de la ONU y fuentes secundarias como los Principios Siracusa a los conceptos generales de legalidad, necesidad, proporcionalidad, y no discriminación.¹² Nosotros usamos nuestra posición propia en Ginebra para ofrecer los factores actuales que los estados deberían considerar al

⁹ ICCPR, art. 12.

¹⁰ *Id.* art. 17.

¹¹ *Id.* art. 21.

¹² Véase la discusión *infra* en la sección "2. Cláusulas de restricción".

evaluar las restricciones relacionadas con la covid-19 que restringen derechos humanos. Estos factores a menudo se derivan de trabajos llevados a cabo por los relatores especiales de la ONU y la sociedad civil y podrían ser considerados por el Comité de Derechos Humanos para actualizar sus Observaciones Generales. Nuestras propuestas y las mejores prácticas que proponemos para lograr medidas de emergencia más equilibradas, así como la manera de remover las restricciones una vez terminada la crisis de la covid-19, incluyen:

- Mejorar el vínculo entre el conocimiento legal, técnico y médico al elaborar restricciones, así como considerar alternativas menos restrictivas.
- Asegurar que las restricciones tienen una fecha de caducidad ya sea por derogación o la vertiente de proporcionalidad de un análisis de restricción.
- Considerar la fase específica de prevención de la enfermedad y las condiciones locales del virus.
- Priorizar el ejercicio de derechos necesario en una sociedad democrática.
- Concentrarse en la disponibilidad de alternativas, especialmente alternativas virtuales, para ejercer derechos temporalmente limitados durante emergencias públicas de salud.
- Buscar soluciones tecnológicas para minimizar los daños causados por las restricciones, tales como usar rastreo digital de contactos, implementar tecnologías para la protección de privacidad, u ofrecer reuniones virtuales como una opción.

En resumen, las restricciones a derechos humanos para enfrentar la covid-19 impuestas con buena intención pero pobremente planeadas

amenazan con socavar protecciones a derechos humanos arduamente ganadas y pueden, de hecho, menoscabar elementos importantes del IHRL, como resultado de la implementación extralimitada o la falta de análisis riguroso sobre cómo implementar y mantener las restricciones.

B. Antecedentes: el ICCPR, los mecanismos de escape, las regulaciones internacionales de la salud, y la historia de las suspensiones (*derogations*) en tiempos de crisis

I. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El ICCPR fue adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Hasta la fecha, 173 estados miembros lo han ratificado.¹³ Seis países adicionales, incluido China, lo han firmado pero no lo han ratificado.¹⁴ En tanto que uno de los tratados de derechos humanos más importantes, el Pacto, traduce los derechos negativos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en un tratado vinculante.¹⁵ Con base en la dignidad inherente de la persona el tratado busca promover condiciones dentro de los estados para el goce de derechos civiles y políticos.¹⁶

En términos sustantivos, el pacto consagra derechos a la integridad física, libertad y seguridad personales, la justicia procedimental y derechos de los acusados, libertades individuales y derechos políticos.¹⁷ Mecánicamente, el artículo 28 impone al Comité de Derechos Humanos la tarea de monitorear el cumplimiento con el ICCPR de los estados.¹⁸ Formado

¹³ *Status of Ratification Interactive Dashboard*, Off. Alto Comisionado Para Los Derechos Humanos, [OHCHR], disponible en: <https://indicators.ohchr.org/> (consultado el 18 de mayo de 2020).

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Derecho de los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, disponible en: <https://www.un.org/en/sections/universal-declaration/human-rights-law/index.html> (consultado el 18 de mayo de 2020).

¹⁶ ICCPR, pmbi.

¹⁷ En general véase *id.*

¹⁸ *Id.* art. 28.

por expertos independientes en derechos humanos, el Comité evalúa el cumplimiento basado en reportes entregados por los estados miembros usualmente cada cuatro años y emite conclusiones en función del desempeño por cada país.¹⁹ Junto a esto, el Comité de Derechos Humanos periódicamente emite observaciones generales en las que proporciona interpretaciones de las obligaciones contenidas en el tratado.²⁰

Del mismo modo, los principios de Siracusa se han convertido en una importante fuente secundaria al analizar e interpretar el ICCPR. Codificados en 1985, como resultado de una conferencia organizada por la Asociación Americana del Comité Internacional de Juristas en 1984, los principios de Siracusa representan un intento importante por armonizar los principios sobre la limitación y suspensión en el ICCPR.²¹ Si bien es cierto que ni las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos ni los Principios de Siracusa son legalmente vinculantes, ambos proveen guía e influencia a través legislación blanda (*soft law*) sobre el texto del tratado.²²

II. Mecanismos de escape

Muchos tratados internacionales de derechos humanos contemplan la posibilidad de que los gobiernos necesiten tomar medidas especiales en

¹⁹ Human Rights Committee, OHCHR, disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIntro.aspx>. (consultado el 18 de mayo de 2020).

²⁰ *Id.*

²¹ Consejo de las Naciones Unidas sobre Economía y Sociedad, Los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones Generales sobre la Limitación y Suspensión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, UN Doc.E/CN.4/1985/4 (28 de septiembre de 1984).

²² Véase Lane, Lottie, "The horizontal effect of international human rights law in practice", 5, *Eur. J. Comp. L. & Governance* 5, 11, 2018 (se comenta la naturaleza de las observaciones generales); también Slagle, Tracy, Ben Youssef, Mehdi, Calonge, Golda y Ben Amor, Yanis, "Lessons from Africa: Developing a Global Human Rights Framework for Tuberculosis Control and Prevention", 14 *BMC Int'l. Health & Hum. Rts.* 1, 2, 2014 (se comenta la naturaleza de los Principios de Siracusa); Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados arts. 31, 32, 23, de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331; 8 I.L.M. 679 (1969) (se establece que si el significado ordinario de los términos dentro del tratado no puede ser interpretado con base en el objeto y propósito del tratado, se deben usar medios suplementarios de interpretación).

tiempos de crisis.²³ El ICCPR contiene múltiples mecanismos de escape que permiten a los estados restringir derechos consagrados en el texto del tratado sin dejar de cumplir con el tratado mismo. El artículo 4 del ICCPR establece que los estados miembros del tratado pueden suspender la observación de ciertas disposiciones del tratado en tiempos de emergencia, aunque impone restricciones en las circunstancias y los derechos con respecto de los cuales se permite la suspensión.²⁴ Otros derechos sustantivos dentro del tratado contienen una cláusula de limitación que reconoce que el derecho no es absoluto y proporciona a los estados miembros la capacidad de tomar un análisis de ponderación.²⁵ Fuera del texto del tratado, los estados miembro pueden haber emitido una reserva, arreglo o declaración al momento de la ratificación la cual puede redefinir o calificar el alcance de sus obligaciones.²⁶

1. Artículo 4. Suspensión

El artículo 4 del Pacto establece la disposición de emergencia pública de conformidad con la cual los estados pueden tomar medidas para suspender temporalmente²⁷ algunas obligaciones²⁸ establecidas en el tratado.²⁹ Este artículo busca un balance entre mantener la protección de derechos humanos y el orden gubernamental necesario para garantizar esos derechos.³⁰

²³ Hafner-Burton, Emilie M., Helfer, Laurence R. y Fariss, Christopher J., "Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties", 65 *Int'l Org.* 673, 674, 2011; Emergency Measures *supra* nota 3.

²⁴ ICCPR, art. 4.

²⁵ McGoldrick, Dominic, "The interface of between public emergency powers and international law", 2 *Int'l J. Const. L.* 380, 383, 2014; Silva y Smith *supra* nota 3, 53.

²⁶ Chung, Eric, "the judicial enforceability and legal effects of treaty reservations, understandings, and declarations", 126, *Yale L.J.*, 170, 173, 2016; Goldsmith, Jack, "The un-exceptional U.S. human rights RUDs", 3, *U. ST. Thomas L.J.* 311, 312, 2005.

²⁷ Sheeran, Scott P., "Reconceptualizing states of emergency under international human rights law: theory, legal doctrine, and politics", 34 *Mich. J. Int'l L.* 491, 507, 2013.

²⁸ ICCPR, art. 4(2).

²⁹ *Id.* art. 4(1).

³⁰ Sheeran *supra* note 27, 492; McGoldrick, *supra* nota 25, 411.

En términos sustantivos, para que un estado implemente el artículo 4 debe haber una emergencia pública que "amenace la vida de la nación" y que sea "oficialmente declarada", misma que hace necesaria una suspensión.³¹ Los Principios de Siracusa proporcionan una guía adicional sobre aquello que constituye una emergencia pública que "amenaza la vida de la nación", estableciendo que una emergencia debe 1) ser "real o inminente"; 2) "afectar a la totalidad de la población y a todo o a parte del territorio del estado, y 3) "amenazar la integridad física de la población, la independencia política o la integridad territorial del estado o la existencia o el funcionamiento básico de las instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto".³²

El Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones Generales también articula un requisito de proporcionalidad, en el que hace notar que las medidas de suspensión contenidas en el Pacto deben ser "estrictamente requeridas por las exigencias de la situación," y ocurrir en presencia de una emergencia.³³ Finalmente, el Pacto establece que cualquier medida de suspensión puede ser discriminatoria por razones de raza, color de piel, sexo, lenguaje, religión u origen social y que dichas medidas no pueden ser inconsistentes con otras obligaciones impuestas por el derecho internacional.³⁴ Por tanto, las suspensiones en tiempos de emergencia pública están sujetas a los principios de necesidad, proporcionalidad, no-discriminación, y al requisito de cumplimiento con obligaciones establecidas por el derecho internacional.³⁵

³¹ ICCPR, *supra* nota 4, art. 4(1); Comité de Derechos Humanos (HRC), Observación General 29 art. 4 29, 1, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (agosto 31, 2001) (que establece que "[l]a restauración de un estado de normalidad donde el respeto total por el Pacto pueda ser asegurado de nuevo debe ser el objetivo predominante de un Estado parte al suspender alguna de las obligaciones impuestas por el pacto").

³² Los Principios de Siracusa *supra* nota 21, § II. A.

³³ Observación General No. 29, *supra* nota 31, 4; Hickman, Tom R., "Between human rights and the rule of law: indefinite detention and the derogation model of constitutionalism", 68, *Mod. L. Rev.* 656, 665, 2005 (se argumenta que el estándar de "estrictamente requerido" del artículo 4 es más demandante en términos de proporcionalidad que el estándar de proporcionalidad encontrado en las cláusulas de restricción).

³⁴ ICCPR, art. 4(2).

³⁵ *Emergency Measures*, *supra* note 3; Ponta, Adina, "Human rights law in the time of coronavirus", 24 *Am. Soc'y Int'l L.*, 2020, <https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/5/human-rights-law-time-coronavirus>.

Procedimentalmente, el artículo 4 también contiene un requisito de notificación que obliga a los estados parte a informar "inmediatamente" a otros estados parte a través de la Secretaría General de la ONU, estableciendo cuáles son las disposiciones que habrán de suspenderse, presentando claramente sus razonamientos, y proporcionando una declaración adicional sobre la fecha en la que la suspensión habrá de terminar.³⁶ Este requisito de notificación funciona como una salvaguarda al asegurar que el cumplimiento sea vigilado internacionalmente, lo cual desincentiva a los estados miembros de abusar del poder de emergencia.³⁷ También ayuda a asegurar que las suspensiones no continúen después del periodo de emergencia al requerir al Estado comunicar cuándo habrá de terminar la suspensión y proporcionar una notificación si es que el estado de emergencia habrá de ser extendido.³⁸ Un Estado parte que no cumple con la notificación inmediata de la suspensión a la secretaria general se encuentra en incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 4. El Comité de Derechos Humanos ha resaltado la importancia de la notificación en múltiples ocasiones al señalar que es más que una mera formalidad.³⁹ No obstante, el Comité no ha llegado al punto de declarar que del incumplimiento de notificar se siga la invalidez de una suspensión que de otra forma sería legal.⁴⁰

2. Cláusulas de restricción

El ICCPR explícitamente limita ciertos derechos y permite que sean restringidos, a menudo por razones de salud pública. Para estos derechos, algunas restricciones pueden ser implementadas sobre la base únicamente de su naturaleza condicional. Existen cláusulas que califican la naturaleza de las libertades contenidas en el ICCPR que reconocen que ciertos derechos

³⁶ ICCPR, art. 4(3).

³⁷ General Comment No. 29, *supra* nota 31, ¶ 17.

³⁸ *Id.*

³⁹ McGoldrick, *supra* nota 25, at 422 (citing U.N. Doc. CCPR/C/SR.469, ¶ 19 (El Salvador) and U.N. Doc. CCPR/C/SR.355, ¶ 24 (Uruguay)).

⁴⁰ *Id.* at 423 (citing U.N. Doc. CCPR/C/SR.355, ¶ 24 (Uruguay) & Silva case, U.N. Doc A/36/40, 130).

no son absolutos y que el Estado puede tener un interés legítimo en ponderar los derechos individuales en cuestión con otros derechos o intereses de la sociedad, incluyendo la salud pública o el orden público.⁴¹ A diferencia de la suspensión de conformidad con lo previsto por el artículo 4, justificar una medida de emergencia debido a la naturaleza limitada del derecho que se busca restringir no requiere una declaración pública de emergencia.⁴² Cuando las restricciones a derechos se basan en una de la cláusulas de restricción del ICCPR, no son requeridos procesos de notificación ni algún otro tipo de vigilancia adicional.⁴³ De esta manera, los estados que restringen derechos de conformidad por lo provisto en una cláusula de restricción pueden escapar el escrutinio legal, evitar imponer límites de tiempo claros sobre las restricciones impuestas, y así el daño a los derechos humanos puede continuar indefinidamente.⁴⁴

Cinco artículos del ICCPR establecen expresamente que las necesidades de salud pública pueden justificar limitaciones a los derechos que consagran. Como se demuestra a continuación, el lenguaje relacionado con las excepciones de salud pública para cada uno de estos derechos varía en función del lenguaje utilizado en cada artículo respectivo del ICCPR.

El artículo 12 enuncia el derecho a la libertad de movimiento dentro de un país, el derecho a abandonar cualquier país, y el derecho a escoger la residencia propia.⁴⁵ La sección 3 explícitamente establece las limitaciones del derecho de libertad de movimiento:

Los derechos mencionados anteriormente no deberán estar sujetos a ninguna restricción excepto aquellas provistas por la ley, aquellas que son necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público (*ordre public*), la salud pública y la moral o los derechos y

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.* en 383 (se establece que las limitaciones pueden ser permanentes; Ponta, *supra* nota 35 (dice que "[i]ncluso en "tiempos ordinarios", restricciones a derechos o libertades no-absolutos son permisibles").

⁴³ Comparar ICCPR, art. 4(3) con art. 12(3).

⁴⁴ McGoldrick, *supra* nota 25, en 383 (se establece que las limitaciones pueden ser permanentes).

⁴⁵ ICCPR, art. 12.

libertades de otros, y que son consistentes con los otros derechos reconocidos en el presente pacto.⁴⁶

La sección 4 del artículo establece que "nadie deberá ser privado arbitrariamente del derecho de entrar a su propio país".⁴⁷ De la misma manera, el artículo 12 contiene dos estándares separados para limitar la libertad de movimiento.⁴⁸

El artículo 18 contiene el derecho de libertad religiosa.⁴⁹ Este derecho puede ser limitado "sujeto sólo a aquellas limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad pública, el orden, la salud, la moral o los derechos fundamentales y las libertades de otros".⁵⁰

El artículo 19 establece el derecho a la libertad de expresión, el cual incluye la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de todos los tipos.⁵¹ Este artículo establece explícitamente que esos derechos pueden ser "sujetos a ciertas restricciones, pero éstas únicamente podrán ser aquellas establecidas en la ley y de carácter necesario: (a) por respeto a los derechos y la reputación de otros; (b) para la protección de la seguridad nacional o el orden público (ordre public), o de la salud pública y la moral."⁵²

El artículo 21 establece el derecho de reunión pacífica.⁵³ Con respecto a las limitaciones señala que

⁴⁶ *Id.* art. 12(3)

⁴⁷ *Id.* art. 12(4)

⁴⁸ Comité de Derechos Humanos [HRC], Observación General 27 art. 12, 11, 21, ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add9 (2 de noviembre de 1999).

⁴⁹ ICCPR, art. 18. En la segunda mitad de este artículo, el espacio y alcance nos han impedido analizar las restricciones a la libertad religiosa, libertad de expresión y asociación, sin embargo, las mismas preocupaciones y análisis con respecto a las limitaciones de derecho que hemos señalado pueden ser aplicadas también a estos derechos.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.* art. 19.

⁵² *Id.* art. 19(3).

⁵³ *Id.* art. 21.

Ninguna restricción se puede imponer en el ejercicio de este derecho salvo aquellas impuestas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o la seguridad pública, el orden público (*ordre public*), la protección de la salud pública o la moral o la protección de los derechos y libertades de otros.⁵⁴

El artículo 22 establece el derecho de libertad de asociación y también señala límites específicos:

Ninguna restricción se puede imponer al ejercicio de este derecho salvo aquellas que sean impuestas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o la seguridad pública, el orden público (*ordre public*), la protección de la salud pública o la moral o la protección de los derechos y libertades de otros.⁵⁵

Asimismo, el artículo 17 del ICCPR sobre la privacidad establece la libertad frente a "la interferencia ilegal o arbitraria de la propia privacidad, la familia, el hogar o la correspondencia."⁵⁶ No menciona explícitamente las limitaciones a estos derechos por razones de salud pública, pero la privacidad es un derecho limitado porque el artículo expresamente establece la libertad frente a la "interferencia ilegal o arbitraria", no frente a cualquier interferencia.⁵⁷

*a. Estándares que se deben seguir
al evaluar la imposición de restricciones*

Si bien es cierto que el texto del ICCPR establece estándares inconsistentes sobre en qué casos una limitación sobre derechos sustantivos está justificada, las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos y los

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.* art. 22(2)

⁵⁶ *Id.* art. 17(1)

⁵⁷ Elec. Frontier Found., Necessary & proportionate: international principles on the application of human rights law to communications surveillance, (mayo 2014) 18-19, disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Privacy/ElectronicFrontierFoundation.pdf>.

Principios de Siracusa, entre otras fuentes secundarias, proponen armonizar dichos estándares en torno a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, y no-discriminación.

Principio de legalidad. Las cláusulas de restricción de los artículos 12(3), 18, 19, 21, y 22 contienen lenguaje que se refiere al principio de legalidad⁵⁸ los artículos 12(3) y 19 establecen que las restricciones deben ser "provistas por la ley", el artículo 21 establece que deben ser "de conformidad con la ley", y los artículos 18 y 22 establecen que deben ser "prescritas por la ley."⁵⁹ La Observación General 37 explícitamente señala que "de conformidad con la ley" y "provisto por la ley" tienen el mismo efecto que es crear un requerimiento de observar el principio de legalidad.⁶⁰ Los Principios de Siracusa por su parte expanden el significado de la frase "prescrito por la ley" y la definen como "provisto por el derecho nacional de aplicación general el cual debe ser consistente con el Pacto y ser vinculante al momento de aplicación de la restricción."⁶¹ Si bien es cierto que en los Principios de Siracusa no se desarrolla ninguna de las otras formulaciones del principio de legalidad,⁶² la definición no parece ir más allá de lo establecido por el requisito general impuesto por el principio de legalidad, y tampoco se ha suscitado ningún debate sobre el uso de esta definición en los Travaux Préparatoires.⁶³ Asimismo, en la Observación General 22 sobre libertad religiosa, el comité profundiza la caracterización del principio de legalidad y establece que "las restricciones impuestas deben establecerse por ley...", de esta forma sugiere que "prescrito por la ley" debe interpretarse de forma similar al requisito

⁵⁸ ICCPR, arts. 12, 18-19, 21-22.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Human Rights Committee [HRC], Observación General 37 art 21 ¶ 39, U. N. Doc. CCPR/C37 (23 de julio de 2020), disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GCArticle21.aspx>.

⁶¹ Siracusa Principles, *supra* nota 21 at § B.i.

⁶² *Id.*

⁶³ Véase Rep. of the Comm'n on Human Rights, 8th Sess., abril 14-junio 14, 1952, U.N. Doc. E/2256, disponible en: <https://hr-travaux.law.virginia.edu/document/iccpr/e2256/nid-119>; Vienna Convention on the Law of Treaties, *supra* nota 22, art 32 (se establece que si el significado ordinario de los términos dentro de un tratado no puede interpretarse con base en el objeto y fin de dicho tratado de conformidad con el art. 31, se pueden utilizar medios complementarios para determinar el significado tales como el trabajo preparatorio del Pacto).

impuesto por el principio de legalidad en los otros artículos del Pacto.⁶⁴ En sus reportes más recientes sobre Italia y Estados Unidos, el Comité de Derechos Humanos confirmó que las restricciones al artículo 17, los derechos de privacidad, deben darse de conformidad con el principio de legalidad.⁶⁵

Existe controversia sobre si a través de reglamentos administrativos o decretos presidenciales se cumple con el requisito de ser "prescrito por la ley" de conformidad con el principio de legalidad estipulado en el ICCPR. Nowak argumenta en sus observaciones sobre el ICCPR que "meras provisiones administrativas son insuficientes" para cumplir con el estándar de legalidad, aparentemente justifica su opinión a través de un análisis sobre la jerarquía de las leyes según el cual los reglamentos no son jerárquicamente aptos para imponer restricciones sustantivas a las disposiciones provistas en un tratado internacional.⁶⁶ Hay quienes están en desacuerdo y argumentan que un decreto presidencial o reglamento administrativo, promulgado correctamente y en función apropiada de autoridad delegada, mantiene su legalidad incluso si potencialmente restringe algún derecho consagrado en un tratado internacional.⁶⁷ Esta diferencia no debe ocuparnos aquí. Hasta septiembre de 2020, únicamente alrededor del 13% de 323 medidas restrictivas relacionadas con la covid-19 documentadas por alguna base de datos de alguna sociedad civil de prestigio o por la ONU (covid-19 *tracker*) han sido adoptadas a través de la legislación; el resto de las medidas fueron autorizadas por decreto presidencial, por reglamentos administrativos o por la mera práctica.⁶⁸ Dado que la mayoría de estados han impuesto restricciones

⁶⁴ Véase Human Rights Committee [HRC], Observación General 22 art. 18 ¶ 8, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (julio 30, 1993).

⁶⁵ Véase Human Rights Committee [HRC], Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of the United States of America ¶ 22, U.N. Doc. No. CCPR/C/USA/CO/4 (23 de abril de 2014); Human Rights Committee [HRC], Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Italy ¶ 37, U.N. Doc. No. CCPR/C/ITA/CO/6 (1 de mayo de 2020).

⁶⁶ Nowak, Manfred, *Un covenant on civil and political rights: CCPR commentary*, 2.a ed., 2005.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *COVID-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al comparar por "tipo" solamente 43 de 323 medidas fueron autorizadas por ley).

a través de acciones ejecutivas o administrativas, ignorar las docenas de restricciones que han sido aprobadas mediante estos medios llevaría arbitrariamente a una conclusión anticipada del análisis sugerido en este artículo, pues dichas medidas fallan el test de legalidad propuesto por Nowak.⁶⁹ Nuestra preocupación principal es aún señalar que los estados deberían analizar con mayor rigor el impacto de las restricciones relacionadas con la covid-19 que han impuesto a derechos esenciales consagrados en el ICCPR.

Principios de necesidad y proporcionalidad. Cada una de las cinco cláusulas de limitación previstas por el ICCPR centradas en la salud pública incluyen la frase "necesario" para describir las razones sobre las que habrá de justificarse una restricción a esos derechos.⁷⁰ Los Principios de Siracusa desarrollan con mayor profundidad lo que significa "necesario" y establecen que lo que se implica es que una restricción:

- (a) está sustentada por alguna de las razones reconocidas como bases de justificación para la restricción establecidas por el artículo del Pacto del que se trate.
- (b) responde a una necesidad pública o social apremiante,
- (c) persigue un objetivo legítimo y
- (d) es proporcional a dicho objetivo.⁷¹

Los Principios de Siracusa también establecen que "cualquier evaluación del carácter de necesidad de una restricción deberá ser hecha en función de consideraciones objetivas" y que "el estado no deberá usar medios más restrictivos de los que son requeridos para la consecución del propósito

⁶⁹ Véase, e.g., *id.*

⁷⁰ ICCPR, arts. 12, 18-19, 21-22.

⁷¹ Siracusa Principles, *supra* nota 21, § I.A.10.

por el que ha sido impuesta la restricción.⁷² Las observaciones generales afirman que los principios de necesidad y proporcionalidad aplican a la libertad de movimiento,⁷³ de expresión,⁷⁴ la libertad religiosa⁷⁵ y de reunión.⁷⁶

La aplicación de estos test con relación al derecho a la privacidad consagrada en el artículo 17 es más complicada, dado que éste protege frente a interferencias "ilegales" de la privacidad, el test de legalidad está incorporado en los términos del artículo. Pero el análisis de lo que se debe entender por necesidad y proporcionalidad es menos claro. Con respecto a la privacidad, la Observación General 16 del Comité de Derechos Humanos define lo que es una interferencia de la privacidad no arbitraria como 1) consistente con las disposiciones, propósitos y objetivos del ICCPR y 2) "razonable en las circunstancias particulares."⁷⁷ Este test impuesto por la Observación General 16 es explicada con mayor detenimiento en la opinión del Comité de Derechos Humanos de *Van Hulst v. Netherlands* con el fin de incorporar los test de necesidad y proporcionalidad encontrados en otras cláusulas y de investigar si la medida restrictiva tiene un objetivo legítimo.⁷⁸ El relator especial de la ONU sobre combate al terrorismo ha concluido de manera similar que un análisis de las restricciones de conformidad con el artículo 17 debe cumplir los requisitos impuestos por la Observación General 27.⁷⁹ De los varios requisitos impuestos por la Observación General 27, el más relevante establece que:

⁷² *Id.*, § I.A.11.

⁷³ Observación General No. 27, *supra* nota 48, ¶ 16.

⁷⁴ Human Rights Committee [HRC], Observación General 34 art.19 para. 22, U.N. Doc. CCPR/C/GC/34 (septiembre 12, 2011).

⁷⁵ Observación General No. 22, *supra* nota 64, ¶ 8.

⁷⁶ Observación General No. 37, *supra* nota 60, ¶ 40.

⁷⁷ Human Rights Committee [HRC], Observación General 16 art. 17 ¶ 4, U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I) (8 de abril de 1988).

⁷⁸ Human Rights Committee [HRC], *Van Hulst v. the Netherlands*, Communication No. 903/2000 ¶ 7.10 (los puntos de vista ahí sugeridos se adoptaron el 1 de noviembre de 2004, durante la 82 sesión).

⁷⁹ Véase Scheinin, Martin (relator especial), *Rep. of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism* ¶ 17 A/HRC/13/37 (28 de diciembre de 2009), <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-37.pdf>.

(e) Para que una restricción sea permisible, no es suficiente que sirva uno de los fines legítimos enumerados, también deber ser necesaria para alcanzar dicho fin legítimo; y

(f) Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para cumplir su función de protección; deben ser el instrumento menos intrusivo entre todos aquellos que pudieran lograr el resultado deseado; y deben ser proporcionales con respecto al interés que buscan proteger.⁸⁰

Dado que existen referencias específicas a la salud pública en otras cláusulas de restricción del ICCPR,⁸¹ asumimos que la protección de la salud pública puede ser "uno de los fines legítimos enumerados" que puede limitar también derechos de privacidad. De esta manera, los test de necesidad y proporcionalidad están también entre los estándares utilizados por fuentes secundarias para determinar si ha ocurrido una interferencia a la privacidad "arbitraria e ilegal" de conformidad con el artículo 17 del ICCPR.⁸²

En una sociedad democrática. La frase "en una sociedad democrática" parece ser un requisito particular y separado de los otros, único de los artículos 12(3),⁸³ 21,⁸⁴ y 22.⁸⁵ Los Principios de Siracusa reconocen que esta frase "impone una restricción adicional a las cláusulas de restricción que califica" y está dirigida a asegurar que las restricciones "no afecten el funcionamiento democrático de la sociedad."⁸⁶ Los *Travaux Préparatoires* muestran que la adición de la frase "en una sociedad democrática" también fue debatida con respecto al artículo 19, aunque finalmente se decidió

⁸⁰ Véase Observación General No. 27, *supra* nota 48, ¶¶ 14-15.

⁸¹ Véase, e.g., ICCPR, *supra* nota 4, arts. 12, 18, 19, 21-22.

⁸² Observación General No. 16, *supra* nota 77, párrs. 4, 7, 8; *Van Hulst v. The Netherlands*, *supra* nota 78, ¶ 7.10.

⁸³ Observación General No. 27, *supra* nota 48, ¶ 11 (se aplica el estándar de "en una sociedad democrática" al art. 12(3)).

⁸⁴ ICCPR, art. 21.

⁸⁵ *Id.* art 22.

⁸⁶ Siracusa Principles, *supra* nota 21 § I.A.ii.

no incluirla.⁸⁷ Las modificaciones posteriores para incluirla en las cláusulas de restricción fueron propuestas por Francia.⁸⁸ Otros estados miembro mostraron preocupación por que la frase era "no susceptible de recibir una interpretación precisa y, dado que [la frase era] frecuentemente utilizada con abuso, no era adecuada para ser incluida en el Pacto,"⁸⁹ no obstante la frase fue aprobada para el artículo 21⁹⁰ y el artículo 22.⁹¹

Principio de no discriminación. Los Principios de Siracusa también aclaran que todas las restricciones están sujetas al principio de no discriminación que se encuentra en el artículo 2(1) del Pacto.⁹² Es interesante señalar que las razones por las que se prohíbe la discriminación en el artículo 2 están redactadas de manera diferente a las razones del 4.⁹³ Si se compara con el artículo 4, el 2 incluye las razones adicionales de "opinión política o de otro tipo", "origen nacional", "propiedad", "nacimiento", y "otros estatus."⁹⁴ Si bien "otros estatus" puede parecer muy general, el Comité de Derechos Humanos se ha negado a dar una definición, y en su lugar ha optado por decidir sobre el significado de dicha frase caso por caso.⁹⁵ Una restricción puede ser diferente a otra en función de la protección a un estatus particular "si los criterios de diferenciación son razonables y objetivos y si el propósito es alcanzar un fin legítimo de acuerdo con el Pacto."⁹⁶

Si bien es cierto que solamente el lenguaje de los tratados internacionales es vinculante para los estados miembros, se ha considerado que los mecanismos de legislación blanda (*soft law*) son capaces de influenciar la

⁸⁷ *Travaux Préparatoires*, *supra* nota 63, págs. 239-41.

⁸⁸ *Id.* pág. 207-08, 239-41.

⁸⁹ *Id.* pág. 243.

⁹⁰ *Id.* pág. 207.

⁹¹ *Id.* pág. 249.

⁹² Siracusa Principles, *supra* nota 21, § I.A.9.

⁹³ Comparar ICCPR, *supra* nota 4, art. 2(1) con ICCPR, *supra* nota 4, art. 4(2).

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ Sharpe, Marina, *The regional law of refugee protection in Africa*, 108, 2018.

⁹⁶ Human Rights Committee [HRC], Observación General 18 ¶ 13, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (10 de noviembre de 1989)

interpretación y el establecimiento del derecho internacional consuetudinario.⁹⁷ De este modo, un análisis jurídico riguroso de las medidas relacionadas con la covid-19 en función de las cláusulas de restricción contenidas en los artículos 12(3), 17, 18, 19, 21, y 22, debe concentrarse en los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, y, cuando resulte relevante, no discriminación. Los artículos 12(3), 21, y 22 contienen el requisito adicional de cumplir con el estándar de llevar a cabo lo que es aceptable "en una sociedad democrática". Más adelante analizaremos las restricciones relacionadas con la covid-19 que los estados han impuesto a la libertad de movimiento, a la privacidad, y a la libertad de asociación y lo haremos enfocándonos en estos test.

3. Reservas, arreglos, y declaraciones

Asimismo, algunos estados miembros calificaron su consentimiento a las disposiciones del ICCPR al momento de la ratificación a través de una reserva, un arreglo o una declaración (RUD), lo cual puede tener un impacto con respecto a la legalidad de las medidas restrictivas relacionadas con la covid-19 que han aprobado.⁹⁸ A modo de ejemplo, Estados Unidos y Australia incluyeron un RUD general al Pacto, con lo cual limitaron el tratado de conformidad con el alcance de sus poderes constitucionales.⁹⁹ Estados Unidos señala específicamente que los artículos 1-27 del Pacto no son autoejecutables.¹⁰⁰ Como resultado, el ICCPR no se puede hacer cumplir directamente en el ámbito nacional en Estados Unidos.¹⁰¹

⁹⁷ Lane, *supra* nota 22; Slagle et al., *supra* nota 22.

⁹⁸ Chung, *supra* nota 26, pág. 173; Goldsmith *supra* nota 26, pág. 312.

⁹⁹ Australia adjuntó la siguiente declaración: "Australia tiene un sistema constitucional federal cuyos poderes legislativo, ejecutivo y judicial son compartidos o distribuidos entre el Commonwealth y los Estados constituyentes. La implementación del tratado en toda Australia estará a cargo de las autoridades del Commonwealth, los estados y los territorios, teniendo en cuenta sus respectivos poderes constitucionales y las disposiciones relativas a su ejercicio". *International Covenant on Civil and Political Rights: Declarations and Reservations* (2020), U.N. Treaty Collection, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_ en (consultado el 14 de Octubre de 2020); véase Goldsmith, *supra* nota 26, pág. 313 (se establece que Estados Unidos adjuntó un arreglo según el cual las disposiciones a las que consintió no serían más estrictas que la regla análoga de acuerdo a la Constitución).

¹⁰⁰ *Declarations and Reservations*, *supra* nota 99.

¹⁰¹ Goldsmith, *supra* nota 26, at 318.

Otros países dirigieron sus RUD a disposiciones más específicas. En relación con los artículos del ICCPR discutidos aquí, Francia incluyó una reserva específica al artículo 4 que establece que se debe entender que los poderes de emergencia en la Constitución francesa cumplen el propósito del artículo.¹⁰² Francia también especificó que la frase "en la medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación" no puede poner un límite al poder del Presidente para tomar "las medidas requeridas por las circunstancias".¹⁰³ Asimismo, Trinidad y Tobago también se reservó el derecho de no aplicar el artículo 4(2) en su totalidad.¹⁰⁴ Estados Unidos incluyó un arreglo relacionado con la cláusula de no discriminación en el artículo 4(1) y estableció que este artículo no prohíbe las distinciones que puedan "tener un efecto desproporcionado sobre las personas de un estatus particular" en línea con su Constitución.¹⁰⁵ Además, muchos estados han emitido RUD que son relevantes para los artículos específicos que pueden verse más afectados por las medidas relacionadas con covid-19, incluidos los artículos 12, 17 y 21.¹⁰⁶

III. Regulaciones de la Organización Mundial de la Salud sobre salud internacional

Cuando para proteger la salud pública se invocan restricciones, los Principios de Siracusa afirman que "se deben tener debidamente en cuenta los reglamentos sanitarios internacionales de la Organización Mundial de la Salud".¹⁰⁷ El Reglamento Sanitario Internacional (IHR por sus siglas en inglés) es una forma de derecho administrativo actualizado en 2005. Los IHR otorgan al director general de la Organización Mundial de la Salud (WHO por sus siglas en inglés) la facultad de declarar una emergencia

¹⁰² Declarations and Reservations, *supra* nota 99.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Siracusa Principles, *supra* note 21 en § I.B.iv.26.

de salud pública de interés internacional y emitir recomendaciones temporales relevantes para abordar la emergencia, de común acuerdo con el Comité de Emergencia de la WHO.¹⁰⁸ El 30 de enero de 2020, el Comité de Emergencia de la WHO declaró una emergencia de salud pública de interés internacional, señalando a los estados miembros la necesidad de tomar medidas contra la covid-19.¹⁰⁹ En abril, el Comité Asesor de Supervisión Independiente de la WHO propuso actualizar los IHR para tener en cuenta las lecciones aprendidas al abordar la epidemia por covid-19.¹¹⁰ La WHO también tiene las responsabilidades de monitorear y recopilar información de estados sobre pandemias, pero ha sido criticada por no usar esos poderes de manera adecuada o a tiempo.¹¹¹

Si bien los IHR consisten en reglamentos, algunos comentaristas han sugerido que funcionan como un tratado en la medida en que son vinculantes para los gobiernos en determinadas circunstancias.¹¹² El artículo 3(1) de los reglamentos establece que deben implementarse, "con pleno respeto a la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas."¹¹³ Los IHR fueron diseñados para que la declaración de una emergencia de salud pública de interés internacional sea consistente con el tipo de emergencia contemplada en el artículo 4 del ICCPR.¹¹⁴ Al menos un comentarista ha sugerido que los tipos de recomendaciones temporales contempladas en el IHR requerirían que los gobiernos actuaran bajo las limitaciones incluidas en el ICCPR.¹¹⁵ Esto no requeriría que los

¹⁰⁸ Constitución de la WHO. art. 2(k), July 22, 1946, 62 Stat. 2679, 14 U.N.T.S. 185; Ver, e.g., World Health Org. [WHO], Revision of the International Health Regulations, WHA58.3 (mayo 23, 2005), disponible en: http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA58/WHA58_3-en.pdf.

¹⁰⁹ Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, dir. gen., World Health Org., Palabras de apertura en la rueda de prensa sobre covid-19 (11 de marzo de 2020).

¹¹⁰ Independent Oversight and Advisory Committee for the WHO Health Emergencies Programme, informe provisional sobre la respuesta de la WHO a la COVID-19 7 (14 de mayo 2020).

¹¹¹ *Id.*; también Shkabatur, Jennifer, "A global panopticon—the changing role of international organizations in the information age", 33, Mich. J. Int'l L. 159, 171, 2011.

¹¹² Gostin, Lawrence, *Global health law*, 35, 2014.

¹¹³ Revised IHR, *supra* nota 108, art. 3(1).

¹¹⁴ Andraž Zidar, *WHO International Health Regulations and Human Rights: From Allusions to Inclusion* 19 INT'L J. HUM. RTS. L. 505, 508 (23 de junio de 2015).

¹¹⁵ *Id.*

gobiernos utilicen un análisis de suspensiones porque las medidas contempladas en el artículo 18 del reglamento se centran principalmente en las medidas que vulneran el derecho a la privacidad, el derecho a la libertad (relacionado con la detención forzosa de la cuarentena sanitaria) y la libertad de circulación.¹¹⁶

4. Historia de la figura de suspensión en tiempos de crisis

Desde la entrada en vigor del ICCPR en 1976, una serie de estados miembros han notificado diversas suspensiones. Éstas incluyen estados que han experimentado periodos de disturbios civiles o amenazas de terrorismo, así como miembros del Consejo de Seguridad de la ONU.¹¹⁷ Algunos estados han notificado la suspensión sólo una vez, mientras que otros han emitido varios avisos al año.¹¹⁸ Las teorías políticas sobre las relaciones internacionales discuten por qué los estados utilizan suspensiones,¹¹⁹ pero este texto se centra en las consecuencias legales de la decisión de suspender en respuesta a la covid-19.

Aunque la historia revela que la guerra fue vista como el ejemplo supremo de una emergencia pública que requería una suspensión de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4,¹²⁰ históricamente la gran mayoría de las suspensiones han sido en respuesta a una amenaza interna.¹²¹ Los ejemplos incluyen:

situaciones de insurrección (Argelia, Ecuador), vandalismo y uso de armas de fuego (Argentina), graves disturbios políticos y

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ Emilie M. Hafner-Burton et al. *supra* nota 23, at 678; Derogation Notification *supra* nota 6.

¹¹⁸ Emilie M. Hafner-Burton et al., *supra* nota 23, at 678; Derogation Notification *supra* nota 6.

¹¹⁹ Para ver una discusión de la teoría sobre por qué los estados deciden suspender derechos humanos, véase en general Emilie M. Hafner-Burton et al., *supra* nota 23.

¹²⁰ Milanovic, Marko, "Extraterritorial derogations from human rights treaties in armed conflict", en Bhuta, Nehal (ed.), *The frontiers of human rights* 57, 63, 2016.

¹²¹ Siehr, Angelika, "Derogation measures under article 4 ICCPR, with special consideration of the 'War against international terrorism'", 47 *German Y.B. Int'l L.* 545, 550, 2004.

sociales (Bolivia, Yugoslavia), actividades terroristas (Azerbaián, Chile, Colombia, Israel, Nepal, Perú, Reino Unido), actividades subversivas (Ecuador, Bolivia), graves disturbios internos provocados por una crisis económica (Ecuador, Bolivia), desastres naturales (Guatemala, Ecuador), enfrentamientos entre manifestantes y fuerzas de defensa (Panamá), actos de sabotaje (Perú, Sri Lanka), violencia provocada por narcotraficantes (Colombia, Perú), necesidad de evitar una guerra civil, anarquía económica y desestabilización de las estructuras estatales y sociales (Polonia), violentos enfrentamientos nacionalistas (Federación Rusa), guerra civil, una situación socioeconómica y política muy caótica, la anarquía y el robo a mano armada (Sudán), la amenaza del terrorismo internacional (Reino Unido) o el intento de asesinato del Presidente de la República (Venezuela).¹²²

En varios casos, el Comité de Derechos Humanos ha criticado el uso de la suspensión por parte de los estados miembros. En términos generales, estas críticas pueden clasificarse en suspensiones de derechos no-suspendibles,¹²³ suspensión en situaciones no contempladas en el artículo,¹²⁴ y falta de notificación de la suspensión.¹²⁵

¹²² *Id.*; véase Derogation Notification *supra* nota 6.

¹²³ Observación General No. 29, *supra* note 31, at ¶ 7 fn. 4 (se citan los siguientes comentarios/observaciones concluyentes: Dominican Republic (1993), CCPR/C/79/Add.18, ¶ 4; Jordan (1994) CCPR/C/79/Add.35, ¶ 6; Nepal (1994) CCPR/C/79/Add.42, ¶ 9; Russian Federation (1995), CCPR/C/79/Add.54, ¶ 27; Zambia (1996), CCPR/C/79/Add.62, ¶ 11; Gabon (1996), CCPR/C/79/Add.71, ¶ 10; Colombia (1997) CCPR/C/79/Add.76, ¶ 25; Israel (1998), CCPR/C/79/Add.93, ¶ 11; Iraq (1997), CCPR/C/79/Add.84, ¶ 9; Uruguay (1998) CCPR/C/79/Add.90, ¶ 8; Armenia (1998), CCPR/C/79/Add.100, ¶ 7; Mongolia (2000), CCPR/C/79/Add.120, ¶ 14; Kyrgyzstan (2000), CCPR/CO/69/KGZ, ¶12.)

¹²⁴ *Id.* ¶ 3 fn. 1 (se citan los siguientes comentarios/observaciones concluyentes: United Republic of Tanzania (1992), CCPR/C/79/Add.12, ¶ 7; Dominican Republic (1993), CCPR/C/79/Add.18, ¶ 4; United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (1995), CCPR/C/79/Add.55, ¶ 23; Peru (1996), CCPR/C/79/Add.67, ¶ 11; Bolivia (1997), CCPR/C/79/Add.74, ¶ 14; Colombia (1997), CCPR/C/79/Add.76, ¶ 25; Lebanon (1997), CCPR/C/79/Add.78, ¶ 10; Uruguay (1998), CCPR/C/79/Add.90, ¶ 8; Israel (1998), CCPR/C/79/Add.93, ¶ 11).

¹²⁵ *Id.* ¶ 17 fn. 10 (se citan comentarios/observaciones concluyentes sobre Perú (1992) CCPR/C/79/Add.8, ¶ 10; Ireland (1993) CCPR/C/79/Add.21, ¶ 11; Egypt (1993), CCPR/C/79/Add.23, ¶ 7; Cameroon (1994) CCPR/C/79/Add.33, ¶ 7; Russian Federation (1995), CCPR/C/79/Add.54, ¶ 27; Zambia (1996), CCPR/C/79/Add.62, ¶11; Lebanon (1997), CCPR/C/79/Add.78, ¶ 10; India (1997), CCPR/C/79/Add.81, ¶ 19; Mexico (1999), CCPR/C/79/Add.109, ¶12).

Antes de la covid-19, sólo dos estados habían usado la figura de notificación prevista por el artículo 4 para abordar una crisis de salud pública, a pesar de que numerosos estados promulgaron medidas de salud de emergencia.¹²⁶ Guatemala notificó una suspensión en mayo de 2009 después de declarar una emergencia de salud pública debido a la epidemia de H1N1.¹²⁷ En 2006, Georgia notificó al secretario general luego de un decreto presidencial para prevenir la propagación de la gripe aviar.¹²⁸ Al momento de redactar este informe, sólo Argentina, Armenia, Chile, Colombia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estonia, Etiopía, Georgia, Guatemala, Kirguistán, Letonia, Namibia, Paraguay, Perú, República de Moldavia, Rumania, San Marino, Senegal, el Estado de Palestina y Tailandia han notificado a la ONU una suspensión debido a la pandemia de la covid-19.¹²⁹

C. ¿Están los estados considerando correctamente si las medidas sanitarias de emergencia relacionadas con la covid-19 requieren una excepción o un equilibrio entre la salud pública y los derechos humanos?

Dado que muy pocos estados han emitido un aviso de suspensión relacionado con sus respuestas de emergencia a la covid-19, parece que están a) ignorando los principios internacionales de derechos humanos; b) no siguiendo los requisitos de procedimiento señalados por el artículo 4, o c) actuando bajo las cláusulas de limitación sustantiva. En esta sección, consideraremos los daños causados específicamente por cada una de estas explicaciones, así como el daño general creado por la incertidumbre sobre si los estados justifican sus restricciones de conformidad con el ICCPR y cómo lo hacen.

¹²⁶ Derogation Notification, *supra* nota 6.

¹²⁷ *Id.* en Guatemala (6 de mayo de 2020).

¹²⁸ *Id.* en Georgia (7 de marzo de 2006).

¹²⁹ *Id.* (se enumera una lista tal y como la define la UN Treaty Collection Depository).

I. ¿Están los estados analizando los daños a los derechos humanos causados por las restricciones de covid-19?

Dado el extraordinario número de muertes y el impacto económico de la emergencia provocada por la covid-19, no sorprende que los estados adoptaran rápidamente medidas de emergencia ni que los estados valoren mucho la protección de la salud pública en contraposición a otras consideraciones de derechos humanos. El pequeño número de estados que emitieron un aviso de suspensión en comparación con la rápida imposición casi universal de restricciones a los derechos humanos por motivos relacionados con la covid-19 plantea importantes interrogantes sobre si los requisitos del ICCPR se han cumplido a la luz de un análisis de restricciones o un análisis de suspensión.¹³⁰ El ICCPR exige que cualquier medida de emergencia que restrinja los derechos deba ser legal, necesaria, proporcionada y no discriminatoria.¹³¹ El hecho de no realizar un análisis claro o no presentar una notificación de suspensión también hace que sea un desafío para las personas y los organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, poder mirar hacia atrás después de que haya terminado una emergencia para considerar si las medidas establecidas han sido rescindidas o modificadas para restaurar las libertades que pudieron haber sido vulneradas.

¹³⁰ Dado el gran volumen de restricciones inspiradas por la covid-19 en comparación con el número limitado de suspensiones, parece que los estados no están realizando un análisis riguroso de restricciones ni llegando a la conclusión de que la salud pública supera a otros derechos humanos, sin mucho rigor en su análisis de ponderación. Derogation Notification, *supra* nota 6 (se muestra que sólo 22 estados han emitido notificaciones formales de suspensión), con covid-19 Tracker, *supra* nota 1 (se muestra que la mayoría de los estados han promulgado medidas de emergencia en respuesta a covid-19). A menos que un Estado mencione la ponderación que ha realizado entre los diversos derechos humanos —tal y como es el caso en las mejores prácticas que citamos al final de este artículo— es imposible saber si ha ponderado rigurosamente la salud pública y otros derechos, o si simplemente ha ignorado los términos impuestos por el ICCPR al aprobar restricciones relacionadas con covid.

¹³¹ *Emergency Measures*, *supra* note 3; Pollard, Matt, "Covid-19 Symposium: the courts and coronavirus(part1)", *OpinioJuris*, 2020, disponible en: <http://opiniojuris.org/2020/04/03/covid-19-symposium-the-courts-and-coronavirus-part-i/>.

1. Daño causado por ignorar los Principios Internacionales de Derechos Humanos

Si los estados miembros no realizan ningún análisis de las obligaciones que les son impuestas en virtud del ICCPR con relación a la implementación de sus medidas de emergencia en respuesta a la covid-19, tanto los individuos como el sistema legal internacional se verán afectados. En el caso de las personas, es posible que no reciban las protecciones de los derechos humanos que son el objeto y fin del ICCPR.¹³² La legislación nacional puede proteger algunos derechos frente a las medidas de emergencia, pero el ICCPR establece estándares universales para todos.¹³³ No conducir un análisis legal a la luz del ICCPR tiene el potencial de producir varios daños. En primer lugar, los estados pueden suspender indebidamente derechos que se consideran no-suspendibles en virtud del tratado. Segundo, los estados pueden no proporcionar el aviso requerido por el artículo 4, disminuyendo la posibilidad de supervisión por parte de la comunidad internacional.¹³⁴ Tercero, las medidas pueden no tener un límite de tiempo y pueden continuar incluso después de que haya pasado su valor para combatir la pandemia. Cuarto, los estados no pueden analizar si las medidas de emergencia son legales, necesarias, proporcionadas y se adhieren a los principios de no discriminación.

Los funcionarios de derechos humanos de la ONU han expresado su preocupación por los abusos y violaciones de los derechos humanos durante la emergencia de la covid-19.¹³⁵ Con el fin de avanzar en la promoción y protección de los derechos humanos internacionales, el Consejo

¹³² Human Rights Committee [HRC], General Comment 24 para. 7, U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, (2 de noviembre 1994); Maisley, Nahuel, "The international right of rights? Article 25(a) of the ICCPR as a human right to take part in international law-making", 28, *Eur. J. Int'l L.* 89, 2017 (se afirma que el ICCPR no crea derechos sino más bien define y establece estándares para su medición).

¹³³ Maisley, *supra* nota 132.

¹³⁴ ICCPR, art. 4(3).

¹³⁵ COVID-19: States Should Not Abuse Emergency Measures to Suppress Human Rights, Off. High Comm'r For Human Rights [OHCHR], (16 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25722&LangID=E>.

de Derechos Humanos de la ONU designa titulares de mandatos de procedimientos especiales para articular y centrarse en ciertas áreas de los derechos humanos.¹³⁶ Un grupo de 17 titulares de mandatos emitieron una declaración conjunta el 16 de marzo de 2020, advirtiendo a los gobiernos que no deberían abusar de la emergencia de covid-19 para limitar los derechos humanos.¹³⁷ Su declaración instó a los estados a evitar medidas de seguridad que respondieran a la covid-19 con poderes de emergencia excesivos o extralimitados, recordando a los estados que "cualquier respuesta de emergencia al coronavirus debe ser proporcionada, necesaria y no discriminatoria" y que "el uso de los poderes de emergencia debe declararse públicamente y debe ser notificado a los órganos de tratados pertinentes."¹³⁸ La declaración también destacó que la protección de la salud pública "no debe funcionar como una tapadera para la acción represiva ni debe utilizarse para silenciar el trabajo de los defensores de derechos humanos."¹³⁹

De manera similar, los presidentes de los 10 órganos internacionales de tratados de derechos humanos pidieron a los estados que se adhieran al derecho internacional de los derechos humanos en su manejo de la crisis de covid-19, de modo que nadie se viera privado de un tratamiento como resultado del estigma, discriminación u otra violación del IHRL.¹⁴⁰

Entre las razones para monitorear los cambios y violaciones de los derechos humanos en tiempos de emergencia está el daño potencial a los disidentes, las minorías y las poblaciones vulnerables que plausiblemente podrían reducirse mediante una mayor supervisión. Los gobiernos han

¹³⁶ *Special Procedures of the Human Rights Council*, Off. High Comm'r For Human Rights [OHCHR], disponible en: https://www.ohchr.org/en/HRBodies/SP/Pages/Welcome_page.aspx. (consultado el 18 de mde 2020).

¹³⁷ Statement from UN Experts, COVID-19, *supra* nota 135.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *UN Human Rights Treaty Bodies call for human rights approach in fighting COVID-19*, Off. High Comm'r For Human Rights [OHCHR] (24 de marzo 2020), disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25742&LangID=E>.

utilizado las emergencias públicas como excusa para justificar la discriminación, la represión de los opositores políticos o para aumentar la marginación de las minorías u otras poblaciones vulnerables.¹⁴¹ Estas acciones subrayan la importancia de los límites del artículo 4 sobre la suspensión y el requisito de que las suspensiones que violan el principio de no discriminación son ilegales.

Además del daño directo que sufren las personas, el incumplimiento de los tratados socava los sistemas creados por el ICCPR y el Comité de Derechos Humanos. El incumplimiento puede disminuir la utilidad del tratado como mecanismo que los actores de la sociedad civil pueden utilizar para presionar a los gobiernos para que respeten los derechos humanos. En términos más generales, el incumplimiento de un tratado central de derechos humanos puede debilitar los hábitos generales de cumplimiento y erosionar el régimen internacional general de derechos humanos.¹⁴² Por lo tanto, si los estados miembros no reconocen el ICCPR al implementar sus medidas de emergencia, no sólo se pierde la legitimidad del ICCPR, sino que se crea una pendiente resbaladiza que pone en riesgo la adhesión del estado al derecho internacional en general.¹⁴³

II. Daños causados por no seguir los requisitos procesales del artículo 4

Alternativamente, los estados miembros podrían realizar un análisis legal de conformidad por lo dispuesto por el artículo 4 del ICCPR para implementar medidas de emergencia, pero decidir no seguir los procedimientos de notificación. Si bien esto puede causar menos daño que ignorar el ICCPR, dado que los estados pueden considerar los principios sustantivos

¹⁴¹ Rutzen, Doug y Dutta, Nikhil, "Pandemic and human rights", *Just Sec.*, 2020, disponible en: <https://www.justsecurity.org/69141/pandemics-and-human-rights/>; "Coronavirus and civic space", *Int'l Ctr. For Not-For-Profit L.*, 2020, disponible en: <https://www.icnl.org/post/analysis/coronavirus-and-civic-space>.

¹⁴² Katz Cogan, Jacob, "Noncompliance and the international rule of law", *Yale J. Int'l L.* 189, 203-4, 2006.

¹⁴³ *Id.*

de necesidad, proporcionalidad, no discriminación y compatibilidad con otras obligaciones en virtud del derecho internacional, divorciar los requisitos sustantivos de suspensión de los requisitos procesales todavía crea problemas.

Cuando un Estado no notifica una suspensión al secretario general de la ONU, los demás estados tampoco reciben notificación. La falta de notificación de una suspensión limita las oportunidades de supervisión, análisis y desacuerdo con la práctica de suspensión de un Estado. Esta falta de notificación altera el equilibrio previsto por el ICCPR, según el cual el apartamiento de emergencia de los derechos humanos requiere supervisión. El mecanismo de notificación está destinado a brindar a otros estados miembros la oportunidad de impugnar una suspensión,¹⁴⁴ y brinda al Comité de Derechos Humanos la oportunidad de examinar y comentar las medidas de emergencia durante la revisión del estado miembro o al emitir Observaciones Generales al interpretar el ICCPR.¹⁴⁵ Para los estados que son parte del Primer Protocolo Facultativo, que establece el mecanismo de denuncia individual, el procedimiento de notificación también informa a las posibles víctimas quienes luego pueden presentar una denuncia ante el Comité.¹⁴⁶ Sin la transparencia proporcionada por el mecanismo de notificación que permite al Comité de Derechos Humanos comentar las medidas de emergencia del estado, la jurisprudencia relacionada con las derogaciones del ICCPR se encuentra disminuida.¹⁴⁷

Además de proporcionar la transparencia necesaria para el disenso, el mecanismo de notificación sirve para reforzar los requisitos sustantivos del artículo 4. El artículo 4(3) requiere que los estados miembros incluyan

¹⁴⁴ Emilie M. Hafner-Burton et al., *supra* nota 23, at 677.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ El Comité de Derechos Humanos ha comentado casos en los que los estados actúan de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4 sin proporcionar notificación de la derogación, pero esto requiere que el Comité infiera la intención de actuar de acuerdo con el artículo 4 y podría no capturar todos esos casos en los que los países utilizan el artículo 4 sin proporcionar notificación. *Ver supra* fn. 124 para tener ejemplos.

en una notificación de suspensión los derechos y libertades específicos suspendidos, el motivo de la suspensión y la notificación de cuándo terminarán las medidas.¹⁴⁸ Proporcionar los derechos y libertades específicos suspendidos, así como el motivo de la suspensión, ayuda a garantizar que los estados miembros actúen de manera necesaria y proporcionada a la situación de emergencia. Además, exigirles que notifiquen al secretario general cuándo terminará la suspensión refuerza la naturaleza limitada en el tiempo de las suspensiones. Durante los primeros seis meses de la pandemia, muchos de los estados que inicialmente emitieron avisos de suspensión han notificado al secretario general sobre extensiones y terminaciones de sus estados de emergencia.¹⁴⁹ Este compromiso continuo de los estados con el mecanismo de notificación impuesto por el artículo 4 fortalece las garantías de supervisión y demuestra que algunos están reevaluando la proporcionalidad de las medidas de emergencia. Sin dar aviso de suspensión o terminación, estas garantías se reducen.

D. Daño causado por actuar bajo las cláusulas de restricción sustantiva

Los estados miembros también pueden estar actuando bajo las cláusulas de limitación sustantivas que se encuentran en los artículos individuales del ICCPR cuando establecen sus medidas de emergencia para responder a la covid-19. Como se discutió anteriormente, los estados miembros que utilizan este mecanismo de escape aún deben adherirse a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación para cumplir con el tratado.¹⁵⁰ Sin embargo, cuando se usa una cláusula de restricción para promulgar una medida de emergencia, no hay una limita-

¹⁴⁸ ICCPR, art. 4(3).

¹⁴⁹ Derogation Notification, *supra* note 6 (se hacen notar las notificaciones de prórroga de Armenia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Georgia, Guatemala, Paraguay, Perú, Rumania, San Marino y Tailandia; tomando nota de los avisos de terminación de Colombia, Estonia, Letonia, la República de Moldavia, Rumania y San Marino).

¹⁵⁰ Véase *infra* Sección "2. Cláusulas de restricción".

ción temporal explícita como la hay con la suspensión, ni la necesidad de declarar un estado de emergencia oficialmente.¹⁵¹ Como resultado, los estados pueden mantener medidas de emergencia que limitan los derechos del ICCPR incluso después de que haya pasado la crisis. Si bien los principios de necesidad o proporcionalidad pueden absorber la noción de que las medidas de emergencia no pueden prolongarse más allá de la emergencia porque no se requiere un estado de emergencia oficial, en la práctica, un análisis de restricciones no proporciona un término sobre cuándo se deben derogar las limitaciones. Sin un plazo transparente para el restablecimiento de los derechos y libertades al final de una emergencia, las restricciones podrían mantenerse fácilmente.¹⁵²

Además, a diferencia de una suspensión, los estados no enfrentan ningún requisito de notificación cuando actúan bajo una cláusula de restricción en un momento de emergencia.¹⁵³ Más allá de perder la supervisión que conlleva una notificación, los estados no están obligados a justificar sus restricciones por escrito, como lo están con una suspensión. Sin una declaración de necesidad claramente articulada contra la cual argumentar, los defensores tienen más dificultades para señalar el momento en que expira la necesidad de que el estado imponga una restricción. La notificación también puede servir para restringir los poderes de emergencia del Estado y reflejar un compromiso positivo con los principios de legalidad y normalidad; rasgos perdidos al actuar bajo una restricción.¹⁵⁴

La guía de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR por sus siglas en inglés) emitida en abril de 2020 en relación con las medidas de emergencia y la covid-19 establece que "[l]as medidas de emergencia, incluida la suspensión o derogación de ciertos derechos,

¹⁵¹ McGoldrick, *supra* nota 25, pág. 383.

¹⁵² La declaración conjunta de los titulares de mandato del 16 de marzo de 2020 contempla este asunto al declarar que "las autoridades deben buscar el retorno a la vida normal y debe evitar el uso excesivo de poderes de emergencia para regular indefinidamente la vida cotidiana". Statement from UN Experts, 19, *supra* nota 135.

¹⁵³ Comparar ICCPR, art. 4(3) con ICCPR, art.12(3).

¹⁵⁴ Scheinin, *supra* nota 79.

deben ser sujetas a revisión periódica e independiente por parte de la legislatura.¹⁵⁵ Si bien las reglas que rigen la suspensión requieren tal revisión, nada en el ICCPR requiere una revisión posterior por parte de una legislatura, o cualquier otra rama del gobierno, para las restricciones promulgadas bajo una cláusula de restricción. La Observación General 29 subraya aún más este punto al afirmar que "[l]a restauración de un estado de normalidad en el que se pueda asegurar de nuevo el pleno respeto del Pacto debe ser el objetivo predominante de un Estado parte que suspenda el Pacto."¹⁵⁶ Porque los estados pueden promulgar medidas bajo las cláusulas de restricción independientemente de que exista un estado de emergencia,¹⁵⁷ no existe jurisprudencia sobre el restablecimiento de la normalidad bajo una cláusula de restricción, a menos que esté recogida por los principios de necesidad y proporcionalidad.¹⁵⁸ Si bien la OHCHR puede pedir la revisión y supervisión de las restricciones de emergencia, si los estados promulgan las medidas de conformidad con la restricción en lugar de una suspensión, no se enfrentan a ningún requisito de tratado vinculante o mecanismo institucional para exigir una revisión cuando finaliza la emergencia.¹⁵⁹

I. Sobre cuál mecanismo de escape utilizado por los estados miembros para justificar las restricciones inspiradas en la covid-19 socava el ICCPR

La incertidumbre sobre si los estados miembros realizan un análisis legal al implementar restricciones a los derechos humanos para combatir la covid-19 produce o no su propio conjunto de daños y socava el Pacto, especialmente frente a una crisis global.

¹⁵⁵ *Emergency Measures*, *supra* nota 3.

¹⁵⁶ Observación General No. 29, *supra* nota 31, ¶ 5.

¹⁵⁷ Ponta, *supra* note 35 (establece que "[i]ncluso en "tiempos ordinarios," las restricciones a derechos o libertades no-absolutos están permitidas").

¹⁵⁸ Véase *infra* sección "2. Cláusulas de restricción".

¹⁵⁹ *Id.*

Para los derechos que están sujetos tanto a una cláusula de restricción como a una suspensión en virtud del artículo 4, hay poca orientación sobre cuándo el alcance de una restricción excede la cláusula, lo que requiere que el Estado miembro justifique su acción a través de una suspensión. Un Estado miembro no puede invocar una suspensión por lo que podría lograr a través de una restricción, y el tratado alienta el uso de restricciones en lugar de suspensiones.¹⁶⁰ Mientras que el Comité de Derechos Humanos y los Principios de Siracusa se enfocan en cuándo es permisible una restricción o suspensión, no existe una norma clara sobre cuándo se hace necesaria una excepción. Los Principios de Siracusa establecen que el alcance de una restricción no se interpretará para "poner en peligro la esencia del derecho en cuestión".¹⁶¹ Sin embargo, al observar el uso dispar de los estados miembros de la cláusula de suspensión con respecto a las medidas relacionadas con la covid-19, queda claro que existe una confusión generalizada sobre el alcance permisible de las restricciones y sobre en qué punto una suspensión es requerida en lugar de una restricción de conformidad con el ICCPR. La división entre restricciones y excepciones es aún más confusa porque los principios como la proporcionalidad y la no discriminación son aplicables a ambas.¹⁶² La falta de un estándar claro pueda llevar a una situación en la que los estados miembros emiten un aviso de excepción en una situación en la que podría no ser requerido, usando en esencia la suspensión como una red de seguridad para legitimar sus acciones.¹⁶³ Al mismo tiempo, otros estados miembros posiblemente pueden estirar la cláusula de restricción

¹⁶⁰ Observación General No. 29, *supra* nota 31, ¶ 4 (establece que "[l]a suspensión de obligaciones en situaciones de emergencia es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas incluso en tiempo normales de conformidad con múltiples disposiciones del Pacto"); Siracusa Principles, *supra* nota 21, para. 53 (establece que "[u]na medida no es estrictamente requerida por las exigencias de la situación si medidas ordinarias permisibles de conformidad con las cláusulas específicas de restricción del pacto fueran adecuadas para lidiar con la amenaza a la vida de la nación."); McGoldrick, *supra* nota 25, pág 384.

¹⁶¹ Siracusa Principles, *supra* nota 21, ¶ 2.

¹⁶² McGoldrick, *supra* nota 25, at 383-84.

¹⁶³ Sommaro, Emanuele, "Limitation and derogation provisions in international human rights law treaties and their use in disaster settings", en Zorzi Giustiniani, Flavia, Sommaro, Emanuele, Casolari, Federico y Bartolini, Giulio (eds.), *Routledge handbook of human rights and disasters*, 98, 113, 2018.

para evitar la supervisión internacional. En el caso de la covid-19, esto podría explicar los resultados dispares donde al emprender la misma acción algunos estados utilizan cláusulas de restricción mientras que otros emiten avisos de suspensión.

La confusión entre cláusulas de limitación y excepciones socava el Pacto de varias maneras. En primer lugar, altera la estructura progresista que prevé una mayor supervisión y un uso más restringido de las suspensiones en oposición a las restricciones que están menos limitadas en cuanto al procedimiento pero más limitadas en su aplicación. En segundo lugar, crea incertidumbre para los observadores en cuanto a la cuestión de si los estados miembros están actuando bajo una cláusula de restricción o si están haciendo caso omiso de la disposición de notificación del artículo 4. En tercer lugar, los estados miembros están definiendo el alcance de las cláusulas de restricción sobre una base regional en lugar de universal. La naturaleza global de la pandemia de covid-19 pone de relieve estos problemas, ya que varios estados miembros están lidiando simultáneamente con su respuesta a la misma amenaza. A medida que la comunidad mundial proceda a abordar otras crisis a gran escala, como la guerra contra el terrorismo o los desastres climáticos, la necesidad de fortalecer los instrumentos multilaterales de derechos humanos con normas claras y una aplicación coherente se volverá más aguda y este análisis resultará útil.

Los mecanismos de escape del ICCPR se implementan progresivamente. En lugar de una cláusula de restricción general como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los redactores del ICCPR incluyeron las disposiciones de restricción dentro del derecho sustantivo específico. Este cambio "reflejó el deseo de adaptar las restricciones para asegurar la máxima protección para el individuo",¹⁶⁴ lo que significa que las limitaciones sólo se permiten por los motivos establecidos en el artículo pertinente. La inclusión de restricciones en el ICCPR reconoce

¹⁶⁴ Kiss, Alexandre Charles, "Permissible limitations on rights", en Henkin, Louis, *The International Bill Of Rights-The Covenant On Civil And Political Rights*, 290, 291, 1981.

que la mayoría de los derechos humanos no son absolutos y requieren un equilibrio entre los intereses individuales y los de la comunidad.¹⁶⁵ Como tales, estos derechos pueden limitarse permanentemente y aun así cumplir con el ICCPR.¹⁶⁶ Por el contrario, una suspensión elimina total o parcialmente una obligación internacional.¹⁶⁷ Debido a que las suspensiones tienen un alcance más amplio en la restricción de derechos que las restricciones, el Pacto restringe su uso a circunstancias específicas y las sujeta a la disposición de notificación, permitiendo que otros supervisen la implementación. A diferencia de una restricción, cuando se utiliza una suspensión, ésta debe ser limitada en el tiempo.¹⁶⁸ Al mismo tiempo, el Pacto prohíbe rotundamente la suspensión de ciertos derechos, considerando que la obligación de proteger esos derechos es demasiado importante para ser eliminada incluso en situaciones de emergencia.¹⁶⁹ De esta manera, el ICCPR crea un modelo progresista en el que las mayores restricciones a los derechos están sujetas a circunstancias más estrechas y una mayor supervisión.

Con base en este modelo, cuando surge una situación de emergencia, el Pacto está diseñado para que los estados actúen primero dentro del alcance de las restricciones permisibles antes de tratar de eliminar una obligación a través de una suspensión.¹⁷⁰ Sin embargo, el Pacto no proporciona estándares claros para los estados miembros sobre cómo determinar el alcance permisible de las restricciones. Esto significa que los estados a menudo implementan suspensiones de manera preventiva, en contra de la priorización ideal del ICCPR.¹⁷¹ También crea un incentivo para los estados que quieren evitar la supervisión internacional para ampliar lo que se puede lograr adecuadamente a través de una restricción. El Pacto prevé aumentar la supervisión a medida que aumentan el alcance o la

¹⁶⁵ McGoldrick, *supra* nota 25, pág. 383.

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ Siracusa Principles, *supra* nota 21, ¶¶ 45(c), 48; *Emergency Measures*, *supra* nota 3.

¹⁶⁹ ICCPR, *supra* nota 4, art. 4(2).

¹⁷⁰ *Ver infra* fn. 157.

¹⁷¹ Sommaro, *supra* nota 163

gravedad de las restricciones, estableciendo requisitos más estrictos para la suspensión que para las restricciones. Este equilibrio se ve interrumpido por las diferentes interpretaciones de los estados sobre el alcance de las limitaciones permisibles.

Por ejemplo, Letonia fue uno de los primeros países en notificar una suspensión relacionada con la covid-19 a la ONU, el 16 de marzo de 2020.¹⁷² Letonia justificó el uso de una suspensión porque habría sido imposible evaluar las restricciones durante la crisis individualmente.¹⁷³ No es el único Estado que ha utilizado la suspensión durante la crisis de la covid-19 de forma preventiva. El aviso de suspensión de Estonia señalaba que: "algunas de estas medidas pueden implicar una suspensión."¹⁷⁴ El uso de "pueden" sugiere que Estonia pudo no haber tenido la intención de suspender los derechos.¹⁷⁵ Si bien este uso profiláctico de la suspensión respeta el Pacto, plantea dudas sobre si una suspensión era realmente necesaria y apropiada.

El Comité de Derechos Humanos también ha expresado su preocupación por la "infrautilización" de las suspensiones. Por ejemplo, ha reprendido a varios estados por no notificar una suspensión.¹⁷⁶ Otros estados que enfrentan una emergencia pública han afirmado estar actuando bajo las cláusulas de restricción de los derechos sustantivos.¹⁷⁷ En 1976, Reino Unido presentó una notificación de suspensión al secretario general con respecto a Irlanda del Norte, pero retiró la notificación en 1984.¹⁷⁸

¹⁷² Derogation Notification, *supra* nota 6.

¹⁷³ E-mail de Janis Karklins, Lat. Ambassador to the U.N. in Geneva a los autores (2 de abril de 2020, 12:51 PM CET) (archivado con los autores).

¹⁷⁴ Derogation Notification, *supra* nota 6.

¹⁷⁵ Sommario, *supra* nota 163, pág. 113.

¹⁷⁶ Véase *infra* n. 126.

¹⁷⁷ McGoldrick, *supra* nota 25, at 384 (se cita UN Doc. A/34/40, ¶ 383 (1979) (Cyprus), UN Doc. A/35/40, ¶297 (1980) (Suriname), UN Doc. A/54/40, Vol. I. ¶ 324 (México), and UN Doc. A/46/40, ¶¶ 618-56 (Iraq)).

¹⁷⁸ McGoldrick, *supra* nota 25, pág. 385 (se cita UN Doc. CCPR/C/2/Add.8, App.II, 2) (se declara que Reino Unido ha "llegado a la conclusión de que ya no es necesario, para cumplir con sus obligaciones en virtud del Pacto, que Reino Unido continúe, en la actualidad, haciendo uso del derecho de suspensión en virtud del artículo 4").

Al explicar el retiramiento de la notificación, Reino Unido afirmó que la emergencia continuaba, pero había habido un cambio en las medidas para abordarla,¹⁷⁹ sugiriendo que ahora estaba justificando sus restricciones bajo un análisis de restricciones. Debido a la ambigüedad en las cláusulas de restricción del ICCPR, los estados hacen un uso excesivo o insuficiente de la derogación que se adapte a sus agendas.

Además, cuando promulgan medidas de emergencia sin notificar la suspensión, es difícil saber si un estado está actuando bajo el cláusula de restricción, actuando en virtud del artículo 4 sin dar aviso, o ignorando por completo sus obligaciones en virtud del tratado. Esta incertidumbre, ya sea real o percibida, socava el tratado en su conjunto al crear desconfianza sobre el grado de cumplimiento. La falta de un aviso de suspensión también complica la tarea del Comité de Derechos Humanos de evaluar las restricciones de emergencia.

La falta de jurisprudencia y normas claras sobre cuándo una situación de emergencia justifica la suspensión también está creando variaciones regionales que no ayudan en la práctica y que son incompatibles con el tratado. Por ejemplo, con la emergencia por covid-19, Letonia fue pionera en marzo de 2020 en hacer esto, y le siguieron rápidamente Armenia, Rumania, la República de Moldavia, Georgia y Estonia.¹⁸⁰ Parece que esta práctica dentro del Grupo de Europa del Este de la ONU demuestra una comprensión regional de la importancia de la suspensión frente a la restricción en el contexto de covid-19. Asimismo, durante el periodo de seis meses en el que este artículo se concentra, en ocho países del Grupo de América Latina y el Caribe también se emitieron avisos de suspensión, aunque no lo hicieron tan pronto como los del Grupo de Europa del Este.¹⁸¹ En contraste, sólo un país del Grupo de Europa Occidental (San Mario), dos países del Grupo de Asia Pacífico (Kirguistán y Tailandia) y

¹⁷⁹ McGoldrick, *supra* nota 25, pág. 385 (se cita UN Doc. CCPR/C/SR.594, ¶ 3).

¹⁸⁰ Derogation Notification, *supra* nota 6.

¹⁸¹ *Id.*

tres países del Grupo de África (Etiopía, Namibia y Senegal) han emitido avisos de suspensión.¹⁸² Debido a que el ICCPR no utiliza la doctrina del margen de apreciación,¹⁸³ dichas interpretaciones regionales del mecanismo de suspensión no solo son confusas sino incompatibles con el tratado.

Dado que el ICCPR se utiliza cada vez más para proteger los derechos humanos frente a amenazas globales como el terrorismo y el cambio climático, se necesitan definiciones claras sobre el alcance de las disposiciones de restricción. Tal claridad ayudará a los estados a recibir supervisión adecuada de sus acciones, limitando el uso excesivo e insuficiente de las suspensiones. También permitirá que los estados miembros y el Comité de Derechos Humanos evalúen el cumplimiento de manera más rápida y precisa y prevengan el surgimiento de entendimientos regionales que están en conflicto con el ICCPR, fortaleciendo así el régimen del tratado en general.

E. Un análisis riguroso de restricciones de aquellas medidas que violan la libertad de movimiento

Pasemos ahora a considerar cómo podría ser un análisis de restricciones riguroso para las prohibiciones de viaje, las órdenes de quedarse en casa, los confinamientos, la vigilancia digital y las prohibiciones de reuniones públicas, además de cómo tales medidas podrían dañar los derechos humanos internacionales. La mayoría de los estados adoptaron algunas, si no todas, de estas medidas en respuesta a la covid-19, aunque sólo 22 han notificado que implementaron una suspensión.¹⁸⁴ Con respecto a cada uno de los tres tipos de derechos —libertad de movimiento, libertad de reunión y privacidad derechos— consideraremos si las restricciones

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ McGoldrick, Dominick, "A defense of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee", 65, *Int'l & Comp. L. Quarterly* 21, 21, 2015.

¹⁸⁴ Derogation Notification, *supra* note 6.

que los estados han impuesto cumplen con los test de legalidad, necesidad y proporcionalidad, así como de no discriminación. Además, discutiremos si otros test o factores adicionales podrían proporcionar una mejor manera de evaluar el cumplimiento del ICCPR en nuestra era digital moderna y en el contexto de las limitaciones impuestas por covid-19. Éstos incluyen evaluar si las restricciones son necesarias para una sociedad democrática, observar el contexto relacionado con covid-19 en el que se imponen restricciones específicas, alentar la consulta entre expertos en salud, tecnología de la información y legales para elaborar limitaciones, y considerar cómo la tecnología moderna y las alternativas virtuales impactan el análisis de restricciones.

Muchos estados miembros han restringido el derecho a la libertad de movimiento en respuesta a la covid-19. Según el Rastreador de covid-19 y hasta septiembre de 2020, al menos 107 países han adoptado medidas que limitan la libertad de movimiento.¹⁸⁵ Tanto los confinamientos como las restricciones de viaje se han implementado ampliamente como medidas de salud pública diseñadas para detener la propagación del virus.¹⁸⁶ Si bien las limitaciones a la libertad de movimiento varían en alcance, pueden incluir la restricción del derecho a salir de un país, la restricción de viajes entre países y la del derecho a ingresar al propio país.¹⁸⁷ Al comienzo de la pandemia de covid-19, tales restricciones a menudo se dirigieron a personas que se encontraban en puntos críticos de concentración de casos de infección provocados por el virus, pero a medida que el virus se ha propagado, las restricciones se han vuelto más amplias.¹⁸⁸ En esta sección, analizaremos a) los requisitos para las restricciones a la libertad de movimiento de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12(3) buscando en cuarentenas y restricciones de viaje, y b) si se puede impedir legalmente que los ciudadanos regresen a su propio país de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12(4).

¹⁸⁵ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1.

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ Véase *Coronavirus Restrictions in Each State*, *supra* nota 2.

I. Restricciones a la libertad de movimiento de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12(3)

El artículo 12(3) establece que los estados pueden limitar el derecho a la "libertad de circulación y la libertad de elegir su residencia", así como la libertad de "salir de cualquier país" mismas que se encuentran en los artículos 12(1) y 12(2), respectivamente.¹⁸⁹ A continuación consideramos las dos medidas de emergencia más destacadas implementadas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12(3): cuarentenas y restricciones de viaje.

En el ámbito de la salud pública, una cuarentena se define como "la separación de personas (o comunidades) que han estado expuestas a una enfermedad infecciosa", mientras que el aislamiento se aplica a "la separación de personas que se sabe que están infectadas".¹⁹⁰ Sin embargo, las leyes a menudo combinan los dos términos, refiriéndose a ambos bajo el término de cuarentena.¹⁹¹ Este artículo usa "cuarentena" para referirse a medidas que confinan a las personas a su residencia u otros sitios de cuarentena y que incluyen "órdenes de quedarse en casa" y "encierros". De forma similar, esta sección considera las restricciones de viaje que limitan la capacidad de entrar, salir y viajar dentro de un país. Al igual que en el mundo real, los contornos precisos entre la cuarentena amplia y los límites de los viajes entre países no están bien definidos.

Debido a que las cuarentenas y las restricciones de viaje pueden emplearse para limitar el movimiento de grupos potencialmente grandes de personas asintomáticas, son una de las herramientas de salud pública más agresivas y controvertidas para controlar la propagación de enfermedades

¹⁸⁹ ICCPR, art. 12.

¹⁹⁰ Parmet, Wendy E. y Sinha, Michael S., "Covid-19-the law and limits of quarantine", *New Eng. J. Med.*, e28(1), e28(1), 2020.

¹⁹¹ *Id.*

infecciosas.¹⁹² Históricamente, las cuarentenas se han utilizado desde el siglo XIV. En este siglo los barcos debían permanecer en el puerto durante 40 días para proteger las ciudades costeras de la peste.¹⁹³ Más recientemente, se implementaron cuarentenas para combatir tanto el síndrome respiratorio agudo severo (SARS) como el ébola.¹⁹⁴ De manera similar, los estados han utilizado sus fronteras como un punto de control para detener la propagación de enfermedades como la fiebre amarilla.¹⁹⁵ Las medidas de cuarentena y restricción de viajes implementadas en respuesta a la covid-19 por los estados miembros varían ampliamente en alcance y escala, desde cierre de fronteras hasta cuarentenas geográficas obligatorias y recomendaciones de quedarse en casa.¹⁹⁶

1. Legalidad

Para que una restricción a la libertad de movimiento cumpla con el estándar de legalidad, debe estar contenida en una "ley nacional de aplicación general, que esté vigente en el momento en que se aplica la limitación".¹⁹⁷ El Rastreador covid-19 muestra que la mayoría de las medidas relacionadas con las restricciones a la libertad de movimiento han sido implementadas por una orden, reglamento o ley.¹⁹⁸ En la situación actual de pandemia por covid-19, para que una cuarentena o restricción de viaje derivada de una orden o reglamento cumpla con este estándar de legalidad, el poder que establece el límite a la libertad de movimiento debe estar contenido en la legislación nacional. Debido a que los confinamientos son herramientas de salud pública bien establecidas, la mayoría de los

¹⁹² Rothstein, Mark A., "From SARS to ebola: legal and ethical considerations for modern quarantine", 12 *Ind. Health L. Rev.*, 227, 227-28, 2015.

¹⁹³ *History of Quarantine*, Ctrs. For Disease Control & Prevention, 2012, disponible en: <https://www.cdc.gov/quarantine/historyquarantine.html>.

¹⁹⁴ Rothstein, *supra* nota 192

¹⁹⁵ *New Yellow Fever Vaccination Requirements for Travelers*, World Health Org., 27 de julio de 2016, disponible en: <https://www.who.int/ith/updates/20160727/en/> (se discute como el certificado de vacunación para la fiebre amarilla es requerido para algunos viajeros).

¹⁹⁶ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "movement").

¹⁹⁷ *Emergency Measures*, *supra* nota 3.

¹⁹⁸ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "movement").

estados tienen leyes u otros mecanismos legales que permiten al gobierno implementar tales medidas.¹⁹⁹ Por ejemplo, Australia ha utilizado, de conformidad con la sección 7 de la Ley de Salud Pública de 2010, una orden judicial en Nueva Gales del Sur para exigir que las personas sin una excusa razonable para salir permanezcan en su residencia.²⁰⁰ Botswana declaró un confinamiento y toque de queda en todo el país de 8 p. m. a 8 a. m., para ello ha utilizado reglamentos promulgados de conformidad con la ley de Poder de Emergencia, la cual permite específicamente restricciones a la libertad de movimiento.²⁰¹ Reino Unido implementó una restricción a la libertad de movimiento por ley, aprobando la Ley de Coronavirus 2020, que otorga a las autoridades poderes de emergencia para abordar la situación de pandemia de covid-19.²⁰²

El artículo 12(3) también establece que toda limitación debe ser "compatible con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto".²⁰³ Una restricción que es establecida apropiadamente de acuerdo con la legislación local no debería, según este estándar, entrar en conflicto con los objetivos y propósitos del tratado.²⁰⁴ En una situación en la que una persona debe abandonar un estado en búsqueda de asilo, una prohibición de salida²⁰⁵ podría ser incompatible con otros derechos del ICCPR, tales como el derecho a la vida o a no ser torturado o recibir un trato cruel,

¹⁹⁹ Rothstein, *supra* nota 192, en 228.

²⁰⁰ *Public Health (Covid-19 Restrictions on Gathering and Movement) Order 2020 Under the Public Health Act 2010, 2020* (N.S.W.) Part I (Austl.), *Government Gazette No. 65 of march 30, 2020* 149-1163 (se definen las órdenes como medidas ejecutivas, incluyendo las órdenes ejecutivas y los decretos presidenciales).

²⁰¹ *Emergency Powers (COVID-19) Regulations, 2020 Under the Emergency Powers Act, Supplement C 2020 Part II* (Bots.), *Botswana Extraordinary Government Gazette*, april 2, 2020; *Emergency Powers, 1966, Chapter 22:04* (Bots.), disponible en: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bot91330.pdf> (se define a la regulación como aquellas medidas que guían la implementación de la ley y donde se incluye que "(a) prever la detención de personas o la restricción de sus movimientos.").

²⁰² *Coronavirus Act 2020*, c. 7 (UK). El rastreador (*tracker*) define a las leyes como medidas que han sido promulgadas a través de procesos legislativos.

²⁰³ ICCPR, art. 12(3).

²⁰⁴ Siracusa Principles *supra* nota 21, ¶ 5.

²⁰⁵ Muhyiddin Yassin, Tan Sri, "PM's Movement Control Order Speech in English", *New Strait Times* (17 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.nst.com.my/news/nation/2020/03/575372/full-text-pms-movement-control-order-speech-english> (se presenta a Malasia como un ejemplo de un estado que impuso restricciones a la salida del país como parte de las medidas en respuesta a la covid-19).

inhumano o degradante.²⁰⁶ Los estados que imponen restricciones deben examinar la limitación en el contexto del ICCPR en su conjunto.

Además, la OHCHR emitió una guía sobre el estándar de legalidad, en la que declara que "[l]a ley no debe ser arbitraria o irrazonable, y debe ser clara y accesible al público".²⁰⁷ Incluso ahí donde las restricciones han sido promulgadas de conformidad con el proceso legislativo, muchos estados tienen dificultades para comunicar las leyes al público. *The New York Times* informó de la confusión sobre las pautas del confinamiento en Nueva York, señalando que "cuando las autoridades emiten directrices o directivas, éstas pueden parecer contradictorias o ilógicas".²⁰⁸ El público enfrentó una confusión similar en Reino Unido con los mensajes de funcionarios del gobierno sobre los alcances de la orden de aislamiento en Londres.²⁰⁹

Parece que muchos, si no la mayoría de los gobiernos, han hecho algún esfuerzo para demostrar que poseen autoridad legal para implementar cuarentenas, y aquellos que lo hacen en respuesta a covid-19 han seguido sus propios procesos legales, ya sea que esto implique la acción del poder legislativo o ejecutivo de gobierno.²¹⁰ Sin embargo, un análisis legal

²⁰⁶ Ogg, Kate, "Covid-19 travel bans: the right to seek asylum when you cannot love your homeland", *UnswL.*, 2020, disponible en: <https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/covid-19-travel-bans-right-seek-asylum-when-you-cannot-leave-your-homeland>.

²⁰⁷ *Emergency Measures*, *supra* nota 3.

²⁰⁸ Newman, Andy, "Confusion over coronavirus quarantines feeds anxiety", *N.Y. Times*, 9 de marzo 2020, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/03/09/nyregion/coronavirus-ny-quarantines.html>.

²⁰⁹ Lawless, Jill, "UK clamps down to fight virus, but confusion still reigns", *Associated Press*, 24 de marzo de 2020, disponible en: <https://apnews.com/5131953f9d8fe0b47c08accf9241f499> (noting contradictory government statements regarding children moving between households).

²¹⁰ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "movement") (se muestra que la mayoría de medidas relacionadas con la restricción de la libertad de movimiento han sido implementadas por órdenes ejecutivas, reglamentos o por ley, con la excepción de restricciones de viaje en Wuhan y algunas ciudades en la provincial de Hubei las cuales fueron promulgadas a través de una política del gobierno central). "Decision on the extension of the temporary measure", *Const. Ct. Republic Kos.*, 31 de marzo de 2020, disponible en: <https://gjk-ks.org/vendimet-nga-seancat-shqyrtuese-te-mbajtura-me-30-dhe-31-mars-2020/>. Aunque el análisis no se condujo de conformidad con el ICCPR, la Corte Constitucional en Kosovo decidió que la Ley sobre la Prevención de la propagación de enfermedades infecciosas no proveía específicamente una restricción a la libertad de movimiento como se requiere para limitar el derecho Constitucional a la libertad de movimiento. Robinson, Jack y Travers, Eve-Anne, "Government decision restricting freedom of movement ruled unconstitutional", *Prishtina Insights*, 31 de marzo de 2020, disponible en: <https://prishtinainsight.com/government-decision-restricting-movement-ruled-unconstitutional/>.

riguroso debe garantizar que las restricciones sea compatible con el resto del ICCPR y que el público esté informado de los alcances de cualquier restricción si es que ha de cumplirse con el estándar de legalidad.

2. Necesidad

Las restricciones a la libertad de movimiento deben ser "necesarias para proteger" los objetivos legítimos contenidos en el tratado, de acuerdo con los estándares del ICCPR.²¹¹ En el caso de covid-19, los confinamientos y las restricciones de viaje deben ser necesarias para proteger la salud pública.²¹²

Los estados han reconocido la posible necesidad de imponer confinamientos en sus regímenes legales. En Estados Unidos, por ejemplo, los poderes federales de cuarentena y aislamiento pueden implementarse en respuesta a una lista definida de enfermedades, que incluyen "síndromes respiratorios agudos severos" los cuales incluyen a la covid-19.²¹³ La Corte Suprema de Estados Unidos discutió esta moción en *Jacobson v. Massachusetts*, afirmando que es necesario que una "sociedad bien ordenada" pueda hacer cumplir "regulaciones razonables" para responder efectivamente a "una enfermedad epidémica que amenaza la seguridad de sus miembros".²¹⁴ Dado el amplio uso de confinamientos mundial para combatir la covid-19 y el potencial de transmisión asintomática, es probable que los estados consideren que las cuarentenas son necesarias para proteger la salud pública. Por ejemplo, la WHO recomienda que "los contactos de pacientes con covid-19 confirmado por laboratorio sean puestos en

²¹¹ ICCPR, art. 12(3).

²¹² *Id.*

²¹³ 42 C. F. R. §§ 70.1-9 (2015) (se regulan las cuarentenas interestatales a través de la Orden Ejecutiva 13295) como fue modificado por la Orden Ejecutiva No. 13674, 79 Fed. Reg. 45671 (31 de julio 2014). Según estas órdenes, los poderes federales de cuarentena y aislamiento se aplican actualmente a las siguientes enfermedades: cólera, difteria, tuberculosis infecciosa, plaga, viruela, fiebre amarilla, fiebres hemorrágicas virales, influenza causada por virus de influenza nuevos o reemergentes que están causando, o tienen el potencial de causar, una pandemia, y síndromes respiratorios agudos severos (las cuales pueden incluir covid-19).

²¹⁴ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 26 (1905); Price, Polly J. "Quarantine and liability in the context of ebola", 131 *Pub. Health Rep.* 500, 502, 2016.

cuarentena durante catorce días desde la última vez que estuvieron expuestos al paciente".²¹⁵ La WHO ha justificado previamente la imposición de confinamientos con base en evaluaciones en las que el fin es equilibrar entre las necesidades de salud pública y la libertad de movimiento.²¹⁶ Como tal, la mayoría de los estados serán capaces de satisfacer el principio de necesidad en relación con las cuarentenas, aunque esto debe reevaluarse a medida que avanza la transmisión y la comprensión científica del virus evoluciona.

Sin embargo, la WHO ha criticado el uso de restricciones de viaje para combatir la covid-19. En sus recomendaciones actualizadas, la WHO "desaconseja la aplicación de restricciones de viaje o comercio en países con brotes de covid-19".²¹⁷ La recomendación continúa, "[l]as prohibiciones de viaje a las áreas afectadas o la denegación de entrada a los pasajeros que vienen de las áreas afectadas por lo general no son eficaces para prevenir la importación de casos, pero pueden tener un impacto económico y social significativo".²¹⁸ Además, 16 académicos expertos en legislación de salud global concluyeron recientemente en un comentario de *Lancet* que imponer restricciones de viaje contra China durante el brote de covid-19 viola los IHR.²¹⁹ Dado el apoyo a los IHR en la WHO y los

²¹⁵ World Health Org. [WHO], *Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (covid-19)*, at 1-2, WHO/2019-nCoV/IHR_Quarantine/2020.2 (19 de marzo de 2020).

²¹⁶ *WHO Guidance on Human Rights and Involuntary Detention for XDR-TB Control*, World Health Org. (enero 24, 2007), disponible en: https://www.who.int/tb/features_archive/involuntary_treatment/en/ ("Por lo tanto, la interferencia con la libertad de movimiento al instituir la cuarentena o el aislamiento por una enfermedad transmisible como la MDR-TB y la XDR-TB puede ser necesaria para el bien público y podría considerarse legítima según el derecho internacional de los derechos humanos. *Esto debe verse como un último recurso y justificarse solo después de que hayan fallado todas las medidas voluntarias para aislar a dicho paciente.*")

²¹⁷ *Updated WHO Recommendations for International Traffic in Relation to COVID-19 Outbreak*, World Health Org., (29 de febrero, 2020), disponible en: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak>.

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ Habibi, Roojin, Luca Burci, Gian, de Campos, Thana C., Chirwa, Danwood, Cina, Margherita, Dagron, Stephanie, Eccleston-Turner, Mark, Forman, Lisa, O. Gostin, Lawrence, Mason Meier, Benjamin, Negri, Stefania, Ooms, Gorik, Sekalala, Sharifah, Taylor, Allyn, Ely Yamin, Alicia y Hoffman, Steven J., "Do not violate the international health regulations during the covid-19 outbreak", 395 *LANCET*, 664, 664, 2020.

Principios de Siracusa,²²⁰ los estados miembros podrían encontrar que las prohibiciones de viaje no cumplen con el principio de necesidad.

Este análisis destaca la necesidad de que los estados consulten a expertos en salud pública cuando persiguen los objetivos de "salud pública" en las cláusulas de restricción. Nosotros sugerimos que el análisis legal riguroso no puede estar completo sin la colaboración entre los expertos técnicos y los encargados de formular políticas nacionales.

3. Proporcionalidad

Al igual que con la necesidad, una evaluación de la proporcionalidad se guía mejor por la salud pública y la colaboración técnica con los formuladores de políticas públicas. El Comité de Derechos Humanos amplía la noción de proporcionalidad en relación con el artículo 12(3) declarando: "Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para cumplir su función protectora; deben ser el instrumento menos restrictivo entre los que puedan lograr el resultado deseado; y deben ser proporcionales al interés a proteger".²²¹

En el caso de que los estados pudieran demostrar que las restricciones de viajes internacionales son necesarias, sería difícil demostrar que son el instrumento menos restrictivo. La WHO ha ofrecido orientación sobre alternativas menos restrictivas, que incluyen comunicación de riesgos, vigilancia, manejo de pacientes y controles en los puertos de entrada y salida.²²²

Por el contrario, la WHO recomienda el uso de confinamientos,²²³ mismos que los estados han implementado en varias escalas. China puso en confinamiento a cerca de 60 millones de personas en un esfuerzo de dos

²²⁰ Siracusa Principles, *supra* nota 21, at § I.B.iv.

²²¹ ICCPR, art. 12(3).

²²² Habibi et al., *supra* nota 219.

²²³ World Health Org. *supra* nota 215.

días para limitar la transmisión desde la ciudad de Wuhan en la provincia de Hubei.²²⁴ Italia adoptó un enfoque diferente al expandir progresivamente el confinamiento de 10 ciudades en Lombardía y una en Veneto a después todo el país.²²⁵ Mientras tanto, en Estados Unidos, 800 expertos en derecho y de salud pública pidieron a través de una carta medidas de autoaislamiento voluntario en combinación con educación, pruebas de detección del virus generalizadas y acceso universal a tratamiento, afirmando que "estas medidas tienen más probabilidades de dar lugar a la cooperación y proteger la confianza pública que medidas coercitivas, al mismo tiempo que hacen más probable que las personas no intenten evitar el contacto con el sistema de atención médica".²²⁶ La WHO recomienda que las personas que han tenido contacto con pacientes con resultados confirmados por laboratorio sean puestos en cuarentena durante 14 días.²²⁷ Esta estrategia de contención asume la identificación de contagio temprana a través de pruebas de laboratorio, una capacidad que no todos los estados han logrado satisfacer.²²⁸ Como tal, una evaluación de si la cuarentena constituye "medios menos restrictivos" debe adaptarse a las circunstancias de la región. Por ejemplo, tener en cuenta factores como el alcance geográfico, la infraestructura de atención médica, la capacidad de hacer pruebas, la fase de la pandemia y el cumplimiento público de otras medidas de prevención, todas estas son relevantes para la evaluación de lo que constituye los "medios menos restrictivos". Además, la evaluación debe incluir la consulta con técnicos y profesionales de la salud basados en información científica actualizada.

²²⁴ Qin, Amy, "China may be beating the coronavirus, at a painful cost", *N.Y. Times*, (7 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/03/07/world/asia/china-coronavirus-cost.html>.

²²⁵ "Human rights dimensions of covid-19 response", *Hum. Rts. Watch*, (19 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.hrw.org/news/2020/03/19/human-rights-dimensions-covid-19-response>.

²²⁶ Open letter to vice president mike pence, and other federal, state, and local leaders from public health and legal experts in the United States, achieving a fair and effective covid-19 response, (6 de marzo de 2020) (archivado en la Facultad de Derecho de Yale), disponible en: https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/ghjp/documents/march6_2020_final_covid-19_letter_from_public_health_and_legal_experts_2.pdf.

²²⁷ World Health Org., *supra* nota 215, pág. 2.

²²⁸ *Id.*

Más allá del alcance de la cuarentena y las restricciones de viaje, sugerimos que una evaluación de proporcionalidad también debe considerar el marco de tiempo en el que opera una restricción. Cuando los estados actúan de conformidad con una cláusula de restricción para restringir derechos, el ICCPR no tiene un requisito explícito de que la restricción sea limitada en el tiempo y eliminada o revisada después de un cierto período de tiempo, esto a diferencia de las suspensiones.²²⁹ Esta es una deficiencia importante que tiene el utilizar un análisis de restricciones durante una emergencia. La vertiente de proporcionalidad de un análisis de restricciones es el mejor lugar para capturar este factor de tiempo. Debido a que la emergencia de covid-19 no es estática, la evaluación de la proporcionalidad y la idoneidad de las medidas de emergencia cambiarán a medida que avance la situación. Por ejemplo, la decisión de Croacia que prohíbe a las personas salir de casa sin un permiso especial sólo está vigente durante 30 días.²³⁰ Por el contrario, las restricciones de movimiento de Jordania están vigentes "hasta nuevo aviso".²³¹ No sugerimos categóricamente que, para que sean proporcionales, los estados deben incluir límites de tiempo en sus medidas de emergencia, más bien recomendamos límites de tiempo ya que éstos son una garantía adicional de que los estados revisarán la proporcionalidad de sus medidas de respuesta al COVID-19 a medida que cambie la situación. Si los estados proceden bajo un análisis de restricciones, incluir un límite de tiempo o un mecanismo para desencadenar una revisión posterior de las medidas de emergencia es vital para garantizar que las restricciones no permanezcan vigentes más allá de la emergencia y que los derechos humanos finalmente se restablezcan cuando la emergencia llegue a su fin.

²²⁹ McGoldrick *supra*, nota 25, pág. 383 (donde se declara que las restricciones pueden ser permanentes).

²³⁰ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "movement" y "Croatia") (se declara que "la decisión prohíbe a los individuos dejar su lugar de residencia sin una autorización especial, la cual habrá de ser otorgada a casos muy especiales. La decisión surtirá efecto por 30 días.").

²³¹ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "movement" y "Jordan") (en el que se declara que "[e]stá prohibido moverse en todas las regiones del Reino, a partir de las siete de la mañana del sábado 21/03/2020 y hasta nuevo aviso.").

4. No-discriminación

Ninguna limitación de los derechos contenidos en el ICCPR puede imponerse con fines discriminatorios ni aplicarse de manera discriminatoria.²³² El artículo 2(1) estipula que cualquier restricción debe garantizar que los derechos del Pacto se apliquen "sin distinción de ningún tipo como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición."²³³ Sin embargo, el Pacto permite un trato diferenciado si el objetivo es lograr un propósito legítimo, y los criterios para tal diferenciación son la razonabilidad y la objetividad de la medida.²³⁴

Varios estados miembros tienen en la actualidad libertad de movimiento limitada en función de la edad. Turquía restringe a los mayores de 65 años salir de su residencia,²³⁵ Por su parte, Bosnia y Herzegovina prohíbe movimiento de ciudadanos menores de 18 años y mayores de 65.²³⁶ Bulgaria ha adoptado un enfoque ligeramente diferente, ha restringido a las personas menores de 60 años visitar tiendas o farmacias entre las 8:30 a. m. y las 10:30 a. m.,²³⁷ mientras que Uzbekistán limita a las personas mayores de 65 años a salir de sus hogares excepto para visitar farmacias o tiendas de comestibles.²³⁸ A pesar de crear restricciones que distinguen en función de la edad, es probable que este tipo de limitaciones no entren en conflicto con el principio de no discriminación.

Si bien la edad no es uno de los estatus protegidos enumerados en el artículo 2(1), el Comité de Derechos Humanos ha determinado que la

²³² Observación General No. 22, *supra* nota 64, ¶ 8.

²³³ ICCPR, art. 2(1).

²³⁴ Observación General No. 18, *supra* nota 96, para. 13.

²³⁵ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "movement" y "Turkey").

²³⁶ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "movement" y "Bosnia Herzegovina"). El 3 de abril, el gobierno revisó la regla para permitir que las personas mayores salgan entre las 7 a. m. y las 12 p. m., de lunes a viernes.

²³⁷ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "movement" y "Bulgaria").

²³⁸ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "movement" y "Uzbekistán").

edad está incluida en la disposición de "cualquier otra condición".²³⁹ Con todo, los estados pueden justificar la diferenciación por edad con base en el objetivo legítimo de la salud pública. Los datos disponibles sugieren que las personas mayores tienen más probabilidades de experimentar respuestas graves y potencialmente mortales a la covid-19.²⁴⁰ Los gobiernos tienen interés en evitar la infección de esta población altamente vulnerable para salvar vidas y conservar los recursos asignados a tratamientos. En *Love v. Australia*, el Comité de Derechos Humanos concluyó que imponer la jubilación obligatoria de los pilotos a los 60 años no violaba el principio de no discriminación porque la práctica nacional e internacional generalizada en ese momento, de la jubilación obligatoria a los 60 años, sugería que la diferenciación era objetiva y razonable.²⁴¹ Asimismo, en el caso de covid-19, muchos estados implementan restricciones relacionadas con la edad respaldadas por datos que muestran una correlación entre la edad de la persona infectada y la tasa de morbilidad y mortalidad.²⁴² Sin embargo, los estados aún deben analizar si estas limitaciones cumplen con otros requisitos impuestos por el ICCPR, especialmente deben analizar si de hecho constituyen medios menos restrictivos.

En otros casos, los estados miembros han aprobado restricciones aparentemente neutrales pero que han sido implementadas de manera discriminatoria. En Australia, los informes afirman que las comunidades

²³⁹ Joseph, Sarah, Schultz, Jenny y Castan, Melissa, *International covenant on civil and political rights: cases, materials and commentary*, 2.a ed., 2004, ¶¶ 23.25-23.29 (donde se cita a Schmitz-de-Jong v. Netherlands, Communication No 855/1999 (16 de julio de 2001) y Human Rights Committee [HRC], *Love v. Australia*, Communication No. 983/2001 (25 de marzo de 2003)).

²⁴⁰ *Ver Groups at Higher Risk for Severe Illness*, Ctrs. For Disease Control & Prevention (14 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/need-extra-precautions/groups-at-higher-risk.html> (el CDC define este grupo como gente mayor a 65 años).

²⁴¹ Human Rights Committee [HRC], *Love v. Australia*, Communication No. 983/2001, ¶ 8.3 (25 de marzo de 2003).

²⁴² *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "movement" y "Uzbekistan"). La orden de Uzbekistán prohíbe que las personas mayores de 65 años salgan de sus hogares y señala que los ancianos representan la mayoría de las muertes por covid-19 en todo el mundo.

indígenas y migrantes han sido atacadas de manera desproporcionada por la policía para hacer cumplir las restricciones de movimiento relacionadas con la covid-19.²⁴³ En Bulgaria, los controles de los puestos de control entraron en vigor en dos barrios de Sofía integrados mayoritariamente por la comunidad romaní.²⁴⁴ Tanto en Australia como en Bulgaria la implementación de las restricciones ha discriminado a grupos protegidos por el artículo 2(1). Así, mientras aseguran que la salud pública cumpla con el test del propósito legítimo, los estados también deben justificar que su "criterio para llevar a cabo tal diferenciación es razonable y objetivo."²⁴⁵ Dado el uso histórico de la política de salud pública para discriminar a las comunidades marginadas,²⁴⁶ los estados deben respaldar cualquier trato diferencial con evidencia científica y demostrar que cumplen con los demás requisitos del ICCPR.

5. En una sociedad democrática

Si bien el texto del ICCPR no requiere que las restricciones a la libertad de movimiento se califiquen como necesarias en una sociedad democrática, la Observación General 27 amplía explícitamente este requisito a dichas restricciones.²⁴⁷ A continuación, exploraremos este requisito con más detalle, particularmente en lo que respecta a las elecciones y otras formas de protesta democrática.

²⁴³ Faruqi, Osman, "Compliance fines under the microscope", *Saturday Paper*, (18 de abril de 2020), disponible en: <https://www.thesaturdaypaper.com.au/news/health/2020/04/18/compliance-fines-under-the-microscope/15871320009710>.

²⁴⁴ "Rights group criticises quarantine of Roma settlements in Bulgaria and Slovakia", *Reuters*, (21 de abril 2020), disponible en: <https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-bulgaria-slovakia/rights-group-criticises-quarantine-of-roma-settlements-in-bulgaria-and-slovakia-idUSL5N2C90TW>.

²⁴⁵ Observación General No. 18, *supra* nota 96, ¶ 13.

²⁴⁶ Yu, Weijun y Keralis, Jessica, "Controlling covid-19: the folly of international travel restrictions", *Health & Hum. Rts. J.* 1 (6 de abril de 2020), disponible en: https://www.hhrjournal.org/2020/04/controlling-covid-19-the-folly-of-international-travel-restrictions/#_edn5 (se cita Amon, Joseph J. y Wiltenburg Todrys, Katherine, "Fear of foreigners: HIV-related restrictions on entry, stay, and residence", 11 *J. Int'l Aids Soc.* 8 (2008)).

²⁴⁷ Observación General No. 27, *supra* nota 48, ¶ 11 (se aplica el estándar de "en una sociedad democrática" al art. 12(3)).

II. Restricción a la libertad de movimiento de conformidad con el artículo 12(4)

El artículo 12(4), relativo al derecho a entrar en el propio país, no está sujeto a la misma cláusula de restricción que se encuentra en el artículo 12(3). En cambio, en este artículo se encuentra una prohibición general que a la letra dice: "[n]adie será privado arbitrariamente".²⁴⁸ El Comité de Derechos Humanos ha señalado en la Observación General 27 que "hay algunas pocas, si no es que ninguna, circunstancias en las cuales la privación el derecho a entrar en el propio país puede ser razonable."²⁴⁹ No obstante, la frase "el propio país" deja lugar a interpretaciones. La carga de la prueba recae en la presunta víctima para demostrar que un estado es su "propio país" lo que le confiere derechos en virtud del artículo 12(4).²⁵⁰ Además, la ciudadanía por sí sola puede no ser determinante de la pertenencia al propio país en el contexto del artículo 12(4) sin una conexión real con dicho país.²⁵¹ Como tal, si bien el derecho parece absoluto, está sujeto a la definición del "propio país" del titular del derecho. A pesar de esta cuestión, cualquier restricción relacionada con la covid-19, tal como el cierre de fronteras, que no permita que las personas regresen a su "propio país" resulta demasiado amplia e incompatible con el ICCPR.

F. Análisis de las restricciones de la vigilancia digital relacionada con la covid-19 y su impacto en la privacidad

Otra herramienta crucial que los estados están implementando para abordar la pandemia por covid-19 involucra la vigilancia digital. En esta sección, consideraremos cómo se comportan las herramientas digitales

²⁴⁸ ICCPR, *supra* nota 4, art. 12(4).

²⁴⁹ Observación General No. 27, *supra* nota 48, ¶ 21.

²⁵⁰ Fripp, Eric, Rowena, Moffatt y Wilford, Ellis (eds.), *The law and practice of expulsion and exclusion from the United Kingdom*, 47-48, 2015.

²⁵¹ *Id.* pág 48.

para combatir la covid-19 bajo un riguroso análisis de restricciones del derecho enfocado a evitar "interferencias arbitrarias e ilegales" con la privacidad de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 17 del ICCPR. Esta sección también cataloga muchas herramientas de vigilancia digital y aplicaciones que se implementan contra la covid-19 y analiza sus características mediante un análisis de restricciones.

Considerar si el amplio uso de herramientas digitales de vigilancia y aplicaciones móviles contra la covid-19 está justificado por los estándares de legalidad, necesidad y proporcionalidad y no discriminación descritos anteriormente²⁵² es un importante punto de partida para un análisis riguroso de las restricciones. El test de legalidad se cumple en gran medida cuando las herramientas digitales están autorizadas por leyes y reglamentos debidamente aprobados, sin embargo, esto no es tan claro en relación con los edictos que requieren el uso de aplicaciones de vigilancia digital que emanan de una variedad de autoridades —incluidos los lugares de trabajo, los ministerios de seguridad y salud y los gobiernos regionales—. Al examinar la necesidad y la proporcionalidad, primero debemos considerar específicamente si las herramientas de vigilancia digital producen una invasión "arbitraria" de la privacidad, ya que esta es una cuestión que plantea un umbral para determinar si se ha producido alguna violación del artículo 17.²⁵³ En muchos sentidos, la arbitrariedad está vinculada a necesidad y proporcionalidad. Por lo tanto, examinaremos esos factores en combinación. Finalmente, abordaremos el problema de si la falta de protección de los datos privados, después de haber sido recopilado digitalmente para combatir la covid-19, podría producir una violación adicional de la privacidad. Revisaremos los estándares en desarrollo relacionados con el derecho a la protección de datos y observaremos que las violaciones de la privacidad podrían ser resultado de

²⁵² Véase *infra* la sección "3. Proporcionalidad" para una explicación de los principios de legalidad, necesidad, y proporcionalidad con respecto al artículo 17.

²⁵³ Barbaro, Matisse, "Government interference with the right to privacy", 6 *Can. J. Hum. Rts.* 127, 128-29, 2017 (se argumenta que la vigilancia "no arbitraria" es razonable y proporcional dadas las circunstancias actuales).

problemas con el almacenamiento de datos, la transferencia y la falta de consentimiento, cuando, por ejemplo, los datos de vigilancia de covid-19 se compartieron de manera inapropiada con el público o las fuerzas del orden. Concluiremos haciendo recomendaciones para proteger mejor la privacidad durante la pandemia, incluido un llamado para llevar a cabo una mejor coordinación de las comunidades jurídica, de salud y técnica, en el despliegue de tecnologías de protección de la privacidad en función de la vigilancia y respuesta de covid-19.

I. Violaciones de los derechos de privacidad a través de la vigilancia y recopilación digital

I. Comparación de prácticas: Corea del Sur y Suiza

Varios países han determinado que los registros de ubicación de teléfonos celulares brindan herramientas poderosas para hacer cumplir las restricciones relacionadas con covid-19.²⁵⁴ Corea del Sur y Suiza fueron de los primeros países en implementar aplicaciones digitales y usar la información de ubicación de teléfonos móviles para propósitos rastreo y monitoreo de contactos relacionados en el contexto de la pandemia por covid-19.²⁵⁵ Corea del Sur ha utilizado datos de teléfonos celulares para determinar dónde han estado las personas, para rastrear los contactos de las personas expuestas o sospechosas de exposición al virus, y para hacer cumplir las cuarentenas y las órdenes de quedarse en casa.²⁵⁶ Corea del

²⁵⁴ Asher Hamilton, Isobel, "Compulsory selfies and contact-tracing: authorities everywhere are using smartphones to track the coronavirus, and it's part of a massive increase in global surveillance", *Bus. Insider* (14 de abril de 2020), disponible en: <https://www.businessinsider.com/countries-tracking-citizens-phones-coronavirus-2020-3?r=US&IR=T>.

²⁵⁵ *Id.* (se describen las políticas públicas adoptadas por Corea del Sur); *infra* nota 268 (se describen las políticas públicas adoptadas por Suiza).

²⁵⁶ Kim, Hyung Eun, "Coronavirus and privacy: are south korea's alerts too revealing?", *BBC* (5 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-asia-51733145>; *c.f.* Argente, David, *The Costs of Privacy* (Nat'l Bureau Econ. Rsch., Working Paper No. 27220, 2020), disponible en: <https://www.nber.org/papers/w27220.pdf> (se ilustra con cuan detalladas son las alertas relacionadas con covid enviadas por mensajes de texto por aplicaciones móviles en Corea del Sur).

Sur permite una vigilancia relativamente amplia bajo sus leyes nacionales,²⁵⁷ y cambió su marco legal después de la alarma en el contexto de la salud pública provocada por el MERS en 2015, esto para permitir que el gobierno recopile y controle de forma centralizada los datos de las ubicaciones de los teléfonos celulares de los usuarios que anteriormente estaban protegidos por leyes de privacidad.²⁵⁸ En la actualidad los surcoreanos están cuestionando si se está revelando demasiada información en el curso del rastreo de contactos.²⁵⁹ Entre algunos ejemplos recientes, revelar el paradero nocturno de personas en bares gay y la identificación pública de aquellas personas que visitan los llamados "moteles del amor" ha generado dudas sobre la privacidad y el adulterio.²⁶⁰ Al explicar las medidas de rastreo de contactos, un funcionario de los Centros para el Control de Enfermedades de Corea dijo que el gobierno comienza con entrevistas de pacientes, pero cada archivo se complementa mediante el uso de "datos de GPS, imágenes de cámaras de vigilancia y transacciones con tarjetas de crédito para recrear la ruta que el paciente ha seguido un día antes de que aparecieran los síntomas."²⁶¹ Hay quienes han sugerido que la divulgación pública por parte de Corea del Sur de las ubicaciones de las personas infectadas viola las protecciones contra la discriminación, esto gracias un caso en mayo en el que un cliente que visitaba clubes nocturnos gay fue señalado como brote de nuevas infecciones.²⁶² En contraste con estas amplias leyes que permiten la vigilancia médica electrónica, la telemedicina sigue siendo ilegal en Corea del Sur.²⁶³

En Suiza, las autoridades están utilizando datos grupales del operador de telefonía móvil Swisscom para determinar el cumplimiento de una orden

²⁵⁷ Lee, Suk T., "South Korea: implementation and application of human rights covenants", 14 *Mich. J. Int'l L.* 705, 712-16, 1993.

²⁵⁸ Kim, *supra* nota 256; Borowiec, Steven, "How South Korea's nightclub out-break is shining an unwelcome spotlight on the lgbt community", *Time* (mayo 14, 2020), disponible en: <https://time.com/5836699/south-korea-coronavirus-lgbtq-itaewon/>.

²⁵⁹ Kim, *supra* nota 256.

²⁶⁰ *Id.*

²⁶¹ *Id.*

²⁶² "Don't rely on contact-tracing apps", *Economist* (16 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.economist.com/leaders/2020/05/16/dont-rely-on-contact-tracing-apps>.

²⁶³ "Telemedicine remains illegal in South Korea", Korea Econ. Inst. America: The Peninsula, (15 de mayo de 2020), disponible en: <http://blog.keia.org/2020/05/telemedicine-still-illegal-south-korea/>.

nacional que limita el tamaño de las reuniones públicas.²⁶⁴ Según la Oficina Federal de Salud Pública, Swisscom ha proporcionado un análisis al gobierno suizo sobre situaciones en las que veinte o más usuarios de teléfonos celulares se reúnen.²⁶⁵ Los datos indican que muchos menos usuarios de Swisscom se están moviendo o reuniendo en grandes grupos después de que el gobierno suizo limitó el tamaño de las reuniones.²⁶⁶ Al mismo tiempo, el gobierno suizo se esforzó por enfatizar que estaba protegiendo privacidad de datos y la limitación temporal del uso de la información:

En ningún momento recibimos datos de ubicación de Swisscom, simplemente recibimos análisis y visualizaciones que Swisscom puede generar a partir de esos datos. Se respetan plenamente las disposiciones de la Ley de Protección de Datos y los principios éticos que sigue Swisscom en el tratamiento de datos. Tan pronto como se derogue la Ordenanza 2 de COVID-19, no se nos proporcionarán más análisis.

La plataforma Mobility Insights de Swisscom (con base en el Art. 45b de la Ley de Telecomunicaciones) muestra los movimientos aproximados de todas las tarjetas SIM en un área determinada (por ejemplo, un cantón) durante un período de tiempo determinado. Los análisis se basan en detalles de ubicación aproximados del período anterior de 24 horas.²⁶⁷

En respuesta a las preocupaciones relacionadas con la privacidad, las autoridades sanitarias suizas actualizaron la información proporcionada al público y señalaron que la aplicación "no registra datos", funciona de forma descentralizada, "está diseñada para garantizar el anonimato y "cumple con los más altos requisitos de protección de la privacidad."²⁶⁸

²⁶⁴ "New coronavirus: evaluation of anonymised data on gatherings", *Switz. Fed. Off. Pub. Health*, (27 de marzo de 2020), <https://www.bag.admin.ch/bag/en/home/das-bag/aktuell/news/news-26-03-2020.html>.

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ *Id.*

²⁶⁸ "New coronavirus: SwissCovid app and contact tracing", *Switz. Fed. Off. Pub. Health* (11 de septiembre de 2020), disponible en: <https://www.bag.admin.ch/bag/en/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/swisscovid-app-und-contact-tracing.html>.

2. La legalidad se daña cuando los estados se apresuran a adoptar aplicaciones digitales de vigilancia

Tanto en Suiza como en Corea del Sur, el uso de aplicaciones digitales surgió de la acción legislativa con la cual se adoptaron leyes o reglamentos.²⁶⁹ Pero para la mayoría de los estados, la prisa por adoptar aplicaciones de vigilancia digital en respuesta a la covid-19 se ha convertido en un cheque en blanco. Seis meses después de la pandemia, al menos 37 estados ordenaron aplicaciones digitales u otra medida de vigilancia para algunos lugares o partes de su población, tales como las personas en cuarentena; otros estados han fomentado el uso de aplicaciones digitales para la vigilancia de covid-19 de forma voluntaria.²⁷⁰ La distinción entre el uso voluntario y obligatorio de aplicaciones digitales se ha desdibujado por mandatos de empleadores, gobiernos locales y otras autoridades, lo que genera dudas sobre la legalidad del uso de aplicaciones digitales.²⁷¹

Numerosos estados europeos comenzaron a emplear datos de proveedores de telecomunicaciones para hacer cumplir sus regulaciones de distanciamiento social en los primeros momentos de sus respuestas a la covid-19.²⁷² Además, dentro de las 24 horas posteriores a su oferta, más de un millón

²⁶⁹ Kim, *supra* nota 256 (se discute el caso de Corea del Sur); *Evaluation of Anonymised Data on Gatherings*, *supra* nota 264 (se discute el caso de Switzerland); véase *infra* sección "1. Legalidad", una discusión sobre la evaluación de medidas de emergencia de conformidad con el estándar de legalidad del ICCPR.

²⁷⁰ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (a partir de septiembre de 2020, "estados" como se definen en el rastreador de medidas de vigilancia incluyen Armenia, Australia, Azerbaiyán, Bahréin, Bulgaria, Brasil (sólo la ciudad de Recife), Camboya, China, Ecuador, Granada, Hong Kong, India, Irán, Israel, Italia, Jamaica, Kazajistán, Kuwait, Kirguistán, Liechtenstein, México, Montenegro, Nigeria, Omán, Perú, Polonia, Qatar, Rumania, República de Corea, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Estado de Palestina, Taiwán, Túnez, Turquía y Reino Unido).

²⁷¹ New Guidelines on the measure to be taken by Ministries/Department of the Government of India, State/UT Government and State/UT authorities for the containment of covid-19 in the country for an extended period of the National Lockdown for a further period of two weeks with effect from may 4, 2020. Order, No. 40-3/2020-DM-i(A) (1 de mayo de 2020) (India).

²⁷² Stupp, Catherine, "Europe tracks residents' phones for coronavirus research", *Wall St. J.* (27 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.wsj.com/articles/europe-tracks-residents-phones-for-coronavirus-research-11585301401>.

de usuarios en Australia descargaron una aplicación de vigilancia administrada por el gobierno, la cual utilizaba tecnología *bluetooth* para monitorear las ubicaciones de aquellos que habían dado positivo en una prueba de detección y rastrear sus contactos.²⁷³ El gobierno de Australia ha prometido dejar de usar la aplicación y borrar los datos personales de los usuarios cuando termine la crisis de covid-19.²⁷⁴ Si bien son intrusivas, estas aplicaciones son ejemplos de medidas para combatir el covid-19 que los usuarios aceptan voluntariamente y que cumplen con el estándar de legalidad.

Otros estados no han seguido sus propios procedimientos legales y regulatorios al obligar a los ciudadanos a usar aplicaciones digitales o al autorizar a las compañías telefónicas a proporcionar al estado información para monitorear y hacer cumplir las cuarentenas, las órdenes de quedarse en casa y las restricciones de contacto relacionadas con el covid-19. Kazajstán, Turquía y Emiratos Árabes Unidos, por ejemplo, han adoptado el uso obligatorio de aplicaciones digitales para hacer cumplir la cuarentena sin una base legal clara.²⁷⁵ En algunos países, incluida India, las aplicaciones voluntarias se han hecho obligatorias para los empleados públicos o se han impuesto como condiciones para regresar al trabajo, a veces sin contar con una base legal.²⁷⁶ Si bien el uso de una aplicación de vigilancia móvil en Israel era legal según las normas de emergencia, la Corte Suprema de Israel dictaminó en abril de 2020 que el programa de vigilancia desarrollado por la organización de seguridad interna de la nación no podía extenderse más allá del 1 de mayo sin la aprobación

²⁷³ Patrick, A. Odysseus, "Australians toss aside privacy concerns in rush to sign up for virus tracking phone app", *Wash. Post*, (29 de abril de 2020), disponible en: https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/australians-toss-aside-privacy-concerns-in-rush-to-sign-up-for-virus-tracking-phone-app/2020/04/29/9a67ae88-89dd-11ea-80df-d24b35a568ae_story.html.

²⁷⁴ *Id.*

²⁷⁵ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1; L. Libr. Cong, LL File No. 2020-019000, Regulating Electronic Means to Fight the Spread of covid-19 163-64, 204 (2020); "New 'stay home' app launched by doh to reinforce self-quarantine procedures", *Emirates News Agency* (4 de marzo de 2020), <https://wam.ae/en/details/1395302834693>; "Mobile location data and covid-19: Q&A", *Hum. Rts. Watch*, (13 de mayo 2020), <https://www.hrw.org/news/2020/05/13/mobile-location-data-and-covid-19-qa>.

²⁷⁶ "Mobile location data and covid-19: Q&A" *supra* nota 275; también India Order *supra* nota 271.

parlamentaria.²⁷⁷ El Tribunal sostuvo que el Poder Ejecutivo no podía extender legalmente el extenso programa de vigilancia.²⁷⁸ En última instancia, siguiendo los estándares de legalidad, el parlamento de Israel aprobó el programa en mayo, permitió que caducara y luego reinició la vigilancia digital en julio después de un nuevo brote.²⁷⁹ La medida de vigilancia se mantiene vigente hasta el día de hoy, con un límite de tiempo impuesto por el parlamento al final del año.²⁸⁰

3. Necesidad y proporcionalidad en el contexto de evitar la interferencia arbitraria en contra de la privacidad

Incluso en los estados que han tomado precauciones y han utilizado legislación o reglamentos correctamente adoptados para imponer herramientas digitales de vigilancia a la salud, los riesgos de extralimitación y daños prolongados a los derechos de privacidad siguen siendo motivo de preocupación. Para determinar si, en general, las medidas de un Estado que infringen la privacidad son permisibles, primero debemos determinar si se ha activado el derecho limitado del artículo 17 a la libertad de interferencia "ilegal y arbitraria" contra la privacidad. Esta cuestión, sin embargo, nos conduce casi de inmediato a considerar las pruebas secundarias de necesidad y proporcionalidad.

La arbitrariedad puede considerarse un elemento propio de un análisis de proporcionalidad, ya que se centra en el vínculo entre el razonamiento del Estado para imponer una restricción, el alcance de la restricción y la razonabilidad de la medida para combatir el covid-19.²⁸¹ La vigilancia

²⁷⁷ Fahim et al., *supra* nota 267.

²⁷⁸ Chachko, Elena, "The Israeli Supreme Court checks covid-19 electronic surveillance", *lawfare*, (5 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.lawfareblog.com/israeli-supreme-court-checks-covid-19-electronic-surveillance>.

²⁷⁹ Timberg, Craig, "No service: cellphone apps designed to track covid-19 spread struggle worldwide amid privacy concerns", *Wash. Post* (18 de agosto de 2020), disponible en: <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/08/17/covid-tracking-apps-cellphones/>.

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ *Van Hulst v. the Netherlands*, *supra* note 78; Ver también Barbaro, *supra* nota 253, pág 129.

digital es, por su naturaleza, amplia y puede abarcar actores o circunstancias más allá del alcance previsto originalmente.²⁸² En el contexto de la vigilancia contra el terrorismo, los comentaristas han argumentado que la vigilancia general es intrínsecamente arbitraria.²⁸³ Peor aún, la información recopilada de la vigilancia a menudo se transfiere a la policía y otros terceros, con poco respeto por la privacidad de los usuarios o su consentimiento para realizar la transferencia.²⁸⁴ En el lenguaje de la proporcionalidad, la vigilancia digital es arbitraria cuando no se ajusta estrictamente al objetivo específico relacionado con covid-19 que se persigue.²⁸⁵

Al evaluar si las restricciones a la privacidad relacionadas con el covid-19 son necesarias, las autoridades sanitarias suelen encontrar que diferentes herramientas digitales son relativamente más útiles en diferentes fases de la respuesta a la epidemia.²⁸⁶ Por ejemplo, cuando los estados buscan aplanar la curva de contagios y retrasar la propagación del covid-19, los datos de ubicación, que pueden ayudar a determinar el cumplimiento de las políticas de distanciamiento social, son particularmente útiles.²⁸⁷ En otras etapas de la respuesta, el conocimiento de la proximidad de un usuario de teléfono celular infectado con otros y los detalles de con quién

²⁸² "Coronavirus: states use of digital surveillance technologies to fight pan-demic must respect human rights", *Article19.Org* (2 de abril de 2020), disponible en: <https://www.article19.org/resources/covid-19-states-use-of-digital-surveillance-technologies-to-fight-pandemic-must-respect-human-rights/>.

²⁸³ Barbaro, *supra* nota 253, pág 149 (se declara que "[q]uinto, la vigilancia y otras medidas que resulten en la recopilación y el almacenamiento "generales e indiscriminados" de datos personales deben prohibirse en la medida en que se conciben como desproporcionados."); Scheinin, *supra* nota 79, par. 23 (se afirma que "[e]l requisito de proporcionalidad contenido en el test de restricciones al derecho a la privacidad plantea dudas sobre si los poderes generales de detención y registro en zonas de seguridad designadas, como en la Federación Rusa o el Reino Unido, son realmente necesarios en una sociedad democrática.")

²⁸⁴ Véase *infra* la sección "II. Violaciones de privacidad por falta de protección de datos privados de salud".

²⁸⁵ Véase *supra* la sección "a. Estándares que se deben seguir al evaluar la imposición de restricciones".

²⁸⁶ *Digital Contact Tracing Tools for COVID-19*, Ctrs. For Disease Control & Prevention (20 de abril de 2020), disponible en: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/downloads/digital-contact-tracing.pdf>.

²⁸⁷ "Covid-19 response: overview of data and technology", *Privacy Int'l*, (1 de abril de 2020), <https://privacyninternational.org/key-resources/3547/covid-19-response-overview-data-and-technology>.

interactuó se vuelven importantes para el rastreo de contactos.²⁸⁸ A veces, el análisis de datos anónimos puede ayudar a la formulación de políticas, mientras que en otros casos —como el rastreo de contactos— el conocimiento sobre la ubicación, los movimientos y las identidades de las personas con las que la persona infectada entró en contacto son esenciales.²⁸⁹ Por lo tanto, la vigilancia digital, en general, puede ser considerada necesaria, aunque un análisis más preciso mostraría que sólo algunos tipos de vigilancia digital son necesarios en los momentos correspondientes de la pandemia.

Con respecto a la proporcionalidad, la mayoría de los datos esenciales para combatir la COVID-19 se pueden recopilar de forma anónima o, incluso si se requiere rastrear el enlace a una persona infectada, con aplicaciones que no eliminan datos del teléfono celular de un usuario.²⁹⁰ Además, una vez que un programa nacional de vigilancia comienza a recopilar datos de teléfonos móviles e información acerca de la ubicación de los usuarios, ¿es necesario complementar estos datos con invasiones adicionales de privacidad de inteligencia artificial de reconocimiento facial o registros de tarjetas de crédito, como en Corea del Sur y en otros lugares?²⁹¹ Bahreín, Jamaica, Kuwait y Hong Kong requieren que las personas que se aíslan a sí mismas usen brazaletes electrónicos para asegurarse de permanecer cerca de su teléfono móvil a fin de mejorar la eficacia de la vigilancia basada en teléfonos móviles.²⁹² Omán y Túnez han ido aún más lejos desplegando drones y robots, respectivamente, para ayudar

²⁸⁸ *Id.*

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ *Id.* (donde se explica como funciona el rastreo de contactos).

²⁹¹ "Covid-19: the surveillance pandemic", *Int'l Ctr. Not-For-Profit L.*, disponible en: <https://www.icnl.org/post/analysis/covid-19-the-surveillance-pandemic> (consultado el 28 de septiembre de 2020) (donde se cita a Park Euirae, Corona 19, Second Concern About Excessive Disclosure of Privacy, *Yonhap News* (9 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.yna.co.kr/view/AKR20200309089000004>).

²⁹² "IGA begins distribution of electronic bracelets compatible with 'BeAware' App", *Info. & E-Gov't Auth. News* (4 de abril de 2020), disponible en: <http://www.iga.gov.bh/en/article/the-iga-begins-distribution-of-electronic-bracelets-compatible-with-beaware-app> (donde se discute el uso de pulseras de monitoreo electrónico en Bahrein); *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "surveillance" y "Hong Kong" o "Kuwait" o "Jamaica").

en el monitoreo y cumplimiento de las medidas contra la covid-19.²⁹³ Existen alternativas disponibles menos restrictivas a los amplios programas de vigilancia digital, mismas que causarían menos daño a la privacidad.²⁹⁴ Sin embargo, los estados no están utilizando esas soluciones menos restrictivas que protegen la información privada. Más bien, se están apresurando a implementar nuevas herramientas digitales, a menudo otorgándose a ellos mismos y a sus compañías de telecomunicaciones una autorización general para recopilar y usar los datos de ubicación, proximidad e interacción de los usuarios de teléfonos celulares con poca supervisión.²⁹⁵ Por lo tanto, muchas herramientas de vigilancia digital utilizadas para enfrentar la covid-19 fallan el test de proporcionalidad.

Como ejemplos, considere las siguientes medidas para el rastreo de contactos y la vigilancia digital que están diseñadas o se implementan de manera arbitraria, innecesaria o desproporcionada. El estado de emergencia nacional declarado el 10 de abril de 2020 en Camboya autoriza medidas que incluyen "la movilización de fuerzas militares; la vigilancia de las telecomunicación "a cualquier costo," y la prohibición o restricciones a los medios de información que puedan dañar "la seguridad nacional," o crear confusión sobre el estado de emergencia."²⁹⁶ China²⁹⁷ ha implementado la aplicación Alipay Health Code en más de 200 ciudades.²⁹⁸ Alipay Health Code contiene un algoritmo que analiza los datos de un usuario,

²⁹³ Covid-19 Tracker, *supra* nota 1 (al buscar "Oman" y "Tunisia").

²⁹⁴ Véanse fns. 338-49.

²⁹⁵ Covid-19: *The Surveillance Pandemic*, *supra* nota 291.

²⁹⁶ Covid-19 Tracker, *supra* nota 1 (al buscar "Cambodia"); Ratcliffe, Rebecca, "Fears as Cambodia grants pm vast powers under covid-19 pretext", *Guardian*, (10 de abril de 2020), disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/10/fears-as-cambodia-grants-hun-sen-vast-power-under-covid-19-pretext>.

²⁹⁷ China no ha ratificado el ICCPR, pero ha firmado la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 12 protege la privacidad en términos similares al artículo 17 del ICCPR. Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, UN Doc. A/RES/217(III) art. 12 (10 de diciembre de 1948). Para ver un argumento sobre porqué el ICCPR aplica a las medidas de vigilancia en China, véase Fry, James D., "Privacy, predictability and internet surveillance in the U.S. and China: better the devil you know?", 37, *U. Pa. J. Int'l L.* 419, at 433-37, 2015.

²⁹⁸ Mozur, Paul, Zhong, Raymond y Krolík, Aaron, "In coronavirus fight, China gives citizens a color code, with red flags", *N.Y. Times* (1 de Marzo de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/03/01/business/china-coronavirus-surveillance.html>.

incluida la información cargada y la información derivada de las ubicaciones y la proximidad del teléfono celular para asignar al usuario un código de color (rojo, amarillo o verde, como un semáforo) que indica su riesgo de transmisión de covid-19 a otros, y los datos del usuario se comparten con la policía.²⁹⁹ Las pruebas de covid-19 no se encuentran entre los datos a los que puede acceder la aplicación.³⁰⁰ Los informes de los medios dicen que la aplicación pronto será requerida en todo el país en China.³⁰¹ Una vez más, un programa tan amplio que no se vincule con los datos de las pruebas de covid-19 parece desproporcionado en relación con el daño causado a la privacidad.

Las democracias también son culpables de violar la prueba de proporcionalidad en su afán por adoptar herramientas digitales para combatir la covid-19. La provincia de Australia occidental enmendó su Ley de Manejo de Emergencias, "permitiendo al gobierno instalar dispositivos de vigilancia en los hogares y ordenar a las personas que usen dispositivos de monitoreo, para garantizar que aquellos que deben permanecer en cuarentena no interactúen con la comunidad."³⁰² El programa de vigilancia contra la covid-19 mencionado anteriormente de Corea del Sur ha sido cuestionado en el ámbito nacional porque su uso de registros de tarjetas de crédito y monitoreo de televisión de circuito cerrado va más allá de la vigilancia de telefonía móvil autorizada por la ley.³⁰³ Lichtenstein utiliza pulseras electrónicas para mejorar su aplicación de vigilancia móvil con datos enviados directamente al proveedor de telefonía móvil Swisscom.³⁰⁴

²⁹⁹ *Id.*

³⁰⁰ Yang, Yuan y Liu, Nian, "China, coronavirus and surveillance: the messy reality of personal data", *Fin. Times* (2 de abril de 2020), disponible en: <https://www.ft.com/content/760142e6-740e-11ea-95fed274e920ca>.

³⁰¹ Mozur et. al., *supra* nota 298.

³⁰² *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (citing Emergency Management Amendment (covid-19 Response) Bill 2020 (WA) s 6 (Austl.)).

³⁰³ *Covid-19: The Surveillance Pandemic*, *supra* nota 291.

³⁰⁴ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "Lichtenstein").

II. Violaciones de privacidad por falta de protección de datos privados de salud

Cualquier test de balanceo debe comparar la intrusión de la vigilancia digital de covid-19 con el alcance del daño. Entonces, en esencia, ¿qué tan grave es el daño a la privacidad de la vigilancia médica digital en respuesta a la emergencia de covid-19? Además de la intrusión inicial a la privacidad que ocurre cuando se lleva a cabo la vigilancia, los datos recopilados para combatir el covid-19 a menudo se transmiten a otras agencias gubernamentales, fuerzas del orden, compañías de seguros privadas y el público en general, generalmente sin volver a buscar el consentimiento explícito del usuario.³⁰⁵ El relator especial de la ONU para los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, subrayó que, en ausencia de un cumplimiento estricto de los requisitos de legalidad y limitación de tiempo impuesto por el ICCPR, las medidas de vigilancia relacionadas con la covid-19 podrían dañar irreversiblemente la privacidad relacionada con datos de salud:

Aunque la privacidad en principio está sujeta a una prueba de proporcionalidad también en tiempos normales, en mi opinión es diferente al primer conjunto de derechos que acabamos de mencionar debido al riesgo de que se desate una vigilancia de tipo orwelliana con respecto a datos personales de salud altamente sensibles. El riesgo de violar el núcleo esencial de los derechos de privacidad es real.³⁰⁶

Otro comentarista ha dicho que la recopilación y el análisis masivos de datos "desafían las leyes internacionales de privacidad de varias maneras:

³⁰⁵ *Id.*; Mariner, Wendy K., "Reconsidering constitutional protection for health information privacy", 18 *J. Const. L.* 976, 986-93, 2016.

³⁰⁶ Scheinin, Martin, "Covid-19 Symposium: to derogate or not to derogate?", *Opinio Juris* (6 de abril de 2020), disponible en: <http://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate>.

arroja dudas sobre la distinción entre datos personales y no personales, choca con la minimización de datos y socava la elección informada."³⁰⁷

1. Descripción general de los estándares de protección de datos de salud

Al desarrollar la base legal para el derecho a la protección de datos privados, el relator especial de la ONU para la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo informó a las Naciones Unidas que los principios de protección de datos están "encapsulados en el derecho a la privacidad" de acuerdo con la Observación General 16 del Comité de Derechos Humanos.³⁰⁸ Entre las disposiciones internacionales básicas de protección de datos que se identifican como encapsuladas en el derecho están las obligaciones de los estados a:

- Obtener información personal de manera justa y legal;
- Limitar el alcance de su uso al propósito originalmente especificado;
- Asegurar que el procesamiento de los datos sea adecuado, relevante y no excesivo;
- Asegurar que es preciso;
- Mantener dicho procesamiento seguro
- Eliminarlo cuando ya no es requerido; y
- Garantizar a los individuos el derecho de acceder a su propia información y a solicitar correcciones.³⁰⁹

³⁰⁷ Rubinstein, Ira S., "Big data: the end of privacy or a new beginning?", 3 *Int'l Data Priv. L.* 74, 74, 2013.

³⁰⁸ Scheinin, *supra* nota 79, ¶ 12 (se cita la Observación General No. 16 del Comité de Derechos Humanos).

³⁰⁹ *Id.* (se citan las regulaciones del Consejo Europeo de al OECD y la Asamblea General de la ONU).

Estándares similares fueron establecidos por el relator especial sobre el derecho a la privacidad en sus consultas de 2019 para establecer un Proyecto de Recomendación sobre la Protección de Datos Relacionados con la Salud.³¹⁰ Esa recomendación, producida por un grupo de trabajo creado por el relator especial fue diseñada para establecer "una línea de base internacional común para los estándares mínimos de protección de datos relacionados con la salud para su implementación a nivel nacional y, para ser un punto de referencia para el debate en curso sobre cómo se puede proteger el derecho a la privacidad en el contexto de los datos de salud."³¹¹ Entre los derechos que el proyecto de recomendación establece con respecto a los datos de salud se encuentran:

- Derecho a la transparencia sobre cómo, cuándo y por quién se procesan los datos de salud;³¹²
- Derechos de acceso, portabilidad, rectificación, supresión y rechazo al tratamiento de datos relacionados con la salud;³¹³
- El derecho al consentimiento informado antes del procesamiento o uso de sus datos relacionados con la salud.³¹⁴

El incumplimiento de estas obligaciones puede dañar la privacidad a través de un enfoque inadecuado en el almacenamiento seguro de datos, el consentimiento de los usuarios para el uso de sus datos y la protección de la transferencia de datos recopilados con fines de salud a las fuerzas del orden público o a terceros que puedan usarlos para otros fines no deseados.³¹⁵

³¹⁰ Mandate of the United Nations special rapporteur on the right to privacy, task force on privacy and the protection of health-related data, draft recommendation on the use of health-related protection and data, third draft for consultation (noviembre 2018), disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Privacy/SR_Privacy/DraftRecommendationProtectionUseHealthRelatedData.pdf.

³¹¹ *Id.* ¶ 1.2.

³¹² *Id.* ¶ 11.

³¹³ *Id.* ¶ 12.

³¹⁴ *Id.* ¶ 5.1.a.

³¹⁵ Scheinin, *supra* nota 79, ¶ 12 (se cita la Observación General No. 16).

En la crisis de la covid-19, los estados se han apresurado tanto a implementar la vigilancia digital que pocos de los principios de protección de datos relacionados con la privacidad han sido observados.³¹⁶ El consentimiento informado, por ejemplo, no es necesariamente un enfoque de la vigilancia relacionada con covid-19.³¹⁷

Armenia aprobó una nueva ley el 31 de marzo de 2020, otorgando al gobierno amplios poderes para rastrear la ubicación y los movimientos de los ciudadanos utilizando los datos de sus teléfonos celulares sin el permiso explícito de la persona que está siendo monitoreada.³¹⁸ Incluso cuando se da el consentimiento inicialmente, como cuando un individuo descarga de forma voluntaria una aplicación de rastreo en el punto álgido de la propagación de covid-19, la transferencia posterior de los datos puede violar el consentimiento informado porque los datos se transfieren a un usuario diferente o para un propósito diferente.

De acuerdo con las pautas de la WHO sobre las implicaciones éticas en la vigilancia de la salud pública, el uso de identificadores anónimos únicos y el enmascaramiento geográfico se encuentran entre las salvaguardas que deben implementarse para evitar daños por las medidas de vigilancia de la salud pública.³¹⁹ Los datos recopilados en nombre de la salud pública nunca deben compartirse para fines no relacionados con ésta o para tomar medidas no relacionadas con la salud contra cualquier persona.³²⁰ Además, la WHO advierte que la supervisión es clave en el uso de datos provenientes de la vigilancia, en la recopilación de datos que revelan comportamientos estigmatizados, y para mantener y preservar la confianza pública.³²¹

³¹⁶ Véase *infra* la sección "2. Necesidad".

³¹⁷ Vokinger, Kerstin, "Digital health and the covid-19 epidemic: an assessment framework for apps from an epidemiological and legal perspective", *Swiss Medical Wkly* (17 de mayo de 2020), disponible en: <https://smw.ch/article/doi/smw.2020.20282>.

³¹⁸ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "Armenia").

³¹⁹ *WHO Guidelines on Ethical Issues in Public Health Surveillance*, World Health Org., 2017; Q&A: *Ethics in Public Health Surveillance*, World Health Org. (junio de 2017), disponible en: <http://www10.who.int/features/qa/surveillance-ethics/en/>.

³²⁰ *Id.*

³²¹ *Ver id.* págs. 27, 34, 37.

Los estados deben tener especial precaución con respecto a la transferencia de datos a los organismos encargados de hacer cumplir la ley.³²² Estas disposiciones de la WHO también guían dónde y cómo se deben restaurar los datos de salud pública de un paciente después de que haya pasado una emergencia. Por ejemplo, en las pautas de WHO, este organismo pide a los estados que tengan una "justificación convincente" para compartir datos identificables para usos de salud no públicos, lo que plantea la posibilidad de que la salud, la ubicación, los contactos u otros datos obtenidos mediante la vigilancia —una vez tomados— se volverán a utilizar por los gobiernos o permanecerán en el dominio público donde pueden ser explotado para otros fines.³²³

No es casualidad que la vigilancia antiterrorista proporcione uno de los mejores paralelos para un análisis riguroso de cómo la vigilancia de la salud viola la privacidad. Los gobiernos a menudo permiten violaciones de los derechos humanos en respuesta a emergencias tanto de salud como de seguridad.³²⁴ Además, la combinación entre las preocupaciones por enfermedades y preocupaciones relacionadas con el terrorismo ha llevado a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y otros funcionarios de seguridad a obtener un amplio acceso a bases de datos de salud masivas, mismas que a menudo incluyen datos recopilados para la vigilancia médica.

Sin embargo, antes del 11 de septiembre de 2001, las agencias de salud pública no habían persuadido al público para obligar a

³²² *Ver id.* pág. 46.

³²³ *Ver id.*

³²⁴ Mariner, Wendy K., "Mission creep: public health surveillance and medical privacy", 87 *B.U. L. Rev.* 347, 347, 2007 (se cita *City of Newark v. J.S.*, 652 A.2d 265, 271 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1993)) ("La declaración de 'enfermedad' en un entorno doméstico tiene el mismo tipo de poder que la declaración de 'seguridad nacional' en asuntos relacionados con la política exterior. Ambas declaraciones son argumentos muy poderosos para la acción ejecutiva. Ambas afirmaciones se encuentran entre las que tienen menos probabilidades de ser cuestionadas por cualquier otra rama del gobierno y, por lo tanto, sujetas a abusos").

reportar información de salud de identificación personal para todos estos propósitos. Las cinco muertes por cartas con ántrax enviadas en octubre de 2001 alimentaron los temores de que los terroristas pudieran usar agentes químicos o biológicos para atacar a los Estados Unidos. La epidemia de SARS en 2003 revivió los temores de epidemias naturales. Tanto la posibilidad de bioterrorismo como las nuevas epidemias naturales así como la influenza aviar inspiraron una nueva legislación para recopilar grandes cantidades de información médica en un intento por detectar casos a tiempo para prevenir una mayor propagación de la enfermedad. ... El sentimiento público sobre el suministro de información personal al gobierno o a empresas privadas parece oscilar entre el apoyo en nombre de la prevención del terrorismo y la oposición por temor a las invasiones de la privacidad por parte del gobierno... La nueva tecnología de la información fomenta tanto una mayor vigilancia como nuevos usos que se pueden dar a los datos recopilados, desde cambiar el entorno hasta cambiar el comportamiento individual. Los programas de vigilancia tradicionalmente han sido específicos para cada enfermedad, pero la actual atención federal al terrorismo ha fomentado sistemas coordinados que vinculan todo tipo de información de salud en una base de datos electrónica.³²⁵

2. Los datos recopilados por las medidas de vigilancia de covid-19 dañan la privacidad después de terminada la emergencia

Como se mencionó anteriormente, una preocupación importante relacionada con los datos de vigilancia de la salud obtenidos en respuesta a la epidemia de covid-19 es que, incluso si una intrusión inicial en la privacidad está justificada en general, la violación de la privacidad no termina cuando finaliza la emergencia. En ausencia de una protección de datos rigurosa, es probable que la información recopilada para detener

³²⁵ *Id.* págs. 356-58 (citas omitidas).

la propagación de la enfermedad llegue a otros usos gubernamentales, policiales o de terceros, sin el consentimiento de quienes están siendo monitoreados.³²⁶ Este riesgo de transferencia no autorizada existía antes del brote de covid-19, pero se ha expandido debido al rápido ritmo y alcance con el que se recopilan, procesan y almacenan los datos provenientes de medidas de vigilancia relacionadas con la covid-19.³²⁷ Al considerar otros aspectos de la vigilancia de la salud, la información recopilada inicialmente para combatir una epidemia a menudo se incluye posteriormente en bases de datos cuyo propósito principal es la investigación o la gestión financiera y de los servicios salud.³²⁸ Además, la razón inicial para permitir la interferencia con la privacidad (consentimiento del paciente o un interés superior de la salud pública) a menudo ha cambiado o se ha erosionado en el momento en que los datos se incluyen en otras bases de datos diferentes.³²⁹ Se debe presionar demasiado a un análisis de balanceo enfocado en evitar la interferencia arbitraria con la privacidad para concluir que el uso amplio de los datos sin las garantías suficientes es la alternativa menos restrictiva para lograr los objetivos de salud pública.

¿Cómo podría este tipo de atentado contra la privacidad debida a la recopilación y el almacenamiento de datos tener un impacto práctico con respecto a las restricciones inspiradas en covid-19? Un estudio reciente

³²⁶ *Ver id.*, págs. 358-60, 369.

³²⁷ Ben-Hassine, Wafa y Dawson, Philip, "4 rules to stop governments misusing covid-19 tech after the crisis", *World Econ. F.*, (15 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2020/05/covid-19-tech-data-usage-privacy/>.

³²⁸ *Ver* Mariner, *Mission Creep*, *supra* nota 324, at 358-60; *Ver* también Mariner, *Reconsidering Constitutional Protection*, *supra* nota 305, págs. 986-93.

³²⁹ Mariner, *Mission Creep*, *supra* nota 324, pág. 384 ("[L]os tribunales en casos como Whalen y Danforth han limitado sus análisis a la justificación de la recopilación inicial de información —el primer nivel de vigilancia. Las leyes en cuestión en estos casos de primera generación no contemplaron la información secundaria o terciaria; los tribunales no tenían necesidad de considerar nuevas revelaciones que no fueran violaciones accidentales o negligentes de la confidencialidad en el primer nivel. Sin embargo, es la posterior divulgación de información a otras agencias públicas y entidades privadas lo que domina la estructura de muchos programas de vigilancia actuales. Además, la función de un programa puede cambiar y a menudo cambia de un nivel a otro. Si los diferentes niveles de vigilancia no se consideran de forma independiente, el propósito de salud pública del primer nivel de notificación puede confundirse con el uso final de los datos").

de Human Rights Watch indicó que la acumulación de grandes cantidades de datos por parte de los gobiernos a través de las aplicaciones de vigilancia de la covid-19 pone en riesgo el uso de esos datos para la represión:

Otras preocupaciones incluyen: restringir el movimiento de las personas con base en aplicaciones arbitrarias y opacas, como es el caso de China; la falta de consentimiento para el uso de datos, como es el caso de Armenia, Israel y Corea del Sur; y la combinación de datos de localización móvil con otro tipo de datos, como el reconocimiento facial, como es el caso de Moscú. Casi todas las iniciativas que utilizan datos de ubicación para responder a la emergencia por covid-19 implican poner grandes colecciones de datos en manos de los gobiernos, muchos de los cuales tienen antecedentes de represión y discriminación contra comunidades ya marginadas, incluidas las minorías religiosas y los disidentes políticos. La interferencia excesiva con la privacidad de la ubicación de las personas es una puerta de entrada a restricciones indebidas en otros derechos.³³⁰

Otras posibilidades de transferencia no autorizada de datos u otras violaciones de la privacidad de datos surgen del papel de los gigantes tecnológicos en la creación de aplicaciones digitales para ayudar a rastrear la propagación de covid-19.³³¹ En Nigeria, por ejemplo, la asociación de gobernadores ya ha iniciado la cooperación con una compañía de telefonía móvil para combatir la pandemia que comparte datos de suscriptores no relacionados con covid-19.³³² Los datos obtenidos de la vigilancia podrían combinarse con otra información de salud, por ejemplo, información de rastreadores de actividad física en aplicaciones de salud, con fines inocuos.³³³ Desde ese punto de partida, no es difícil imaginar

³³⁰ "Mobile location data and covid-19: Q&A", *Hum. Rts. Watch*, (13 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.hrw.org/news/2020/05/13/mobile-location-data-and-covid-19-qa>.

³³¹ Al-Heeti, Abrar, "Snowden warns government surveillance amid covid-19 could be long lasting", *CNET*(26demarzode2020), disponible en: <https://www.cnet.com/news/snowden-warns-government-surveillance-amid-covid-19-could-be-long-lasting/>.

³³² Covid-19 Tracker, *supra* nota 1 (al buscar "Nigeria").

³³³ *Id.*

que las agencias de seguridad utilicen rastreadores de pulso de teléfonos inteligentes para determinar si las personas sospechosas por la comisión de actos delictivos muestran signos de nerviosismo y lo utilizan como base para la sospecha criminal, el interrogatorio o la evasión del confinamiento.³³⁴ De manera similar, la recopilación de datos de ubicación, información de tarjetas de crédito y las imágenes de CCTV podrían combinarse con reconocimiento facial y otros análisis de inteligencia artificial para revelar detalles de movimientos y hábitos personales no relacionados con ningún interés de salud.³³⁵

Ejemplos como Suiza, donde las soluciones digitales para abordar el covid-19 protegen la privacidad de los datos, constituyen mejores prácticas y medios menos restrictivos como alternativas a las infracciones de impuestos por la vigilancia digital.³³⁶ De manera similar, Sudáfrica parece haber considerado proteger la privacidad como parte de un análisis de balanceo al revisar sus normas y reglamentos relacionados con covid-19. En abril, Sudáfrica derogó y revisó las regulaciones de conformidad con su Ley de Gestión de Desastres para crear una base de datos nacional de seguimiento de covid-19, la cual establece que los datos de contactos para todas las personas que tienen una prueba positiva de covid-19 deben anonimizarse dentro de las seis semanas posteriores al final del período declarado.³³⁷ Según los estándares de proporcionalidad del ICCPR, las restricciones inspiradas por covid-19 que no cumplan con ser el método menos restrictivo para la infracción de la privacidad en el uso y manejo de datos no cumplen con un análisis de restricciones o suspensión. Una razón importante es que es probable que las violaciones de la

³³⁴ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (se hace notar las afirmaciones de la aplicación móvil de Irán de ser capaz de diagnosticar covid-19 utilizando tecnología similar a la usada en aplicaciones para la salud); Kozłowska, Hanna, "Our obsession with health-tracking technology is great evidence for cops", *Quartz* (7 de octubre de 2018), disponible en: <https://qz.com/1415879/our-obsession-with-health-tracking-technology-is-great-evidence-for-cops/>; Hamilton *supra* nota 254.

³³⁵ Jo, Eun A, "South Korea's experiment in pandemic surveillance", *Diplomat* (13 de abril de 2020), disponible en: <https://thediplomat.com/2020/04/south-koreas-experiment-in-pandemic-surveillance/>.

³³⁶ *New Coronavirus: Evaluation of Anonymised Data on Gatherings*, *supra* nota 264.

³³⁷ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "South Africa").

privacidad de los datos, por su naturaleza, continúen después de la emergencia inicial y después de finalizado el motivo inicial por el que se llevó a cabo la recopilación de datos.

III. La tecnología ofrece medidas de vigilancia contra la covid-19 menos intrusivas

Hoy en día, la tecnología ofrece a los estados una gama de alternativas de vigilancia de la salud menos intrusivas para abordar las preocupaciones sobre las políticas de uso, almacenamiento y transferencia de datos relacionados con covid-19, así como los problemas de consentimiento informado. Éstos incluyen:

- El uso de tecnologías de protección de la privacidad, como la aleatorización de identificadores, enclaves de *hardware* seguros, cómputos multiparte seguros, privacidad diferenciada y encriptación homomórfica.³³⁸
- Adaptar la información recopilada a través de la vigilancia a la fase adecuada de protección y prevención de enfermedades que estén empleando en ese momento las autoridades de salud pública.³³⁹
- Políticas de seguridad, retención y auditoría de datos, incluido el almacenamiento temporal de datos en el teléfono del usuario o en

³³⁸ "Covid-19: using mobile phones & ai for contact tracing while respecting privacy", *Otter* (3 de abril de 2020), disponible en: https://otter.ai/s/T_XbMSQ7SfGuG0dwXgX-TQ.

³³⁹ A medida que la pandemia se vuelve menos focalizada y se propaga más en la comunidad, las diferentes herramientas de recopilación de información se vuelven más apropiadas y la información individual es menos necesaria, excepto para el rastreo de contactos de personas específicas. Whitelaw, Sera, "Applications of digital technology in covid-19 pandemic planning and response", *Lancet*, (29 de junio de 2020), disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/landig/article/PIIS2589-7500\(20\)30142-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/landig/article/PIIS2589-7500(20)30142-4/fulltext) (se exploran las diferentes herramientas de recopilación de datos que se han utilizado en las diversas fases de preparación y respuesta frente a la pandemia). Sin embargo, otros argumentan que los datos de ubicación de los usuarios individuales son importantes para el rastreo de contactos efectivo, incluso si esto resulta en una violación de la privacidad. Véase Timberg, *supra*, nota 279.

aplicaciones anónimas o de terceros en lugar de servidores gubernamentales o de proveedores de telecomunicaciones.³⁴⁰

- Asegurar el consentimiento del usuario para cualquier transferencia de datos más allá del propósito inicial para el cual fueron recopilados.³⁴¹

Más aún, se necesita una comprensión combinada sofisticada de la tecnología, la salud pública y la ley para encontrar nuevas soluciones que protejan la privacidad y, al mismo tiempo, proporcionen a las autoridades sanitarias datos valiosos para detener epidemias como la de covid-19. Los gobiernos, las empresas y la comunidad tecnológica están trabajando juntos para encontrar formas de proteger la privacidad mientras permiten que los gobiernos procesen y utilicen los datos relevantes para llevar a cabo la vigilancia de la covid-19.³⁴² Pero pocas medidas implementan estas salvaguardas. Por otro lado, los estados están lanzando nuevas aplicaciones en todo el mundo casi a diario y autorizándose a sí mismos y a sus empresas de telecomunicaciones para recopilar y utilizar los datos de ubicación, proximidad e interacción de los usuarios de teléfonos móviles, a menudo sin restricciones.³⁴³

Las comunidades tecnológicas de Europa y Estados Unidos están presionando a los gobiernos para que incluyan tecnologías de protección de datos en sus respuestas a la covid-19, incluido el sistema paneuropeo de rastreo de proximidad para preservar la privacidad.³⁴⁴ Entre las tecnologías que se están implementando se encuentran la aleatorización de identificadores, enclaves de *hardware* seguro, cómputos seguros de múltiples

³⁴⁰ Véase *New Coronavirus: Evaluation of Anonymised Data on Gatherings*, *supra* nota 264.

³⁴¹ Véase Soltani, Ashkan et al., "Contact tracing apps are not a solution to the covid-19 crisis", *Brookings* (27 de abril de 2020), disponible en: <https://www.brookings.edu/techstream/inaccurate-and-insecure-why-contact-tracing-apps-could-be-a-disaster/>.

³⁴² *Id.*

³⁴³ Véase *id.*

³⁴⁴ *Covid-19: Using Mobile Phones & AI for Contact Tracing While Respecting Privacy*, *supra* nota 338; see, e.g., Timberg, *supra*, note 279.

partes, privacidad diferenciada y encriptación homomórfica.³⁴⁵ Partes interesadas que van desde la Unión Internacional de Telecomunicaciones de la ONU hasta el Foro Económico Mundial han propuesto que se usen tecnologías de mejora de la privacidad para evitar el abuso de datos privados, que ha sido puesto en manos de los gobiernos durante la respuesta de emergencia a la covid-19.³⁴⁶

Una solución ampliamente discutida surge de un proyecto de cooperación entre las empresas Google y Apple que usa *bluetooth* en teléfonos celulares Apple y Android para respaldar el rastreo de contactos.³⁴⁷ A diferencia de otros servicios, la colaboración Google-Apple guarda la información de seguimiento en el teléfono del usuario, en lugar de en los servidores a los que accede el gobierno.³⁴⁸ Este almacenamiento de datos descentralizado protege mejor la privacidad y parece ser un equilibrio razonable en línea con los principios de necesidad y proporcionalidad. Seis meses después de la pandemia, los estudios cuestionan si alguna aplicación de rastreo de contactos ha ayudado a controlar la propagación del virus, pero al menos aquellas que usan las tecnologías basadas en el proyecto Google-Apple protegen mejor la privacidad.³⁴⁹

Los monitores de derechos humanos de la ONU y grupos de la sociedad civil han ofrecido propuestas interesantes para proteger mejor los derechos de privacidad frente a la vigilancia moderna y la difusión de datos de salud a través de bases de datos no controladas. Por ejemplo, un grupo de más de 100 organizaciones de la sociedad civil firmaron una declaración

³⁴⁵ Véase Bigdata un glob. Working Grp. Un handbook on privacy-preserving computation techniques 2019, disponible en: <http://publications.officialstatistics.org/handbooks/privacy-preserving-techniques-handbook/UN%20Handbook%20for%20Privacy-Preserving%20Techniques.pdf>.

³⁴⁶ Stein, Samantha, "How to restore data privacy after the coronavirus pandemic", *World Econ. F.*, (marzo, 31, 2020), disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2020/03/restore-data-privacy-after-coronavirus-pandemic/>; Ben-Hassein, *supra* nota 327.

³⁴⁷ "Some countries want central databases for contact-tracing apps", *Economist*, (30 de abril 2020), disponible en: <https://www.economist.com/europe/2020/04/30/some-countries-want-central-databases-for-contact-tracing-apps>.

³⁴⁸ *Id.*

³⁴⁹ Timberg, *supra* nota 279.

conjunta el 2 de abril, en la que pedían a los gobiernos que garantizaran que sus prácticas de vigilancia fueran estrictamente necesarias y adaptadas a las necesidades de salud identificadas por los profesionales de la salud pública.³⁵⁰ Su declaración conjunta proponía siete medidas preventivas y de protección para la vigilancia relacionada con la covid-19. Estas medidas incluyen:

- Garantizar que las medidas de vigilancia sean lícitas, necesarias, proporcionadas y previstas por la ley.
- Los poderes de vigilancia ampliados deben tener un límite de tiempo y terminar después de que disminuya la presión pandémica.
- La recopilación de datos debe usarse solo para la respuesta a la emergencia por covid-19 y ningún otro propósito gubernamental.
- La seguridad digital y los datos personales deben protegerse en el proceso de respuesta a la pandemia.
- Cualquier uso de vigilancia digital o IA (inteligencia artificial) debe abordar el riesgo de que las poblaciones marginadas sean discriminadas o caracterizadas o seleccionadas de manera incorrecta.
- Los acuerdos de intercambio de datos que celebran los gobiernos deben basarse en la ley y divulgarse de manera que permitan la supervisión pública, la caducidad y otras salvaguardas.
- El gobierno debe garantizar que las autoridades sanitarias, y no las agencias de inteligencia nacionales o internacionales, manejen y controlen la información recopilada por la vigilancia relacionada con covid-19 y que existan remedios efectivos para el mal uso y el error.

³⁵⁰ "Joint statement states use of digital surveillance technologies to fight pandemic must respect human rights", *Algorithm Watch* (2 de abril de 2020), disponible en: <https://algorithmwatch.org/en/joint-statement-pandemic-surveillance-tech-and-human-rights/>.

- Los expertos en salud pública y las poblaciones marginadas se encuentran entre las partes interesadas que deben ser consultadas en los programas de vigilancia y recopilación de datos relacionados con la covid-19.³⁵¹

La dificultad de coordinar los rápidos cambios tecnológicos para la protección de la privacidad con las respuestas cambiantes de los profesionales del derecho y de la salud para hacer frente al virus es otra razón importante por la que los estados deberían considerar las restricciones a la privacidad basadas en la suspensión propuesta por el ICCPR relacionadas con covid-19, en lugar de hacer un análisis de restricciones. Nuestro marco legal y de salud se beneficiaría de una reevaluación constante dado el rápido cambio en el conocimiento científico sobre el virus, sus diversas etapas y las mejores formas de combatirlo en cada una de esas etapas. Además, los estados deben tener una comprensión suficiente de las tecnologías disponibles de protección de la privacidad y deben incentivar a los diseñadores de aplicaciones digitales y de vigilancia para proteger la privacidad. Un análisis de restricciones de una sola vez que determina una infracción de la privacidad causada por la vigilancia digital está permitido, porque no fue arbitrario según el artículo 17, además de que amenaza con quedar obsoleto rápidamente, y perjudica los rápidos avances en la tecnología de mejora de la privacidad que puede permitir fuertes respuestas digitales a covid-19 sin infringir los derechos de privacidad.

G. Mejora de los análisis de restricciones de las restricciones de covid-19 a la libertad de reunión

Las restricciones a las reuniones públicas inspiradas por la covid-19, que en muchos países limitan la cantidad de personas fuera del mismo hogar que pueden reunirse en un momento o lugar, crean desafíos interesantes

³⁵¹ *Id.*

en relación con lo dispuesto por el ICCPR, particularmente bajo el artículo 21 sobre la libertad de reunión. Estas limitaciones afectan las protestas públicas, las iglesias y otras reuniones religiosas, las oportunidades para que los candidatos políticos hagan campaña y para que los votantes emitan su voto, las actividades culturales, deportivas y recreativas, y muchos otros elementos de la vida social y política. Muchos ciudadanos parecen haber aceptado la decisión resultado de la ponderación que los gobiernos han tomado en su lugar —acordar restricciones temporales en el ejercicio de sus derechos en aras de "preservar la vida"—.³⁵² En otros casos, los ciudadanos han protestado y se han opuesto abiertamente a las restricciones al mismo tiempo que han exigido un retorno a la vida económica y social sin estas medidas de salud pública.³⁵³

Esta sección argumenta que los análisis que han realizado los gobiernos con respecto a la libertad de reunión, si los hubiere, han sido incompletos o insuficientes, y sugiere factores adicionales que los estados pueden usar para realizar análisis de restricciones más exhaustivos. Esta sección propone cuatro puntos principales. En primer lugar, en el artículo 21 se contempla claramente un equilibrio entre la salud pública y otros derechos, pero los estados no deben sopesar todos los derechos en competencia por igual. El estándar impuesto por el ICCPR prioriza evitar restricciones que impacten una sociedad democrática. Por lo tanto, las restricciones relacionadas con la covid-19 que vulneran las protestas políticas y las elecciones merecen un escrutinio más estricto que las restricciones que vulneran la realización de eventos deportivos o culturales. En segundo lugar, los gobiernos deben extraer lecciones de las doctrinas legales europeas y estadounidenses, que enfatizan que las restricciones a las reuniones deben ser hechas desde un punto de vista neutral y deben

³⁵² Stavrinou, Raphaella, "Public opinion in Italy, Spain, France in favour of lockdown measures", *New Eur.* (mazo 26, 2020), disponible en: <https://www.neweurope.eu/article/public-opinion-in-italy-spain-france-in-favour-of-lockdown-measures>; Van Green, Ted y Tyson, Alec, "Five facts about partisan reaction to covid-19 in the US", *Pew Rsch. Ctr.* (2 de abril de 2020), disponible en: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/04/02/5-facts-about-partisan-reactions-to-covid-19-in-the-u-s>.

³⁵³ *Vér, e.g., infra* fns. 409-416 (donde se discuten las protestas en Michigan).

mantener la capacidad de una reunión para llegar a su audiencia prevista. En tercer lugar, la sociedad moderna ofrece una gama de alternativas virtuales, que podrían tener como consecuencia que las restricciones sean más, o menos, necesarias y proporcionadas. Los estados deben considerar explícitamente la disponibilidad de alternativas virtuales, cuando sea relevante, y el impacto de las suspensiones del servicio de internet en otras libertades durante una pandemia. Finalmente, concluimos que un enfoque basado en excepciones para justificar las restricciones a la libertad de reunión relacionadas con covid-19 es preferible a uno basado en limitaciones. Todas las restricciones de emergencia deberían finalmente llegar a su fin, éste es un resultado más fácil de asegurar bajo un análisis de excepciones que bajo un análisis de restricciones.

I. Los análisis de restricciones, si es que los hay, parecen haberse realizado superficialmente

Según el Rastreador de covid-19, al menos 110 países han impuesto restricciones a la libertad de reunión debido al covid-19, esto hasta septiembre de 2020.³⁵⁴ De esos países, el 10% utilizó medidas legislativas, con la mayoría de las otras restricciones impuestas por orden ejecutiva o regulación.³⁵⁵ Hay poca evidencia de que los funcionarios analizaron los estándares de legalidad, necesidad y proporcionalidad del ICCPR en detalle al diseñar estas restricciones.³⁵⁶ A pesar de la falta de evidencia

³⁵⁴ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1.

³⁵⁵ *Id.* Camboya, Dinamarca, Egipto, El Salvador, Francia, Groenlandia, Hungría, Irlanda, Kirguistán, Moldavia, Macedonia del Norte, Corea del Sur, Singapur y el Reino Unido adoptaron legislación nacional, mientras que Etiopía y Nigeria impusieron restricciones a las asambleas a través de la legislación estatal. Otros en la base de datos impusieron restricciones basadas en órdenes ejecutivas, regulación o práctica. Si bien no aparece en el Rastreador, Papúa Nueva Guinea también aprobó una ley que otorga al gobierno amplia autoridad para restringir el movimiento, las reuniones y la mayoría de los aspectos de la vida pública. *National Pandemic Act of 2020*, Papua New Guinea National Parliament (12 de junio de 2020), <https://covid19.info.gov.pg/files/June2020/18062020/National%20Pandemic%20Act%202020-%28Certified%29.pdf>.

³⁵⁶ Jarman, Neil y Ogenovska, Simona, "Protest in time of pandemic", *Eur. Cent. Not-For-Profit L.* (consultado el 28 de mayo de 2020), disponible en: <https://ecnl.org/protest-in-time-of-pandemic/> (se argumenta que las restricciones de reunión en Europa son aleatorias y no poseen un estándar relativo a la cantidad de personas a las que se les permite reunirse o la duración de las restricciones).

de cualquier análisis riguroso, asumimos³⁵⁷ que las regulaciones de reuniones cumplen con la prueba de legalidad y suponemos que los funcionarios responsables creían que era necesario algún límite en las reuniones públicas para proteger las vidas y la capacidad de sus sistemas de salud en contra del virus.³⁵⁸

No obstante, evaluar la proporcionalidad es más complicado. El único relator especial de la ONU que informó formalmente sobre las restricciones de derechos humanos basadas en la salud en las pandemias desde el brote de covid-19 fusionó esencialmente las pruebas de necesidad y proporcionalidad.³⁵⁹ El relator señaló que

Bajo el principio de necesidad, cuando un estado invoca un motivo legítimo para restringir la libertad de expresión, debe establecer una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza que se dice existe. Es obligación del Estado demostrar la necesidad, y no la obligación del denunciante demostrar su incumplimiento. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —que, para cumplir el test de necesidad, toda restricción debe ser más que "útil", "razonable" o "deseable"— es la correcta. La necesidad implica proporcionalidad, según la cual las restricciones deben estar dirigidas a un objetivo específico y no inmiscuirse indebidamente en otros derechos de las personas afectadas, y que la consiguiente injerencia en los derechos de terceros debe limitarse y justificarse a la luz del interés respaldado por la intrusión (A/HRC/29/32, ¶ 35). La restricción debe ser el instrumento menos intrusivo entre los que podrían lograr el resultado deseado.³⁶⁰

³⁵⁷ *Ver supra* text accompanying fns. 66-70.

³⁵⁸ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "Assemblies").

³⁵⁹ *Covid-19 and Special Procedures*, Off. High Comm'r For Human Rights [OHCHR] (consultado el 29 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/COVID-19-and-Special-Procedures.aspx> (el relator especial David Kaye fue el primer relator especial en llenar un reporte formal relacionado con la pandemia. Varios relatores han producido reports no oficiales).

³⁶⁰ David Kaye (relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión), *Disease Pandemics and the Freedom of Opinion and Expression* ¶ 15, U.N. Doc. A/HRC/44/49 (23 de abril de 2020) (citas omitidas).

Nosotros consideramos a continuación las restricciones de reunión inspiradas por la covid-19 de conformidad con lo establecido por estos test y sugerimos mejoras para que los estados las usen en sus análisis de ponderación.

II. Un análisis riguroso de las limitaciones debería extraer lecciones del artículo 21, la jurisprudencia sobre las limitaciones de las protestas y las alternativas virtuales en la sociedad moderna

Al considerar las restricciones a la libertad de reunión, sugerimos que los estados deberían, en el futuro, considerar los siguientes factores al evaluar la proporcionalidad de una restricción. En primer lugar, el estándar impuesto por el artículo 21 del ICCPR —que una restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática— prioriza ciertos tipos de asambleas en el equilibrio entre los intereses de la salud pública y los derechos humanos. El lenguaje del ICCPR sugiere una intención de minimizar la limitación de los derechos clave para las expresiones democráticas, como los relacionados con cuestiones de política, mensajes de protesta y elecciones, más que las reuniones con fines deportivos o culturales.³⁶¹ Los estándares adoptados por las observaciones generales y otras fuentes secundarias subestiman este vínculo con la expresión democrática.³⁶² En el caso de las restricciones relacionadas con la covid-19, las restricciones que impacten los derechos necesarios para la expresión democrática deben ser estrictamente examinadas. En efecto, esto sugiere que las restricciones para la salud pública pueden fallar en un análisis de balanceo de restricciones y sería mejor imponerlas como excepciones de emergencia con una vida útil limitada.

En segundo lugar, en un análisis adecuado de las restricciones relacionadas con la covid-19, los estados podrían considerar el tipo de pondera-

³⁶¹ ICCPR, art. 21.

³⁶² Observación General No. 37, *supra* nota 60, ¶ 40.

ción que las leyes europeas y estadounidenses han aplicado a la libertad de reunión y protesta pública en un contexto no relacionado con la salud. En estas jurisdicciones, las restricciones de tiempo, lugar y forma están permitidas en ciertas circunstancias, pero deben aplicarse para maximizar la oportunidad de que el mensaje subyacente de una asamblea llegue a la audiencia prevista —a menudo legisladores u otros políticos—. La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), por ejemplo, considera si una protesta se lleva a cabo a la vista de los formuladores de políticas que son su audiencia prevista.³⁶³ Finalmente, los estados deben considerar la disponibilidad de alternativas virtuales a las asambleas que son importantes en una democracia.³⁶⁴ Si bien esta gama de alternativas virtuales no estaba disponible cuando se redactó el ICCPR, cualquier test de proporcionalidad que se aplique hoy debe considerar el tipo específico y la naturaleza de las alternativas virtuales, particularmente porque afectan la libertad de reunión.

1. "Necesario en una sociedad democrática" a partir de la historia del ICCPR

El análisis de las prohibiciones de reuniones públicas y otras restricciones inspiradas en la covid-19 que afectan la libertad de reunión de conformidad con lo establecido por el IHRL es complicado debido a poca claridad de la intención de los redactores en la historia de negociación de los artículos 21 y 22 del ICCPR, pues exigen que cualquier restricción sea "necesaria en una sociedad democrática en el intereses de ... la salud pública."³⁶⁵ De la historia de negociación del ICCPR parece desprenderse

³⁶³ Belyaeva, Nina, Bull, Thomas, Goldberger, David, Hamilton, Michael, Jarman, Neil, Khaidarova, Muatar S., Ostaf, Sergei, Poghosyan, Vardan, Vashkevich, Alexander y Yevgeniy, Zhovtis (Organization for Security and Co-Operation in Europe Panel of Experts on Freedom of Assembly), *Guidelines on freedom of peaceful assembly*, 2.a ed., 2010 [herein-after Freedom of Peaceful Assembly], en 17 § 3.4-3.5. *infra* text accompanying fns. 402-405 (se discuten los estándares de Estados Unidos de restricciones por tiempo, lugar y forma).

³⁶⁴ Cattle, Amy E., "Digital tahrir square: an analysis of human rights and the internet examined through the lens of the egyptian arab spring", 26 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 417, 449, 2016.

³⁶⁵ ICCPR, en arts. 21-22.

que el punto insertado en el Pacto por los estados que defendían la idea de que las restricciones debían ser "necesarias en una sociedad democrática" era más un punto político acerca del vínculo entre los derechos relacionados con la reunión y la actividad democrática, que un punto legal. Los Travaux Préparatoires afirman:

Artículo 17 (Derecho de reunión pacífica) Formulación del derecho. El debate sobre el artículo 15 que tuvo lugar en la 325ª reunión de la Comisión se centró en los propósitos y las limitaciones del derecho de reunión pacífica. Muchos representantes consideraron que la segunda oración del artículo especificaba satisfactoriamente las limitaciones deseables. Algunos representantes consideraron que había margen de mejora y sugirieron la revisión del catálogo de limitaciones agregando la seguridad pública, la salud pública en lugar de la salud simplemente, la prevención del desorden o el delito, y el mantenimiento del orden, como algunos de los criterios en virtud de los cuales la necesidad de las limitaciones legislativas permisibles deba ser juzgada. Varios representantes dijeron que era de fundamental importancia que las limitaciones al derecho de reunión pacífica se permitieran únicamente cuando fueran necesarias en una sociedad democrática. Otros representantes sostuvieron que el derecho en sí mismo debería estar al servicio de los intereses de la democracia y que debería prohibirse y sancionarse todo ejercicio del derecho que vaya en contra de los principios democráticos. Los defensores de esa opinión argumentaron que el objetivo debería contar con la aprobación universal de los miembros de la Comisión y también que estaba en consonancia con los propios principios y propósitos de las Naciones Unidas. Sin embargo, algunos representantes se opusieron a que se vinculara el derecho de reunión pacífica, o sus limitaciones, a los principios democráticos, ya que era difícil encontrar una definición práctica del término "democracia" que tuviera aceptación universal y, además, dado que ninguna de las limitaciones del pacto debe utilizarse para la extirpación de filosofías o creencias políticas, por detestables u odiosas que sean, a menos de

que el ejercicio del derecho de reunión pacífica por grupos admitiese tal.³⁶⁶

Esta discusión en los Travaux Préparatoires sugiere que los representantes estatales valoraron mucho la conexión entre el derecho de reunión pacífica y las expresiones democráticas de opiniones políticas. Especificaron que el ICCPR no debe permitir restricciones que impidan reuniones importantes para una democracia. La naturaleza política de este argumento se ve reforzada por el hecho de que el lenguaje sobre las restricciones a la libertad de reunión que son necesarias en una sociedad democrática se agregó al artículo del ICCPR por un margen muy estrecho en una votación de nueve a ocho, que se vio dividido en líneas ideológicas.³⁶⁷

Al intentar interpretar la cláusula del ICCPR de "necesario en una sociedad democrática", algunas fuentes secundarias simplificaron en exceso el punto político que enfatizan los redactores. Claramente, una batalla ideológica entre la democracia y otras formas de gobierno estaba en marcha en 1966 cuando se adoptó el ICCPR. Los defensores de la democracia habían prevalecido en la Segunda Guerra Mundial y tenían la mayoría en la ONU en el momento de la votación del ICCPR, pero ya se habían formado los bloques de la era de la Guerra Fría.³⁶⁸ Los estados democráticos apoyaron en gran medida el ICCPR, mientras que los del bloque soviético lo apoyaron el ICESCR, y los estados no alineados como India y Yugoslavia apoyaron elementos de ambos tratados.³⁶⁹ En el contexto de

³⁶⁶ *Travaux Préparatoires*, supra nota 63, párrs. 21-22.

³⁶⁷ *Id.* La inserción de las palabras "en una sociedad democrática." Propuesta por Francia (E/CN.4/L.201), se adoptó tras una votación 9 a 8, con una abstención.

³⁶⁸ Schrijver, Nico, "Fifty years international human rights covenants. Improving the global protection of human rights by bridging the gap between the two covenants", 41, *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis* [TVR] 457, 458, 2016; Tarantola, Daniel, "A perspective on the history of health and human rights: from the cold war to the gold war", 29 *J. Pub. Health Pol'y*, 42, 42-53 (se discute el derecho a la salud en el contexto ideológico de la Guerra fría).

³⁶⁹ Schrijver supra nota 368; Moeckli, Daniel y Keller, Helen (eds.), *The human rights covenants*, en 50 23-26, 2018.

la discusión del ICCPR sobre el término "necesario en una sociedad democrática", estos estados no alineados se abstuvieron asiduamente y argumentaron que la democracia no estaba suficientemente bien definida.³⁷⁰ Pero esa posición fue derrotada en la votación final sobre el artículo, y nuevamente en la enmienda, ya que prevaleció la posición de los estados democráticos del bloque occidental.³⁷¹

Finalmente, al considerar el estándar para decidir si una restricción es "necesaria en una sociedad democrática", la Observación General 37 del Comité de Derechos Humanos de la ONU sugiere que una restricción a la libertad de reunión de conformidad con el artículo 21 debe, entre otras cosas:³⁷²

- Considerarse imperativa, en el contexto de una sociedad basada en la democracia, el pluralismo político y los derechos humanos, en lugar de ser meramente razonable o conveniente.
- Ser la menos intrusiva entre las medidas que puedan cumplir la función protectora pertinente. Establecer si una restricción es necesaria requiere una evaluación fáctica.
- Ser proporcional, lo que requiere sopesar la naturaleza y el alcance de la interferencia frente a la razón de la interferencia.

³⁷⁰ Travaux Préparatoires, *supra* nota 63, págs. 249-50. (Sin embargo, algunos representantes se opusieron a que se vinculara el derecho de reunión pacífica o sus restricciones a los principios democráticos, pues era difícil encontrar una definición práctica del término "democracia" que tuviera aceptación universal y, además, porque ninguna de las restricciones contenidas en el pacto debe utilizarse para extirpar filosofías o creencias políticas, por detestables u odiosas que sean, a menos que el ejercicio del derecho de reunión pacífica por parte de grupos que profesan tales filosofías caiga inequívocamente dentro de uno de los tipos de actividad que el Estado estaría autorizado, bajo la declaración de restricciones ya contenida en el artículo, a prohibir o restringir. A favor: Egipto, Pakistán, Polonia, República Socialista Soviética de Ucrania, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Uruguay. Votos en contra: Australia, Bélgica, Chile, China, Estados Unidos de América, Francia, Grecia, Líbano, Suecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. *Abstenciones: India, Yugoslavia.*) (énfasis añadido).

³⁷¹ *Id.*

³⁷² Observación General No. 37, *supra* nota 60, ¶ 40.

Este enfoque sustituye con el estándar de "necesarias en una sociedad democrática" a los test legales ordinarios de proporcionalidad y otros medios menos restrictivos, que no fueron necesariamente contemplados en la negociación del ICCPR. Visto desde este punto de vista, parece que el primer test propuesto por la observación general —si una limitación se "considera imperativa, en el contexto de una sociedad basada en la democracia, el pluralismo político y los derechos humanos"— es la más consistente con la visión subyacente de los estados que negociaron el tratado. También es el más estrechamente relacionado con el lenguaje del artículo 21.

2. Impacto de las restricciones relacionadas con covid-19 con respecto a los derechos necesarios para la democracia

Analizar si una determinada restricción es necesaria y justificada en una sociedad democrática inherentemente plantea su propia prueba de equilibrio basada en los hechos de la restricción y la aplicación de esa restricción a las asambleas, las cuales expresan varios puntos de vista y opiniones de relevancia para el debate democrático.³⁷³ El análisis de "proporcionalidad" presentado por fuentes secundarias como los Principios de Siracusa sugiere analizar una restricción centrándose en el objetivo que se busca proteger a través de la restricción —en este caso, el beneficio para la salud pública—. En el caso de las restricciones a la libertad de reunión relacionadas con la covid-19, es racional pensar que las reuniones de gran escala podrían tener un impacto en la salud pública.³⁷⁴ Pero los términos originales del ICCPR y su historia sugieren que el Pacto y el artículo 21, en particular, se centraron en cómo la restricción de un

³⁷³ S. Bay Pentecostal Church v. Newsom, 140 S. Ct. 1613, 1613-14 (2020) (Roberts concurring) (se enfatizó que el poder judicial carece de los antecedentes, la competencia y la experiencia para cuestionar las decisiones de salud pública y se establece que "la cuestión de cuándo se deben levantar las restricciones a actividades sociales particulares durante la pandemia es un asunto dinámico y empíricamente intenso").

³⁷⁴ *Id.*

determinado derecho afectaría los derechos centrales a la democracia.³⁷⁵ De esta manera, el ICCPR prioriza ciertos derechos que tienen mayor peso sobre otros en un análisis de ponderación adecuado.

¿Cómo se aplicaría esto en la práctica? La legalidad de las medidas de respuesta a la covid-19 depende de muchas cuestiones fácticas sobre cómo se adoptó la restricción, cómo se implementa y qué actividad se limita. ¿Se está implementando la restricción de forma neutral en todos los ámbitos, o la limitación se dirige específicamente a la libertad de reunión u otra actividad política?³⁷⁶ Por ejemplo, ¿se está implementando la restricción, como potencialmente sucedió en Polonia, para limitar la participación en una elección?³⁷⁷ ¿Se está desplegando para limitar la capacidad de los manifestantes para quejarse de un tema político? ¿Es, como en las protestas recientes en Estados Unidos, parte de un debate sobre el impacto de las propias restricciones inspiradas por la covid-19?³⁷⁸ ¿Pueden las prohibiciones de reuniones públicas negar el derecho al trabajo, o de manera similar, pueden evitar que los trabajadores de la salud que tratan a las personas con el virus vayan a huelga por, por ejemplo, no haber recibido equipo de protección adecuado o por falta de pago de primas? ¿Qué pasa si la prohibición se implementa para limitar otro derecho protegido por el ICCPR, como la libertad religiosa? ¿O se utiliza como pretexto para expulsar a los manifestantes de las calles? Al sopesar el alcance del interés de un estado en la protección de salud pública, ¿Es relevante la gravedad del riesgo de infección en el lugar donde se llevará a cabo la asamblea? Por ejemplo, ¿debería permitirse que se lleve a cabo una elección en un área relativamente aislada de un país donde el virus aún no se ha propagado, mientras que podría ser legal posponer o cancelar una reunión similar para una elección en la ciudad de

³⁷⁵ ICCPR, art. 21; *Travaux Préparatoires*, *supra* nota 63, paras. 248-50.

³⁷⁶ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "Albania") (una orden ejecutiva impuso una prohibición y multas sobre todas las reuniones, mencionando específicamente las reuniones políticas).

³⁷⁷ *Covid-19 and Special Procedures*, *supra* nota 359 (se afirma que se deben aplicar en particular los "principios de no discriminación, participación, empoderamiento y rendición de cuentas. Se debe prestar especial atención a las personas en situación de vulnerabilidad").

³⁷⁸ *Id.*

Nueva York u otra metrópolis donde los hospitales amenazan con ser desbordados por la enfermedad? Muchas de estas preguntas están en el centro de un análisis sobre si una restricción es necesaria en una sociedad democrática en interés de la salud pública.

Estos patrones de hechos no son hipotéticos, sino que ya han surgido en los meses transcurridos desde que la covid-19 estalló en nuestra vida social y política. Se han llevado a cabo elecciones, por ejemplo, en Corea del Sur y algunos estados de Estados Unidos pero con más frecuencia los ejercicios democráticos de elecciones se han retrasado, como en Polonia, Nueva Zelanda y muchas primarias presidenciales estatales en Estados Unidos.³⁷⁹ En Burundi y Guinea, los dictadores están procediendo con las elecciones porque saben que la covid-19 mantendrá alejados a los observadores electorales.³⁸⁰ Se han producido protestas contra las órdenes de quedarse en casa relacionadas con covid-19 en muchos estados de Estados Unidos, la mayoría han sido permitidas, pero algunas han sido dispersadas al menos parcialmente por la policía.³⁸¹ Es posible que las

³⁷⁹ Sang-Hun, Choe, "In South Korea vote, virus delivers landslide win to governing party", *N.Y. Times* (15 de abril de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/15/world/asia/south-korea-election.html> (se señala que a pesar de ser uno de los primeros estados en enfrentar una infección grave y restricciones como resultado de la emergencia por covid-19, Corea del Sur celebró elecciones nacionales legislativas el 15 de abril de 2020); Corasaniti, Nick y Saul, Stephanie, "16 states have postponed primaries during the pandemic. here's a list.", *N.Y. Times*, (27 de mayo 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/article/2020-campaign-primary-calendar-coronavirus.html> (de manera similar, 16 estados de Estados Unidos retrasaron las elecciones primarias presidenciales debido al riesgo de transmisión de covid-19 y aquellas regulaciones que limitan las reuniones públicas); Berendt, Joanna y Santora, Marc, "Pandemic forces poland to delay presidential election", *N.Y. Times*, (7 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/05/07/world/europe/poland-presidential-election-coronavirus.html> (las elecciones presidenciales de Polonia del 10 de mayo se retrasaron debido a las restricciones relacionadas con la covid-19 y al debate político sobre si el retraso de las elecciones le daba al actual presidente una mayor oportunidad de hacer campaña en la televisión dominada por el Estado, al tiempo que la oposición no podía hacer campaña durante el confinamiento por el virus); Cave, Damien, "New Zealand election delayed amid new coronavirus outbreak", *N.Y. Times* (17 de agosto 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/08/17/world/asia/new-zealand-election-coronavirus.html>.

³⁸⁰ "Covid-19 helps ballot-dodgers in Africa", *Economist*, (16 de mayo de 2020), <https://www.economist.com/middle-east-and-africa/2020/05/16/covid-19-helps-ballot-dodgers-in-africa>.

³⁸¹ Fernandez, Manny, "Conservatives fuel protests against coronavirus lockdowns", *N.Y. Times* (18 de abril de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/18/us/texas-protests-stay-at-home.html> (las protestas en Michigan y Texas fueron restringidas parcialmente por la policía que hizo cumplir las órdenes de quedarse en casa, mientras que otras partes de esas protestas se desarrollaron sin incidentes. Se han llevado a cabo otras manifestaciones contra las órdenes de quedarse en casa inspiradas por covid-19 en Ohio, Indiana, Nevada y Maryland, a menudo con la consigna "You can't close America" usada en Austin, Texas).

autoridades de Estados Unidos también hayan hecho un mal uso de las medidas de covid-19 al vigilar las protestas provocadas por la muerte de George Floyd bajo custodia policial.³⁸² Los trabajadores de la salud desde Nueva York hasta Malawi han organizado protestas públicas por la falta de equipo de protección, y Amazon cerró sus operaciones en Francia después de que las autoridades francesas respondieran a las protestas de los trabajadores amenazando con imponer fuertes multas a la empresa.³⁸³ En el Kurdistan Iraquí, los trabajadores públicos que protestaban contra la retención de salarios fueron arrestados, junto con un periodista, en términos de lo previsto por una ley de covid-19 que prohíbe las reuniones públicas.³⁸⁴ La policía de India utilizó la prohibición de las reuniones públicas por la covid-19 como excusa para disolver una protesta de meses contra una ley de ciudadanía que discriminaba a los musulmanes.³⁸⁵

Las restricciones a la libertad de reunión relacionadas con la covid-19 que interfieren con la actividad y la expresión democráticas deben verse con recelo en un análisis de ponderación adecuado según la cláusula de restricción del artículo 21. Los redactores del ICCPR enfatizaron que las limitaciones a las asambleas que impiden el debate democrático merecen un mayor escrutinio que las restricciones a las reuniones masivas

³⁸² Meyer, Robinson, "The protests will spread the coronavirus", *Atlantic* (1 de junio de 2020), oen: <https://www.theatlantic.com/health/archive/2020/06/protests-pandemic/612460/> (se cita a la profesora en derecho de la salud de Georgetown University, Alexandra Phelan, al afirmar que el uso pretextual de la salud pública para justificar los arrestos de activistas de derechos civiles fue un factor que motivó los Principios de Siracusa, y que las prácticas de control de multitudes y encarcelamiento utilizadas en respuesta a las protestas de George Floyd violan el derecho internacional).

³⁸³ Pensulo, Charles, "Malawi health workers protest against lack of protective gear", *Aljazeera* (14 de abril de 2020), disponible en: <https://www.aljazeera.com/news/2020/04/malawi-health-workers-protest-lack-protective-gear-200414165616071.html>; Jeffery, Adam, "Healthcare workers protest for vital protection equipment", *CNBC* (18 de abril de 2020), disponible en: <https://www.cnbc.com/2020/04/18/healthcare-workers-protest-for-vital-protection-equipment.html> (photos from nurses protests across the United States); Rosemain, Mathieu y Barzic, Gwénaëlle, "Amazon to close french warehouse until next week after court order", *Reuters* (15 de abril de 2020), disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-amazon-france/amazon-to-close-french-warehouses-until-next-week-after-court-order-idUSKCN21X192>.

³⁸⁴ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "Iraq").

³⁸⁵ *Id.* (al buscar "India").

en general.³⁸⁶ En el contexto de covid-19, las restricciones a las asambleas que impiden las elecciones e interfieren con las protestas en contra de las restricciones en cuestión se encuentran entre las que merecen tal escrutinio. Las protestas sobre el alcance y la duración de las órdenes de quedarse en casa, el pago y el trato de los trabajadores durante la emergencia de covid-19, y sus impactos en la economía, son temas igualmente importantes para que las democracias debatan a fin de llegar a decisiones políticas acertadas. La ley de Dinamarca que implementa las restricciones por covid-19, discutida en la siguiente sección de este artículo, llama a estas "protestas de formación de opinión" y las exime de las restricciones a la libertad de reunión.³⁸⁷ ¿Es la protección de estos derechos más importante que la protección de asambleas religiosas o espectáculos culturales? El lenguaje del artículo 21 y el contexto de la redacción del ICCPR parece priorizar las asambleas públicas relevantes para la actividad democrática. Como tal, un análisis de restricciones adecuado no debe ponderar todos los derechos del ICCPR por igual al permitir restricciones de salud relacionadas con la covid-19, sino que debe analizar más estrictamente las restricciones que limitan las reuniones cruciales para las elecciones o el debate público, incluidos los debates sobre la naturaleza democrática y permisibilidad de las propias restricciones relacionadas con la covid-19.

3. Lecciones de la jurisprudencia nacional sobre la limitación de las reuniones públicas

De los ejemplos anteriores, el tipo de reunión y el mensaje que se promueve son claramente relevantes para llevar a cabo una ponderación basada en restricciones, incluso cuando los mecanismos de protección de la salud pública están en juego. Se podría argumentar que las restricciones sanitarias temporales deberían cesar para dar lugar a elecciones, desacuerdo público importante, debates o manifestaciones sobre las propias medidas de

³⁸⁶ ICCPR *supra* nota 4, art. 21 ("necessary in a democratic society").

³⁸⁷ *Covid-19 Tracker*, *supra* nota 1 (al buscar "Denmark").

emergencia y otras actividades de grupo necesarias en una sociedad democrática. Si las restricciones de salud pública a las reuniones deben evaluarse en función de su impacto en ciertos tipos de expresión democrática, también tendría sentido que las legislaturas y los funcionarios consideraran la jurisprudencia interna específica sobre las restricciones a la libertad de reunión.

Los ejemplos europeos ofrecen algunos factores ilustrativos. Por ejemplo, la OSCE desarrolló directrices en 2006 sobre la libertad de reunión pacífica, en las que se articularon principios importantes para las limitaciones.³⁸⁸ Estos principios incluyen una presunción a favor de permitir reuniones pacíficas, la obligación positiva de un Estado de facilitar y proteger reuniones pacíficas, la buena administración y rendición de cuentas en la conducta del gobierno al regular las reuniones, y los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación.³⁸⁹ El último de estos elementos de la OSCE es paralelo a los esfuerzos de los Principios de Siracusa y las observaciones generales para armonizar el lenguaje del ICCPR en relación con los test legales.³⁹⁰ Curiosamente, las directrices de la OSCE ofrecen cinco criterios adicionales a considerar:

1. Motivos legítimos de restricción. Los motivos legítimos para la restricción están prescritos en instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. Estos no deben complementarse con motivos adicionales en la legislación nacional.
2. Espacio público. Las asambleas son usos legítimos del espacio público tanto como la actividad comercial o el movimiento del tránsito vehicular y peatonal. Esto debe reconocerse al considerar la necesidad de cualquier restricción.

³⁸⁸ Véase en general Freedom of Peaceful Assembly, *supra* nota 363.

³⁸⁹ *Id.* pág. 15-17.

³⁹⁰ *Id.*; *c.f. supra* sección "2. Cláusulas de restricción".

3. Restricciones basadas en el contenido. Las asambleas se realizan con un fin expresivo común y, por tanto, pretenden transmitir un mensaje. Las restricciones sobre el contenido visual o audible de cualquier mensaje deben enfrentar un umbral alto y sólo deben imponerse si existe una amenaza inminente de violencia.

4. Restricciones de "tiempo, lugar y forma". Un amplio espectro de posibles restricciones que no interfieren con el mensaje comunicado está disponible para la autoridad reguladora. Deben ofrecerse alternativas razonables si se imponen restricciones sobre la hora, el lugar o la forma de una reunión.

5. "Vista y sonido". Las asambleas públicas se llevan a cabo para transmitir un mensaje a una persona, grupo u organización en particular. Por lo tanto, como regla general, las reuniones deben facilitarse "a la vista y al oído" del público al que están dirigidas.³⁹¹

Nosotros consideraremos cada uno de estos criterios, tal como se aplica a las restricciones de salud relacionadas con covid-19 que afectan la libertad de reunión.

La cuestión del punto 1 acerca de las directrices de la OSCE sobre si existe un motivo legítimo para la restricción se responde afirmativamente en el artículo 21 del ICCPR. La salud pública es un motivo legítimo específico para la restricción reconocido en los artículos del ICCPR.³⁹² La preocupación del punto 2 de que el espacio público debe ser protegido tanto para reuniones comerciales como políticas sugiere que a medida que el espacio público se reabre para el comercio y el tráfico, debería reabrirse de manera similar para las reuniones que buscan transmitir un mensaje político.³⁹³ De forma similar, la guía proporcionada en el punto 4 relacio-

³⁹¹ Véase Freedom of Peaceful Assembly, *supra* nota 363, § 3, pág. 17.

³⁹² ICCPR, art. 21.

³⁹³ Fernandez, *supra* nota 381 (se argumenta en favor de una apertura comercial mayor); *c.f.* Chicago v. Mosley 408 U.S. 92, 95 (1972) (en el que se revoca la ordenanza que permite protestas de trabajadores, pero no quejas sobre segregación en escuelas, cerca de una escuela).

nada con las restricciones razonables de tiempo, lugar y forma refuerza nuestra observación de que las legislaturas deberían de considerar alternativas, tanto virtuales como no virtuales.³⁹⁴

El enfoque del punto 3 de no "interferir con el mensaje" transmitido por una asamblea³⁹⁵ impacta justo en el centro de los factores que los gobiernos deben considerar al realizar un análisis adecuado de ponderación de limitaciones sobre las restricciones a asambleas relacionadas con covid-19. Según el ICCPR, la ponderación debe estar a favor de permitir la expresión, especialmente la expresión relacionada con problemas en una sociedad democrática.³⁹⁶ Respetar el interés del punto 3 de no restringir el contenido de los mensajes de una asamblea es extremadamente desafiante en el contexto de covid-19. Ciertos aspectos del contenido son clave para decidir si se permite una restricción en una reunión que afecte la salud pública. Así, las asambleas cuyo contenido abarca un tema político relacionado con los derechos democráticos deberían, de hecho, recibir mayor consideración. La neutralidad del contenido es importante de una manera diferente: las restricciones deben ser no discriminatorias desde un punto de vista político, pero el contenido neutral no significa que el contenido temático sea irrelevante. De hecho, las restricciones que interfieren con los mensajes políticos deberían tener un mayor nivel de escrutinio comparado con las restricciones que interfieren, por ejemplo, con los eventos deportivos.

Algunos países europeos han puesto en práctica los principios de las Directrices de la OSCE, pues buscan regular la libertad de reunión durante la crisis del covid-19. Por ejemplo, la ley de respuesta al covid-19 de Dinamarca es una buena práctica, ya que incluye excepciones para lo que llama "asambleas de formación de opinión", o aquellas asambleas

³⁹⁴ Véase *infra* sección "4. Ofrecer y proteger alternativas a las reuniones presenciales, incluidas las opciones virtuales".

³⁹⁵ Véase *Chicago v. Mosley* 408 U.S. 92, 95 (1972).

³⁹⁶ Véase *supra* secciones "1. 'Necesario en una sociedad democrática' a partir de la historia del ICCPR" y "2. Impacto de las restricciones relacionadas con covid-19 con respecto a los derechos necesarios para la democracia".

que podrían contribuir al debate democrático.³⁹⁷ La ley de Groenlandia incluye una excepción similar.³⁹⁸ La orden federal de quedarse en casa de Alemania no eximió las reuniones políticas, pero el Tribunal Constitucional dictaminó que los límites a la libertad de reunión inspirados en el covid-19 eran demasiado amplios y retornó una decisión, lo que permitió que siguiera adelante una protesta contra la covid-19.³⁹⁹

La jurisprudencia estadounidense que analiza la libertad de reunión ha llegado a conclusiones similares. En *Cox v. New Hampshire*, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictaminó que las restricciones razonables de tiempo, lugar y forma en una reunión pública eran legales.⁴⁰⁰ La Corte dictaminó que los intereses de seguridad pública, tales como la realización ordenada de desfiles u otras reuniones de gran escala, justificaban restricciones razonables de tiempo, lugar y forma a las manifestaciones de un grupo de testigos de Jehová.⁴⁰¹ Más recientemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* dictaminó que un gobierno no podía prohibir una reunión pública simplemente por contener imágenes (en este caso, esvásticas) que la mayoría de los ciudadanos consideraban abominables.⁴⁰² Esta regla de neutralidad de contenido quedó más clara en el caso *Police Department of Chicago v. Mosley*, donde la Corte Suprema sostuvo que el gobierno no podía excluir selectivamente a los oradores de la esfera pública en función del contenido de su mensaje.⁴⁰³ En ese caso, la policía de Chicago advirtió a Earl Mosley que lo arrestaría si continuaba manifestándose (*picketing*) contra la segregación en las escuelas públicas de Chicago debido a una ordenanza que prohíbe las manifestaciones de ese tipo (*picketing*), excepto las protestas laborales, en un radio de 150 metros

³⁹⁷ Covid Tracker, *supra* nota 1 (al buscar "Denmark").

³⁹⁸ *Id.* (al buscar "Greenland").

³⁹⁹ Martyr, Kate, "Top German Court: coronavirus restrictions not grounds to ban all protests", *Deutsche Welle* (april 4, 2020), disponible en: <https://p.dw.com/p/3b1kl>.

⁴⁰⁰ *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569, 574-76 (1941).

⁴⁰¹ *Id.*

⁴⁰² *Nat'l Socialist Party of America v. Vill. of Skokie*, 432 U.S. 43, 43 (1977).

⁴⁰³ *Chicago v. Mosley* 408 U.S. 92, 95 (1972).

alrededor de una escuela. En última instancia, el Tribunal dictaminó que la neutralidad de contenido era un requisito esencial para las restricciones de tiempo, lugar y forma permitidas a la libertad de reunión:

[E]l gobierno no puede permitir el uso de un foro a personas cuyas opiniones considere aceptables, pero denegar el uso a quienes deseen expresar opiniones menos favorecidas o más controvertidas. Y es posible que no seleccione qué temas vale la pena discutir o debatir en las instalaciones públicas. Hay una "igualdad de estatus en el campo de las ideas", y el gobierno debe brindar a todos los puntos de vista la misma oportunidad de ser escuchados. Una vez que se abre un foro para que algunos grupos se reúnan o hablen, el gobierno no puede prohibir que otros se reúnan o hablen sobre la base del contenido de lo que pretenden decir. Las exclusiones selectivas de un foro público no pueden basarse únicamente en el contenido y no pueden estar justificadas por referencia al contenido solamente.⁴⁰⁴

En mayo de 2020, la Corte Suprema confirmó una orden de California que cerraba iglesias y luego las limitaba al 25% de su capacidad durante la crisis de covid-19.⁴⁰⁵ En el acuerdo, el presidente del Tribunal Supremo de apellido Roberts enfatizó la necesidad de tener experiencia técnica para hacer decisiones "fácticamente intensas" acerca de las órdenes de quedarse en casa, y subrayó la naturaleza no discriminatoria de los límites impuestos a las iglesias.⁴⁰⁶

Finalmente, los estados que adopten restricciones a la libertad de reunión debido a la covid-19 deben considerar cuidadosamente la idea detrás del punto 5 de las pautas de la OSCE que se pone el énfasis en si el mensaje de una reunión está "al alcance de la vista y el oído" de la audiencia deseada. Este concepto crea un paralelo apropiado con el test de "necesaria en una

⁴⁰⁴ *Id.* pág. 96

⁴⁰⁵ *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 140 S. Ct. 1613, 1613 (2020) (Roberts, J. concurring).

⁴⁰⁶ *Id.*

sociedad democrática" porque esta sección de las directrices de la OSCE considera la naturaleza democrática de los mensajes transmitidos por una protesta. Así, por ejemplo, evaluar si las asambleas pueden continuar transmitiendo un mensaje de disidencia democrática o llegar a la audiencia prevista parece una forma más apropiada de estructurar una restricción de asamblea cuando se compara con las limitaciones en números a las reuniones aplicadas en gran medida a covid-19. Al igual que el organismo de redacción del ICCPR y la ONU, la OSCE es tanto un organismo político como jurídico; tal vez esto explique por qué su análisis capta el tipo de cuestiones ideológicas sobre la democracia a las que se enfrentaron los redactores del ICCPR.⁴⁰⁷

4. Ofrecer y proteger alternativas a las reuniones presenciales, incluidas las opciones virtuales

Las alternativas virtuales que existen en la sociedad moderna para llevar a cabo reuniones pacíficas parecen especialmente importantes para la evolución de los test de legalidad aplicados a las restricciones relacionadas con COVID-19 de conformidad con el ICCPR. Las herramientas de telecomunicaciones modernas ofrecen una nueva perspectiva desde la que se puede considerar si las restricciones de un estado son proporcionales o si resultan más restrictivas de lo necesario dado el propósito que persiguen. Zoom, Webex, FaceTime y otros softwares de videoconferencia han hecho posible que se lleven a cabo una variedad de asambleas públicas en el ciberespacio. La existencia de estas alternativas virtuales

⁴⁰⁷ El autor ha observado la naturaleza política y jurídica de estos órganos a través de la participación en sesiones de la OSCE, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y el Tercer Comité de la UNGA sobre asuntos relacionados con la libertad de reunión, incluida la defensa de la posición de Estados Unidos sobre la vigilancia de protestas llevado a cabo por el "Occupy Movement" en Estados Unidos en 2011-12. Richardson, Eric, Organization for Security and Cooperation in Europe, intervention regarding the ODIHR report monitoring of freedom of peaceful assembly in selected OSCE participating states, supplementary human dimension meeting on freedom of assembly and association (8-9 de noviembre de 2012), disponible en: <https://www.osce.org/odihhr/93722>.

podría hacer que una restricción a las reuniones públicas que son importantes para una sociedad democrática sea más tolerable cuando se equilibra con los intereses de la salud pública.

Sin embargo, si limitar las reuniones en persona anula el mensaje público o la presión que los manifestantes pretendían transmitir a través de una reunión, entonces las alternativas virtuales no son suficientes para convertir una prohibición de reunión demasiado restrictiva en una restricción legal. Una protesta virtual puede simplemente ser apagada o ignorada, mientras que una manifestación pública frente a un edificio de gobierno es difícil de ignorar. Por lo tanto, la consideración de las Directrices de la OSCE de permanecer "a la vista y al oído" de la audiencia a la que las reuniones están dirigidas debe tomarse en cuenta al decidir si las alternativas virtuales a una reunión pública son suficientes.⁴⁰⁸

Curiosamente, de acuerdo con un análisis producido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan, la primera objeción altamente pública en Estados Unidos a las órdenes de quedarse en casa surgió el 15 de abril de 2020 en Lansing, Michigan. Allí, cientos de personas irrumpieron en el edificio donde se sienta el gobierno estatal para protestar por la continuación de la orden de quedarse en casa, la cual debía durar originalmente un mes,⁴⁰⁹ en un momento en el que el Michigan enfrentaba al tercer mayor número de casos de covid-19 en Estados Unidos.⁴¹⁰ Las razones desplegadas por los manifestantes en Lansing eran diversas. Algunos querían volver a trabajar.⁴¹¹ Otros expresaron animadversión

⁴⁰⁸ Freedom of Peaceful Assembly, *supra* nota 363, § 3.5.

⁴⁰⁹ Egan, Paul y Berg, Kara, "Thousands converge on lansing to protest whitmer's stay home order", *Det. Free Press* (15 de abril de 2020), disponible en: <https://www.freep.com/story/news/local/michigan/2020/04/15/lansing-capitol-protest-michigan-stay-home-order/5136842002/>.

⁴¹⁰ Gabriel, Trip y Martin, Jonathan, "Gretchen whitmer isn't backing down", *N.Y. Times* (18 de abril de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/18/us/politics/gretchen-whitmer-michigan-protests.html>.

⁴¹¹ Burnett, Sara, "Michigan militia puts armed protest in the spotlight", *Associated Press* (2 de mayo de 2020), disponible en: <https://apnews.com/c04cc1df0c958053489bd24bb7fce93f>.

política en contra de que fuera la gobernadora quien emitiera la orden, al final algunas de estas personas fueron acusadas de planear un secuestro cuyo objetivo habría sido juzgar a la gobernadora por traición.⁴¹² Algunas personas protestaron porque la definición de negocios necesarios impedía la apertura de iglesias, tiendas de armas, y centros de jardinería.⁴¹³ El presidente republicano de la Cámara de Representantes de Michigan publicó en Twitter:

No-esenciales en Michigan: cuidado del césped, construcción, pesca si se navega con motor, agentes inmobiliarios, compra de semillas, equipos para mejorar el hogar y suministros de jardinería. Esencial en Michigan: marihuana, lotería y alcohol. Tengamos cuidado y seamos razonables. En este momento, ¡no lo estamos haciendo!⁴¹⁴

Una manifestación contó con participantes que portaban armas automáticas y reclamaban su derecho a regresar al trabajo, a las compras y a la vida diaria.⁴¹⁵ La caricatura de los manifestantes empuñando armas y bloqueando ambulancias socava el debate político serio sobre cuándo y cómo reabrir la vida económica en los estados en Estados Unidos y sobre el costo económico que podrían tener los cierres a largo plazo relacionados con covid-19. Además, en este caso, la ubicación de la protesta pública parece haber sido esencial con respecto a su propósito democrático, por lo que las alternativas virtuales parecen inadecuadas. Al mismo tiempo, las plataformas virtuales claramente sirvieron como

⁴¹² Bogel-Burroughs, Nicholas, Dewan, Shaila y Gray, Kathleen, "FBI says Michigan anti-government group plotted to kidnap gov. gretchen whitmer", *N.Y. Times* (octubre 8, 2020); Gabriel, Trip y Martin, Jonathan, "Gretchen whitmer isn't backing down", *N.Y. Times* (18 de abril de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/18/us/politics/gretchen-whitmer-michigan-protests.html>.

⁴¹³ Peters, Jeremy W., "How abortions, guns and church closings made coronavirus a culture war", *N.Y. Times* (abril 20, 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/20/us/politics/coronavirus-protests-democrats-republicans.html>.

⁴¹⁴ Lee Chatfield (@LeeChatfield), Twitter (11 de abril de 2020, 10:08 AM), <https://twitter.com/LeeChatfield/status/1248976304155869190>.

⁴¹⁵ Burnett, *supra* nota 411.

vehículos importantes para organizar la protesta y para amplificar su mensaje antes, durante y después del evento.⁴¹⁶ Un organizador anti-bloqueo de Tennessee que lanzó su movimiento en Zoom y Twitter declaró que comenzó sus protestas porque "si los derechos constitucionales se pueden quitar cada vez que hay una crisis, no son derechos en absoluto, son permisos".⁴¹⁷

El aviso público relacionado con covid-19 de California es una de las mejores prácticas, ya que propone específicamente alternativas a las reuniones públicas como medio de expresión política.⁴¹⁸ El sitio web ofrece orientación sobre alternativas a la organización de una protesta y cómo participar en actividades políticas, incluso en línea, así como protestas en automóviles y exenciones para votar.⁴¹⁹

Entre las prácticas adoptadas por California que otros estados podrían considerar están alternativas a las protestas físicas, asambleas virtuales, usar o exhibir símbolos, protestas en automóviles, votar por correo y declarar una excepción a las medidas restrictivas para poder realizar actividades (como elecciones) que se consideren necesarias en una democracia:

Las agencias estatales no están emitiendo permisos para ninguna reunión —de ningún tamaño o tipo— en este momento. Las reuniones se permitirán nuevamente una vez que los funcionarios de salud pública determinen que pueden llevarse a cabo de manera

⁴¹⁶ Panetta, Grace "Trump calls protesters who carried guns into the Michigan Capitol 'Very good people' and says the governor should 'Make a deal' with them", *Bus. Insider* (mayo 1, 2020), disponible en: <https://www.businessinsider.com/trump-protestors-with-guns-in-michigan-capitol-are-very-good-people-2020-5?r=US&IR=T>.

⁴¹⁷ Smith, Millicent, "How the anti-lockdown #FreeTN Movement was launched", *Chattanooga Times Free Press*, (abril 25, 2020), disponible en: <https://www.timesfreepress.com/news/local/story/2020/apr/25/anti-lockdown-movement-tennessee/521545/>.

⁴¹⁸ *StayHomeQ&A*, CAL.ALL, disponible en: <https://covid19.ca.gov/stay-home-except-for-essential-needs/> (29 de octubre de 2020).

⁴¹⁹ *Id.*

consistente con la salud y la seguridad públicas. Mientras tanto, posponga o cancele su reunión y considere si puede encontrar formas alternativas de organizar su evento que no requiera una reunión física en persona.... Hay muchas maneras de expresar sus puntos de vista políticos sin realizar una reunión física en persona. Por ejemplo, puede continuar llamando o escribiendo a funcionarios electos, escribiendo cartas al editor de publicaciones de noticias, exhibiendo letreros en el césped o en las ventanas, o usando las opciones virtuales y otros medios electrónicos (incluidas las salas de Zoom, Twitter, las páginas de Facebook y otros medios digitales) para expresar sus puntos de vista. Además, como se indicó anteriormente, puede salir de su hogar siempre que no se reúna con personas que no sean miembros de su hogar. Cuando esté en público, las directivas de salud pública no le impiden participar en expresiones políticas —tales como usar o llevar un cartel— siempre que no celebre una reunión de cualquier tamaño y mantenga distanciamiento físico. Si la acción colectiva en el espacio físico es importante para usted, considere si usted y otros participantes pueden protestar de manera segura desde el interior de sus automóviles.⁴²⁰

Desafortunadamente, algunos países no sólo no ofrecen alternativas virtuales cuando restringen la libertad de reunión, sino que también usan a la covid-19 como pretexto para bloquear el internet por completo. Cuando un estado impidiera el acceso a internet —como lo han hecho las autoridades indias en Cachemira, las autoridades de Bangladesh en los campamentos de migrantes en Rohingya,⁴²¹ entre otros— la legalidad

⁴²⁰ *Id.*

⁴²¹ Parvaiz, Athar, "Kashmir internet blackouts hinder health services, contact tracing", *Reuters* (mayo 19, 2020), disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-india-tech-trfn/kashmir-internet-blackouts-hinder-health-services-contact-tracing-idUSKBN22W052>; "Bangladesh: end internet blackout to protect public health of rohingya refugees and host communities", *Glob. Just. Ctr.* (abril 2, 2020), disponible en: <http://www.globaljusticecenter.net/blog/19-publications/1239-bangladesh-end-internet-blackout-to-protect-public-health-of-rohingya-refugees-and-host-communities>; Kine, Phelim, "Internet curbs on rohingya risk wider virus outbreak", *Physicians For Hum. Rts.* (marzo 30, 2020), disponible en: <https://phr.org/our-work/resources/internet-curbs-on-rohingya-risk-wider-virus-outbreak/>; UN experts concerned at surge in civilian casualties in northwest myanmar after internet shutdown, Off. High Comm'r For Human Rights [OHCHR], disponible en: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25572&LangID=>.

de una medida así merece un escrutinio estricto dado su impacto negativo sobre las alternativas virtuales a la libertad de reunión y otros derechos.⁴²² En el primer informe formal del relator especial de la ONU sobre covid-19,⁴²³ el relator especial sobre libertad de expresión enfatizó la importancia de las alternativas virtuales en relación con todos los derechos humanos. También señaló el impacto devastador de los cierres de internet en el disfrute de los derechos humanos durante una pandemia:

Dada la migración de todo tipo de servicios esenciales a las plataformas virtuales, los cierres no solo restringen la expresión, sino que también interfieren con otros derechos fundamentales (A/HRC/35/22, ¶ 15). En el contexto de la pandemia, ha sido especialmente preocupante observar la continuación de varios casos donde se ha decidido interrumpir el servicio de Internet. La más destacada ha sido la afectación a largo plazo que el Gobierno de la India ha impuesto en Cachemira.... India no ha estado sola. El gobierno de Etiopía impuso el cierre de los servicios de Internet en la región de Oromia a principios de 2020 y, según los informes, prometió poner fin al cierre solo a fines de marzo. Bangladesh impuso un cierre al Internet que afectó a los refugiados Rohingya de Myanmar, lo que llevó a 50 organizaciones a pedir el levantamiento del apagón de internet ante la pandemia de covid-19. La persistencia de los apagones de Internet en partes de Myanmar sigue siendo motivo de grave preocupación, especialmente a la luz de la COVID-19. En otros contextos, los titulares de mandato han expresado preocupaciones relacionadas con las interrupciones del servicio iraquí. Se ha impuesto un número creciente de cierres de Internet durante los períodos

⁴²² Amon, Joseph J. y Wurth, Margaret, "A virtual roundtable on covid-19 and human rights with human rights watch researchers", *Health & Hum. Rts. J.* (abril 16, 2020), disponible en: <https://www.hhrjournal.org/2020/04/a-virtual-roundtable-on-covid-19-and-human-rights-with-human-rights-watch-staff/> (describing where the internet has been shut down as a tool of repression during COVID-19). Radhakrishnan, Adi, "Covid-19: restricted internet impacts on health in Kashmir", *Health & Hum. Rts. J.* (abril 15, 2020), disponible en: <https://www.hhrjournal.org/2020/04/covid-19-restricted-internet-impacts-on-health-in-kashmir/> (se describen las restricciones a internet que ya operaban antes de la pandemia).

⁴²³ Kaye, *supra* nota 360, pág. 9.

electorales, incluyendo Camerún, Chad, Gambia y Togo. Se han documentado casi 200 cierres de Internet de diversos tipos en 2018, de los cuales casi dos tercios ocurrieron en India y el resto principalmente en Asia, Medio Oriente y África.⁴²⁴

El relator especial para la libertad de asociación y reunión hizo puntos similares entre los "Diez principios clave", que anunció en abril de 2020.⁴²⁵

Claramente, los cierres de internet contradicen el requisito del ICCPR de que las restricciones deben ser "necesarias en una sociedad democrática". Por supuesto, muchas sociedades que han impuesto estas restricciones no son democracias, aunque India es la democracia más grande del mundo y el país que impone la mayoría de los apagones de internet.⁴²⁶ El daño de los cierres de internet subraya la importancia de modernizar nuestro análisis de restricciones para considerar alternativas virtuales no sólo por la libertad de expresión, sino también para la libertad de reunión y otros derechos. Si un Estado considera alternativas virtuales al analizar las limitaciones propuestas, entonces debería, como sugiere el relator especial, juzgar los cierres de internet con especial severidad. Es casi imposible imaginar cómo un cierre de internet sería "necesario en una sociedad democrática" o justificado de conformidad con los test de necesidad o proporcionalidad.⁴²⁷

⁴²⁴ *Id.* pág. 9 (citas omitidas).

⁴²⁵ Voule, Clément, "States responses to covid 19 threat should not halt freedoms of assembly and association", Off. High Comm'r For Human Rights [OHCHR] (15 de abril de 2020), disponible en: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25788&LangID=E> (donde se enfatiza la importancia de las reuniones virtuales en los principios 2, 5 y 7).

⁴²⁶ Chen, Sage y Taye, Berhan, "Targeted, cut off, and left in the dark: how internet shutdowns became an even greater threat to human rights in 2019", *Accessnow* (febrero 24, 2020), disponible en: <https://www.accessnow.org/keepiton-2019-review/>; Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right of Freedom of Opinion and Expression, *Freedom of Expression and Elections in the Digital Age* Research Paper 1/2019 (June 2019).

⁴²⁷ Consideramos que los cierres de internet casi siempre están injustificados en términos de un análisis de balanceo basado en "restricciones", pero reconocemos que los casos extremos de incitación virtual o discurso de odio podrían permitir que un Estado argumente plausiblemente a favor de restringirle cuando se utiliza un análisis de restricciones y nos concentramos en el requisito de no discriminación. Esta posibilidad resalta el tema subyacente del artículo: la conveniencia de la suspensión sobre la restricción, gracias a su carácter temporal y su prohibición de las suspensiones que socavan los principios de no discriminación.

5. Necesidad de reequilibrar una vez que termine la emergencia

Quizás lo más importante es que los estados necesitan un análisis legalmente riguroso y transparente de las restricciones a los principios contenidos en el IHRL, tales como la libertad de reunión, ya que cualquier análisis de ponderación debe actualizarse a medida que cambian las circunstancias de la emergencia relacionada con el virus. En el caso de la libertad de reunión, si los estados simplemente deciden que, debido a la naturaleza limitada del artículo 21, es aceptable restringir las reuniones por razones de salud pública, esas sociedades podrían perder la oportunidad de reconsiderar las medidas de emergencia que la suspensión proporciona. El marco de suspensión provisto por el ICCPR incluye la idea de que las medidas deben tener un límite de tiempo y que las restricciones deben desaparecer una vez que se resuelva la emergencia. Pero si los estados justifican las restricciones con base en un análisis de restricciones, la ley no brinda esa oportunidad de reconsideración. Es todavía esencial que las restricciones continúen sólo mientras dure la emergencia y que las oportunidades de reunión pública —en particular las relacionadas con los derechos políticos— se restablezcan de manera rápida y completa.⁴²⁸ Una razón fundamental por la cual se anima a los estados a suspender de conformidad con el artículo 4 en lugar de simplemente tomar un test o análisis de restricciones es que las restricciones, una vez establecidas, a menudo tienen una inercia y un impulso que las hace difíciles de eliminar.

Incluso si un análisis riguroso de ponderación da prioridad a los derechos necesarios en una democracia, el final de una emergencia significa que se deben restaurar todos los derechos, incluidos aquellos que podrían no considerarse necesarios en una democracia. Por ejemplo, los feligreses religiosos ciertamente disfrutaban de elementos de sus derechos a la libertad

⁴²⁸ Ver, e.g., Sheeran *supra* nota 30, pag 544-46 (2013).

religiosa y la libre expresión gracias a las reuniones en persona, los cuales pueden ser imposibles de conseguir o se consiguen con menos intensidad cuando se realizan a través de plataformas virtuales. Como resultado, la existencia de videoconferencias y otras tecnologías a distancia no debería ser una justificación para erosionar la libertad de reunión de estas personas una vez que termine la emergencia. Retrasar el ejercicio de los derechos puede ser justificable en una emergencia de salud, pero los derechos no deben limitarse para siempre sólo porque un estado realizó un análisis de restricciones en lugar de seguir el camino de la suspensión que claramente establece limitaciones temporales. Este es sólo un ejemplo de por qué deben restablecerse las plenas libertades de reunión pacífica una vez que haya pasado la emergencia de covid-19 y por qué los análisis de restricciones, si se implementan, deben reconsiderarse a lo largo de las diversas fases de la epidemia.

H. Conclusión

Los estados deben mantener los derechos humanos al frente de sus agendas mientras continúan respondiendo a la crisis de salud global causada por la covid-19. Es primordial que mantengan el respeto por el sistema legal internacional en su conjunto y por las personas protegidas por él. El ICCPR contempla que en un momento de emergencia de salud pública, los estados pueden restringir los derechos consagrados en el tratado para responder a la crisis de manera efectiva. Los estados deben utilizar estos mecanismos, pero deben ser transparentes sobre cómo justifican sus acciones. El Comité de Derechos Humanos debe proporcionar orientación adicional sobre en qué momento el uso de restricciones debe dar lugar a las suspensiones como el mecanismo preferido para implementar restricciones por parte de los estados. Un análisis de restricciones más riguroso por parte de los estados debería considerar la fase de prevención de la enfermedad ahora en cuestión; priorizar los derechos necesarios en una democracia, y priorizar alternativas modernas para la promoción y protección de los derechos humanos, especialmente las alternativas virtuales, y tecnologías de protección de la privacidad. De conformidad con un análisis de suspensión o uno de restricciones, los estados deben reconocer

que las restricciones deben tomar en cuenta las opiniones de expertos más allá de la ley, especialmente en los campos de la medicina, la salud pública y la tecnología, a fin de evaluar adecuadamente los requisitos sustantivos de las medidas de emergencia. Finalmente, los estados deben garantizar que las medidas de emergencia no se extiendan más allá de la crisis actual evaluando su temporalidad a través de los requisitos procesales de la suspensión o la evaluación de proporcionalidad de un análisis de restricciones.

A medida que la pandemia avanza, esperamos que los estados consideren detenidamente sus obligaciones internacionales de derechos humanos al implementar medidas de emergencia y que este artículo haya sido capaz de introducir algunas prácticas mejores y otros tipos de orientación sobre cómo los estados pueden mejorar sus análisis y respuesta al covid-19 en cumplimiento del ICCPR. Los tiempos de crisis brindan a la comunidad mundial la oportunidad de renovar su compromiso con los derechos humanos, y nosotros esperamos que los estados estén a la altura de las circunstancias.

Bibliografía

Al-Heeti, Abrar, "Snowden warns government surveillance amid covid-19 could be long lasting", CNET (26 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.cnet.com/news/snowden-warns-government-surveillance-amid-covid-19-could-be-long-lasting/>.

Amon, Joseph J. y Wurth, Margaret, "A virtual roundtable on covid-19 and human rights with human rights watch researchers", *Health & Hum. Rts. J.* (abril 16, 2020), disponible en: <https://www.hhrjournal.org/2020/04/a-virtual-roundtable-on-covid-19-and-human-rights-with-human-rights-watch-staff/>.

Argente, David, *The Costs of Privacy* (Nat'l Bureau Econ. Rsch., Working Paper No. 27220, 2020), disponible en: <https://www.nber.org/papers/w27220.pdf>.

Asher Hamilton, Isobel, "Compulsory selfies and contact-tracing: authorities everywhere are using smartphones to track the coronavirus, and it's part of a massive increase in global surveillance", *Bus. Insider* (14 de abril de 2020), disponible en: <https://www.businessinsider.com/countries-tracking-citizens-phones-coronavirus-2020-3?r=US&IR=T>.

Barbaro, Matisse, "Government interference with the right to privacy", 6 *Can. J. Hum. Rts.* 127, 128-29, 2017.

Belyaeva, Nina, Bull, Thomas, Goldberger, David, Hamilton, Michael, Jarman, Neil, Khaidarova, Muatar S., Ostaf, Sergei, Poghosyan, Vardan, Vashkevich, Alexander y Yevgeniy, Zhovtis (Organization for Security and Co-Operation in Europe Panel of Experts on Freedom of Assembly), *Guidelines on freedom of peaceful assembly*, 2.a ed., 2010.

Ben-Hassine, Wafa y Dawson, Philip, "4 rules to stop governments misusing covid-19 tech after the crisis", *World Econ. F.*, (15 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2020/05/covid-19-tech-data-usage-privacy/>.

Berendt, Joanna y Santora, Marc, "Pandemic forces poland to delay presidential election", *N.Y. Times*, (7 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/05/07/world/europe/poland-presidential-election-coronavirus.html>.

Bogel-Burroughs, Nicholas, Dewan, Shaila y Gray, Kathleen, "FBI says Michigan anti-government group plotted to kidnap gov. gretchen whitmer", *N.Y. Times* (octubre 8, 2020).

Borowiec, Steven, "How South Korea's nightclub out-break is shining an unwelcome spotlight on the lgbt community", *Time* (mayo 14, 2020), disponible en: <https://time.com/5836699/south-korea-coronavirus-lgbtq-itaewon/>.

Burnett, Sara, "Michigan militia puts armed protest in the spotlight", *Associated Press* (2 de mayo de 2020), disponible en: <https://apnews.com/c04cc1df0c958053489bd24bb7fce93f>.

Cattle, Amy E., "Digital tahrir square: an analysis of human rights and the internet examined through the lens of the egyptian arab spring", 26 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 417, 449, 2016.

Cave, Damien, "New Zealand election delayed amid new coronavirus outbreak", *N.Y. Times* (17 de agosto 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/08/17/world/asia/new-zealand-election-coronavirus.html>.

Chachko, Elena, "The Israeli Supreme Court checks covid-19 electronic surveillance", *lawfare*, (5 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.lawfareblog.com/israeli-supreme-court-checks-covid-19-electronic-surveillance>.

Chen, Sage y Taye, Berhan, "Targeted, cut off, and left in the dark: how internet shutdowns became an even greater threat to human rights in 2019", *Accessnow* (febrero 24, 2020), disponible en: <https://www.accessnow.org/keepiton-2019-review/>;

Chung, Eric, "the judicial enforceability and legal effects of treaty reservations, understandings, and declarations", 126, *Yale L.J.*, 170, 173, 2016.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados arts. 31, 32, 23, de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331; 8 I.L.M. 679, 1969.

Corasaniti, Nick y Saul, Stephanie, "16 states have post-poned primaries during the pandemic. here's a list.", *N.Y. Times*, (27 de mayo 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/article/2020-campaign-primary-calendar-coronavirus.html>.

Derecho de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, disponible en: <https://www.un.org/en/sections/universal-declaration/human-rights-law/index.html> (consultado el 18 de mayo de 2020).

Egan, Paul y Berg, Kara, "Thousands converge on lansing to protest whitmer's stay home order", *Det. Free Press* (15 de abril de 2020), disponible en: <https://www.freep.com/story/news/local/michigan/2020/04/15/lansing-capitol-protest-michigan-stay-home-order/5136842002/>.

Emergency Measures and COVID-19: Guidance, Off. High Comm'r For Human Rights [OHCHR], 2020, disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Events/Emergency Measures COVID19.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/Emergency%20Measures_COVID19.pdf).

Faruqi, Osman, "Compliance fines under the microscope", *Saturday Paper*, (18 de abril de 2020), disponible en: <https://www.thesaturdaypaper.com.au/news/health/2020/04/18/compliance-fines-under-the-microscope/15871320009710>.

Fernandez, Manny, "Conservatives fuel protests against coronavirus lockdowns", *N.Y. Times* (18 de abril de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/18/us/texas-protests-stay-at-home.html>

Fripp, Eric, Rowena, Moffatt y Wilford, Ellis (eds.), *The law and practice of expulsion and exclusion from the United Kingdom*, 47-48, 2015.

Fry, James D., "Privacy, predictability and internet surveillance in the U.S. and China: better the devil you know?", 37, *U. Pa. J. Int'l L.* 419, at 433-37, 2015.

Gabriel, Trip y Martin, Jonathan, "Gretchen whitmer isn't backing down", *N.Y. Times* (18 de abril de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/18/us/politics/gretchen-whitmer-michigan-protests.html>.

Goldsmith, Jack, "The un-exceptional U.S. human rights RUDs", 3, *U. ST. Thomas L.J.* 311, 312, 2005.

Habibi, Roojin, Luca Burci, Gian, de Campos, Thana C., Chirwa, Danwood, Cina, Margherita, Dagron, Stephanie, Eccleston-Turner, Mark, Forman, Lisa, O. Gostin, Lawrence, Mason Meier, Benjamin, Negri, Stefania, Ooms, Gorik, Sekalala, Sharifah, Taylor, Allyn, Ely Yamin, Alicia y Hoffman, Steven J., "Do not violate the international health regulations during the covid-19 outbreak", 395 *Lancet*, 664, 664, 2020.

Hafner-Burton, Emilie M., Helfer, Laurence R. y Fariss, Christopher J., "Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties", 65 *Int'l Org.* 673, 674, 2011.

Hickman, Tom R., "Between human rights and the rule of law: indefinite detention and the derogation model of constitutionalism", 68, *Mod. L. Rev.* 656, 665, 2005.

Human Rights Committee, OHCHR, disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIntro.aspx>. (consultado el 18 de mayo de 2020).

Human Rights Committee [HRC], Observación General 37, U. N. Doc. CCPR/C37 (23 de julio de 2020), disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GCArticle21.aspx>.

International Center for Not-for-Profit Law, COVID-19 Civic Freedom Tracker. Disponible en: <https://www.icnl.org/covid19tracker/> (consultado el 30 de septiembre de 2020).

International Center for Not-for-Profit Law, Methodology: COVID-19 Civic Freedom Tracker. Disponible en: <https://www.icnl.org/methodology-covid-19-civic-freedom-tracker> (Consultado el 1 de octubre de 2020).

Jarman, Neil y Ogenovska, Simona, "Protest in time of pandemic", *Eur. Cent. Not-For-Profit L.* (consultado el 28 de mayo de 2020), disponible en: <https://ecnl.org/protest-in-time-of-pandemic/>.

Jeffery, Adam, "Healthcare workers protest for vital protection equipment", *CNBC* (18 de abril de 2020), disponible en: <https://www.cnn.com/2020/04/18/healthcare-workers-protest-for-vital-protection-equipment.html>.

Jo, Eun A, "South Korea's experiment in pandemic surveillance", *Diplomat* (13 de abril de 2020), disponible en: <https://thediplomat.com/2020/04/south-koreas-experiment-in-pandemic-surveillance/>.

Kate, "Covid-19 travel bans: the right to seek asylum when you cannot love your homeland", *UNSW L.*, 2020, disponible en: <https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/covid-19-travel-bans-right-seek-asylum-when-you-cannot-leave-your-homeland>.

Katz Cogan, Jacob, "Noncompliance and the international rule of law", *Yale J. Int'l L.* 189, 203-4, 2006.

Kim, Hyung Eun, "Coronavirus and privacy: are south korea's alerts too revealing?", *BBC* (5 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-asia-51733145>.

Kine, Phelim, "Internet curbs on rohingya risk wider virus outbreak", *Physicians For Hum. Rts.* (marzo 30, 2020), disponible en: <https://phr.org/our-work/resources/internet-curbs-on-rohingya-risk-wider-virus-outbreak/>.

Kiss, Alexandre Charles, "Permissible limitations on rights", en Henkin, Louis, *The International Bill Of Rights-The Covenant On Civil And Political Rights*, 290, 291, 1981.

- Kozłowska, Hanna, "Our obsession with health-tracking technology is great evidence for cops", *Quartz* (7 de octubre de 2018), disponible en: <https://qz.com/1415879/our-obsession-with-health-tracking-technology-is-great-evidence-for-cops/>.
- Lane, Lottie, "The horizontal effect of international human rights law in practice", 5, *Eur. J. Comp. L. & Governance* 5, 11, 2018.
- Lawless, Jill, "UK clamps down to fight virus, but confusion still reigns", *Associated Press*, 24 de Marzo de 2020, disponible en: <https://apnews.com/5131953f9d8fe0b47c08accf9241f499>
- Lee, Suk T., "South Korea: implementation and application of human rights covenants", 14 *Mich. J. Int'l L.* 705, 712-16, 1993.
- Maisley, Nahuel, "The international right of rights? Article 25(a) of the ICCPR as a human right to take part in international law-making", 28, *Eur. J. Int'l L.* 89, 2017.
- Mariner, Wendy K., "Mission creep: public health surveillance and medical privacy", 87 *B.U. L. Rev.* 347, 347, 2007.
- Mariner, Wendy K., "Reconsidering constitutional protection for health information privacy", 18 *J. Const. L.* 976, 986-93, 2016.
- Martyr, Kate, "Top German Court: coronavirus restrictions not grounds to ban all protests", *Deutsche Welle* (april 4, 2020), disponible en: <https://p.dw.com/p/3b1kI>.
- McGoldrick, Dominic, "The interface of between public emergency powers and international law", 2 *Int'l J. Const. L.* 380, 383, 2014.
- McGoldrick, Dominick, "A defense of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee", 65, *Int'l & Comp. L. Quarterly* 21, 21, 2015.

- Meyer, Robinson, "The protests will spread the coronavirus", *Atlantic* (1 de junio de 2020), oen: <https://www.theatlantic.com/health/archive/2020/06/protests-pandemic/612460/>.
- Milanovic, Marko, "Extraterritorial derogations from human rights treaties in armed conflict", en Bhuta, Nehal (ed.), *The frontiers of human rights* 57, 63, 2016.
- Moeckli, Daniel y Keller, Helen (eds.), *The human rights covenants*, en 50 23-26, 2018.
- Muhyiddin Yassin, Tan Sri, "PM's Movement Control Order Speech in English", *New Strait Times* (17 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.nst.com.my/news/nation/2020/03/575372/full-text-pms-movement-control-order-speech-english>.
- Newman, Andy, "Confusion over coronavirus quarantines feeds anxiety", *N.Y. TIMES*, 9 de marzo 2020, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/03/09/nyregion/coronavirus-ny-quarantines.html>.
- Nowak, Manfred, *Un covenant on civil and political rights: CCPR commentary*, 2.a ed., 2005.
- Ogg, Kate, "Covid-19 travel bans: the right to seek asylum when you cannot love your homeland", *UNSW L.*, 2020, disponible en: <https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/covid-19-travel-bans-right-seek-asylum-when-you-cannot-leave-your-homeland>.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diciembre 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171.
- Panetta, Grace "Trump calls protesters who carried guns into the Michigan Capitol 'Very good people' and says the governor should 'Make a deal' with them", *Bus. Insider* (mayo 1, 2020), disponible en:

- <https://www.businessinsider.com/trump-protestors-with-guns-in-michigan-capitol-are-very-good-people-2020-5?r=US&IR=T>.
- Parmet, Wendy E. y Sinha, Michael S., "Covid-19-the law and limits of quarantine", *New Eng. J. Med.*, e28(1), e28(1), 2020.
- Patrick, A. Odysseus, "Australians toss aside privacy concerns in rush to sign up for virus tracking phone app", *Wash. Post*, (29 de abril de 2020), disponible en: https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/australians-toss-aside-privacy-concerns-in-rush-to-sign-up-for-virus-tracking-phone-app/2020/04/29/9a67ae88-89dd-11ea-80df-d24b35a568ae_story.html.
- Parvaiz, Athar, "Kashmir internet blackouts hinder health services, contact tracing", *Reuters* (mayo 19, 2020), disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-india-tech-trfn/kashmir-internet-blackouts-hinder-health-services-contact-tracing-idUSKBN22W052>.
- Pensulo, Charles, "Malawi health workers protest against lack of protective gear", *Aljazeera* (14 de abril de 2020), disponible en: <https://www.aljazeera.com/news/2020/04/malawi-health-workers-protest-lack-protective-gear-200414165616071.html>.
- Peters, Jeremy W., "How abortions, guns and church closings made coronavirus a culture war", *N.Y. Times* (abril 20, 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/20/us/politics/coronavirus-protests-democrats-republicans.html>.
- Pollard, Matt, "Covid-19 Symposium: the courts and coronavirus (part 1)", *Opinio Juris*, 2020, disponible en: <http://opiniojuris.org/2020/04/03/covid-19-symposium-the-courts-and-coronavirus-part-i/>.
- Ponta, Adina, "Human rights law in the time of coronavirus", 24 *Am. Soc'y Int'l L.*, 2020, <https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/5/human-rights-law-time-coronavirus>.

- Qin, Amy, "China may be beating the coronavirus, at a painful cost", *N.Y. Times*, (7 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/03/07/world/asia/china-coronavirus-cost.html>.
- Radhakrishnan, Adi, "Covid-19: restricted internet impacts on health in Kashmir", *Health & Hum. Rts. J.* (abril 15, 2020), disponible en: <https://www.hhrjournal.org/2020/04/covid-19-restricted-internet-impacts-on-health-in-kashmir/>.
- Ratcliffe, Rebecca, "Fears as Cambodia grants pm vast powers under covid-19 pretext", *GUARDIAN*, (10 de abril de 2020), disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/10/fears-as-cambodia-grants-hun-sen-vast-power-under-covid-19-pretext>.
- Richardson, Eric, Organization for Security and Cooperation in Europe, Intervention Regarding the ODIHR Report Monitoring of Freedom of Peaceful Assembly in Selected OSCE Participating States, Supplementary Human Dimension Meeting on Freedom of Assembly and Association, (8-9 de Noviembre de 2012), disponible en: <https://www.osce.org/odihr/93722>.
- Robinson, Jack y Travers, Eve-Anne, "Government decision restricting freedom of movement ruled unconstitutional", *Prishtina Insights*, 31 de marzo de 2020, disponible en: <https://prishtinainsight.com/government-decision-restricting-movement-ruled-unconstitutional/>.
- Rosemain, Mathieu y Barzic, Gwénaëlle, "Amazon to close french warehouse until next week after court order", *Reuters* (15 de abril de 2020), disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-amazon-france/amazon-to-close-french-warehouses-until-next-week-after-court-order-idUSKCN21X192>.
- Rothstein, Mark A., "From SARS to ebola: legal and ethical considerations for modern quarantine", *12 Ind. Health L. Rev.*, 227, 227-28, 2015.

- Rubinstein, Ira S., "Big data: the end of privacy or a new beginning?", 3 *Int'l Data Priv. L.* 74, 74, 2013.
- Rutzen, Doug y Dutta, Nikhil, "Pandemic and human rights", *Just Sec.*, 2020, disponible en: <https://www.justsecurity.org/69141/pandemics-and-human-rights/>;
- Sang-Hun, Choe, "In South Korea vote, virus delivers landslide win to governing party", *N.Y. Times* (15 de abril de 2020), disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/15/world/asia/south-korea-election.html>.
- Scheinin, Martin, "Covid-19 Symposium: to derogate or not to derogate?", *Opinio Juris* (6 de abril de 2020), disponible en: <http://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate>.
- Schrijver, Nico, "Fifty years international human rights covenants. Improving the global protection of human rights by bridging the gap between the two covenants", 41, *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis* [TVR] 457, 458, 2016.
- Sharpe, Marina, *The regional law of refugee protection in Africa*, 108, 2018.
- Sheeran, Scott P., "Reconceptualizing states of emergency under international human rights law: theory, legal doctrine, and politics", 34 *Mich. J. Int'l L.* 491, 507, 2013.
- Shkabatur, Jennifer, "A global panopticon-the changing role of international organizations in the information age", 33, *Mich. J. Int'l L.* 159, 171, 2011.
- Siehr, Angelika, "Derogation measures under article 4 ICCPR, with special consideration of the 'War against international terrorism'", 47 *German Y.B. Int'l L.* 545, 550, 2004.

- Silva, Diego y Smith, Maxwell J., "Commentary, limiting rights and freedoms in the context of ebola and other public health emergencies", 17, *Health & Hum. Rts. J.*, 2015, disponible en: <https://www.hhrjournal.org/2015/06/commentary-limiting-rights-and-freedoms-in-the-context-of-ebola-and-other-public-health-emergencies-how-the-principle-of-eciprocity-can-enrich-the-application-of-the-siracusa-principles/>.
- Slagle, Tracy, Ben Youssef, Mehdi, Calonge, Golda y Ben Amor, Yanis, "Lessons from Africa: Developing a Global Human Rights Framework for Tuberculosis Control and Prevention", 14 *BMC Int'l. Health & Hum. Rts.* 1, 2, 2014.
- Smith, Millicent, "How the anti-lockdown #FreeTN Movement was launched", *Chattanooga Times Free Press*, (abril 25, 2020), disponible en: <https://www.timesfreepress.com/news/local/story/2020/apr/25/anti-lockdown-movement-tennessee/521545/>.
- Soltani, Ashkan et al., "Contact tracing apps are not a solution to the covid-19 crisis", *Brookings* (27 de abril de 2020), disponible en: <https://www.brookings.edu/techstream/inaccurate-and-insecure-why-contact-tracing-apps-could-be-a-disaster/>.
- Sommario, Emanuele, "Limitation and derogation provisions in international human rights law treaties and their use in disaster settings", en Zorzi Giustiniani, Flavia, Sommario, Emanuele, Casolari, Federico y Bartolini, Giulio (eds.), *Routledge handbook of human rights and disasters*, 98, 113, 2018.
- Status of Ratification Interactive Dashboard*, Off. Alto Comisionado Para Los Derechos Humanos, [OHCHR], disponible en: <https://indicators.ohchr.org/> (consultado el 18 de mayo de 2020).
- Stavrinou, Raphaella, "Public opinion in Italy, Spain, France in favour of lockdown measures", *New Eur.* (maezo 26, 2020), disponible en:

<https://www.neweurope.eu/article/public-opinion-in-italy-spain-france-in-favour-of-lockdown-measures>.

Stein, Samantha, "How to restore data privacy after the coronavirus pandemic", *World Econ. F.* (marzo, 31, 2020), disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2020/03/restore-data-privacy-after-coronavirus-pandemic/>.

Stupp, Catherine, "Europe tracks residents' phones for coronavirus research", *Wall St. J.* (27 de marzo de 2020), disponible en: <https://www.wsj.com/articles/europe-tracks-residents-phones-for-coronavirus-research-11585301401>.

Tarantola, Daniel, "A perspective on the history of health and human rights: from the cold war to the gold war", 29 *J. PUB. HEALTH POLY*, 42, 42-53.

Timberg, Craig, "No service: cellphone apps designed to track covid-19 spread struggle worldwide amid privacy concerns", *Wash. Post* (18 de agosto de 2020), disponible en: <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/08/17/covid-tracking-apps-cellphones/>.

Van Green, Ted y Tyson, Alec, "Five facts about partisan reaction to covid-19 in the US", *Pew Rsch. Ctr.* (2 de abril de 2020), disponible en: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/04/02/5-facts-about-partisan-reactions-to-covid-19-in-the-u-s>.

Vokinger, Kerstin, "Digital health and the covid-19 epidemic: an assessment framework for apps from an epidemiological and legal perspective", *Swiss Medical Wkly* (17 de mayo de 2020), disponible en: <https://smw.ch/article/doi/smw.2020.20282>.

Voule, Clément, "States responses to covid 19 threat should not halt freedoms of assembly and association", Off. High Comm'r For

Human Rights [OHCHR] (15 de abril de 2020), disponible en: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=>.

Whitelaw, Sera, "Applications of digital technology in covid-19 pandemic planning and response", *Lancet*, (29 de junio de 2020), disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/landig/article/PIIS2589-7500\(20\)30142-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/landig/article/PIIS2589-7500(20)30142-4/fulltext).

Yang, Yuan y Liu, Nian, "China, coronavirus and surveillance: the messy reality of personal data", *Fin. Times* (2 de abril de 2020), disponible en: <https://www.ft.com/content/760142e6-740e-11ea-95fe-fcd274e920ca>.

Yu, Weijun y Keralis, Jessica, "Controlling covid-19: the folly of international travel restrictions", *Health & Hum. Rts. J.* 1 (6 de abril de 2020), disponible en: https://www.hhrjournal.org/2020/04/controlling-covid-19-the-folly-of-international-travel-restrictions/#_edn5.

Justicia y derechos en contextos de enfermedad por virus en India*

Kalpana Kannabiran**

* Una versión anterior, más breve, formó parte de una entrevista en RightsUp, un podcast del Centro de Derechos Humanos de Oxford, como parte de una serie dedicada a la epidemia de la covid-19. Sreekar Aechuri de la universidad jurídica de NALSAR proporcionó asistencia de investigación en este proyecto con una diligencia, interés y compromiso notables. Mis sinceros agradecimientos a él. Monisha Behal y la Red Noreste me ayudaron con los decretos gubernamentales de los estados de Meghalaya, Nagaland y Assam, mi agradecido reconocimiento. Texto traducido al español por Ismael Martínez Torres.

** Profesora de Derecho y Socióloga. Profesora distinguida del Consejo para el Desarrollo Social de India.

SUMARIO: A. Introducción; B. El derecho a la salud; C. La exacerbación de la vulnerabilidad; D. Estándares de derecho humanos en una emergencia de salud pública; E. El marco jurídico relativo a covid-19; F. Medidas de mitigación posconfinamiento tomadas por los estados y los tribunales; I. Acción estatal; II. Tribunales; G. El marco ético triádico de la Constitución.

Hay ciertas dimensiones de justicia, derechos humanos y constitucionalismo que necesitan guiar a los gobiernos cada vez que hay una emergencia de salud pública como la provocada por la covid-19. La atención tiene que ser puesta en el derecho a la salud, la empatía por la clase pobre trabajadora y en la ética de las prácticas estatales.

La pandemia por covid-19, que resultó en un confinamiento global, es una crisis nunca antes vista. En India, un confinamiento de tres semanas —en forma de un "toque de queda"— se anunció con cuatro horas de anticipación por el primer ministro Narendra Modi el 24 de marzo de 2020. El 14 de abril de 2020, el día del festival Ambedkar Jayanti, el confinamiento fue extendido por otras tres semanas, en esa ocasión sin anuncio previo. Durante el periodo de intervención, India fue testigo del más grande éxodo de trabajadores y migrantes en las autopistas, reminiscente del periodo conocido como la partición.

Una pandemia es un asunto muy serio, y en una emergencia de salud pública tomar medidas drásticas de contención es inevitable. No obstante,

incluso si éste es el caso, la imposición de un confinamiento total ha sido ampliamente percibida como "la medida de contención contra el coronavirus más severa en el mundo". Podemos asumir que dicha medida era necesaria para contener el avance de la covid-19, para resguardar la salud pública, así como suponer que la decisión de imponer un confinamiento se tomó con base en la evidencia. Con el incremento del número de personas que obtienen un resultado positivo en una prueba de detección, el aumento en el número de muertes relacionadas con la enfermedad, y las demandas para incrementar el número de pruebas, los establecimientos médicos, científicos y de salud están bajo una enorme presión para satisfacer necesidades que siguen creciendo, al mismo tiempo que ellos mismos se encuentran inadecuadamente protegidos. En un ambiente de miedo, pánico y acceso inequitativo a servicios de salud, dichos establecimientos resultan completamente vulnerables al vigilan-tismo y al ataque físico.

A. Introducción

En este trabajo, intento subrayar las dimensiones de justicia, derechos humanos y constitucionalismo que son necesarios para guiar la práctica estatal, particularmente con relación al manejo de esta emergencia. Presento mis consideraciones en siete secciones. La primera, de introducción, establece el contexto para pensar la justicia en el más amplio de los entornos hostiles, al tiempo que explora algunas rutas constitucionales. Este tema aparece también en la segunda sección, la cual se concentra en el derecho a la salud, y en la tercera sección, que se trata principalmente sobre la vulnerabilidad en entornos hostiles de la clase pobre trabajadora. Las secciones cuarta, quinta y sexta presentan una exploración de las leyes, estándares de derechos humanos y estrategias de mitigación, implementadas por los gobiernos y los tribunales poniendo particular atención a ordenes gubernamentales y decisiones judiciales/litigios de interés público. La séptima sección retoma el tema de la justicia y la constitución en un contexto de entornos hostiles, ahí argumento en favor de una consideración robusta de los Principios Directivos de Política de Estado.

Para comenzar a encuadrar el discurso de justicia en tiempos de pandemia, resulta oportuno poner atención al mensaje a la nación realizado por el primer ministro de India, Narendra Modi, el 14 de abril de 2020: "En la Constitución de la India se dice 'Nosotros el pueblo de la India'. ¿Quién es el pueblo de la India? Esta demostración colectiva de fuerza el día de nacimiento de Babasaheb Ambedkar es el mejor homenaje que podemos ofrecerle". Ésta fue la primera vez que el primer ministro invocó la Constitución en el contexto del coronavirus, es importante resaltar que esta alusión se hizo el día de Ambedkar Jayanti.¹ La mención del preámbulo "Nosotros el pueblo de India" establece la preocupación central para este trabajo en términos de ciudadanía, derecho y responsabilidad estatal. Es un recordatorio importante de que para entender la enfermedad de covid-19 y el tumulto que ha traído consigo es necesario observar esos fenómenos a la luz del *constitutional commons*,² el cual pertenece a todos por igual. En consecuencia, podemos tomar como premisa inicial la idea de que los más vulnerables y los más precarizados tienen una prerrogativa sobre los recursos y protección del Estado en todo momento. Pues ¿qué acaso no es éste el significado de igualdad substantiva consagrado al corazón del *constitutional commons*?

Simplificando el discurso universalmente conocido acerca de la pandemia por covid-19, a riesgo de decir lo obvio, es un hecho que el virus expande sus tentáculos inequitativamente a través del país. Las vidas de los pobres —aquellos que viven en zonas urbanas, rurales, en los bosques, o aquellos que se desplazan por distintos lugares— son importantes. Las

¹ Por el momento ignoraré las referencias compensatorias a "saptapadi" y "agnipariksha" que el primer ministro hizo al final del discurso y su referencia al autoaislamiento como la inscripción de un "lakshman rekha" en su discurso anterior, aunque enmarcan la referencia a la Constitución y preámbulo en el contexto de la retórica brahmánica patriarcal.

² Basándome en literatura sobre *commons*, mi trabajo ha analizado la Constitución como *commons* (bienes comunes), que uso indistintamente justo con el término "constitutional commons". Hudson y Daniels exploran lo que ellos denominan "constitutional commons" con diferentes efectos en el contexto específico de Estados Unidos (también basándose en la literatura sobre *commons*), para observar cómo las comunidades constitucionales actúan sobre la distribución de bienes públicos y bienes comunes.

vidas de los trabajadores migrantes son importantes. Las vidas de las personas en situación de calle son importantes. Las vidas de los trabajadores que ganan el salario mínimo son importantes. Las vidas de las personas con discapacidades son importantes. Las vidas de las personas musulmanas son importantes. Las vidas de los dalits son importantes. Las vidas de los adivasis son importantes. Los efectos de la emergencia de salud pública presentados por la covid-19 agravan la emergencia de por sí ya existente con la que estas comunidades han lidiado a diario por mucho tiempo. Las vidas de los profesionales médicos y de la salud y todos los trabajadores involucrados en hacer pruebas y proveer tratamiento importan. Todas estas vidas han sido precarizadas por el desmantelamiento sistémico de los sistemas públicos de salud en el país y la consecuente mala preparación de los gobiernos, que carecen de las capacidades necesarias para enfrentar una crisis de esta magnitud.

Existe otra razón para ignorar el discurso universalmente conocido acerca de la covid-19: el contexto de la pandemia también provee un pretexto para empeorar las vulnerabilidades, para llevar a cabo actos de humillación pública con impunidad (convirtiendo el estado de *untouchability* en infección por coronavirus), para ofrecer alivio bajo la protección del Citizenship Amendemnt Act 2019 sólo a unos cuantos favorecidos, y para hostigar a aquellos que a pesar del confinamiento se han manifestado en contra de dicha pieza de legislación. Hay tres ejemplos que resultan reveladores.

La imposición de un confinamiento a causa de la covid-19 en Kashmir ha tenido consecuencias desastrosas en esa región, la cual ya había sufrido previamente un confinamiento de nueve meses como resultado de la abrogación del artículo 370. El reporte del equipo de especialistas conformado únicamente por mujeres que visitó Kashmir a inicios de 2020 expone detalladamente el efecto en espiral que el confinamiento posabrogación tuvo en la vida diaria y que afectó a diversos grupos sociales —la pérdida de empleos y del ingreso, la venta de tierra y bienes para cubrir gastos básicos y emergencias médicas, la cancelación de todos los medios de acceso

a un trabajo bien remunerado— la mayoría de esos grupos, empujados al límite de la precariedad por el Estado. Dos partes de ese reporte son especialmente relevantes. La primera tiene que ver con el completo colapso del sistema de salud pública, de por sí grave debido a bloqueos y toques de queda, que fue empeorado por el colapso de internet, lo que provocó que la comunicación relativa a abastecimiento de provisiones y acceso a programas gubernamentales, como el Ayushman Bahrat, fuera especialmente imposible. ¿Responde este segundo confinamiento a las preocupaciones de comunicación y movilidad en el valle que han sido presentadas ante cortes durante los pasados nueve meses? ¿Cómo se entrelaza este nuevo confinamiento con la extensa presencia militar, nominalmente bajo administración civil, asentada en la zona?, ¿y cuales son las rutas de justicia en este contexto?

Las cortes han rechazado considerar la liberación de presos políticos como G. N. Saibaba, sin importar que el estado vulnerable en el que se encuentra se haya incrementado debido a múltiples discapacidades en el contexto de la pandemia; las cortes también rechazaron detener los arrestos de Anand Teltumbde y Gautam Navlakha llevados a cabo por la Agencia Nacional de Investigación (NIA) el 14 de abril de 2020, y para los cuales buscó el permiso para inmovilizar con esposas a Teltumbde: "Se solicita permiso para usar esposas a fin de evitar el contacto físico con el acusado dado el contexto de covid-19: la pandemia y el esparcimiento del nuevo coronavirus".³ Esto es una clara violación de las directrices emanadas de la Suprema Corte sobre el uso de esposas —el permiso se buscó a través de un replanteamiento del propósito de las esposas para lograr dicho efecto—. Puede que sea ilegal inmovilizar a un acusado, pero en tiempos de pandemia es totalmente legal utilizar esposas para prevenir contagios, el NIA parece decir, incluso si este argumento se traduce en un contagio de intocabilidad en el caso de Anand Teltumbde, prohibido bajo la Constitución (artículo 17). No obstante, el virus esquivo

³ *State (NIA) v. Anand Teltumbde*, Spl Case No. 414/2020 (NIA Case No. RC. 01/2020/NIA/MUM). Remand Application. En archivo con el autor.

la necesidad de proveer una justificación detallada para el uso de espaldas requerido por las leyes penales en tiempos normales.

Una circular publicada por el director general de la Policía de Haryana en aplicación del acto nacional para el manejo de desastres naturales de 2005 (NDMA) no necesita explicación:

La Secretaría del Gabinete de la Unión y la Secretaría del interior han expresado su preocupación y descontento ante el movimiento a gran escala de la fuerza laboral migrante.

En vista de las instrucciones claras del Gobierno Central se establecen las siguientes instrucciones que deberán seguirse metódica y comprensivamente.

1. Las fronteras al interior del estado han sido cerradas y...las personas...deberán ser regresadas a sus puntos de procedencia sin excepción.
2. Las personas que se encuentren viajando a pie...deberán ser recogidas, puestas en autobuses y llevadas a las localidades de las que proceden.
3. Instrucciones han sido giradas por el Departamento de Estado del Interior para *declarar Estadios de gran capacidad y otras instalaciones similares centros temporales de reclusión, de modo que aquellas personas que se nieguen a obedecer las instrucciones legalmente aprobadas o a las administraciones distritales pueden ser arrestadas y puestas bajo custodia por la ofensa que hayan cometido bajo la ley de manejo de desastres naturales.* (Énfasis añadido).

Para repetir, el "gobierno del estado ha (sido) instruido a seguir una política de cero tolerancia contra todo aquel que viole [sic] las disposiciones del confinamiento".⁴

⁴ WAN Message, From Director General of Police, Haryana. No. 5264-5304/L&O-3 con fecha de 29 de Marzo de 2020.

La región de Gujarat promulgo una orden muy inusual durante el confinamiento que dice mucho:

A toda aquella persona procedente de Pakistán, Bangladesh, Afganistán, que se encuentren en Gujarat con una visa permanente o que hayan aplicado por su primer LTV, que se encuentren en estado de necesidad se le deberá dotar de una ración libre de costo durante el mes de abril en términos del esquema Ann Brahm, por persona 3.5kg de trigo, 1.5 kilogramos de arroz, 1kg de dal, 1kg de sal, y 1kg de azúcar, y entre dichas personas a las familias se les dotara con el programa de PHH 3.5kg de trigo, 1.5 de arroz, 1kg dal, 1kg de sal y azúcar por cada persona gratuitamente por el mes de abril.⁵

La orden del gobierno de Gujarat refleja fielmente la Ley de Enmienda a la Ley sobre Ciudadanía de 2019, la cual dio lugar a amplias protestas durante 2019-2020, en tanto que esta última discrimina a la población musulmana al introducir bases denominacionales para garantizar la ciudadanía india: "Provisto que cualquier persona perteneciente a la comunidad indu, sikh, budista, jain, parsi or cristiana procedente de Afganistán, Bangladesh o Pakistán, que hayan entrado en India el o anteriormente al 31 día de diciembre de 2014... no será tratado como un migrante ilegal para los propósitos de esta ley".

Hay también claras discrepancias basadas en clase social y credo religioso en casos reportados por la prensa del suministro de transporte, por ejemplo, para personas varadas —peregrinos, viajeros internacionales y trabajadores migrantes—.

Ya en el comienzo del confinamiento era posible observar el uso y abuso de las vulnerabilidades que provoca la pandemia y el establecimiento de estados de excepción.

⁵ PDS-14/2020/171396/k. Gobierno de Gujarat.

Para aquellos ciudadanos que viven vidas más seguras bajo la sombra de la gobernanza mayoritaria respaldada por el privilegio de clase/casta, la covid-19 es la amenaza (o por lo menos eso piensan ellos), que una vez, eliminada, los traerá de regreso a la "normalidad". La cuestión ética que enfrentan los ciudadanos de India hoy, sin embargo, es, después de lo que hemos visto desde el 24 de marzo cuando el confinamiento nacional fue anunciado y los meses de protestas en contra de la ley de enmienda a la Ley de Ciudadanía 2019 que precedió al confinamiento, ¿deberíamos regresar a la vida como era antes, o deberíamos utilizar esta oportunidad para visitar las posibilidades constitucionales y los acuerdos sociales? La pregunta relacionada es: ¿regresamos a una jurisprudencia constitucional mecánica dirigida por la figura del precedente o expandimos nuestras mentes y reconocemos la evidente inadecuación de nuestros presentes métodos de interpretación para buscar remedio?

B. El derecho a la salud

La covid-19 ha concentrado la atención en el derecho a la salud en tanto derecho fundamental en India. Situado al centro de los estándares internacionales de derechos humanos, y sin lugar a duda un componente del artículo 21, el derecho a la salud se encuentra en el centro del debate en más de una manera. Una parte importante de las preocupaciones relacionadas con el derecho a la salud en estos tiempos tiene que ver con la realización de pruebas y la contención de la pandemia. Sabemos gracias a aquellas personas que llevan muchos años denunciando la necesidad de construir en el país un sistema público de salud robusto que el desmantelamiento sistemático de la salud pública nos ha hecho más vulnerables en términos de instalaciones inadecuadas, insuficiencia de personal calificado y un soporte biotecnológico inadecuado. Somos testigos también de los resultados inmediatos que el confinamiento ha traído consigo en relación con el acceso altamente desigual a los servicios esenciales de salud, la seguridad alimenticia y el trabajo digno. Existen muchos reportes provenientes de numerosas partes del país que sugieren que el hambre y la inanición son amenazas más importantes aun que el virus

para la vida de la mayoría de la población, en especial, posteriormente al confinamiento. Ésta es también la población que requiere con urgencia acceso a servicios médicos gratuitos y cercanos —tratamientos y cuidados esenciales así como aquellos relacionados específicamente con la covid-19— y que sin embargo carece de acceso adecuado a ellos.

En su reporte sobre políticas públicas de 2014 titulado *Reallising the right to helath care*, Jan Swasthya Abhiyan señaló que el acceso equitativo a los factores sociales determinantes de la salud —medios de subsistencia asegurados, comida y nutrición adecuada, vivienda, y servicios sanitarios de agua y drenaje— y la ausencia de desigualdades sociales son condiciones indispensables para el pleno ejercicio del derecho a la salud. En el contexto actual son precisamente estos determinantes a los que se ha colocado en un estado de crisis, irónicamente, a pesar de que la estrategia para lidiar con la pandemia depende del acceso a este derecho. La suposición con base en la cual el gobierno determinó llevar a cabo el confinamiento fue que sin excepción cada persona tiene comida, vivienda, servicio de agua potable y drenaje, que puede acceder a estos servicios en condición de igualdad con respecto a cualquier otro miembro de la sociedad sin obstáculo alguno. Sabemos qué tan profundamente equivocada resultó dicha suposición, lo cual ha sido demostrado de la manera más gráfica posible en las autopistas, las estaciones de autobuses y las estaciones de tren en diferentes partes del país. Es ampliamente aceptado que factores socioeconómicos y la pobreza en general elevan la vulnerabilidad de las personas ante enfermedades y últimamente la muerte, así como la reducción del acceso a servicios de salud de calidad. Un gasto en los servicios públicos abismal, personal inadecuado, poca inversión en educación y preparación, infraestructura de los servicios de salud inadecuada y una falta de compromiso estatal para construir un sistema público de salud robusto han sido problemas al centro la investigación y políticas públicas sobre salud. Éstas han recibido escasa atención o interés por parte de gobiernos sucesivamente.

El origen del creciente estado de vulnerabilidad en el que se encuentran los profesionales de la salud para sufrir agresiones de parte de pacientes

y familiares lo podemos encontrar en la privatización de la salud pública y el abandono de diversos servicios críticos y esenciales en el sistema de salud, entre otras causas. Que el problema de vulnerabilidad ante agresiones y la necesidad de dar protección legal específica a doctores y demás trabajadores de la salud se hayan originado con anterioridad a la pandemia es evidente si observamos la promulgación de legislación específica, cuyo propósito es proteger a los profesionales de la salud frente a agresiones llevadas a cabo por 19 estados durante 2008 y 2013.

Así como las fallas sistémicas de raíces profundas son una parte de la crisis que actualmente vivimos, hay una segunda parte que tiene que ver con la epidemia por covid-19 misma. Sujatha Rao, al detallar exhaustivamente su opinión sobre lo que necesitamos hacer, ha señalado la importancia de llevar a cabo rastreo de contactos, realizar controles de temperatura y llevar a cabo pruebas de detección. Como ha argumentado Gautam Bhatia, la prevaricación de la Suprema Corte con respecto al costo de las pruebas atenta contra los derechos consagrados por los artículos 21 y 14. Irónicamente, este asunto está ligado con la privatización de los servicios de salud básicos y la falta de instalaciones bajo control estatal para realizar pruebas. El segundo asunto tiene que ver con el número de pruebas que habrían de ser realizadas, asunto que tendrá consecuencias a largo plazo. CP Geevan ha remarcado la importancia de poner atención al bajo índice de casos positivos en India pues, sugiere, podría ser atribuido a estrategias de prueba erradas.

De regreso al punto sobre el derecho a la salud como parte del acceso a la justicia, parece que si el acceso a pruebas de manera gratuita en el contexto de la pandemia es una parte de los derechos consagrados por el artículo 21, el acceso a pruebas de manera universal es otra parte de ese derecho, mismo que todavía está a la espera de ser observado.

C. La exacerbación de la vulnerabilidad

Los derechos de las poblaciones pobres y vulnerables fueron grotescamente violados desde el momento en el que se anunció el confinamiento

por primera vez (con solamente cuatro horas de anticipación) y después extendido (sin siquiera un anuncio), y la negligencia abyecta con la que fueron tratados por el Estado en los primeros días del confinamiento.

Existen numerosos reportes que dan cuenta de los desastrosos efectos que trajo consigo el abrupto anuncio del confinamiento. Al respecto, hay agudos detalles provenientes de Delhi después del primer confinamiento —de comunidades afectadas por la reciente violencia en el noroeste de Delhi y del éxodo de trabajadores migrantes, y de Mumbai, después de la extensión del 14 de abril—. En un artículo sobre las implicaciones que el confinamiento por covid-19 tuvo con respecto a la clase pobre trabajadora en India, KP Kannan ofrece un panorama del estado en el que se encuentra este sector de la población. Sus estimaciones muestran que de 461 millones de trabajadores, hay 92 millones designados como pertenecientes al sector informal. De éstos, 49 millones son trabajadores informales laborando en el sector formal, por ejemplo, trabajadores por contrato, personal temporal, etc. Esto significa que de 461 millones de trabajadores en India en 2018, apenas 43 millones pertenecen al sector formal, lo que les concede cierta seguridad de empleo y protección jurídica, lo cual representa sólo 10%. En la literatura se ha señalado que la informalidad es una condición persistente en la vida de la mayoría de las personas en India —completamente fuera de la reglamentación y desprotegida en todo sentido, la precariedad es una condición definitiva de vida—.

¿Cómo han lidiado con el confinamiento las mujeres y la comunidad transgénero? Las preocupaciones específicas de las mujeres trabajadoras migrantes —en agricultura, construcción, trabajo doméstico, trabajo sexual, prestación de cuidados— y las preocupaciones de las personas transgénero requieren un acercamiento empático y plenamente calculado. Un escrutinio del sector de cuidados es muy importante en el presente contexto. La situación del sector de cuidados en el que existe una fuerza laboral mayoritariamente formada por mujeres, migrantes, en la informalidad, algunas que reciben paga y otras que no, se ha precarizado

en el contexto de pandemia actual, lo que ha hecho que las personas empleadas en el sector de cuidados sean vulnerables de ser expuestas al virus sin adecuada protección y que además les ha impuesto demandas que incrementan exponencialmente con las dificultades ya de por sí impostas por el confinamiento en que se encuentran las personas en necesidad de ser atendidas. Esto es verdad especialmente con respecto a enfermeras, comadronas, personal hospitalario, cuidadoras particulares y personal de servicios sanitarios.

En el sector de cuidados las trabajadoras domésticas se enfrentan a un conjunto de vulnerabilidades diferentes relacionadas con la arbitrariedad de las prácticas de empleo y ciertas medidas de exclusión. La discriminación por razón de casta se manifiesta en la forma de prácticas de no-contacto agravadas en relación con las personas que laboran en el sector de cuidados y que están a cargo de la conservación, sanitización y otros trabajos relacionados, esto, a pesar de que el mandato de mantener los entornos inmediatos "higiénicos" y de asegurar en las instalaciones médicas la higiene de los pacientes ha hecho del trabajo de cuidados el más indispensable de todas las formas de trabajo en el presente contexto.

Necesitamos tener en mente también aquellas vulnerabilidades interseccionales. Las medidas dirigidas en contra especialmente de la comunidad musulmana han sido una parte extremadamente problemática del periodo de confinamiento. Mientras que un reportaje noticioso sobre una reunión organizada por el jefe de gobierno en Uttar Pradesh dio pie a una primera denuncia (FIR), una congregación del grupo Tablighi Jamaat ha conducido a una espiral de las políticas de odio con respecto a un gobierno ya de por sí frágil en el contexto inmediato posterior a las protestas en contra del CAA y de los disturbios dirigidos en contra de la comunidad musulmana en la parte noreste de Delhi en formas que hacen recordar la violencia que en 1984 sufrió la comunidad sikh. Reportes con noticias falsas (*fake news*) junto a una instigación descarada llevada a cabo por unos medios de comunicación estridentemente islamofóbicos en los programas de televisión relacionados con covid-19; el establecimiento de municipalidades diferentes con base en la profesión de una fe en particular en

Gujarat, miembros musulmanes de la comunidad Gujjars en Punjab necesitando protección policial para realizar sus entregas de leche, y reportes de activistas musulmanes sobre la negación para recibir ayuda nos obligan a pensar en caminos hacia un futuro más justo. Existen reportes sobre el incremento drástico de la violencia doméstica y abuso infantil durante el confinamiento, de acuerdo con los cuales la preocupación principal es la salud mental de mujeres y niños atrapados en entornos de violencia.

El confinamiento ha empobrecido los medios de subsistencia *en masse*, los sitios de trabajo han colapsado, el autoempleo se ha extinguido, las cadenas de suministro han sido asfixiadas, los productores del campo han quedado en la desesperación total. Estamos siendo testigos de un desfaldo masivo a la clase trabajadora pobre de este país, cuya salvaguarda era la responsabilidad del Estado y las cortes. Sin multiplicar instancias, la insensibilidad oficial toma formas grotescas, como pudimos observar por ejemplo con el acto de rociar con insecticida a los migrantes al regresar al país y los ejemplos múltiples de exceso y brutalidad policiacos que han sido presentados ante las cortes y las autoridades estatales.

¿Cómo comenzar a enumerar las violaciones a los derechos de la gente en esta situación? Si bien es cierto que tomar medidas inmediatas es extremadamente importante y necesario, necesitamos mover la conversación más allá de indemnizaciones, compensaciones, salarios de subsistencia, y la provisión de raciones para eliminar el hambre, para comenzar a pensar en como plantear la cuestión sobre la gobernabilidad del *commons* constitucional. Ya no se trata de un derecho, más bien es una cuestión de "ciudadanía plena". Haber cerrado ha significado haber bloqueado, haber cerrado las puertas, haber tomado la alternativa fácil de la política de mafias y la violencia, la vigilancia estatal sin regulación y la proliferación de la vigilancia de unos contra otros, así como el total abandono de la clase trabajadora pobre.

Nuevas medidas de exclusión y modalidades de vigilancia han encontrado un buen lugar junto a las medidas de exclusión ya existentes, violencia

y vigilancia basada en la casta, religión, clase y tribu. Los migrantes que han decidido regresar al país se han encontrado a sí mismos incapaces de entrar a sus comunidades. El miedo, el enojo, la desinformación y la legitimación de las políticas de linchamiento han formado una combinación tóxica, que ha sido detonada por una arbitrariedad extrema por parte del gobierno. El artículo 15 de la Constitución de India se encuentra desarticulado en tanto que la gente opta por cerrar sus puertas, la pandemia por coronavirus ha sido usada para reinstalar con mayor profundidad y con impunidad prejuicios enquistados.

A través de estos contextos, ¿cómo se reconstruye una sociedad que ha sido destruida tantas veces cercada en círculos concéntricos cada vez más estrechos? Más importante aún, ¿cuál es el destino que le espera a India una vez terminada la pandemia?

D. Estándares de derecho humanos en una emergencia de salud pública

Para entablar una discusión sobre los estándares de derechos humanos durante una pandemia, resulta útil regresar a la referencia al preámbulo constitucional y presentarla completa:

Nosotros, el pueblo de India, habiendo decidido solemnemente constituir India como una REPUBLICA SOVERANA SOCIALISTA, SECULAR Y DEMOCRATICA y asegurar para todos sus ciudadanos:

JUSTICIA, social, económica y política;

LIBERTAD de pensamiento, expresión, creencia, religión;

IGUALDAD de estatus y oportunidades;

Y para promover entre todos ellos

FRATERNIDAD asegurando la dignidad del individuo y la unidad e integridad de la nación.

El *commons* constitucional está integrado por la convicción colectiva para asegurar la justicia, la libertad, la igualdad y la fraternidad en un orden político democrático. Son estos valores los que también están consagrados por el ordenamiento internacional de derecho humanos, del cual India es parte. En el contexto de la covid-19, Upendra Baxi ha enfatizado la importancia del *jus cogens* que establece categóricamente las obligaciones estatales al tiempo que ha observado que "solamente nuevas formas de compasión humana y solidaridad pueden ayudarnos a superar este reto sombrío y letal y pueden [ayudarnos a construir] un nuevo futuro para la política global marcado por la empatía, la fraternidad, la justicia, y los derechos".

Una parte importante de la discusión sobre el confinamiento tiene que ver con si éste satisface el llamado test de proporcionalidad: en otras palabras, ¿era una medida tan drástica como ésta a) necesaria y b) la opción menos restrictiva que el Estado pudo haber tomado para alcanzar sus metas? Esta cuestión se discutió a profundidad en dos famosos casos conocidos como *Puttaswamy I y II*. Sin entrar demasiado en los detalles, podríamos decir, siguiendo a Moller, que "el test de proporcionalidad establece que el respeto por las autonomías de las personas demanda que cualquier medida orientada a su restricción debe buscar un propósito legítimo y ser apropiado, necesario y no desproporcionado para la obtención de dicho propósito", y que cualquier esfuerzo para conseguir el balance de intereses será basado en el reconocimiento de igualdad de estado de todos los agentes.⁶ Más aún, podríamos, siguiendo a Moller, preguntar si al declarar el confinamiento: ¿ha habido "interferencia" con un derecho o ha sido una "violación" a un derecho?⁷

⁶ Moller, K., *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 208.

⁷ *Ibidem*, p. 4.

Lo que hace que el confinamiento en India sea "la medida de contención más estricta en el mundo" son las modalidades que ha adoptado esta decisión del 24 de marzo. Por simple argumento, supongamos que un confinamiento era necesario. Lo que no cumple con el test de proporcionalidad son los medios a través de los cuales fue implementado. Hubo arbitrariedad, falta de transparencia y falta de empatía y respeto por la dignidad de la clase pobre trabajadora, e incluso por su supervivencia. Las medidas que se tomaron para proteger el bienestar de la mayor parte de la sociedad debieron haber sido explicadas hasta el más mínimo detalle con el fin de que esta decisión cumpliera con el test de proporcionalidad, y mitigar el daño y sufrimiento que causó. Dado que el Estado controla los recursos y los medios de comunicación, la mitigación del daño anterior a la implementación del confinamiento estaba por mucho dentro del rango de lo posible. La proporcionalidad en este contexto depende de los medios (el proceso) y el fin (la medida en sí). Sólo podemos evaluar la proporcionalidad de la medida cuando hayamos establecido la cuestión del proceso. Hemos presenciado una repetición del proceso del 14 de abril, cuando el confinamiento fue extendido, *no obstante* las extremas dificultades impuestas la primera vez.

Una mirada superficial a los estándares internacionales de derechos humanos nos dice que bajo condiciones de emergencia de salud pública —cuando las restricciones a la libertad tales como confinamientos, autoaislamiento, cuarentenas y normas de distanciamiento social obligatorio son necesarias— debe haber gran atención de parte de los Estados para garantizar que las medidas no representen órdenes excesivamente generales, sino que sean calibradas de acuerdo con las características específicas de cada situación y de igual forma limitadas en su aplicación y duración. Es porque la libertad, un derecho fundamental consagrado en la Constitución, es limitado, que debe haber un libre flujo de información y se deben garantizar las libertades de expresión y prensa en tanto responsabilidad estatal. Esto significa automáticamente la censura inequívoca del "periodismo genocida" en el país, especialmente con la estridencia de la derecha hindú en el gobierno.

Los trabajadores de la salud, los principales afectados, tienen derecho a protección completa dado el estado de vulnerabilidad acrecentado en el que se encuentran, como parte del artículo 21 (que consagra el derecho a la vida) y el artículo 14 (que consagra el derecho a la igualdad). Los derechos de los niños —artículos 21 (que de forma importante incluye la protección en contra de abusos y violencia) y 21A (que consagra el derecho a la educación)— son de vital importancia en un tiempo en el que las escuelas y las instituciones educativas se encuentran cerradas. Mientras que el acceso a internet es una opción disponible sólo para algunos, para la mayoría, incluidos niños y niñas en Kashmir, el cierre de escuelas que ha inhabilitado la conectividad a internet y el acceso a las tecnologías de la información representa el mayor reto a los derechos humanos.

Mientras que desde el punto de vista de los derechos humanos la necesidad de descongestionar las prisiones ha sido una preocupación importante por la que las cortes y el gobierno han abogado, ¿cuáles son las medidas concretas que deben adoptarse para proteger los derechos de los prisioneros y de las personas que están en instituciones penitenciarias?, ¿qué pasa con quienes son arrestados durante el confinamiento?, ¿no serán colocados en un estado de mayor vulnerabilidad a través de mayor exposición al virus y menor acceso a pruebas de diagnóstico y tratamiento?

¿De qué manera los derechos de las personas marginadas, especialmente aquellos a los que el artículo 15 hace referencia, serán protegidos en contra del abuso de parte del Estado y la sociedad civil consecuencia de un resurgimiento de los prejuicios, estigmas y la segregación ahora legitimada a través de discursos sobre la posibilidad de contagio?

Dado que la preocupación es el esparcimiento de la covid-19, llevar a cabo medidas como el registro de casos, el rastreo de contactos y la identificación de focos de contagio ha traído como resultado la proliferación de operaciones de vigilancia no reguladas, de las cuales la aplicación móvil Arogya Setu es simplemente una. Si el derecho a la privacidad es un

derecho fundamental protegido por la Constitución, la libertad de no ser vigilado es una garantía fundamental de la privacidad, y por tanto la acción estatal en este respecto debe constreñirse a estándares internacionales y constitucionales. La cuestión sobre la vigilancia fue presentada ante los tribunales en un caso en el que una persona fue liberada de prisión, el *Kharak Singh case*.⁸ El consentimiento es necesario para cualquier acto de vigilancia (la cual está estrictamente limitada en observancia del derecho fundamental a la privacidad consagrado por la Constitución), de aislamiento, de confinamiento y de tratamiento. De hecho, el derecho a la privacidad ha sido una de las mayores víctimas que la covid-19 ha dejado y que es necesario corregir. En lugar de reducirlo a un ejercicio burocrático potenciado por una política punitiva, podemos insistir en que cada gobierno de cada estado está guiado por un equipo de expertos que consiste en profesionales de la salud de diversas disciplinas, epidemiólogos, y responsables de formular políticas y que los gobiernos estatales adoptan medidas basadas en la evidencia calibradas a realidades específicas. Las libertades ciudadanas, las libertades y la dignidad deben encontrarse en el corazón, y la transparencia y la rendición de cuentas del estado deben estructurar la metodología. El camino es largo, y por tanto la corrección del recorrido es siempre posible.

Éstas son preocupaciones que unen el ordenamiento internacional y constitucional de derechos humanos.

E. El marco jurídico relativo a covid-19

En febrero de 2017, el gobierno de India circuló un borrador de la Ley de Salud Pública (Prevención, Control y control de epidemias, Bioterrorismo y Desastres) (PHB), el cual debía derogar la Ley sobre Enfermedades Epidémicas de 1987 (EDA). Mucho se ha dicho sobre la EDA, en

⁸ *Kharak Singh v. The State of U. P. & Others*, 1963 AIR 1295. La vigilancia provocada por la covid-19 sigue siendo una preocupación importante que no se ha abordado. Una consideración detallada de esta preocupación va más allá del alcance de este ensayo.

especial por historiadores de la India colonial, y sin lugar a dudas es una ley extremadamente draconiana que requiere ser abrogada. Sin embargo, cualquier legislación que la reemplace debe encontrarse dentro de los límites del marco constitucional y de igual modo integrar las preocupaciones por los derechos humanos y la salud pública. La PHB, ha sido observado por expertos en salud pública, falla en más de un sentido, y reproduce completamente el tinte autoritario del Estado. La provincia de Puducherry promulgó en 1973 una Ley Pública de Salud que contenía disposiciones bastante comprensivas, aunque la mayoría de los estados en India se han apoyado en la arcaica EDA. La idea de aludir a la alternativa de la EDA es demeritar la usencia de una alternativa a dicha ley, de modo que queda establecido de principio que ésta va en contra del interés público y el bien común. Con esto dicho, ¿es posible todavía para los gobiernos estatales enmarcar regulaciones bajo dicha ley que integren preocupaciones por los derechos humanos con respecto de su aplicación? Aunque algunos estados lo han hecho, la prueba consiste en la integración de estándares de derechos humanos.

El hecho de que la EDA sea breve (cuatro secciones en total) puede verse como una bendición de una administración insurgente. Deja el campo abierto para que los gobiernos estatales configuren sus propias modalidades y designen los recursos requeridos en términos de finanzas, personal y mecanismos institucionales. Es posible, por lo tanto, que un estado, a través de la empatía administrativa y ejecutiva, incorpore la Constitución a la implementación del ordenamiento legal, adoptando así las preocupaciones expresadas por epidemiólogos, profesionales públicos de la salud y defensores de derechos humanos con relación a la PHB. No existe impedimento alguno para que los gobiernos estatales establezcan un proceso de implementación plenamente democrático, transparente y consultivo.

La Ley Nacional sobre el Manejo de Desastres Naturales de 2005 (NDMA), que ha sido invocada en esta ocasión, ocupa un espacio administrativo y legislativo muy diferente. Un escrutinio crítico de dicha ley va más allá del alcance de este ensayo. Si nos guiamos por el hecho de que es una

ley que ha sido invocada, simplemente miramos la (in)adecuación de sus regulaciones para la acción de los estados en relación con la covid-19. Como punto de partida, una epidemia/pandemia no es un desastre natural y no puede ser tratada como uno. Por la misma razón, las autoridades públicas responsables del manejo y mitigación de desastres naturales, a saber, el Ministerio de Asuntos Internos, no son las instancias adecuadas para vigilar la acción estatal en este contexto.

Las profundas dificultades que implica aplicar el NDMA a la situación presente se demuestra a través de dos ejemplos. El primero es el caso de la administración de Haryana que invocó las regulaciones punitivas de la legislación en contra de los pobres al ordenar su confinamiento en cárceles (ver nota 4). El segundo es el uso de autoridad conferido por el NDMA de parte del Ministerio de Asuntos Internos para poner en operación medidas de vigilancia en estados con gobiernos de oposición, lo cual precipita un ambiente de conflicto que resulta contraproducente en toda forma imaginable, como fue el caso con el estado de West Bengal. La estructura multinivel de la ley NDMA tendría algunos indicadores sobre la forma en la que los estados podrían estructurar a las autoridades en una manera descentralizada con un mecanismo consultivo y de presentación de informes integrado. En este plan descentralizado, podríamos incluir la importante dimensión del consentimiento informado que es una parte no negociable de cualquier medida de salud pública.

Sin embargo, aun cuando estas cuestiones están siendo resueltas, el gobierno central promulgó el Decreto sobre Enfermedades Epidémicas 2020, el 23 de abril de 2020, para enmendar la Ley sobre Enfermedades Epidémicas e instituir medidas para la protección del personal médico y de salud frente a agresiones físicas. Esto refleja de cerca un proyecto de ley infructuoso que circuló el Ministerio de Salud en 2019. En lugar de profundizar en las medidas provistas en el decreto, es necesario recordar las promulgaciones que llevaron a cabo 19 gobiernos estatales entre 2008 y 2016 con el título de Ley del Servicio del Personal de Salud y del Servicio de las Instituciones de Salud (prevención de la violencia y daño

a la propiedad); Delhi (2008), Punjab (2008), Rajasthan (2008), Tamil Nadu (2008), Andhra Pradesh (2008), Chhattisgarh (2010), Karnataka (2009), Orissa (2009), Maharashtra (2010), Assam (2011), Gujarat (2012), Kerala (2012), Telengana (2016) quienes adaptaron la ley de Andhra Pradesh de 2008 fueron algunos de los estados que las promulgaron.

Estas promulgaciones estatales fueron el resultado de una negociación intensa de parte de los cabildos estatales de la Asociación Médica de India para controlar la violencia ejercida por las familias de pacientes. Las medidas impuestas por las legislaciones de los estados son prácticamente idénticas: definen al personal médico, a las instituciones médicas, la violencia, y los remedios que habrán de prescribirse. Todos los estados definieron el mismo delito de conformidad con la ley como cognoscible y no sujeto a fianza y delinearon procedimientos de compensación y castigos casi idénticos. Claramente el ímpetu que motivó la creación de estas leyes fue idéntico —el aumento en los ataques a hospitales y personal de la salud—. El doctor Neeraj Nagpal, en un ensayo de 2018, sugiere que "el gasto gubernamental en salud debe incrementarse y el código penal indio debería ser cambiado para proporcionar una pena mayor que pudiera actuar como un detractor de la violencia en contra de los doctores".

La región de Tripural, que en 2013 promulgó una ley similar, la abrogó en 2018, citando como razones la corrección de las medidas provistas por el Código Penal indio. Con mayor detalle, la promulgación se hizo "para prohibir la violencia en contra de los servidores de la salud y el daño a la propiedad de las instituciones de salud" y por otros asuntos relacionados; se contemplaba un "encarcelamiento de hasta tres años y una multa de hasta 50,000 rupias". Hubo tres razones para la abrogación: 1) "El Código Penal de India de 1860 provee un castigo de prisión de un año a una multa de hasta 1000 rupias por causar daño (sección 323) y encarcelamiento de hasta 7 años y una multa por causar daño grave (sección 325). Por lo tanto, esta ley es redundante dado que las víctimas pueden proceder bajo el código penal de India 1860". 2) "De acuerdo con la ley de personal del servicio médico y de las instituciones del servicio médico (para

la prevención de la violencia y el daño a la propiedad) de Tripura de 2013, el acto de causar 'daño' tal y como se define en la sección 319 del Código Penal indio esta sobrecriminalizado pues prescribe una pena que no es proporcional con la pena establecida en la ley". 3) "Esto va en contra de los principios del derecho penal sobre la criminalización y por lo tanto va en detrimento de la justicia".

En lugar de promulgar apuradamente otro decreto que es manifiestamente draconiano, los esfuerzos legislativos de los estados debieron haber informado el debate sobre el estado de vulnerabilidad al que son sometidos los trabajadores de la salud, con los estados gubernamentales promoviendo la discusión pública de estos asuntos y aumentando la conciencia de los ciudadanos. Existe evidencia de que estas leyes fueron usadas en algunos estados, con resultados mixtos. ¿Es la multiplicación de leyes y decretos la respuesta a la no/pobre implantación de las leyes ya existentes?, ¿o es el caso que el gobierno central no revisó con atención y no se informó sobre el estatus legislativa de estas iniciativas de ley? ¿Cómo solucionará el problema un nuevo decreto?

F. Medidas de mitigación posconfinamiento tomadas por los estados y los tribunales

I. Acción estatal

Un análisis de cerca de 500 órdenes gubernamentales y notificaciones hechas por los diferentes gobiernos estatales y el gobierno central indican las formas generales y específicas en las que los gobiernos han intentado mitigar los efectos del confinamiento, al tiempo que realizan pruebas, cuidado y tratamiento para aquellas personas/familias afectadas. Las órdenes gubernamentales, por supuesto, no se concentran solamente en "alivio", sino en un rango de acciones administrativas que el confinamiento hizo necesarias. Existen algunos elementos comunes en todos los estados: apoyos alimenticios (raciones de comida preparada y seca), apoyos al ingreso, salarios de conformidad con la Ley Nacional de Empleo Rural

de Garantía (MGNREGA) y una plataforma de trabajos modificada. Algunos estados han implementado órdenes gubernamentales que proveen la distribución de insumos esenciales, la liberación de ciertas categorías de presos bajo libertad condicional, advertencias en contra del despido de trabajadores durante el confinamiento, comida y albergues para los trabajadores migrantes, las personas en situación de calle y otras en necesidad de albergue, el equivalente en efectivo de ayudas para comida (en unos pocos estados), etc.

Así, existen medidas específicas que sobresalen. La orden promulgada por el gobierno de Kerala No. 710/2020 el 15 de marzo de 2020 es una orden extremadamente detallada que establece una serie de pautas: apoyo alimenticio, empoderamiento de los gobiernos locales, la provisión ininterrumpida de servicios médicos a enfermos de cáncer, diabetes, y enfermedades cardíacas, apoyos específicos para personas transgénero, etc. Las modalidades detalladas en esta orden para su implementación se concentran en el bienestar general, la devolución total de poderes y por lo que se puede apreciar en los reportes noticiosos, todo esto es apoyado por conferencias de prensa en las que se promueve el diálogo y la participación. En tiempos de pandemia, especialmente en el caso de India, esto es algo que llama la atención.

Entre otras, además de las órdenes generales, el estado de Chhattisgarh tiene una orden en la que se designan dos destilerías para la producción de alcohol y para la producción de desinfectantes; la región de Delhi reportó haber implementado una línea de ayuda contra el hambre y una célula de ayuda contra el hambre; el estado de Jharkhand reportó haber implementado oficiales responsables por el bienestar de los trabajadores de la región varados fuera; Odisha tiene una orden específica que da apoyos al ingreso para 65,000 vendedores ambulantes; el estado de Rajasthan tiene una advertencia para prevenir la formación de un mercado negro de legumbres en tiempos de escases, y de las órdenes promulgadas por el gobierno central son importantes los apoyos para niños y pautas que debe observar la línea de asistencia para niños, así como pautas que guían

las ayudas a personas con discapacidad que incluyen pases para los cuidadores.

Con la epidemia de covid-19, los gobiernos de Jammu y Kashmir pasaron un decreto el 3 de abril de 2020, el cual establece que "las restricciones de velocidad de internet no han representado ningún obstáculo frente a las medidas de control de la covid-19" y por lo tanto serán continuadas. Un litigio de interés público (PIL) que solicitaba el restablecimiento del servicio 4G de internet a fin hacer frente a la emergencia de salud pública en el valle presentado el 2 de abril de 2020 estaba por ser resultado por la Suprema Corte. El segundo problema tiene que ver con las detenciones a gran escala que se llevaron a cabo bajo la Ley de Seguridad Pública (PSA), por las cuales varios jóvenes fueron enviados a prisiones fuera de Kashmir. La resolución de la Suprema Corte sobre la necesidad de descongestionar las cárceles en el país ha resultado en la liberación de detenidos ya sea bajo fianza o en ocasiones con el misterioso retiro de cargos. No obstante, el requisito de la Corte de proporcionar transporte seguro a los prisioneros liberados por esas causas no se ha cumplido. Muchas familias se han visto en la necesidad de conseguir hasta 30,000 rupias para poder hacer un viaje en taxi durante el confinamiento hacia cárceles distantes, como Agra, para llevar de regreso a sus familiares.

Esto ilustra los rincones oscuros de la acción ejecutiva y judicial, que se extienden más allá de los estados de Jammu y Kashmir. Si bien es cierto que existen muchas medidas en papel, se requiere un monitoreo cercano de cómo se traducen en medidas concretas en la realidad, lo cual requiere la disposición de los gobiernos de involucrarse con y responder a las críticas.

II. Tribunales

Las impugnaciones legales sobre los derechos y las prerrogativas/intereses del Estado han sido intensas, como también lo han sido la inscripción de nuevas modalidades y la naturaleza virtual de la jurisprudencia que ha tenido lugar a razón del virus.

Un rápido vistazo a las peticiones hechas ante varios tribunales superiores, pero principalmente ante la Suprema Corte, sirven para ilustrar el punto: la urgencia por restablecer la conexión a internet en Kashmir; los salarios para los trabajadores durante el confinamiento; apoyos de emergencia en vivienda y subsistencia para trabajadores despedidos; el pago de apoyos a derecho habientes bajo el esquema impuesto por MGNREGA sin la necesidad de que se presentaran en sus sitios de trabajo; equipos de protección personal y otras medidas de seguridad para el personal médico y de cuidados que se encuentra bajo alto riesgo de infección y en estado grave de estigmatización por razón de casta; protección en contra de desalojos realizados por arrendadores —del personal médico y trabajadores—; controles de precio para las pruebas detectoras de virus; la nacionalización del sector sanitario; la dotación al personal médico y de cuidados de equipos de protección personal, así como el establecimiento de un plan nacional para combatir a la covid-19 y la protección policial al personal médico; la búsqueda por la prohibición de cerrar fronteras estatales; la desautorización del transporte de emergencia que causa emergencias médicas y eleva en el número de muertes⁹ y la búsqueda de acceso a los servicios médicos para mujeres embarazadas.

Finalmente, el derecho a un funeral decoroso y al trato digno en caso de fallecimiento como parte del derecho a la vida bajo el artículo 21, que en el caso de un doctor fallecido a causa de la covid-19 en la región de Chennai puso el acento de nuevo en la demanda hecha por múltiples movimientos de derecho humanos de que la profanación de tumbas es una violación grave a los derechos humanos.

Numerosas peticiones señalaron el maltrato, los excesos y la brutalidad de la policía. Algunas otras se enfocaron en la necesidad de contener el

⁹ *State of Karnataka v. State of Kerala & Ors.* SLP (Civil) 10823 of 2020, y contradecларación presentada por el estado de Kerala. Curiosamente, los gobiernos de estos dos estados, el Partido Bharatiya Janata y el Partido Comunista de la India (marxista), han sido adversarios políticos, un hecho que puede influir en el cierre de la frontera.

esparcimiento del virus a través de suspender la impresión de diarios, y otras demandaban la suspensión de una encuesta comunitaria planificada por el gobierno del estado de Goa, y la negativa de dar a un gato doméstico alimento de marca que significó una "CATastrofe"¹⁰ son algunos ejemplos. En relación con las personas encarceladas, las deliberaciones judiciales se concentraron en descongestionar las prisiones; someter a las personas a pruebas de detección antes de ser arrestadas y proporcionar equipos de protección personal y desinfectantes al interior de las prisiones, incluso cuando gente (activistas y periodistas) estaban siendo arrestados en nuevos casos de conformidad con lo dispuesto por la ley de prevención de actividades delictivas.

De las resoluciones hechas por los tribunales, la orden de la Corte de liberar presos que hubieran servido dos años en centros de detención bajo la Ley de Extranjeros en el estado de Assam con una garantía mucho menor fue un movimiento muy bien recibido. También hubo estimados basados en información proveniente de los estados según la cual aproximadamente 34,000 presos habrían de ser liberados bajo fianza o libertad condicional a lo largo de todo el país. Muchos de los casos presentados ante la Corte adoptaron la modalidad de intervenciones *suo motu*, y litigios de interés público en los que se buscaban medidas específicas.

La petición de nacionalizar los hospitales hasta que la pandemia estuviera bajo control fue rechazada por la Suprema Corte. Es importante recalcar que esta petición invocaba los principios directivos de política estatal así como el artículo 21. Hubo por lo menos tres estados —Chhattisgarh, Rajasthan y Madhya Pradesh— que designaron todos sus hospitales privados a la atención de pacientes de covid-19. Hay profesionales de la salud pública y colectivos como el de Jan Swasthya Abhiyan que han

¹⁰ N. Prakash v. State of Kerala & Anr. WP (C) TMP-28 of 2020. La sentencia resaltó las cinco libertades/derechos que son fundamentales para los animales: la ausencia de hambre, sed y desnutrición; la ausencia de miedo y angustia; ausencia de molestias físicas y provocadas por la temperatura; ausencia de dolor, lesiones y enfermedades, y libertad para expresar patrones normales de comportamiento.

cuestionado qué es, en efecto, una suspensión de la atención médica y el tratamiento para las personas. Ésta era una oportunidad para la Corte de pensar de manera distinta sobre el acceso integral al sistema de salud y la responsabilidad del Estado.

Existió una segunda petición que requería la designación por parte del Estado de todos los hoteles para dar alojamiento a los trabajadores migrantes desalojados. "El solicitante alegó que establecer estos alojamientos autónomos podría ser más rentable, consumiría menos tiempo y ya estaría provisto con electricidad, agua, respaldo de energía eléctrica, elevadores, ventilación, mejor saneamiento, higiene y seguridad". La Suprema Corte rechazó esta petición observando que el gobierno no puede escuchar todas las sugerencias que le son presentadas.

Las equivocaciones del tribunal supremo con respecto a las libertades de prensa son causa de preocupación. La negación de la Corte a detener la incitación al genocidio (haciendo eco de Suchitra Vijayan) que pasa por periodismo, al declarar que no "amordazará a la prensa", es causa de preocupación, sobre todo cuando existe evidencia de que le presentaron noticias falsas (*fake news*) y la elaboración de perfiles étnicos. Debe notarse también que esto contrasta marcadamente con la aceptación de la corte del argumento estatal infundado de que fueron *fake news* las que llevaron a los trabajadores en Delhi a protestar en las autopistas el 24 de marzo, así como del "aviso" del Estado a los medios de comunicación de abstenerse de reportar negativamente la acciones del gobierno en el contexto de la pandemia

La calidad de la respuesta de la Corte al sufrimiento de la clase trabajadora sobre la que el país depende en última instancia es débil y exigua. Esto es, irónicamente, una falla a reconocer que no son los trabajadores los que dependen del país, sino el país el que depende de sus trabajadores. Por ejemplo, en respuesta a una petición para asegurar el pago de salarios a los trabajadores migrantes, el presidente de la Suprema Corte

de India cuestionó a los solicitantes "por qué se solicitan salarios cuando el gobierno proporciona comidas".

En una petición presentada en relación con las extremas penalidades impuestas por una acción estatal inexcusablemente arbitraria y desproporcionada, la Corte se limitó a observar exclusivamente el informe de situación presentado por el mismo gobierno acerca de la condición de los trabajadores migrantes; aceptó el argumento del estado de que el éxodo de trabajadores fue causado por rumores y *fake news*. No es claro que fue exactamente lo que fue *fake*, ¿el anuncio del confinamiento?, ¿la amenaza de sanciones serias a cualquiera que violara el confinamiento?, ¿el rechazo de los empleadores a pagar salarios?, ¿el desalojo que llevaron a cabo los dueños de las viviendas?, ¿el hecho de que la vida en la ciudad depende del trabajo y los salarios —ante cuya ausencia, la única opción para los trabajadores migrantes es regresar a sus lugares de origen—?, ¿fue el relato sobre el sufrimiento de los trabajadores en un camino de muerte?, ¿el hecho de que para este sector de la población la decisión está entre morir por covid-19 o morir de hambre?

Un párrafo es en especial revelador: en el que se establece la instrucción a los medios de comunicación de "comunicar la información responsablemente mediante la publicación de los boletines diarios del gobierno —la versión oficial de los acontecimientos—". Una advertencia similar fue rechazada, como hemos visto, en la solicitud que pedía a los medios abstenerse de llevar a cabo perfiles basados en el origen étnico de los musulmanes.

La falta de disposición para explorar una idea distinta de justicia que, por un lado, esté sustentada en la Constitución y, por otro, tome en cuenta el sufrimiento y los daños que la pandemia y el confinamiento han impuesto en los pobres es algo difícil de entender.

El punto más importante es no perder de vista que son los trabajadores los que tienen el poder de construir o destruir esta nación. Después de

padecer por décadas malos tratos e insensibilidad, arrojarlos a la indigencia —sin importar cuál sea la emergencia— es simplemente inaceptable.

G. El marco ético triádico de la Constitución

Cuando el derecho a la privacidad fue declarado un derecho fundamental, la Suprema Corte resucitó en términos elocuentes la histórica opinión discrepante del juez HR Khanna en el caso *ADM Jabalpur v. Shivkant Shukla*. Cabe recordar que el significado de esto fue que los derechos fundamentales no pueden ser suspendidos ni siquiera en condiciones de emergencia. ¿Cómo es que hemos olvidado eso? La jurisprudencia de esta emergencia de salud pública debe estar centrada en pedir cuentas al Estado en representación de los ciudadanos más pobres, más desposeídos. Solamente si los remedios establecidos por tribunales y la ley son vistos como justos podemos avanzar. Es un tiempo extraordinario y existe la necesidad para entender la vulnerabilidad de la clase trabajadora y recordar la jurisprudencia constitucional a la que dio lugar el caso *Vishakha*. Eso nos ayudará a situar los reclamos de derechos dentro de un mandato constitucional más amplio a fin de eliminar los ambientes hostiles en general en todos los ámbitos de despojo y privación de derechos, no solamente en los que tienen que ver con género y lugar de trabajo.

El problema generado por la pandemia de covid-19 ha sido presentado como un asunto relacionado con el artículo 21: el derecho a la vida, la libertad personal, la subsistencia y la dignidad. Podríamos considerar una ruta constitucional distinta; esta ruta tiene que ver con el balance entre los intereses del Estado y los derechos de los ciudadanos. Por ahora, la cuestión no se limita a la salud pública. La manera en la que esta pandemia ha sido manejada es una señal del lugar que el "nosotros el pueblo" ocupa en el imaginario del gobierno nacional. Necesitamos encontrar formas nuevas para reimaginar nuestro lugar poniendo en el centro las ideas del doctor Ambedkar sobre constitucionalismo. Con el fin de explorar esta propuesta sugiero una ruta diferente —parte IV de

la Constitución, los principios directivos de la política de Estado— como ancla de la acción estatal.¹¹

Aunque Kerala ha estado a la vanguardia en esta cuestión, una mirada superficial a los decretos promulgados por otros gobiernos estatales muestra un esfuerzo tremendo para reunir recursos a fin de remediar el sufrimiento causado por el establecimiento repentino del confinamiento.

Los principios directivos de política estatal son una guía para los gobiernos. Para encontrar una salida a la crisis, estos son "fundamentales para la gobernanza del país" (artículo 37). En el esfuerzo por "un orden social en el cual la justicia social, económica y política habrá de guiar a toda institución de la vida nacional", un orden social enfocado en promover el bienestar de las personas, son esas directivas las que establecen los preceptos constitucionales. En particular, el Estado tiene la obligación de minimizar desigualdades —en el ingreso, estatus, oportunidades entre individuos y grupos de distintas regiones y vocaciones (artículo 38)—. En palabras del juez Sudarshan Reddy:

aunque no se puede ejecutar en ningún tribunal, es sin embargo fundamental para la gobernanza, codifica una parte de lo que el preámbulo establece como el fin último de la nación i.e. el desarrollo nacional como un proceso y una situación en la cual prevalecen condiciones de justicia completa. Estas condiciones son esenciales para el mantenimiento del orden social en el cual nuestro pueblo puede vivir con dignidad y fraternidad (y) un concepto de bienestar que subsume los beneficios de las condiciones de justicia.

El Estado debe no sólo guiar sus políticas hacia el aseguramiento del derecho a los medios adecuados de subsistencia, sino también asegurar, de acuerdo con el artículo 39,

¹¹ Véase Baxi, U., "Directive principles and sociology of indian law: a reply to dr. Jagat Narain", *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 11, núm. 3, pp. 245-272, 1969, para una exposición detallada sobre el "anclaje textual" de las Directivas en la Constitución, el cual hace posible que la acción estatal se encuentre enraizada en éstas.

(c) que la propiedad y control de los recursos materiales de la comunidad sean distribuidos de la forma que más beneficie al bien común;

(e) que la salud y la fuerza de los trabajadores, hombres y mujeres, y la tierna edad de los niños no sean objeto de abuso...

(f)...que la infancia y la juventud sean protegidas...en contra del abandono moral y material'

La obligación del Estado, tal como lo establecen los principios directivos de política estatal, debe ser respaldada por un sistema jurídico que promueva la justicia y asegure que "no se nieguen a ningún ciudadano oportunidades para garantizar la justicia por ningún motivo económico o de cualquier otra índole" (artículo 39A).

Al rechazar la interpretación no armónica de las directivas, el juez Reddy subraya que "las líneas estructurales de la lógica, los imperativos éticos que rigen el quehacer del estado y las lecciones que nos da la historia fluyen unas de otras". En consecuencia, señala,

el artículo 39(b) de la Constitución debería reconstruirse a la luz del artículo 38 de la Constitución misma y ser entendido como si impusiese una obligación afirmativa sobre el estado para asegurar que la distribución de los recursos materiales de la comunidad no resulte en el incremento de desigualdades entre las personas y las regiones.

El artículo 41 ordena al Estado a proveer "asistencia pública en caso de desempleo, edad avanzada, enfermedad e incapacidad, y en otros casos de necesidad inmerecida", un salario de subsistencia (artículo 43), atención especial por los "intereses educativos y económicos de los sectores menos aventajados de la población" que los proteja de la injusticia social y de toda forma de explotación (artículo 43). Finalmente, garantizar una alimentación adecuada, a la vez que los estándares de vida y de salud

pública habrán de considerarse "entre sus obligaciones principales" (artículo 47).

Tras observar que la igualdad (que incluye pero no se limita a lo establecido por el artículo 21) es "una condición necesaria para la obtención de la justicia", el juez Sudarshan Reddy establece el alcance expansivo de la justiciabilidad y la interlectura de la triada preámbulo-derechos fundamentales-principios rectores: "La India nunca estuvo destinada a ser una simple tierra en la que los deseos y acciones de los ricos y poderosos prevalecen sobre las necesidades de la gente. Al ámbito y el alcance de nuestro ideal igualitario le es inherente la necesidad de equidad intergeneracional".

La imagen clara que ahora emerge es un mapa que muestra la ruta que la acción gubernamental debe seguir según la cual los sectores más marginalizados y vulnerables deben ser colocados al centro de la política, mucho más ahora mientras enfrentamos la pandemia que como nunca antes.

Cómo podemos reimaginar el constitucionalismo tomando en cuenta eso que el juez Reddy ha llamado "el marco ético triádico", destacando en el proceso la relevancia de la parte IV para un entendimiento de la ciudadanía y de la responsabilidad estatal en una democracia social, política y económica.¹² Este momento nos presenta una oportunidad para dibujar los campos de la jurisprudencia constitucional y el constitucionalismo de una nueva manera. Necesitamos hacer esto sin recurrir a los discursos de guerra. Upendra Baxi nos exhorta a repudiar la máxima latina de que en tiempos de guerra el derecho es mudo. Si bien es cierto que el repudio a dichos discursos es una vía, una distinta es evitar esos discursos de guerra y la lógica de los enemigos (junto con sus correspondientes vallas *proxy* y fronteras aseguradas) en una crisis en torno a una pandemia/enfermedad/dolencia que requiere más bien unidad.

¹² Kannabiran, K. G., "Understanding directive principles of state policy", unpublished note, 2010.

Es tiempo de que los tribunales y los gobiernos revivan una memoria firme de la Constitución, de los principios rectores y actúen sólo sobre esa base. Finalmente, cualquier acción, estatal o judicial, debe estar basada en la empatía y en un profundo compromiso ético con la moralidad constitucional, y no con la afirmación de prerrogativas y la distribución de dádivas. Todos habitamos el *commons* constitucional igualmente y formamos parte de él por igual —desde los trabajadores menos privilegiados hasta el ministro presidente de la Suprema Corte y el presidente de India—. No olvidemos eso.

Bibliografía

Baxi, U., "Directive principles and sociology of indian law: a reply to dr. Jagat Narain", *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 11, núm. 3, pp. 245-272, 1969.

Kannabiran, K. G., "Understanding directive principles of state policy", unpublished note, 2010.

Moller, K., *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

La proporcionalidad de las restricciones laborales por la pandemia de covid-19

Daniela Mayumy Vara Espíndola*

* Egresada de la Licenciatura en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.
Se desempeñó como analista jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.

SUMARIO: A. Introducción; B. Restricciones laborales; C. Conflictos entre derechos: derecho humano a la salud vs. derecho humano al trabajo; D. Test de proporcionalidad: su aplicación en tiempos de covid-19; E. Proporcionalidad en las restricciones laborales; F. Conclusiones.

La restricción de un derecho fundamental sólo es válida cuando sea indispensable para realizar un fin legítimo.

Rubén Sánchez Gil

A. Introducción

¿Vivir o sobrevivir en la pandemia? A poco más de dos años de la llegada del SARS-CoV-2 (virus causante de la enfermedad covid-19) a nuestras vidas, es momento de hablar de la forma en la que trastocó las rutinas diarias de familias, empresas, industrias y gobiernos. La pandemia no sólo afectó en el ámbito de la salud, sino que de un momento a otro la vida que conocíamos, simplemente, cambió. Con la llegada de la pandemia por covid-19 más que vivir, tuvimos que aprender a sobrevivir, a cambiar la forma de ver y valorar actividades que considerábamos simples, como ir a trabajar, viajar, visitar a familiares, ir al supermercado, acudir a reuniones, al cine, parques y escuelas, entre muchas otras.

La serie de restricciones y medidas con la finalidad de evitar la propagación del virus fue sólo una de las consecuencias que la pandemia dejó en nuestras vidas. Dichas restricciones fueron toques de queda; implementación de cordones sanitarios; cuarentenas; suspensión de clases; cierre de cines, teatros, restaurantes, discotecas y gimnasios; prohibición de eventos

masivos; uso obligatorio de mascarillas en lugares públicos, entre muchas otras. Algunas se han ido flexibilizando con el avance de la pandemia, pero seguimos sin volver a la vida que solíamos conocer.

Todas y todos tuvimos que reajustar nuestros hábitos de vida para adaptarnos a la nueva situación, comenzando por sobrevivir al confinamiento domiciliario. De tener una vida activa, fuera de casa, tuvimos que aprender a quedarnos en casa, pero continuando con nuestras vidas. El objetivo de esta medida fue detener la propagación del virus, así como la crisis hospitalaria y las muertes derivadas de covid-19; sin embargo, cada sector de la población vivió —y vive hasta la fecha— el confinamiento de manera distinta.

Las medidas y restricciones se presentaron en todos los aspectos de nuestras vidas, sin duda el mundo del trabajo fue uno de los sectores que se vio profundamente afectado por la pandemia. No sólo fue necesario revolucionar nuestra forma de vida, sino también nuestra forma de trabajar. Muchas empresas y trabajadores tuvieron que adoptar una serie de medidas enfocadas en seguir desarrollando sus actividades, pero protegiendo en todo momento la salud y disminuyendo lo más posible los riesgos de contagio. Una de las medidas que revolucionó el mundo del trabajo fue el desarrollo de actividades de manera remota, mejor conocido como *home office*.¹ Por ello, sin desconocer el impacto que las restricciones sanitarias tuvieron de los demás ámbitos de nuestras vidas, mi texto se enfoca en sus implicaciones dentro del mundo del trabajo.

En este escrito me gustaría explorar I) cuáles son las principales medidas de restricción implementadas en el mundo del trabajo; II) qué derechos

¹ El *home office*, también conocido en México como *teletrabajo*, es una modalidad laboral en la que los trabajadores pueden realizar sus actividades profesionales vía remota, sin tener que presentarse físicamente en las instalaciones de la empresa. Véase Universidad Nacional Autónoma de México, "Home office, una opción laboral antes y después del coronavirus", *Ciencia UNAM*, México, 2020. Disponible en: <https://ciencia.unam.mx/leer/1015/home-office-una-opcion-laboral-antes-y-despues-del-coronavirus>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

humanos se vieron afectados o en conflicto debido a las restricciones; III) cuál fue la justificación de las autoridades para implementar esas medidas y no otras; IV) la importancia de la aplicación del test de proporcionalidad en tiempos de pandemia. Finalmente, cerraré con la examinación de la proporcionalidad de las restricciones aplicadas al mundo del trabajo.

Sobre el primer punto, mi intención es abundar en el catálogo de medidas de restricción impuestas en el mundo de trabajo, a fin de conocer cómo se modificó el contexto y la forma de desarrollar las labores y conocer cuáles fueron sus objetivos; a quiénes estuvieron dirigidos; cuáles fueron los sectores laborales más afectados. Del segundo punto me interesa enfatizar en por qué se originan los conflictos entre derechos humanos, y explorar los conflictos creados por la implementación de las medidas de restricción en el mundo del trabajo, en especial, el generado entre el derecho humano a la salud y el derecho humano al trabajo.

En el tercer y cuarto puntos mi objetivo es entender y desarrollar las razones por las que las autoridades, tanto sanitarias como laborales, implementaron las restricciones. ¿Por qué implementaron esas y no otras medidas? ¿Cuáles fueron las principales consecuencias?, sobre todo, sus efectos en las problemáticas —ya existentes— de inestabilidad, aseguramiento y desempleo, por mencionar algunas. Resaltaré la finalidad de la aplicación del test de proporcionalidad en un contexto tan cambiante como la pandemia por covid-19, así como la importancia práctica de utilizar esta herramienta jurídica. Muy ligado con el punto anterior, en el quinto y último apartado me gustaría cerrar con un análisis sistemático de los puntos uno y cuatro. Es decir, de forma específica examinaré la proporcionalidad de las restricciones aplicadas al mundo del trabajo; esto mediante el análisis del test de proporcionalidad en ejemplos concretos de las restricciones aplicadas.

La tesis que me interesa defender es que existió una desproporción en las medidas y restricciones implementadas en el mundo del trabajo. Si bien

todos los aspectos de nuestras vidas se vieron afectados por la pandemia, el mundo laboral experimentó cambios muy importantes que revolucionaron la forma en que conocíamos y desarrollábamos el trabajo. Estimo que las medidas fueron desproporcionadas porque evidenciaron —aún más— la falta y la necesidad de la implementación de políticas públicas, y sobre todo de la inacción de los gobiernos para proteger y salvaguardar los derechos humanos de los trabajadores y las trabajadoras. Es claro que los problemas del mundo del trabajo ya existían, sin embargo, el giro de 180 grados que provocó la pandemia permitió identificar que ante condiciones inesperadas sólo ciertos sectores pueden adaptarse, mientras que otros simplemente intentan sobrevivir a los duros impactos que dejó —y sigue dejando—, específicamente, el mundo del trabajo.

B. Restricciones laborales

La pandemia por covid-19 impactó en la salud, la vida, y sobre todo en la economía de miles de personas. Como consecuencia de los confinamientos y medidas de restricción gran parte de los negocios y empresas se mantuvieron cerrados e incluso algunos quebraron, esto indudablemente debe arrojar un aumento en la tasa de desempleo de cualquier nación. Tanto las empresas como las personas tuvimos la necesidad de adaptarnos; en el caso de las personas algunas de las consecuencias fueron ajustar los gastos, cuidar la salud física y mental, entre otras; sin embargo, para las empresas y negocios la situación tampoco fue fácil.

De acuerdo con los datos de "Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo"² muchas empresas tuvieron que adaptarse a las prácticas y procedimientos personales de trabajo. Algunas otras se vieron en la necesidad de reducir su tamaño y producción, reestructurar sus áreas, departamentos, o incluso de fusionarse para sobrevivir. Esta nueva realidad

² Organización Internacional del Trabajo, Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo, 4ª ed., 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_745965.pdf. [Consultado el 10 de junio de 2022].

obligó tanto a patrones como a trabajadores a enfocarse en un solo objetivo: sobrevivir y evitar los contagios de trabajadores, clientes y consumidores.

La prevención puede parecer algo sin importancia, muchas veces resultó más cómodo esperar hasta que aconteció la situación para entonces buscar alguna solución; sin embargo, en el contexto de la pandemia la prevención no fue una opción, sino una obligación. Es bueno recordar que las enfermedades profesionales³ y los accidentes de trabajo⁴ suponen importantes repercusiones en las personas y en sus familias. Si un trabajador o trabajadora se enferma no sólo se verá afectado su bienestar físico y emocional, sino también afectará gravemente su aspecto económico y familiar.

Sin duda, la prevención no fue el único objetivo de las medidas de restricción. El miedo a la pérdida del empleo, o la reducción del salario y prestaciones suponía un estado de incertidumbre en el mundo del trabajo. En el contexto de pandemia todo se encontraba relacionado, porque si bien las empresas tomaban medidas para sobrevivir y no quebrar, muchas veces implicaba que el miedo a la pérdida del empleo se convirtiera en una realidad de miles de trabajadores.

También es cierto que dentro del mundo del trabajo existieron muchos contextos distintos. Es decir, si bien para algunos fue posible transitar a nuevas modalidades y procedimientos de trabajo algunos otros —por su propia naturaleza— no podían desarrollarse ni adaptarse totalmente a la nueva realidad; por ello, con el objetivo de evitar la propagación del virus, fue necesario no sólo implementar medidas de distanciamiento

³ De acuerdo con la Ley Federal del Trabajo: "**Artículo 475.** Enfermedad de trabajo es todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios".

⁴ De acuerdo con la Ley Federal del Trabajo: "**Artículo 474.** Accidente de trabajo es toda lesión orgánica o perturbación funcional, inmediata o posterior, o la muerte, producida repentinamente en ejercicio, o con motivo del trabajo, cualesquiera que sean el lugar y el tiempo en que se preste".

social, sino de prevención y control en los lugares de trabajo,⁵ y, posteriormente, restricciones específicas para el ámbito del trabajo.

Las restricciones laborales derivadas de la pandemia tuvieron el propósito de reducir el riesgo de contagio en las fuentes de empleo. Las medidas tuvieron destinatarios específicos: las personas trabajadoras y los empleadores. Entendiendo por trabajador a todas las personas empleadas —incluidos los empleados públicos— que realicen actividades relativas a su trabajo de manera presencial en una oficina, fábrica, planta o instalación similar.

Algo que no podemos perder de vista es que en algunos sectores existen tendencias claras de un mayor riesgo de transmisión. Particularmente en aquellos lugares donde hay contacto físico entre personas, ventilación inadecuada, salas de trabajo, por ejemplo. Algunos ejemplos pueden ser los sectores de servicios y ventas, de servicios domésticos y de limpieza, educación, procesamiento de carnes, hostelería, conductores y transporte, seguridad pública, construcción, restaurantes y centros de entretenimiento, por mencionar algunos. La lista de los sectores y actividades afectadas por las restricciones da para mucho más, sin embargo, todos comparten un punto en común: las medidas preventivas implementadas para evitar la transmisión de covid-19.

Concretamente, me gustaría resaltar que del trabajo colaborativo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) algunas de las restricciones utilizadas fueron trabajo a distancia, ingreso a los lugares de trabajo sólo para personal de puestos clave, distanciamiento físico, pruebas de detección periódicas, aislamiento de personas infectadas, rastreo y cuarentena de contactos, desinfección

⁵ De acuerdo con la OIT: "El lugar de trabajo abarca todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador". Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_745694.pdf.

periódica del lugar de trabajo (en especial, de superficies que se toquen con frecuencia), higiene de las manos, vigilancia del medio ambiente y uso apropiado de equipos de protección personal.⁶ Todo este catálogo de medidas tuvo como único propósito la prevención y la protección de la salud de trabajadores, empleadores y hasta consumidores; sin embargo, ¿la prevención es finalidad suficiente para justificar la imposición de las medidas?

En la implementación de las medidas de restricción se tomaron en consideración diversas personas en situación de riesgo⁷ o vulnerabilidad; por ejemplo algunas medidas de los centros de trabajo se enfocaron en proteger a personas adultas mayores; mujeres embarazadas; personas con discapacidad; personas que padezcan alguna enfermedad crónica, como cáncer o diabetes, y enfermedades respiratorias y cardíacas. Esto no quiere decir que las medidas y restricciones sólo hayan sido para las personas consideradas dentro de un grupo de riesgo, sino que implica que las medidas y restricciones tengan una finalidad específica: garantizar el goce máximo de salud⁸ que se pueda lograr, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

Por otro lado, resulta necesario hablar de la situación de los trabajadores informales. Un grupo particularmente olvidado, pero sumamente

⁶ Organización Mundial de la Salud, Prevención y mitigación del covid-19 en el trabajo: Lineamientos para la implementación de medidas en las empresas Colombia, 2021. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/341672/WHO-2019-nCoV-Workplace-actions-Policy-brief-2021.1-spa.pdf>. [Consultado el 10 de junio de 2020].

⁷ De acuerdo con la OIT: "**Riesgo**: Es la combinación de a) la probabilidad de que ocurra un suceso peligroso y b) la gravedad del daño que puede producirse, incluidas consecuencias que pueden manifestarse a largo plazo" Disponible en: Organización Internacional del Trabajo, Metodología para la identificación de peligros, evaluación y valoración de los riesgos de SST, Colombia, 2020). Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_752788.pdf. [Consultado el 10 de junio de 2020].

⁸ De acuerdo con la OIT Salud: "En relación con el trabajo, abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo", Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores (núm. 155), 1981. Disponible en: www.ilo.org: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:C155.

importante —y vulnerable— en el mundo del trabajo. Para entender mejor, según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI):

[...] (L)a ocupación en el sector informal considera a todas las personas que trabajan para unidades económicas no agropecuarias operadas sin registros contables y que funcionan a partir de los recursos del hogar o de la persona que encabeza la actividad sin que se constituya como empresa, de modo que la actividad en cuestión no tiene una situación identificable e independiente de ese hogar o de la persona que la dirige.⁹

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), en febrero de 2022 la población que trabajaba en la informalidad laboral era de 30.6 millones de personas y la tasa de informalidad laboral (TIL), de 54.6% de la población ocupada. Es decir, más de la mitad de las personas económicamente activas estaba en el sector informal, pero, entonces, ¿a ellos también les aplicaron las restricciones? Me atrevería a decir que el cambio de vida ocasionado por el covid-19 nos afectó a todos —quizá no de la misma medida, pero estuvo presente—.

Para cerrar esta primera aproximación a las restricciones implementadas en el mundo del trabajo es fundamental conocer el verdadero impacto que ha tenido la emergencia sanitaria, esto nos permitirá comprender cuáles fueron las medidas implementadas, su finalidad y las personas a las que estuvieron dirigidas. Si bien las medidas se implementaron por una situación extraordinaria, no pueden usarse como fundamento para configurar violaciones a los derechos humanos de las personas trabajadoras. Conocer las medidas y en especial las actividades y poblaciones que se encuentran en mayor riesgo contribuye con el estudio de cuándo sí y cuándo no es necesaria una medida de restricción, y también ayuda a comprender qué sucede cuando una restricción se ve contrapuesta con el ejercicio de un derecho diferente al que se busca proteger.

⁹ Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), Indicadores de ocupación y empleo, 2022. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/iooe/iooe2022_03.pdf. [Consultado el 10 de junio de 2022].

C. Conflictos entre derechos: derecho humano a la salud vs. el derecho humano al trabajo

La vida está llena de decisiones. La mayoría de las veces tenemos que escoger entre tener o no dos o más cosas. Algunas veces las elecciones son fáciles, pues escogemos lo que más nos gusta, lo que implica menos esfuerzo, o tal vez lo que nos haga perder menos; sin embargo, en otras ocasiones decidir es mucho más complejo. Especialmente cuando no sólo se trata de nosotros, sino que nuestras elecciones tendrán incidencia en la vida y actuar de otras personas cercanas. La situación también se vuelve compleja cuando la elección se disputa entre dos o más cosas que queremos tener al mismo tiempo.

Sea como sea, las elecciones están presentes de una forma casi tan vital como respirar; el mundo del derecho no se queda atrás. En el mundo jurídico también nos enfrentamos a situaciones concretas en las que un conflicto obliga a decidir, específicamente, entre el ejercicio de derechos de una persona frente a otra, o bien sobre el ejercicio de dos derechos de los que una misma persona es titular.

Entonces, ¿por qué se originan los conflictos entre los derechos humanos? Si bien la respuesta podría parecer sencilla, considero oportuno revisar el análisis que se ha hecho desde para solucionar las colisiones entre derechos. Por supuesto, los mecanismos no son nada sencillos, es posible que muchas veces se tenga que tomar decisiones difíciles, pero que brinden mayor protección para las personas.

Con el ejemplo de la normativa española y de acuerdo con el autor Luis Fernando Castillo Córdoba¹⁰ en su obra *¿Existen los llamados conflictos entre derecho fundamentales?*, podemos señalar que en la actualidad es

¹⁰ Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y de Protección Jurídica de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Lima.

cada vez más común, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional,¹¹ que se hable de "conflicto" de derechos fundamentales. Esto deviene de una visión conflictivista de los derechos fundamentales como realidades que en algún momento pueden entrar en conflicto u oposición entre sí, debido a que se tiene el convencimiento de que

Al ejercer un derecho fundamental, éste se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar cómo se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales.¹²

En ese sentido y de acuerdo con las posturas conflictivistas sobre los derechos fundamentales, éstos son realidades jurídicas que naturalmente pueden entrar en conflicto. Los conflictos, al igual que las elecciones, son inevitables, por lo que cuando estamos en presencia de uno la solución jurídica es bastante simple: preferir un derecho por encima de otro, poner un derecho por encima de otro. Pero ¿cómo es posible hacer esto cuando la doctrina nos ha señalado que no existe jerarquía entre los derechos fundamentales?

La respuesta no es sencilla, sin embargo, dada la notoria necesidad de entender que tienden a colisionar, lleva a aceptar que los conflictos son inevitables y por lo tanto deben resolverse. Aunque la elección o preferencia de un derecho sobre otro no debe tomarse a la ligera o implicar un simple favoritismo, la solución de los conflictos entre derecho es más que eso, implica razonamiento y análisis, pero sobre todo el uso de

¹¹ Algunos ejemplos de fallos del Tribunal Constitucional español que recoge la visión conflictivista de los derechos son STC 6/1981, de 16 de marzo; STC 123/1993, de 19 de abril, y STC 78/1995, de 22 de mayo.

¹² Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 594.

mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro.

Como ejemplo puedo señalar que los principales mecanismos de solución que se utilizan para dar respuesta —y también sustento— a una visión conflictivista de los derechos fundamentales son la jerarquía y la ponderación. Sin duda, las metodologías utilizadas para decidir un conflicto de derechos son sumamente interesantes, pero el objetivo de este texto no es profundizar al respecto. ¿Qué quiero decir? Que mi intención no es señalar cómo se integran estos mecanismos, ni cómo ni quienes los emplean; por el contrario, la idea es señalar que los conflictos entre derechos existen, pero sobre todo me interesa enfatizar que en el caso particular son una consecuencia.

Para explicarme mejor planteé el siguiente ejemplo: como mencioné, derivado de la pandemia por covid-19 que afectó sobremanera nuestras vidas los gobiernos de los Estados se vieron obligados a imponer medidas y restricciones que permitieran salvaguardar la salud de los integrantes de sus naciones. Estas restricciones generalmente afectaban el ejercicio de algunos derechos de las personas, lo que tenía como consecuencia que las autoridades prefirieran salvaguardar los derechos a la vida, a la salud y la integridad de las personas por encima de los derechos de tránsito, recreación, educación y por supuesto el derecho al trabajo. Por lo tanto, la intención de hablar de los conflictos entre derechos es evidenciar que en el caso concreto de la pandemia surgieron como una consecuencia de las medidas y restricciones implementadas por la propia emergencia sanitaria.

Dicho lo anterior es posible afirmar que si bien comparto la idea de que entre los derechos fundamentales no hay una jerarquía natural, existen situaciones —como la pandemia— que hacen necesario determinar la supremacía de uno u otro derecho sobre los demás. Asimismo, solucionar un conflicto entre derechos implica analizar y ponderar los derechos o bienes jurídicos que se encuentran en colisión, por lo que no

sólo se trata de analizar los derechos en sí, sino las consecuencias de elegir uno por encima de otro.

Ahora bien, para aterrizar esta serie de argumentos en torno al conflicto entre derechos en el contexto de emergencia sanitaria tenemos que uno de los conflictos más comunes fue el suscitado entre el derecho a la salud y el ejercicio de otros derechos fundamentales; es decir, durante la pandemia los conflictos entre derechos fundamentales cobraron mucha mayor relevancia, algunos ejemplos pueden ser I) la relación derecho a la salud vs. derecho a la educación; con la finalidad de ponderar la salud de un sector muy importante de la población los centros educativos fueron cerrados y pasaron a la modalidad virtual, en la cual alumnas y alumnos, docentes y profesores tuvieron que adaptarse a una nueva realidad; como a todo cambio, fue difícil adaptarse, pero también tuvo aspectos positivos; la intención es resaltar que la modalidad virtual fue más que una lección, una necesidad que evitó que millones de estudiantes vieran afectado su derecho a la educación. II) Otro ejemplo podría ser la libertad de tránsito; hay que recordar que con las medidas de restricción se afectaron los requisitos para tomar un vuelo, un autobús e incluso, en algunos países, como España, Francia o China, había restricciones para salir al supermercado. III) Las restricciones también afectaron los derechos de recreación, ya que restaurantes, cines, teatros, o plazas comerciales fueron cerrados, por lo que no había acceso a realizar otro tipo de actividades —evidentemente— por el confinamiento, pero al final implicaba una restricción al ejercicio del derecho a la libre recreación.

Como se puede observar, el punto en común es que se ponderó o se prefirió salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de las personas sobre el ejercicio de otros derechos. Siguiendo esta línea, es totalmente comprensible que las autoridades prefirieran proteger la salud de los ciudadanos, ya que durante la pandemia todo se convertía en una cadena de consecuencias que derivaban de una acción. Para ser más clara, un ejemplo: si durante la pandemia las autoridades no hubieran implementado restricciones de confinamiento a gran parte de la población, si todos

hubiéramos salido sin ninguna limitación —en ejercicio de nuestro derecho de tránsito o incluso de recreación—, es posible que la consecuencia más segura es que hubiera existido un mayor número de contagios, de enfermos y, consecuentemente, de muertos. Por lo tanto, en estos casos podemos identificar cuál derecho "pesa" más: el derecho a la vida y a la salud, puesto que sin ellos sería prácticamente imposible ejercer los demás derechos cuando la emergencia sanitaria cesara sus efectos.

Pero, por otro lado, existen situaciones en las que identificar cuál derecho "pesa" más, cuál se debe preferir y cuál desplazar es mucho más complicado, y no significa que el conflicto de derechos no deba ser resultado. Concretamente, me referiré a un conflicto muy particular, el suscitado entre el derecho a la vida y a la salud frente al derecho al trabajo. En los conflictos anteriores se podía apreciar fácilmente cuál era la respuesta. Respecto a la vida, salvaguardar un bien mayor siempre estaba por encima de cualquier restricción y, en consecuencia, del ejercicio de cualquier derecho. Lo anterior es bastante razonable, ya que como bien se estableció si una persona tiene en riesgo o incluso pierde su derecho a la vida entonces no podrá ejercer ningún otro derecho.

Dicho eso nos queda hablar sobre el caso de la colisión entre el derecho a la salud y el derecho al trabajo, en la cual ocurre algo diferente. Como señalé en el apartado de las restricciones laborales, fueron medidas implementadas en los centros de trabajo para disminuir los riesgos de contagio, pero también en el transporte público. Hasta ese punto sigue siendo comprensible y justificable la implementación de las medidas y restricciones; sin embargo, conforme fue avanzando la pandemia notamos que la situación exigía replantearse la primacía o preferencia del derecho a la salud, ya que si bien es claro que sin salud no es posible realizar muchas actividades, lo cierto es que sin dinero tampoco lo es.

Me explico, entre las medidas de restricción más implementadas estuvieron los confinamientos y el *home office* —cuando era posible—; sin embargo, conforme avanzó la situación las empresas tomaron medidas

más perjudiciales, como el despido de trabajadores o la reducción de sus salarios. Estaba claro que para las empresas también significó una pérdida colosal de bienes económicos, sin embargo, la mayoría intentaron mantenerse a flote el mayor tiempo posible. El caso de los trabajadores fue distinto, porque de la nada dejaron de recibir su salario completo mientras que los gastos iban en aumento.

Ahora bien, para entender la colisión entre el derecho a la salud y el derecho al trabajo primero es necesario entender cada uno. De acuerdo con OMS, "El derecho a la salud constituye uno de los derechos humanos fundamentales, que son aquellos que existen con anterioridad a la sociedad y al Estado, ya que corresponden a la persona humana por su condición de tal y por el sólo hecho de serlo".¹³

El derecho a la salud no se compone exclusivamente de acceso a las prestaciones básicas, sino que también implica la protección y el mantenimiento de la salud. Asimismo, de este derecho se desprenden categorías especiales de protección a grupos vulnerables, como niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad o mujeres embarazadas, en especial para este grupo la protección abarca desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del periodo de lactancia.

Lo que me interesa resaltar sobre este derecho es lo que implica y la relevancia que tomó especialmente en tiempos de emergencia sanitaria. Es decir, la salud siempre es importante y debe ser protegida y sobre todo garantizada por los gobiernos, pero con la llegada del covid-19 su promoción y protección se convirtió en una tarea aún más relevante, debido a que, ya lo expresé, la ponderación de salud fue una decisión recurrente que permitió —o intentó— evitar y contener los riesgos de propagación de la enfermedad.

¹³ Organización Mundial de la Salud, Prevención y mitigación del covid-19 en el trabajo: Lineamientos para la implementación de medidas en las empresas.

Por otro lado, es necesario hablar del derecho al trabajo. En la vida diaria, casi todas nuestras actividades implican un trabajo, éste es una necesidad; es un medio a través del cual las personas aseguran sus necesidades básicas y un poco más. El trabajo es una actividad humana que —como toda actividad— implica la necesidad de ser regulada, de establecer normas de protección para los trabajadores, y también para los empleadores. El derecho al trabajo es un derecho fundamental y esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad.¹⁴

Los derechos humanos laborales se encuentran íntimamente ligados a la seguridad social, al derecho a la permanencia en un empleo, al derecho a ser indemnizado en caso de despido sin justa o legal causa, a un salario, a vivienda, a capacitación y adiestramiento, a una jornada máxima laboral, a la seguridad social, al reparto de utilidades, a la asociación profesional, entre otros. Se puede decir que los derechos humanos laborales están presentes en muchos aspectos de la vida diaria, y a veces, sin notarlos, son los derechos que más dejamos de lado.

Una vez expresado lo anterior podemos volver al punto central de este apartado, el conflicto de derechos entre la salud y el trabajo. Para hacerlo es necesario formular la siguiente pregunta: ¿qué derecho debe preferirse, al trabajo o a la salud? Si bien ambos derechos son importantes, durante la crisis sanitaria se volvió más complicado lograr un equilibrio en la protección y ejercicio de éstos.

¿Por qué es tan problemático este conflicto de derechos? Si volvemos a analizar lo hasta ahora planteado podemos señalar que la salud ha sido

¹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 18, el Derecho al Trabajo, aprobada el 24 de noviembre, Ginebra, Naciones Unidas, 2005. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f18&Lang=. [Consultado el 10 de junio de 2022].

un derecho fundamental para garantizar el derecho a la vida de las personas durante la emergencia sanitaria; sin embargo el derecho al trabajo fue uno de los más afectados. Es posible explicar de mejor manera a través de un ejemplo: como medida de restricción el gobierno de un Estado implementa el cierre de un restaurante para evitar la propagación del virus. Al ser un trabajo que no puede desarrollarse de manera virtual, el dueño intenta resistir al cierre pagando a los empleados la mitad de su sueldo. Pasa el tiempo y las condiciones sanitarias empeoran, y sin tener mucha claridad respecto de lo que sucederá o de cuándo podrá reanudar sus actividades, decide despedir a sus trabajadores. Así, la situación de los trabajadores cambia radicalmente, porque de un día a otro sus ingresos son disminuidos y se quedan sin la fuente que les permita proveer de lo necesario a su familia, lo cual ocasiona que tenga complicaciones para conseguir el alimento, o dificulta la posibilidad de acceder a atención médica en caso de enfermedad, también comienzan a tener problemas económicos que les impiden pagar la renta, su crédito automotriz o sus tarjetas de crédito, lo cual con el tiempo les traerá consecuencias negativas con las instituciones bancarias.

¿Recuerda cuando mencioné que en un contexto de pandemia los conflictos entre derechos debían ser vistos como una consecuencia? Ahora es momento de verlo más claro. En resumen, tenemos que la autoridad impuso una restricción para salvaguardar el derecho a la salud de su población y de esta forma evitar el contagio y la propagación del virus, sin embargo, la protección y sobre todo ponderación de este derecho sobre los otros, concretamente, sobre el derecho al trabajo, implicó que una persona se viera afectada en muchos otros aspectos de su vida. Entonces, ¿debía ponderarse el derecho a la salud sobre el derecho al trabajo?

Como he señalado, los conflictos entre derechos no implican decisiones al azar, siempre se deben analizar los beneficios, pero sobre todo las consecuencias de colocar un derecho por encima del otro. Lo interesante no es establecer si una medida de restricción —tomada por la autoridad de un Estado— es la más adecuada porque le va a traer beneficios a unos

cuantos, para tomar esa decisión deben tomarse en cuenta las consecuencias de corto y mediano plazo para todos los grupos de población a los que está dirigida.

El conflicto entre el derecho a la salud y el derecho al trabajo sigue una línea muy particular, ya que, como se puede apreciar en el ejemplo, ambos puntos de vista son válidos. Por un lado, el Estado buscaba salvaguardar el derecho a la salud, mientras que por el otro la restricción tomada por la autoridad limita el acceso al derecho al trabajo tomando como base la justificación del bienestar colectivo. Decir esto me permite cuestionar si entonces ¿es válido restringir un derecho para lograr un bien colectivo?, o bien ¿debe tomarse en cuenta que aunque exista un bienestar colectivo dicha decisión traerá —quizás a la larga— problemas colectivos, como un aumento en el índice de desempleo?

Éstos son cuestionamientos que surgen a raíz de la consideración de los derechos fundamentales como realidades contrapuestas entre sí que tienden a entrar en colisión; devienen del razonamiento de saber qué derecho pesa más en una determinada situación, porque eso debe quedar perfectamente claro, las colisiones de derechos pueden tener muchos puntos en común, e incluso en muchas ocasiones es factible resolverlas del mismo modo, es decir, prefiriendo el mismo derecho una y otra vez, sin embargo, esto queda sujeto a analizar las condiciones fácticas que acompañan al conflicto de derechos. En muchas ocasiones es posible que no se esté en presencia de intereses opuestos y que sean posibles la protección y el ejercicio de ambos derechos, sin necesidad de señalar "cuál pesa más".

A fin de concluir con este apartado considero necesario señalar que dentro de los conflictos de derechos se utiliza un razonamiento bastante simple: "qué derecho pesa más", y sobre todo "cuál derecho debe prevalecer". Por lo que en definitiva se trata de realizar una ponderación de derechos, la cual debe estar, necesariamente, vinculada con un análisis de proporcionalidad entre los derechos en colisión. Con esto no debemos

perder de vista que la proporcionalidad ayuda a que no se sacrifiquen o restrinjan inútilmente el goce o ejercicio de determinados derechos, sino que los derechos sean limitados, pero no más allá de lo necesario. Sin duda esto sigue poniendo en desventaja al derecho que sufre la restricción, ya que si bien la proporcionalidad evita que se realice de forma desequilibrada, respecto del otro derecho, no implica que el derecho restringido se lleve la peor parte. Al final de cuentas la restricción de un derecho frente a otro implica establecer una preferencia y sobre todo una jerarquización que indudablemente reconoce el sacrificio de un derecho para salvaguardar otro.

Consecuentemente, a través de la postura conflictivista de los derechos fundamentales es posible resolver —o intentar resolver— un conflicto entre derechos. Analizarlo a la luz de un contexto de emergencia sanitaria como lo fue la pandemia por covid-19 permite cuestionar si ¿legitimar ciertas situaciones —a través de medidas de restricción— permite ampliar el marco de protección de un derecho humano? O si, por el contrario, ¿implica que dependiendo de determinadas circunstancias se pueda configurar una verdadera y directa vulneración al derecho que ha sido restringido?

Por ahora no queda más que reflexionar si el enfrentamiento de los derechos fundamentales —de modo que uno quede desplazado y el otro prevalezca— es un mecanismo de solución de conflictos o si en realidad implica una serie de consecuencias que dejan en terrible desventaja al derecho que es desplazado. En mi opinión, la vigencia de los derechos fundamentales supone, más que una jerarquización, la necesidad de implementar una formulación que permita o evite el desplazamiento de un derecho, y la consecuente imposición del otro ; por el contrario, la imposición de medidas de restricción lejos de generar un conflicto entre el ejercicio y protección de dos o más derechos permite una relación armoniosa en la que se dé el reconocimiento efectivo, pero sobre todo la coexistencia de las medidas, restricciones y los derechos fundamentales reconocidos en favor de todas las personas.

Finalmente, es oportuno señalar que durante la pandemia y con las restricciones tomadas por las autoridades de los Estados sí existió un conflicto entre el derecho fundamental a la salud y el derecho al trabajo, pues a través de la actuación del poder público se utilizaron métodos que terminaron colocando un derecho por encima de otro. Lo interesante sería cuestionar: ¿hubiera sido posible emplear otro tipo de herramientas, que fueran conciliadoras y que permitieran la existencia conjunta de derechos, sin suponer un perjuicio mayor o una jerarquización de éstos para lograr la vigencia y efectividad de todos los derechos fundamentales?

D. Test de proporcionalidad: su aplicación en tiempos de covid-19

Hablar del test de proporcionalidad implica hablar de algo complejo. La palabra proporcionalidad deriva del latín *proportionalitas*, *-ātis* y, como la mayoría de las palabras, puede tener múltiples connotaciones. De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, *proporcionalidad*¹⁵ es "Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí". Lo cierto es que esta definición no nos dice mucho sobre lo que debemos entender por proporcionalidad, por lo que si nos dirigimos al *Diccionario panhispánico del español jurídico* encontramos que es la "Adecuación del ejercicio de las potestades públicas a los fines que se persiguen con su ejercicio".¹⁶

Si bien esta definición aporta un poco más de claridad, me gustaría establecer, como una primera aproximación, que el test de proporcionalidad puede entenderse como el resultado del desarrollo de los derechos fundamentales en el marco jurídico de los Estados. Es una herramienta que no sólo explica cómo deben ser las funciones de los órganos del Estado,

¹⁵ *Diccionario de la lengua española*, "Proporcionalidad", 2022. Disponible en: <https://dle.rae.es/proporcionalidad>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

¹⁶ *Diccionario panhispánico del español jurídico*, "Proporcionalidad", 2022. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/proporcionalidad>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

sino que también permite indicar cómo el actuar de las autoridades se relaciona con la protección y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

Dicho lo anterior, tomo la definición de Arnulfo Matos Durán:¹⁷ "el test de proporcionalidad es una herramienta metodológica que permite la resolución de la colisión entre derechos fundamentales y conflictos de competencias entre los órganos del Estado". Al desglosarla podemos encontrar que el test es una herramienta metodológica porque constituye un conjunto de técnicas o pasos que permiten analizar un objeto de estudio en particular, en este caso, la proporcionalidad de una determinada medida tomada por una autoridad del Estado. En consecuencia, es dable afirmar que permite resolver la colisión entre derechos fundamentales.

Es importante resaltar que el test de proporcionalidad es una herramienta tomada del sistema jurídico alemán y que ha podido adaptarse y aplicarse, pero sobre todo integrarse, al sistema jurídico mexicano como un instrumento de interpretación de derechos fundamentales; por ello, es común encontrar que es utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dar respuesta a los conflictos que son sometidos a su conocimiento. El estudio y la aplicación que ha dado el tribunal constitucional a esta herramienta puede apreciarse en el desarrollo de sus sentencias,¹⁸ pero sobre todo nos permite conocer el avance y la evolución que ha tenido el test de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales, así como en la resolución de conflictos.

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad. La justificación del test de proporcionalidad en el derecho comparado: Alemania, Austria y Suiza, Ponente: Arnulfo Mateos Durán, 17 de mayo 2022. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=2X6RvQQCzZA>.

¹⁸ Para conocer más sobre el tema, véase González Carvallo, D. y Sánchez Gil, R. (coords.), *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*, México, SCJN, 2021. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-05/Test%20de%20proporcionalidad%20en%20la%20SCJN_Aplicaciones%20Digital%20Final%20con%20Catalogo%CC%81n.pdf.

De acuerdo con Rubén Sánchez Gil,¹⁹ "Emplear el principio de proporcionalidad implica establecer los alcances de los derechos fundamentales y verificar la licitud de su restricción"; el autor señala que este principio de interpretación constitucional busca dar eficacia a las disposiciones normativas, por lo que a través de la serie de "pasos" que lo integran es posible delimitar si una medida o restricción resulta indispensable para la protección o consecución de un fin plenamente justificado. "El principio de proporcionalidad es el criterio para valorar la 'intervención' en el ámbito que protege un derecho fundamental y determinar si es lícita porque en efecto lo restringe en una medida necesaria para lograr un fin legítimo".²⁰

El principio de proporcionalidad permite que en un procedimiento de razonamiento de los juzgadores esté encaminado a determinar si una medida causa una afectación mayor al derecho fundamental de que se trate. Es decir, con la aplicación de este examen constitucional es posible señalar —de manera racional y justificada— si una medida o restricción es o no la más apropiada para la protección de un derecho fundamental específico.

Por otro lado, hablar de un marco normativo distinto nos permite identificar aquellas similitudes y diferencias que existen sobre una figura en los diferentes sistemas jurídicos, por lo cual considero interesante resaltar la regulación del test de proporcionalidad en la legislación española —y europea—, que concretamente en el artículo 4.1. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público²¹ señala que

¹⁹ Sánchez Gil, R., "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", en González Carvallo, D. y Sánchez Gil, R. (coords.), *El test de proporcionalidad: convergencias y divergencias*, México, SCJN, 2021. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/el-test-de-proporcionalidad-convergencias-y-divergencias>.

²⁰ *Ibidem*, pp. 27.

²¹ Agencia Estatal de Boletín Oficial del Estado. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566#a4>.

Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos.

Lo anterior implica que para la observancia del principio de proporcionalidad deberá ser aplicado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en los tribunales internos. En el sistema europeo se utilizan tres elementos para configurar la aplicación del test: I) idoneidad, a través del cual se verifica si la decisión adoptada es adecuada al fin que el órgano administrativo se propone; II) necesidad de la medida, con el cual se requiere la realización de un examen con el que se identifique si existen otras alternativas menos gravosas que puedan conseguir la misma finalidad, y III) verificación de los límites de la proporcionalidad, con el cual se establece si la decisión que se ha elegido no va a producir desventajas que no sean compensables con los beneficios que esperan obtenerse con la consecución de los fines que la decisión persigue.

La aplicación práctica de esta herramienta constitucional también genera importantes cuestionamientos que es necesario resolver para verificar su pertinencia, y afinar su aplicación en distintos contextos jurídicos; por ello, volviendo al contexto nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, en diversos precedentes,²² que fin legítimo,

²² Algunos ejemplos son la acción de inconstitucionalidad 2/2014, el amparo en revisión 237/2014, 566/2015, entre otros tratados en González Carvallo, D. y Sánchez Gil, R. (coords.), *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*.

idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* son los elementos que componen esta herramienta constitucional.

Ahora bien, para comenzar a hablar sobre el test de proporcionalidad es importante responder la pregunta ¿por qué es necesario hablar de proporcionalidad?, pero, más concretamente, sobre la aplicación del test de proporcionalidad en un contexto de emergencia sanitaria como lo es la pandemia por covid-19. Sin duda puede que con lo hasta ahora expuesto exista una idea que responda esta interrogante; sin embargo, considero que la importancia de implementar este examen constitucional es que a través de éste es posible determinar los límites, pero sobre todo los alcances, de los derechos fundamentales.

Lo anterior nos lleva a recordar que de acuerdo con los principios constitucionales del sistema jurídico mexicano la restricción de un derecho fundamental sólo es válida cuando sea indispensable para conseguir un fin plenamente justificado.²³ Lo complejo de ello es determinar ¿cuándo se está persiguiendo un fin legítimo?, o, a la inversa, ¿cuándo se está restringiendo un derecho de manera desproporcional? En el caso de la emergencia sanitaria por covid-19 estas preguntas fueron más recurrentes, más necesarias, más determinantes, ya que no bastaba con implementar alguna medida o restricción que ayudara a contener la propagación masiva del virus, sino que fue necesario realizar una interpretación clara y precisa de los efectos y las limitaciones que implicaría la medida para lograr una única finalidad: conseguir protección para todos los gobernados a través de las medidas menos lesivas de sus derechos fundamentales.

La interpretación de los derechos fundamentales es comúnmente confusa y sobre todo debatida, pues como en la mayoría de los aspectos de la vida existen posturas contrapuestas en las que se puede discernir de la opinión de la otra persona; sin embargo, con el uso del test de proporcionalidad se permite que la decisión no quede al arbitrio de una persona

²³ Sánchez Gil, R., "Proporcionalidad y juicio constitucional en México".

guiada por sus convicciones personales, sino que la herramienta de interpretación asegura que quienes sean competentes para ello decidan a través de una serie de pasos o principios. Analizar si la medida es o no proporcional a la restricción trae consigo una gran responsabilidad, pues de ello depende que se garanticen el pleno respeto y protección de los derechos fundamentales de los que somos titulares todas las personas.

Así, es posible afirmar que el uso de las herramientas constitucionales de interpretación también contribuye a que el sistema jurídico sea acorde con las necesidades actuales de la sociedad. Como bien sabemos, el derecho no es algo estático, se encuentra en constante cambio, por lo que no existe mejor forma de identificar la importancia de estas herramientas en la solución de conflictos que aplicar una metodología que sea acorde con la realidad social, en este caso, con los efectos y consecuencias que ha dejado la emergencia sanitaria por covid-19 en el mundo del trabajo.

El estudio de la proporcionalidad en el contexto sanitario permite analizar los límites y alcances de diferentes tipos de derechos, y realizar una reconstrucción de la ponderación utilizada por los tribunales constitucionales al resolver los conflictos de derechos, para así establecer y reconocer que los instrumentos jurídicos para la protección de los derechos humanos son necesarios en todo tiempo, pero sobre todo en aquellos contextos extraordinarios que suponen un cambio, una adaptación y una solución a los problemas jurídicos que suponga la menor limitación del goce y ejercicio de los derechos fundamentales de los gobernados.

E. La proporcionalidad de las restricciones laborales

Como hemos visto a lo largo de todo este recorrido, el estudio de las restricciones laborales en el contexto de la pandemia por covid-19 es un tema de gran trascendencia. Asimismo, fue posible enfatizar la importancia de la aplicación de herramientas jurídicas, concretamente, del test

de proporcionalidad, para interpretar y analizar si las medidas cumplen o no con su finalidad o si suponen o no una restricción justificada de derechos fundamentales; pese a que me esforcé para intentar ejemplificar los temas mencionados considero que es momento de analizar en particular tres. El primero versa sobre la figura de la suspensión perfecta de labores en Perú; el segundo desarrolla lo resuelto por las autoridades judiciales españolas sobre la proporcionalidad de las restricciones implementadas en el mundo del trabajo, y el tercero se enfoca en el análisis de las consecuencias de las restricciones en la vida laboral de los trabajadores informales.

Dicho lo anterior, comenzaré por señalar que, de acuerdo con la definición del gobierno peruano, "la suspensión perfecta de labores es una pausa temporal en las obligaciones como trabajador hacia la empresa para la que se labora". Esta figura permite al empleador suspender el pago de la remuneración mensual, sin que el vínculo laboral se rompa; puede aplicarse por un plazo máximo de 90 días, durante este tiempo de igual manera se suspenden los servicios de seguro de salud y acceso a prestaciones económicas.

La suspensión perfecta de labores es una figura muy utilizada para mantener los vínculos laborales sin que —por un determinado tiempo— existan obligaciones tanto para el trabajador como para el empleador; sin embargo, derivado de la pandemia, esta figura experimentó algunos cambios, entre los principales destacan 1) la posibilidad de acceder a un fondo de compensación por tiempo de servicios equivalente a una remuneración mensual durante el periodo que dure la suspensión de labores y 2) acceder a los servicios del seguro social de salud. Todas estas modificaciones fueron respaldadas y establecidas por el Poder Ejecutivo en el Decreto de Urgencia (D.U.) D.U. 038-2020 publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 14 de abril 2020.²⁴

²⁴ El decreto está disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/582540/Decreto-de-urgencia-n-038-2020-1865516-3.pdf>.

El decreto no fue bien recibido por ciertos grupos de empleadores, pues consideraban que la suspensión perfecta de labores ya estaba regulada en otras disposiciones jurídicas;²⁵ por lo que en el contexto de la emergencia sanitaria sólo debía indicarse que las nuevas condiciones eran excepcionales y sustitutivas de la reglas de operación de esa figura. Es decir, este nuevo decreto de emergencia dispone excepcionalmente la posibilidad de otorgar una suspensión perfecta de labores diferente a la regulada genéricamente, evidentemente, con condiciones más favorables para los trabajadores. De este modo, subsiste la pregunta: ¿las nuevas regulaciones para la figura de la suspensión perfecta de labores son una medida razonable y proporcional?

De acuerdo con el Tribunal Constitucional Peruano,²⁶ el test de razonabilidad y proporcionalidad es "aquel parámetro indispensable de constitucionalidad que permite determinar la actuación de los poderes públicos cuando se afecta el ejercicio de derechos fundamentales"; está integrado por tres principios 1) el de fin válido e idoneidad, 2) el de necesidad y 3) el de proporcionalidad en sentido estricto.

Por lo que para determinar si el contenido del D.U. 038-2020 es o no proporcional es necesario verlo a la luz de los tres principios que componen el test en el marco normativo peruano. Para ello concuerdo con el análisis presentado por el autor German Rodríguez Larraín Echeopar en "Test de razonabilidad y proporcionalidad en las actuales relaciones laborales".²⁷ De acuerdo con el primero —el principio de fin válido o idoneidad—, podemos advertir que la finalidad que persigue esta medida es combatir los efectos económicos negativos causados a los traba-

²⁵ Artículo 15° del D.S. 003-97-TR, artículo 26.2. D.U. 029-2020.

²⁶ STC N° 00050-2004-AI/TC.

²⁷ Rodríguez Larraín, G., "Test de razonabilidad y proporcionalidad en las actuales relaciones laborales", *Opinión*, 2020. Disponible en: <https://gestion.pe/opinion/test-de-razonabilidad-y-proporcionalidad-en-las-actuales-relaciones-laborales-german-rodriguez-larrain-echeopar-noticia/?ref=gestr>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

jadores, así como la preservación de las relaciones de trabajo durante la emergencia sanitaria por covid-19. Por lo tanto, si la medida pretende proteger las relaciones laborales, ello trae un beneficio y posibilita la recuperación económica del país, y es dable afirmar que el decreto persigue un fin válido.

Siguiendo con el segundo principio —de necesidad—, tenemos que el contenido del decreto aporta una mejora en la regulación de la figura de la suspensión perfecta de labores, pues la finalidad que persigue, como fue señalado, es evitar la disolución de las relaciones de trabajo, con lo cual permitir que se mantengan vigentes las relaciones laborales es la solución menos gravosa para evitar un alza en las tasas de desempleo.

Finalmente, con el tercer y último principio —de proporcionalidad en sentido estricto— se realiza una ponderación de los derechos que pudiesen entrar en conflicto con el contenido de la medida. En este caso, se encuentran en contraposición los intereses de los empleadores, pues con las modificaciones a esta figura se logran mejores beneficios en favor de las trabajadoras y los trabajadores y de las relaciones de trabajo. Es decir, el contenido de la medida busca equilibrar las obligaciones de los patrones durante la emergencia sanitaria por covid-19 frente a los trabajadores, con la finalidad de preservar las relaciones de trabajo.

Con todo lo anterior es posible señalar que la medida supera el test de razonabilidad y proporcionalidad, pues evita que los empleadores realicen una suspensión perfecta de labores común, y, por el contrario, permite que ofrezcan la posibilidad de acceder a esa figura con prestaciones económicas que logren la perduración de las relaciones de trabajo aun en el contexto de emergencia sanitaria.

Ahora bien, pasando al ámbito jurisdiccional, tenemos el análisis de la ponente María Isabel Perelló Doménech, integrante de la Sala III del Tribunal Supremo Español, al emitir la sentencia núm. 1104/2021 el 19

de agosto de 2021.²⁸ En este asunto la Consejería de Bienestar social de Castilla-La Mancha emitió un oficio en el que señaló medidas para hacer frente a la crisis sanitaria por covid-19. En su oficio estableció como medida administrativa que las personas trabajadoras en residencias de personas mayores y centros de atención a personas con discapacidad grave realizaran pruebas diagnósticas de infección activa a todas las personas cada 7 o 14 días, con la finalidad de prevenir y controlar la propagación y contagio de covid-19.

El problema fue si la medida de la Consejería de realizar periódicamente pruebas de detección era o no apegada a las normas de derecho. Es importante recalcar lo señalado en líneas anteriores respecto a la integración del test de proporcionalidad en la legislación española y el sistema europeo, recordemos que se integra por tres elementos: idoneidad, necesidad y verificación.

Volviendo al problema presentado ante la Sala del Tribunal Supremo la Junta de la Comunidad de Castilla, ésta sostuvo que las medidas adoptadas son necesarias y proporcionadas y se sustentan en el informe técnico específico de actuaciones en residencias de personas adultas mayores. Es decir, consideró que las medidas de realizar pruebas periódicas son idóneas, necesarias, proporcionadas y razonadas. Por lo tanto, debían ser ratificadas y adoptadas en su totalidad.

Por su parte, el Ministerio Fiscal señaló que en la medida no se identifica cuál es el derecho fundamental afectado, por lo que, agregó, someter a los trabajadores y residentes a pruebas periódicas no es una medida indispensable para salvaguardar la salud, sino que más bien se trata de medidas de convivencia y precaución que no ameritan la restricción de derechos

²⁸ Preciado Domènech, C. H., "Nulidad de la obligación de someterse a test de antígenos COVID-19 las personas trabajadoras en residencias de personas mayores y centros de atención a personas con discapacidad grave", *Revista de jurisprudencia*, núm. 8/2021. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-0000001401. [Consultado el 10 de junio de 2022].

fundamentales. La Consejería reiteró que la finalidad era prevenir la enfermedad, y afirmó que las medidas implementadas habrían de ser efectivas, indispensables y equilibradas.

La Sala del Tribunal Supremo ha sostenido en diversos criterios jurisprudenciales²⁹ que la restricción de derechos fundamentales por razones sanitarias, ahora por razón de la pandemia del covid-19, no exige necesariamente la cobertura de un estado de emergencia. Es decir, que la idoneidad de la medida en comento dependerá de la justificación sustantiva de las medidas según las circunstancias del caso, siempre ponderando que la justificación esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de que se trate, por lo que para que una medida sea indispensable para salvaguardar la salud pública no es necesario que se sustente en meras consideraciones de convivencia o precaución.

Con ello, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de la medida. Fundamentó su decisión en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986,³⁰ el cual señala que la idoneidad de la medida dependerá de la justificación sustantiva que tengan de acuerdo con las circunstancias del caso. Por lo tanto, la justificación debe estar a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de que se trate. Lo anterior con la finalidad de que las medidas sanitarias no restrinjan tan severamente los derechos fundamentales de las personas.

Por lo tanto, el contenido de esta sentencia permite identificar I) la unificación de criterios respecto a la limitación de los derechos fundamentales en España con motivo de la protección a la salud pública en un contexto de pandemia, como lo fue el ocasionado por la covid-19; II) la forma en

²⁹ Para más información véase la sentencia 719/2021, del 24 de mayo, y las posteriores sentencias 788 y 792/2021

³⁰ "**Artículo tercero.** Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

que se aplica el principio de proporcionalidad de las medidas en un sistema jurídico como el español, en el cual si bien se maneja la posibilidad de establecer restricciones, éstas deben atender a razones que verdaderamente justifiquen la restricción de derechos fundamentales, porque de lo contrario las actuaciones limitativas de derechos que tienen una finalidad meramente preventiva se convierten en medidas que restringen el ejercicio de determinados derechos sin alguna causa justificada.

Así, es posible observar que el asunto versa sobre la nulidad de la obligación de someter a test de antígenos covid-19 a las personas trabajadoras en residencias de personas mayores y centros de atención a personas con discapacidad grave. Esta sentencia aporta un importante criterio que establece un límite definido y garantista en la protección y garantía de los derechos fundamentales: que las razones meramente preventivas, de conveniencia o prudencia no justifican la restricción de los derechos fundamentales.

En el tercer y último ejemplo me gustaría poner énfasis en las implicaciones que tuvieron las restricciones en el sector informal en México. Recordemos que los trabajadores informales son todas las personas que trabajan para unidades económicas en las que la actividad no tiene una situación identificable e independiente de la persona que la dirige. Es bien sabido que en Ciudad de México una gran parte del comercio informal se encuentra en las inmediaciones del Centro Histórico, por lo que la llegada de la covid-19 y sobre todo de las restricciones que las autoridades impusieron a ese sector fueron devastadoras para su sustento y estabilidad económica.

Durante diciembre de 2020 el gobierno de Ciudad de México ordenó el cierre total de los comercios que operaban en el Centro Histórico, con excepción de hoteles, farmacias y negocios de venta de alimentos. La medida fue tomada como parte de una serie de restricciones implementadas debido al aumento de casos de contagio durante esa época del año; la

finalidad era evitar aglomeraciones, en especial, porque en esas fechas es casi una tradición que una gran cantidad de personas acudan a realizar compras a los negocios y comercios de esa zona. La medida fue publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*.

Como era de esperarse, la restricción causó gran descontento en los comerciantes; en este caso, ¿era factible anteponer el derecho a la salud de comerciantes y usuarios sobre el derecho de trabajar para poder cubrir sus necesidades? No podemos perder de vista que la pandemia tuvo un efecto devastador en las micro y pequeñas empresas, pero también en los trabajadores informales, ya que la mayoría vive de las ganancias que produce día con día y, por lo tanto, carece de ahorros o del crédito necesarios para amortiguar el impacto económico. De la noche a la mañana sus lugares de trabajo se encontraban cerrados, no tenían forma de producir el dinero necesario para solventar sus necesidades básicas y las de sus familias.

Lo anterior me obliga a realizar la siguiente pregunta: ¿es prioridad proteger la vida y la salud de los trabajadores informales a costa de limitar el acceso al trabajo y a los medios de subsistencia? La verdad es que la respuesta no es clara, por lo que es aquí, justo en estos casos, en los que es necesario implementar el uso de herramientas de interpretación que nos ayuden a definirlo. Por un lado está la protección y la prevención de la propagación de los contagios por covid-19, y por el otro, la limitada posibilidad de que los trabajadores pudieran solventar sus necesidades básicas, pues sus medios de trabajo fueron restringidos como parte de un programa de acciones para intentar contener la pandemia.

El estudio de estas medidas supone la necesidad de aplicación de un test de proporcionalidad como herramienta para evaluar la restricción de derechos fundamentales durante la pandemia, tomando en cuenta que las medidas implementadas deben ser necesarias, temporales, proporcionales y encaminadas a la protección de un bien mayor plenamente justificado.

El análisis de la proporcionalidad de las medidas implementadas permite identificar que cada caso es diferente y que, por lo tanto, no se pueden crear criterios homologados para determinar si una medida es proporcional o no. El sector informal del trabajo afronta las consecuencias de manera diferente, la falta de estabilidad, de prestaciones económicas y de aseguramiento y, sobre todo, el desempleo suponen un contexto particularmente distinto y que constantemente es olvidado. Si analizamos esta medida a la luz de la situación de un trabajador de la economía formal es posible que el resultado sea completamente distinto, ya que cuenta con condiciones de trabajo diferentes a las del sector informal.

Algo que debo resaltar es que en México el análisis de las medidas de restricción no ha llegado al conocimiento de los tribunales constitucionales; sin embargo, si la finalidad de las medidas es proteger a todas las personas es importante que se realice un análisis crítico y a conciencia de cuáles son las más adecuadas, que tengan una protección verdaderamente efectiva, de lo contrario, los grupos más vulnerables son mayormente susceptibles de sufrir violaciones a sus derechos laborales, cuando la verdadera intención es proteger y reconstruir —poco a poco— la economía y el empleo, esto con apoyo a las empresas y los trabajadores, el fomento del empleo y de los ingresos, y sobre todo con la protección de los trabajadores y sus derechos fundamentales en todo tiempo, pero en especial en condiciones de vida extraordinarias como las que dejó la emergencia sanitaria.

Con todo lo anterior, es posible establecer que durante la emergencia sanitaria por covid-19 algunas restricciones implementadas en el mundo del trabajo pueden o no superar el test de proporcionalidad; esto implica que cuando las medidas sean proporcionales puedan y permitan establecer una restricción que limite el ejercicio de determinados derechos fundamentales con la finalidad de alcanzar un fin plenamente justificado. Mientras que, por otro lado, hay medidas que se orientan más a la prevención, conveniencia o a la mera prudencia, por lo tanto, al no cumplir

con los requisitos específicos pueden llegar a vulnerar más derechos fundamentales de los que se está intentando proteger.

Sin duda, hablar de los ejemplos prácticos y concretos que se han establecido para determinar si las medidas de restricción implementadas en el mundo del trabajo a causa de los efectos de la pandemia por covid-19 es algo sumamente interesante y complejo; sin embargo, estimo que este análisis es necesario para poder identificar qué efectos ha dejado la emergencia sanitaria en un ámbito tan delicado como el del trabajo. Visibilizar que algunas medidas podían llegar a vulnerar más derechos de los que se estaba intentando proteger permite comprender la importancia de utilizar las herramientas de interpretación que brindan los sistemas jurídicos, como el test de proporcionalidad, para analizar sus efectos en problemáticas —ya existentes— de los trabajadores, como son la inestabilidad en sus empleos, la falta de aseguramiento y el desempleo.

F. Conclusiones

Las medidas y restricciones implementadas por los gobiernos han estado presentes durante la emergencia sanitaria por covid-19. A lo largo del texto quedó establecido qué son las restricciones, cómo funcionan, a quiénes les aplicaron, en qué se enfocaron y, sobre todo, las razones que las justificaron frente a la restricción de ciertos derechos. Fue posible dejar claro que cuando se aplican estas restricciones puede que una de sus consecuencias sea la creación de un conflicto entre derechos. A través de diversos ejemplos se identificó cómo se crean estos conflictos y los mecanismos y herramientas que existen para resolverlos.

En los últimos apartados fue posible esclarecer la importancia de la aplicación del test de proporcionalidad como una herramienta de interpretación constitucional que permite delimitar si una medida o restricción es o no proporcional al derecho que se está restringiendo. Se abordaron dos casos prácticos y actuales en los cuales se puede materializar todo lo expuesto, es decir, la implementación de una medida de restricción,

seguido del conflicto de derecho que trae consigo y finalizando con la determinación de si la medida es o no proporcional o si está sustentada o no en un fin plenamente justificado.

Todo lo anterior, con la finalidad de proporcionar los argumentos suficientes para sustentar lo que señalé en las primeras líneas de este texto "la tesis que me interesa defender es que existió una desproporción en las medidas y restricciones implementadas en el mundo del trabajo". Si bien no fue una tarea fácil, considero que el estudio de las restricciones laborales a la luz del test de proporcionalidad en tiempos de emergencia sanitaria permitió abrir un campo sobre el cual hay mucho más que decir y analizar, pues si bien con lo expuesto es posible introducirse al manejo que tuvieron las restricciones laborales durante la pandemia, cada caso es único y específico, por lo que emitir una opinión generalizada podría llevarnos a cometer grandes errores sobre la aplicación de la herramienta de interpretación en condiciones extraordinarias, como lo fue la pandemia por covid-19.

El enfrentamiento de los derechos fundamentales es el resultado de ciertas medidas de restricción. Para solucionarlo es necesario implementar una formulación que permita o evite el desplazamiento de un derecho, y la consecuente imposición del otro derecho. Es claro que no es todos los casos es posible, sin embargo, puede ser una alternativa aspiracional para lograr la vigencia de los derechos fundamentales, sobre todo buscando la coexistencia de las medidas, restricciones y del ejercicio de todos los derechos fundamentales reconocidos en favor de todas las personas.

Para miles de trabajadores, la pandemia trajo consigo consecuencias muy graves, pues sus derechos fundamentales en el trabajo fueron amenazados, cambiados e incluso vulnerados por las restricciones que buscaban o intentaban proteger un bien mayor, pero ¿cómo pueden proteger un bien mayor sin ampliar la protección de los principios y derechos fundamentales en el trabajo?, la respuesta no siempre es sencilla, sin embargo, si la sociedad está en constante cambio, es necesario que el derecho

proporcione herramientas con las cuales sea posible analizar si una determinada medida o restricción es o no proporcional respecto del derecho que se está limitando.

La pandemia por covid-19 ha dejado múltiples secuelas, sin embargo, no pueden considerarse negativas, pues, como hemos observado, han puesto en evidencia las debilidades y problemáticas olvidadas en torno a los derechos humanos del trabajo; sin embargo, no es posible dejar de lado que el respeto a los derechos fundamentales y, en especial, los referentes al mundo del trabajo juega un papel preponderante para buscar una recuperación posterior a la crisis por covid-19. En este caso no es suficiente con reestablecer el modelo de trabajo, sino que se debe aprovechar para evolucionar y mejorar las condiciones y derechos de los trabajadores y trabajadoras, con la finalidad de construir un mundo laboral más real, más justo y más equitativo.

Para ir cerrando es interesante recordar que el análisis de la proporcionalidad en el contexto sanitario permite estudiar los límites y alcances de diferentes tipos de derechos. Es decir, ayuda a entender la reconstrucción sobre la ponderación utilizada por los tribunales constitucionales al resolver sobre los conflictos de derechos, con la finalidad de saber si la medida es o no proporcional.

La intención del texto fue establecer y reconocer que los instrumentos jurídicos para la protección de los derechos humanos son necesarios en todo tiempo, sobre todo en contextos extraordinarios que suponen un cambio, como lo fue la emergencia sanitaria por covid-19. La solución a los problemas jurídicos que suponga la menor limitación del goce y ejercicio de los derechos fundamentales de los gobernados siempre será la opción más adecuada y, como quedó señalado, una de las mejores herramientas para realizarlo es el test de proporcionalidad.

La pandemia por covid-19 afectó muchos aspectos. La salud, la vida y sobre todo la economía y el trabajo de miles de personas fueron cambiando

y adaptándose a la "nueva realidad". Como vimos, no fue todo malo, pues ayudó a descubrir nuevas formas de trabajo y de llevar las condiciones y relaciones en éste; sin embargo, el camino no fue fácil y también estuvo lleno de condiciones que propiciaron violaciones a los derechos fundamentales del trabajo.

Los confinamientos y medidas de restricción implicaron una de las más utilizadas por las autoridades para proteger a un determinado sector poblacional; sin embargo, ésta conllevó que una gran parte de los negocios y empresas se mantuvieron cerrados —sin obtener ganancias— e incluso algunos quebraron.

Indudablemente, esto trajo consecuencias que no han sido nada fáciles de superar. Las medidas eran claras y precisas, sin embargo, la consecuencia y los efectos fueron distintos para cada uno de los grupos afectados, e incluso entre los trabajadores existen situaciones diferenciadas que deben ser analizadas y tomadas en cuenta para estar en condiciones de adoptar medidas adecuadas y, como en el caso de la pandemia, lograr ajustar los gastos, cuidar la salud física y mental, entre muchas otras.

En la pandemia por covid-19 algunas restricciones implementadas en el mundo del trabajo pueden o no superar el test de proporcionalidad. Esto implica que cuando las medidas sean proporcionales puedan y permitan establecer una restricción que limite el ejercicio de determinados derechos fundamentales con la finalidad de alcanzar un fin plenamente justificado. Mientras que, por otro lado, hay otras medidas que se orientan más a la prevención, conveniencia o a la mera prudencia. Por lo tanto, al no cumplir con los requisitos específicos pueden llegar a vulnerar más derechos fundamentales de los que se está intentando proteger.

¿Vivir o sobrevivir en la pandemia? En una pregunta complicada no sólo por la propia naturaleza de las condiciones sanitarias, sino por el gran número de cambios a los que nos vimos expuestos y que sin duda seguiremos enfrentando. La pandemia dejó efectos por todos lados, y si bien

no todos fueron positivos, sí influyeron en la forma en que los operadores jurídicos y las autoridades deciden, legislan e implementan la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, así como las herramientas jurídicas que tienen disponibles para garantizar que las decisiones tomadas sean adecuadas y no supongan una afectación mayor a lo que se busca proteger. Estas medidas y restricciones nos afectan a todos, pero en especial a un mundo tan complejo y a veces olvidado, como es el mundo del trabajo.

Bibliografía

Borowski, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, Bernal Pulido, C. (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos en el trabajo, "Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo", México, 2017. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5178/6.pdf>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

González Carvallo, D. y Sánchez Gil, R. (coords.), *El test de proporcionalidad: convergencias y divergencias*, México, SCJN, 2021. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/el-test-de-proporcionalidad-convergencias-y-divergencias>.

González Carvallo, D. y Sánchez Gil, R. (coords.), *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*, México, SCJN, 2021. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-05/Test%20de%20proporcionalidad%20en%20la%20SCJN_Aplicaciones%20Digital%20Final%20con%20Catalogacio%CC%81n.pdf.

Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1995.

Sánchez Gil, R., "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", en González Carvallo, D. y Sánchez Gil, R. (coords.), *El test de proporcionalidad: convergencias y divergencias*, México, SCJN, 2021.

Vidal Fueyo, C., "El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. I, Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21745.pdf>.

Páginas web

Organización Internacional del Trabajo, México y la crisis de la COVID-19 en el mundo del trabajo: respuestas y desafíos, 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/mexico/publicaciones/WCMS_757364/lang-es/index.htm.

Organización Internacional del Trabajo, Gestión de los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo durante la pandemia de COVID-19, 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/resources-library/publications/WCMS_763314/lang-es/index.htm. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Organización Internacional del Trabajo, Los derechos fundamentales en el trabajo pueden contribuir a lograr una mejor reconstrucción después de la COVID-19, 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the_ilo/newsroom/news/WCMS_759294/lang-es/index.htm. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Organización Internacional del Trabajo, Prevención y mitigación de la COVID-19 en el lugar de trabajo, 2021. Disponible en: <https://www.who.int/es/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-workplace-actions-policy-brief-2021-1>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Organización Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo 109º. El trabajo en tiempo de Covid, 2021. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_793281.pdf. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Organización Internacional del Trabajo, Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo, 4ª ed., 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_745965.pdf. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Organización Internacional del Trabajo, Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo, 5ª ed., 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_749470.pdf. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Organización Internacional del Trabajo, Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo, 6ª ed., 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_755917/lang--es/index.htm. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Organización Internacional del Trabajo, Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo, 7ª ed., 2021. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_767045.pdf. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Organización Internacional del Trabajo, Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo, 8ª ed., 2021. Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_824097/lang--es/index.htm. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Organización Internacional del Trabajo, Documento temático sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo frente a la COVID-19, 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_760868.pdf. [Consultado el 10 de junio de 2020].

Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores (núm. 155), 1981. Disponible en: www.ilo.org: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155.

Organización Mundial de la Salud, Prevención y mitigación del covid-19 en el trabajo: Lineamientos para la implementación de medidas en las empresas Colombia, 2021. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/341672/WHO-2019-nCoV-Workplace-actions-Policy-brief-2021.1-spa.pdf>. [Consultado el 10 de junio de 2020].

Plataforma digital única del Estado Peruano. Suspensión perfecta de labores. Disponible en: <https://www.gob.pe/9031-suspension-perfecta-de-labores>. [Consultada el 10 de junio de 2022].

Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, 9 de abril de 2020 COVID-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/declaracion.html#>.

Universidad Nacional Autónoma de México, "Home office, una opción laboral antes y después del coronavirus", *Ciencia UNAM*, México, 2020. Disponible en: <https://ciencia.unam.mx/leer/1015/home-office-una-opcion-laboral-antes-y-despues-del-coronavirus>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), Indicadores de ocupación y empleo, 2022. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/iooe/iooe2022_03.pdf. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 18, el Derecho al Trabajo, aprobada el 24 de noviembre, Ginebra, Naciones Unidas, 2005. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%-2f18&Lang=. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Diccionario de la lengua española, "Proporcionalidad", 2022. Disponible en: <https://dle.rae.es/proporcionalidad>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Diccionario panhispánico del español jurídico, "Proporcionalidad", 2022. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/proporcionalidad>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Hemerografía

Cabezas Albán, V. D., "El Covid-19 y el derecho del trabajo: Sintomatología de un modelo en emergencia", *Iuris Dicto*, 2020. Disponible en: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/download/1868/2264?inline=1>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Preciado Domènech, C. H., "Nulidad de la obligación de someterse a test de antígenos COVID-19 las personas trabajadoras en residencias de personas mayores y centros de atención a personas con discapacidad grave", *Revista de jurisprudencia*, núm. 8/2021. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001401. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Rodríguez Larraín, G., "Test de razonabilidad y proporcionalidad en las actuales relaciones laborales", *Opinión*, 2020. Disponible en: <https://gestion.pe/opinion/test-de-razonabilidad-y-proporcionalidad-en-las-actuales-relaciones-laborales-german-rodriguez-larrain-echecopar-noticia?ref=gesr>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Videos

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad: La justificación del test de proporcionalidad en el derecho comparado: Alemania, Austria y Suiza, Ponente: Arnulfo Mateos Duran, 17 de mayo 2022. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=2X6RvQQCzZA>.

Legislación

Ley Federal del Trabajo.

Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. de España. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1986/04/14/3/con>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Decreto de Urgencia N. 038-2020. Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo. Diario peruano, Perú. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/normas-legales/473569-038-2020>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Decreto de Urgencia N. 029-2020. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/462281-029-2020>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo. Diario peruano, Perú. Disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95420/112319/F-253524255/PER95420.pdf>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Resolución N° 0050-2004-AI/TC y acumulados, Tribunal Supremo, España. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>. [Consultado el 10 de junio de 2022].

Justificación en tiempos de covid-19 o sobre por qué la ponderación no es suficiente

Ismael Martínez Torres*

* PhD Universidad de Edimburgo.

SUMARIO: A. Introducción; B. Aclaraciones preliminares; C. La teoría de la ponderación de Robert Alexy; D. Objeciones en contra de la teoría de la ponderación de Robert Alexy; I. La ponderación y la falta de estándares no arbitrarios; II. La ponderación y la subsunción; E. Justificación sin ponderación; F. A modo de conclusión.

A. Introducción

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud dio el estatus de pandemia mundial al brote epidemiológico provocado por el virus SARS-CoV-2. En respuesta, durante las semanas siguientes, los gobiernos de múltiples países adoptaron diversas medidas que impactaron de gran manera la vida de millones de personas; una de las más populares fue la de imponer confinamientos. España, por ejemplo, impuso a sus ciudadanos un (primer) confinamiento obligatorio que duró del 15 de marzo al 21 de junio de 2020. En Reino Unido las medidas legales que impusieron el (primer) confinamiento obligatorio entraron en vigor el 26 de marzo y se extendieron hasta junio. En México, aunque no se obligó a un confinamiento nacional, en el ámbito local entidades como Michoacán adoptaron tal medida entre marzo y mayo.

Probablemente la mayor preocupación a la que dio lugar la imposición de confinamientos es la que tiene que ver con la restricción de libertades,

en particular, y de manera más obvia, la restricción a la libertad de tránsito. Una idea común y difícilmente debatible es que las medidas restrictivas de libertades impuestas por los gobiernos deben estar plenamente justificadas. Si los confinamientos son medidas restrictivas de la libertad, entonces los confinamientos deben gozar de plena justificación.

En el caso concreto de las medidas de confinamiento a las que dio lugar la pandemia de 2020, el requisito de justificación ha sido ampliamente entendido en términos de la llamada *ponderación* entre derechos. La cuestión, suele entenderse, consiste en discernir si, dadas las circunstancias, la protección del derecho a la salud (o a la vida incluso) justifica la restricción a la libertad de libre movimiento.

No parece una exageración decir que, por lo menos en el contexto hispanoamericano, dos enfoques dominan la discusión sobre ponderación; por un lado, la teoría de Robert Alexy, por otro, la de Manuel Atienza. La influencia de ambas teorías ha sido amplia entre académicos y operadores jurídicos. No es una sorpresa que en el intento de justificar la imposición de confinamientos a través de un ejercicio de ponderación se utilice como guía alguna (o ambas) de estas teorías.

En este ensayo busco evidenciar que el ejercicio de ponderación es quizá no la mejor, y definitivamente no la única, estrategia de justificación en contextos como el señalado. Sobre la primera idea (es decir, la ponderación no es la mejor estrategia justificativa), me limitaré a señalar ciertas objeciones que, desde la filosofía del derecho, se han hecho en contra del mecanismo de ponderación en tanto herramienta justificativa. Por razones de tiempo y espacio, me concentraré en el mecanismo de ponderación como ha sido entendido por Robert Alexy y en (algunas de) las objeciones que se han presentado en contra de ese modelo. Con respecto a la segunda idea (que la ponderación no es la única forma de justificar la imposición de confinamientos), presentaré una propuesta innovadora sugerida por Kieran Oberman, quien señala que los confinamientos no

restringen, sino maximizan las libertades (en particular, la libertad de movimiento), y por esa razón están justificados.

Para ser claros, mi propósito no es presentar razones definitivas en contra de la ponderación como herramienta de justificación, sino llamar la atención sobre su carácter limitado y resaltar la posibilidad de mecanismos de justificación alternativos. El valor de este trabajo, en caso de ser exitoso, no tiene que ver entonces con fundamentar un escepticismo radical frente a los ejercicios de ponderación, sino motivar un escepticismo moderado sobre su utilidad, así como el interés por ampliar el catálogo de herramientas justificatorias.

El trabajo procede de la siguiente manera. Primero hago explícitas las suposiciones de las que las observaciones en el texto dependen. Después presento de manera resumida la teoría de la ponderación de Robert Alexy. A continuación, para motivar un escepticismo moderado con respecto a la teoría de Alexy, introduzco dos objeciones, una presentada por Jürgen Habermas y otra por Lars Lindahl. Posteriormente, como ejemplo de una forma alternativa de justificar la imposición de confinamientos, presento un argumento desarrollado por Kieran Oberman. Por último, presento mis conclusiones.

B. Aclaraciones preliminares

Antes de iniciar, hay algunas ideas que conviene aclarar. En este texto asumiré que el método de ponderación es la metodología empleada tanto por juristas prácticos como por académicos en su intento por justificar la imposición de confinamientos. Al ser una suposición, no proporcionaré evidencia en favor de esta idea; sin embargo, la suposición parece una apuesta empírica plausible. Nótese que si la suposición es equivocada esto sería al menos compatible con el segundo de los puntos que intento defender en este ensayo: existe una pluralidad de estrategias de justificación de medidas restrictivas de libertades (en el contexto de la pandemia por covid-19) distintas del método de ponderación.

Los confinamientos no son las únicas medidas que fueron adoptadas por los gobiernos para hacer frente a la pandemia por covid-19. Otras medidas, como el cierre de fronteras, el rastreo de contactos, las campañas de vacunación, etc., también fueron empleadas. La mayoría, como los confinamientos, son restrictivas de derechos, en particular de libertades, e incluso, de manera más específica, de la libertad de tránsito.

Como en el caso de los confinamientos, para justificar la imposición de otras medidas, suele pensarse que el mecanismo idóneo es el método de ponderación. Aunque en este texto, por razones de simplicidad en la exposición, me concentraré en los confinamientos obligatorios, las ideas aquí expresadas son válidas (con modificaciones menores) con respecto a cualquier otra medida restrictiva de libertades.

En este texto, uno de mis propósitos es mostrar que la ponderación en general (con independencia del caso, o tipo de casos, en los que es aplicada) es un mecanismo de justificación con limitaciones serias. Dado que las objeciones que habré de presentar están dirigidas al mecanismo de ponderación en general, los alcances de mis afirmaciones en la sección "D. Objeciones en contra de la teoría de la ponderación de Robert Alexy" trascienden el contexto específico de la acción estatal de imponer confinamientos.

De manera similar, aunque me limitaré a presentar un solo ejemplo de cómo los confinamientos en específico pueden ser justificados sin utilizar el método de ponderación, la invitación a encontrar herramientas justificativas alternativas de las acciones estatales puede extenderse a la justificación de otras medidas restrictivas y con respecto a otros derechos; al menos no hay una razón obvia para pensar que esto no pueda ser así.

Por último, por simplicidad de la exposición, asumiré que para quienes aceptan que al justificar la imposición de confinamientos (en el caso específico de la pandemia por covid-19 de 2020) debe emplearse el

método de ponderación, los derechos en conflicto (aquellos entre los que se debe ponderar) son a la salud y a la libertad de tránsito. Cabe señalar, sin embargo, que es al menos posible (y de hecho muy probable) que los confinamientos impuestos para enfrentar la pandemia hayan dado lugar a conflictos entre otros derechos. Aunque considero que mis conclusiones pueden ser extendidas para cubrir estos otros casos, nada diré explícitamente al respecto.

C. La teoría de la ponderación de Robert Alexy

Robert Alexy ha desarrollado su conocida teoría de la ponderación en múltiples lugares.¹ La reconstrucción que presentaré en esta sección no es (ni pretende ser) exhaustiva y será más bien breve.² Mi propósito es presentar una reconstrucción de la teoría que sea suficiente exclusivamente para los propósitos de este trabajo; esto es, una reconstrucción que permita entender en qué consiste el método de ponderación de modo que sea claro de qué forma puede ser utilizado para justificar la decisión de imponer confinamientos.

De acuerdo con Alexy, los sistemas jurídicos, en el ámbito constitucional, están formados por dos tipos de estándares normativos: reglas y principios. Las reglas son "órdenes definitivos" (*definitive commands*). Es decir, son normas que requieren la realización (o la abstención de realizar) de un acto de forma definitiva. Las reglas, según Alexy, pueden ser condicionales o categóricas. Las primeras son aquellas que requieren para ser aplicadas que ciertas condiciones sean satisfechas. Las reglas categóricas son aquellas cuya aplicación es requerida de manera incondicional;

¹ Alexy, Robert, "On balancing and subsumption. A structural comparison", *Ratio Juris* 16, núm. 4, 2003, pp. 433-449; Alexy, Robert, "Constitutional rights, balancing, and rationality", *Ratio Juris* 16, núm. 2 2003, pp. 131-140. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00228>; Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, Julian (trad.), Oxford, University Press, 2002; Alexy, Robert, "The weight formula", en *Law's Ideal Dimension*, pp. 154-174, Oxford, Oxford University Press, 2021.

² Por ejemplo, es común entender la teoría de la ponderación de Robert Alexy como parte de un proyecto teórico más amplio: una teoría del razonamiento jurídico. Nada diré al respecto.

por ejemplo, una prohibición absoluta de la tortura. Según Alexy, el rasgo característico de las reglas es que "si una regla es válida y aplicable, es entonces requerido de manera definitiva que exactamente lo que la regla demanda sea hecho."³ Las reglas sólo pueden ser observadas o no, pues o se cumple con lo que una regla demanda o no se cumple.

Los principios, por otro lado, "son normas que requieren que algo se lleve a cabo en la mayor medida posible, dadas las posibilidades jurídicas y de hecho";⁴ son "requerimientos de optimización".⁵ Es característico de los principios que pueden ser satisfechos en distintas medidas; esto es, pueden ser más satisfechos o menos satisfechos.

Según Alexy, existen dos operaciones básicas en el razonamiento jurídico (la aplicación de normas jurídicas): la subsunción y la ponderación.⁶ La distinción entre estas operaciones y la distinción entre reglas y principios están correlacionadas. Para Alexy, cuando el estándar normativo que se aplica es una regla, la operación implementada en la aplicación es la subsunción. Cuando lo que se aplica son principios, se utiliza la ponderación.⁷

De acuerdo con Alexy, la importancia de la distinción entre reglas y principios está dada por el hecho de que la definición de *principio* implica (lógicamente) el que él llama "principio de proporcionalidad" (y viceversa: el principio de proporcionalidad implica la definición de principio). Según Alexy, el principio de proporcionalidad es el estándar más importante de derecho constitucional sustantivo.

El principio de proporcionalidad tiene tres elementos (tres subprincipios, en el lenguaje de Alexy): el principio de idoneidad (*suitability*), el

³ Alexy, Robert, "The weight formula", *op. cit.*, p. 154.

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ Véase Alexy, Robert, "On balancing and subsumption. A structural comparison", *op. cit.*

⁷ No es importante, para los fines de este ensayo, aclarar cuál es la forma en la que Alexy da cuenta de la subsunción.

principio de necesidad (*necessity*) y el principio de proporcionalidad en sentido acotado (*proportionality in the narrower sense*). El principio de idoneidad requiere que al llevar a cabo un acto la autoridad realice aquel que es idóneo para conseguir la finalidad (jurídica) que se persigue. El principio de necesidad requiere que al llevar a cabo un acto la autoridad realice, de entre todos los actos que son idóneos (aquellos que habrían cumplido la misma finalidad), el que maximice la realización del principio en cuestión y represente el menor daño. Por último, el principio de proporcionalidad en sentido acotado requiere que al llevar a cabo un acto la autoridad determine cuál de dos principios en colisión tiene preminencia.

Los principios de idoneidad y necesidad "expresan" el requerimiento de optimización con relación a las posibilidades de hecho. Esto es, la optimización requiere que el acto sea adecuado y necesario, y eso (que la medida que se toma sea adecuada y necesaria) está condicionado por lo que es de hecho posible hacer.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad en sentido acotado tiene que ver con el requerimiento de optimización en relación con las posibilidades jurídicas. Esto es, la optimización requiere que al llevar a cabo un acto se determine el balance (la relación) entre (el peso específico de cada uno de) los principios en cuestión, y esto está determinado por lo que es posible hacer de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional. Es aquí cuando el método de ponderación cobra relevancia.

La parte central del método de ponderación, según Alexy, está constituida por una relación a la que él llama "la ley de ponderación". Alexy formula la ley de ponderación de la siguiente manera: "Mientras más alto es el grado de no-satisfacción, o detrimento de un principio, más grande debe ser la importancia de satisfacer el otro".⁸

⁸ Alexy, Robert, "Constitutional rights, balancing, and rationality", op. cit., p. 102.

De acuerdo con Alexy, esta ley hace evidente que el método de ponderación se desarrolla en tres etapas. La primera consiste en determinar el grado de detrimento o de no-satisfacción de uno de los principios (aquel que habrá de ser restringido). La segunda etapa consiste en determinar la importancia de satisfacer el otro principio (aquel que habrá de ser privilegiado). Y en la tercera etapa se determina si el detrimento (o no-satisfacción) al primer principio se justifica por la importancia de satisfacer el segundo.

Como se puede apreciar, la ponderación, de acuerdo con Alexy, es un método en el que se justifica una decisión (la realización de un acto) mediante la determinación de una relación de precedencia entre dos principios que en un caso concreto entran en colisión. Es porque de acuerdo con la ley de ponderación un principio precede y favorece la realización (o no realización) de un acto que llevarlo a cabo está justificado. En palabras de Carlos Bernal Pulido "[e]n la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto."⁹ Es importante señalar que el resultado que se obtiene al aplicar el método de ponderación en un caso concreto no es definitivo. Es decir, es posible que entre los mismos dos principios en colisión, en circunstancias distintas, un principio tenga precedencia en un caso y el otro principio la tenga en otro caso.

Alexy propone una escala de tres valores para medir el grado de afectación/importancia que puede tener un principio: seria (*serious*), moderada (*moderate*) y ligera (*light*). Esta escala permite (o facilita) formular juicios (racionales) sobre la intensidad de la interferencia que puede sufrir un principio y también juicios (racionales) sobre el grado de importancia que tiene satisfacer otro. Para ser claros, Alexy señala que una escala de tres valores no es necesaria para llevar a cabo un ejercicio de

⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 581.

ponderación. La ponderación se puede llevar a cabo con una escala de dos, cuatro o más (aunque no muchos más) valores. Con todo y esto Alexy prefiere el modelo triádico por su poder explicativo.

Los valores que forman la escala en el modelo triádico se pueden representar con las letras "l" para ligera, "m" para moderada y "s" para seria. Alexy propone representar el principio cuyo detrimento ha de ser analizado como " P_1 ". En la teoría de Alexy, la expresión " IP_1 " representa la intensidad de la interferencia con P_1 . Es importante resaltar que los grados de interferencia siempre son medidas concretas. El grado de afectación o detrimento que sufre un principio siempre es relativo a las circunstancias concretas del caso en cuestión. Aunque Alexy reconoce que no hay información adicional que sea necesaria para complementar lo expresado por IP_1 , propone utilizar "C" para hacer explícito el carácter concreto de la afectación de un principio. La expresión "C" representa todas aquellas circunstancias del caso en cuestión que son relevantes para la decisión. De este modo, para expresar el grado de interferencia con un principio (lo cual constituye el primer objeto que puede ser evaluado como "s", "m" o "l") Alexy propone usar la expresión " IP_1C ". En la teoría de Alexy, la expresión " IP_1C " puede ser abreviada como " I_1 ".

Según Alexy, los principios tienen un peso abstracto. Para representar el peso abstracto del principio afectado, Alexy utiliza la nomenclatura " WP_1 ". El peso abstracto de un principio es aquel que tiene relativo a otros principios independientemente de las circunstancias particulares del caso concreto. Según Alexy algunos principios tienen el mismo peso abstracto, mientras que otros no. Aunque sin argumento de por medio, sostiene que, por ejemplo, el peso abstracto del derecho a la vida es mayor al peso abstracto de la libertad general para actuar.¹⁰ Cuando el peso abstracto de dos principios en colisión es el mismo (lo cual, por presuposición, pasa en la mayoría de los casos), este valor puede ser ignorado al momento de ponderar. A la expresión " WP_1 " también se le puede agregar

¹⁰ Véase Alexy, Robert, "The weight formula", *op. cit.*, p. 160.

una variante que hace explícito el carácter abstracto del peso (abstracto) de un principio. En este sentido, uno puede representar el peso abstracto del principio con el que se ha de interferir como " WP_iA ". En esta formulación " A " representa el carácter abstracto del peso del principio afectado. La versión simplificada de la expresión " WP_iA " es " W_i ".

Alexy señala que el segundo objeto que puede ser evaluado como " s ", " m " o " l " es la importancia que tiene satisfacer el segundo principio. En la teoría de Alexy, el segundo principio, aquel cuya importancia hay que evaluar, es representado por la expresión " P_j ". La importancia de P_j es determinada por la intensidad de la interferencia que P_j sufriría si no se interfiriera con P_i . Alexy sugiere que dado que (el concepto de) la importancia de P_j es "idéntica"¹¹ a (el concepto de) la interferencia hipotética que P_j habría de sufrir si la interferencia con P_i fuera omitida, este valor (la importancia del segundo principio) puede también ser representado como " I ". Entonces, sostiene, la contraparte de la expresión IP_iC es " IP_jC ". Como antes, esta expresión puede ser abreviada y sustituida por la expresión " I_j ".

El primer paso en el proceso de ponderación consiste en asignar a I_i uno de los valores " s ", " m " o " l ". El segundo paso consiste en hacer lo mismo con I_j ; es decir, en asignar uno de los valores " s ", " m " o " l ". El tercer paso es analizar la relación entre estos dos valores y determinar si la importancia del segundo principio justifica el detrimento al primero.

De acuerdo con Alexy, existen tres escenarios en el que la interferencia con P_i es mayor que la interferencia con P_j :

- 1) $I_i: s, I_j: l$
- 2) $I_i: s, I_j: m$
- 3) $I_i: m, I_j: l$

¹¹ *Ibidem*, p. 163.

En estos tres casos, P_i tiene precedencia sobre P_j . Cuando el principio que sufre el detrimento precede al segundo principio, la importancia del segundo no justifica la restricción al primero. Hay tres casos en los que la interferencia con P_j es más intensa que la interferencia con P_i , éstos son:

4) $I_i: l, I_j: s$

5) $I_i: m, I_j: s$

6) $I_i: l, I_j: m$

En estos casos P_j tiene precedencia sobre P_i . Porque el segundo principio precede al primero, el detrimento al primero está justificado por la importancia del segundo. Por último, hay tres casos en los que la intensidad de la interferencia con P_i es la misma que la intensidad de la interferencia con P_j ; estos casos son:

7) $I_i: l, I_j: l$

8) $I_i: m, I_j: m$

9) $I_i: s, I_j: s$

En estos casos, cuando la interferencia con ambos principios es igual, la ponderación no determina ningún resultado. Según Alexy, este escenario es un ejemplo de "discreción estructural". Esto es, la discreción que es resultado de la ponderación surge de la estructura que tienen los principios, dado el tipo de normas que son. Al encontrar la relación entre el peso específico de dos principios en colisión uno responde a la pregunta de si la medida adoptada por la autoridad está justificada o no.

Hasta aquí esta breve reconstrucción de la teoría de Robert Alexy sobre la ponderación. Como se advirtió antes, esta reconstrucción es incompleta; no obstante, debería dar al lector un panorama completo para

entender en qué sentido la ponderación puede ser usada para justificar la imposición de confinamientos. Con el fin de ser explícito, antes de terminar esta sección me gustaría ilustrar esa idea.

La pregunta sobre si la imposición de confinamientos obligatorios como medida de contención frente a la pandemia estaba justificada cobró suma relevancia en aquellos países en los que se impusieron medidas de este tipo. No es difícil imaginar casos en los que tribunales y cortes tuvieran que pronunciarse al respecto.¹² La cuestión sobre la justificación (jurídica) de dicha medida de salud, claramente, pudo haberse entendido como un asunto de precedencia entre principios constitucionales. El asunto consistía en determinar si el derecho a la salud de la población tenía precedencia sobre el derecho a la libertad de tránsito (o a la libertad de reunión, etc.).

Usar la ponderación para justificar la imposición de confinamientos habría consistido entonces, en primer lugar, en determinar el valor de la intensidad con la que, dadas las circunstancias, dicha medida interfería con la libertad de tránsito. En segundo lugar, se habría tenido que determinar el valor de la intensidad con la que se habría interferido con el derecho a la salud en caso de no haber sido adoptados los confinamientos.

Si, por ejemplo, se hubiese determinado que a la interferencia con la libertad de tránsito (al imponer confinamientos) le correspondía un valor "s" y a la intensidad de la interferencia hipotética con el derecho a la salud (en caso de no haberse impuesto los confinamientos) un valor "l", la medida habría sido injustificada. Por el contrario, si se hubiera encontrado que los valores eran inversos, la medida habría sido justificada. El tercer paso en la ponderación habría consistido justamente en establecer esta relación.

¹² Un ejemplo es el caso *County of Butler v. Wolf* presentado en un tribunal de distrito en el estado de Pensilvania en Estados Unidos. Véase *Cty. of Butler v. Wolf*, Civil Action No. 2:20-cv-677, 2020 WL 2769105, at *2 (W.D. Pa. May 28, 2020).

Claramente, esta reconstrucción (igual que el método de ponderación por sí solo) no da cuenta del proceso justificativo completo que habría tenido lugar al decidir este caso. Para dar cuenta del papel que el método de ponderación habría jugado en la justificación de tal decisión no es necesario mencionar explícitamente los argumentos que presumiblemente se habrían ofrecido en favor de asignar estos (o cualquiera otros) valores a cada uno de los principios en cuestión. Me parece, no obstante, que esta descripción es suficiente para dar al lector una imagen clara sobre la forma en la que el método de ponderación puede ser usado para justificar la adopción de medidas restrictivas de la libertad, tales como los confinamientos. En la siguiente sección, presentaré algunas objeciones que en la literatura han sido presentadas en contra de la teoría de la ponderación de Robert Alexy.

D. Objeciones en contra de la teoría de la ponderación de Robert Alexy

I. La ponderación y la falta de estándares no arbitrarios

La teoría de la ponderación de Alexy ha sido objeto de múltiples críticas; quizás una de las más importantes sea la propuesta por Jürgen Habermas. La objeción de Habermas se sustenta en la idea de que existe una diferencia entre derechos y valores y que teorías como la de Alexy conciben equivocadamente los principios (constitucionales) en términos de los segundos.

Según Habermas, entender los principios como valores es entenderlos como "prescripciones de optimización cuya intensidad permanece abierta."¹³ Habermas considera que un método de balanceo orientado hacia la realización de ciertas metas (como el propuesto por Alexy) es necesario

¹³ Habermas, Jürgen, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Rehg, William (trad.), Cambridge, Mass., MIT Press, 1996, p. 254. [Traducción propia].

para dirimir conflictos entre principios solamente si uno identifica a éstos con valores que, por un lado, deben ser optimizados, y que, por otro, no establecen una medida específica para llevar a cabo dicha optimización. Según Habermas, el método de ponderación transforma el proceso de interpretación de leyes establecidas en un proceso distinto; a saber, en un proceso de realización de valores en el que se busca darles forma de conformidad con las circunstancias particulares de cada caso. Para Habermas, ésta es una consecuencia de concebir los principios como valores pues, así entendidos, ningún valor tiene preferencia no-condicional sobre ningún otro.

De acuerdo con Habermas, los principios son normas de grado superior en virtud de las cuales otras normas (de grado inferior) pueden justificarse. De manera más importante, los principios tienen una dimensión deóntica. Los valores, en cambio, tienen una dimensión teleológica. Para Habermas, mientras que los valores son preferencias compartidas entre individuos, las normas (de las cuales los principios son un tipo) obligan a quienes están dirigidas sin excepción y por igual a cumplir expectativas generales acerca de su comportamiento.

Con mayor precisión, Habermas traza la distinción entre normas (incluyendo los principios) y valores en virtud de cuatro diferencias fundamentales con respecto a sus propiedades lógicas: en primer lugar, las normas hacen referencia al seguimiento de reglas obligatorio, mientras que los valores lo hacen a la orientación teleológica de la acción. En segundo lugar, las afirmaciones de validez (*validity claims*) que uno puede hacer sobre unas y otros son distintas; mientras que una norma es válida o inválida, la validez de los valores (en tanto preferencias) es una cuestión de grado. En tercer lugar, el carácter vinculatorio de las normas es absoluto (aplica a todos los casos) y el de los valores es relativo. En cuarto lugar, los criterios de coherencia que los sistemas de normas satisfacen son distintos a los criterios que satisfacen los sistemas de valores.

De acuerdo con Habermas, la diferencia entre las propiedades lógicas de las normas y los valores dan como resultado diferencias importantes con

respecto a la forma en la que son aplicados. Es aquí cuando la objeción de Habermas se concentra con mayor precisión en el método de ponderación.

Habermas sostiene que "en contextos de justificación las normas y los valores toman papeles diferentes con respecto a la lógica de la argumentación."¹⁴ Como hemos hecho notar, todos los valores ocupan el mismo valor jerárquico. Esto es, según Habermas, antes de ser relativizados en su aplicación al caso concreto ningún valor goza de mayor prioridad que los otros.¹⁵ Al igualar derechos básicos (como los principios) con bienes básicos (valores), nos comprometemos con la idea de que los derechos básicos deben competir (en caso de colisión) entre ellos en igualdad de jerarquía. Esto es diferente en el caso de las normas. Las normas, según Habermas, son válidas (o no) de conformidad con un test de universalización. Las normas, si son válidas, aplican universalmente. Según Habermas, por esta diferencia las normas tienen mayor fuerza al justificar decisiones cuando se comparan con los valores. Con precisión, escribe: "[p]orque las normas y los principios, en función de su carácter deontológico, pueden reclamar ser universalmente vinculantes y no sólo especialmente preferidas, es que poseen una fuerza justificadora mayor que la de los valores."¹⁶

La idea fundamental en el argumento de Habermas es que dado que el peso específico de un valor debe ser determinado en relación con el peso de otros valores caso por caso, y porque no hay estándares racionales

¹⁴ *Ibidem*, p. 257. [Traducción propia].

¹⁵ Conviene notar aquí que esta idea es rechazada por Alexy. Como hemos visto, Alexy concede la posibilidad de que el peso abstracto de distintos valores ("principios", en su lenguaje) sea distinto. Sin embargo, como él mismo reconoce, en los casos de conflicto entre valores los casos típicos en los que se hace necesario aplicar la ponderación son aquellos en los que el peso abstracto de los valores en cuestión es el mismo. La objeción de Habermas parece entonces tener, sino exactamente el efecto negativo con respecto a la teoría de Alexy que él desearía, uno suficientemente serio. Quizá no es verdad, como Habermas arguye, que la ponderación no justifica (jurídicamente) la adopción de decisiones; quizá lo que es verdad, si Habermas tiene razón, es que la ponderación no justifica la toma de decisiones en los casos en los que típicamente ha de ser empleada.

¹⁶ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 259. [Traducción propia].

para hacer esto, entonces dicha determinación debe hacerse de forma arbitraria o de conformidad con estándares dados por la costumbre. Si el estándar que justifica la precedencia de un principio sobre otro es válido solamente para el caso en cuestión y esto es así en cada caso, entonces ese estándar no da bases de justificación alguna (o al menos no con la misma fuerza justificatoria como lo hace una norma).

En otras palabras, según Habermas, el método de ponderación no justifica la toma de decisiones porque no existen estándares no arbitrarios en virtud de los cuales se pueda determinar el peso específico de los principios si los entendemos como valores. Si existieran dichos estándares, las relaciones entre el peso específico de dos principios en colisión no tendrían por qué ser determinadas caso por caso atendiendo a argumentos funcionalistas enfocados en determinar la medida en la que ambos principios son optimizados en el caso concreto.

Si Habermas tiene razón, los jueces que aplican el método de ponderación en los casos en los que existe colisión entre principios fallan con su obligación de justificar sus decisiones. No es mi intención en este texto comprometerme con la crítica habermasiana. Quizá la objeción es, de hecho, incorrecta. Mi propósito es llamar la atención sobre la seriedad de la objeción. Dado que la objeción parece suficientemente seria (al menos si nos concentramos en la conclusión), no debería ser ignorada. Antes de aceptar el método de ponderación como la herramienta de justificación idónea en casos como el de la imposición de confinamientos en contextos de pandemia conviene enfrentar críticas como la de Habermas que niegan que el método de ponderación pueda ser utilizado como base de justificación de cualquier decisión jurídica en la que se busca aplicar principios.

II. La ponderación y la subsunción

Otra crítica significativa al análisis de la ponderación propuesto por Robert Alexy ha sido presentada por Lars Lindahl. En el texto *On Robert*

Alexy's weight formula for weighing and balancing,¹⁷ Lindahl introduce un número de objeciones dirigidas específicamente a desacreditar la presentación que el propio Alexy hace del método de ponderación en la forma de una fórmula aritmética.

A continuación, presentaré una de esas objeciones, la cual consiste en afirmar que el método de ponderación reconstruido como lo hace Alexy no es distinto del método de subsunción. Antes de presentar la objeción de Lindahl es preciso expandir un poco la reconstrucción de la teoría de Alexy.

Alexy propone que el método de ponderación puede ser representado a través de la fórmula:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

En esta fórmula, las expresiones I_i , W_i , R_i , I_j , W_j y R_j representan valores numéricos que son asignados de la siguiente manera. A las expresiones I_i e I_j , que, como vimos, respectivamente denotan la intensidad de la interferencia con el primer principio (al llevarse a cabo la medida en cuestión) y de la interferencia hipotética con el segundo principio (en caso de no llevarse a cabo la medida), les corresponde a cada una uno solo de los números 4, 2 y 1. Corresponde el número 4 si la interferencia es seria (s), el número 2 si es moderada (m) y el número 1 si es ligera (l). Los mismos valores han de ser asignados por las mismas razones a las expresiones W_i y W_j , que, como vimos, representan el peso abstracto del primer y el segundo principio, respectivamente. Si el peso es serio (s) se asigna

¹⁷ Lindahl, Lars, "On Robert's Alexy's weight formula for weighing and balancing", en *Rights: concepts and contexts*, Bix, Brian y Spector, Horacio (eds.), pp. 559-579, Londres, Routledge, 2016.

el número 4, se asigna el número 2 si es moderado (*m*) y el número 1 si es ligero (*l*). Las expresiones R_i y R_j representan la confiabilidad (*reliability*) de las suposiciones empíricas. Este elemento tiene que ver con lo que Alexy llama la segunda ley de la ponderación, según la cual: "Mientras más peso tenga la interferencia con un derecho constitucional, mayor debe ser la certeza sobre las premisas que le subyacen".¹⁸

Al determinar el grado de afectación del primer principio en caso de aplicarse la medida en cuestión, llevamos a cabo suposiciones sobre los hechos, y lo mismo hacemos cuando determinamos el grado de afectación del segundo principio en caso de que la medida no fuera adoptada. Las suposiciones, sin embargo, no son evaluadas como serias, moderadas o ligeras, como los son la intensidad de afectación y el peso específico de los principios, sino como ciertas o confiables, abreviado como "*r*", sostenibles o plausibles, abreviado como "*p*", y no evidentemente falsas, abreviado como "*e*". Los valores numéricos que Alexy da a estos factores son 1 para *r*, $\frac{1}{2}$ para *p* y $\frac{1}{4}$ para *e*.¹⁹

La fórmula de la ponderación de Alexy representa el cociente entre el peso de las razones para aplicar el primer principio y el peso de las razones para aplicar el segundo principio. Esto es lo que la expresión " W_{ij} " denota. El numerador en la fórmula es el producto de multiplicar los valores asignados a $I_i \cdot W_i \cdot R_i$, y el denominador es el producto de multiplicar los valores asignados a $I_j \cdot W_j \cdot R_j$. El valor de W_{ij} indica si el primer principio precede al segundo. Si el valor es mayor a uno, entonces el primer principio precede al segundo. Si el valor es menor a uno, entonces el segundo principio precede al primero. Si el valor es igual a uno entonces es un caso de empate, ni el primer principio precede al segundo ni el segundo al primero.

¹⁸ Alexy, Robert, "On balancing and subsumption. A structural comparison", p. 446. [Traducción propia].

¹⁹ Con mayor precisión, Alexy asigna los valores 2^0 para *r*, 2^{-1} para *p* y 2^{-2} para *e*. Véase Alexy, Robert, "The weight formula", p. 171.

La objeción de Lindahl comienza con la afirmación de que los números en la fórmula de ponderación no son necesarios; afirma que se puede representar con precisión la misma información representada por la fórmula de Alexy sin utilizar números ni las operaciones de multiplicación y división. Según Lindahl, todo lo que hace falta es un orden comparativo en el que (alg)una(s) medida es mayor o menor a otra(s).

La propuesta de Lindahl es deshacernos de los productos en la fórmula y sustituirlos por las triplas ordenadas (I_i, W_i, R_i) y (I_j, W_j, R_j) . La primera representa entonces la intensidad de la interferencia, el peso abstracto y la confiabilidad de las presuposiciones empíricas con relación al primer principio. La segunda tripleta representa la intensidad de la interferencia, el peso abstracto y la confiabilidad de las presuposiciones empíricas con relación al segundo principio. Después propone asignar a cada una de estas triplas una de las combinaciones de tres letras en la siguiente lista:

ssr

smr, msr, ssp

mmr, slr, lsr, msp, smp, sse

mlr, lmr, mmp, lsp, slp, sme, mse

llr, mlp, lmp, mme, lse, sle

llp, lme, mle

lle

En estas combinaciones la primera letra corresponde al valor de la intensidad de la interferencia; la segunda, al valor del peso abstracto, y la tercera, al valor de la confiabilidad de las presuposiciones empíricas. Como con la teoría de Alexy, la letra "s" significa "serio"; la letra "m", "moderado"; la letra "l", "ligero"; la letra "r", "confiable"; la letra "p", "sostenible", y la letra "e", "no evidentemente falso".

Lindahl sostiene que este arreglo muestra un orden comparativo entre las 27 combinaciones de letras posibles de acuerdo con su *fuera*. Este

arreglo muestra las relaciones de *igual fuerza que* y *mayor fuerza que* entre las combinaciones. Una combinación que se encuentra en una línea arriba de otra combinación tiene mayor fuerza, y dos combinaciones que se encuentran en la misma línea tienen igual fuerza. Por ejemplo, la combinación *smr* tiene igual fuerza que *ssp*, mayor fuerza que *mmr*, y menor fuerza que *ssr*.

Lindahl afirma que "[e]l orden descrito es conforme con el orden que está implícito en el modelo de Alexy, dado que el orden puede ser derivado a partir de los números que la fórmula de Alexy adscribe a las diferentes posibilidades de los productos $(I_i \cdot W_i \cdot R_i)$ y $(I_j \cdot W_j \cdot R_j)$."²⁰ Por razones de tiempo y espacio, no explicaré en mayor detalle el razonamiento de Lindahl en este respecto, aunque cabe mencionar que no parece haber mayores complicaciones con él.

Según Lindahl, dado que a las triplas (I_i, W_i, R_i) y (I_j, W_j, R_j) les corresponde, a cada una, una sola combinación de letras, se sigue que las triplas (I_i, W_i, R_i) y (I_j, W_j, R_j) pueden ser comparadas como una teniendo una mayor fuerza que la otra o ambas teniendo la misma fuerza. Por ejemplo, si el valor de la tripleta (I_i, W_i, R_i) es igual a *ssr* y el valor de la tripleta (I_j, W_j, R_j) es igual a *smr*, entonces la tripleta (I_i, W_i, R_i) tiene mayor fuerza que la tripleta (I_j, W_j, R_j) .

Existen tres posibilidades entonces (como en el modelo de Alexy) acerca de cómo la relación entre estos valores determina la relación entre principios. Si (I_i, W_i, R_i) tiene mayor fuerza que (I_j, W_j, R_j) , entonces el primer principio tiene precedencia sobre el segundo. Si (I_j, W_j, R_j) tiene mayor fuerza que (I_i, W_i, R_i) , entonces el segundo principio tiene precedencia sobre el primero. Si (I_i, W_i, R_i) y (I_j, W_j, R_j) tienen igual fuerza, entonces ningún principio tiene precedencia sobre el otro.

²⁰ Lindahl, Lars, "On Robert's Alexy's weight formula for weighing and balancing", pp. 570-571.

Según la crítica de Lindahl sobre la que deseo llamar la atención, una vez que introducimos el orden de combinaciones de letras indicado en líneas anteriores, la fórmula de Alexy puede ser presentada como una fórmula de subsunción. Aunque, con precisión, Lindahl habla explícitamente sólo de la *fórmula* de Alexy, no es inadecuado afirmar que la misma conclusión puede hacerse con respecto al mecanismo de razonamiento que la fórmula representa, es decir, sobre el método de ponderación en la caracterización de Alexy. La conclusión así reformulada es que, como caracterizado por Alexy, el método de ponderación no es un mecanismo de justificación distinto del método de subsunción ordinario con el que según él se justifican las decisiones basadas en reglas.

La idea es que una vez introducidas las herramientas sugeridas por Lindahl, uno podría modelar el razonamiento justificatorio en cada caso concreto a través de enunciados generales que expresaran la información abreviada por las combinaciones de letras (asignadas respectivamente a cada tripleta correspondiente a cada principio) y enunciados que expresaran la relación de fuerza entre dichas combinaciones. Estos enunciados podrían ser usados simplemente como premisas de una inferencia de la cual se derivaría una conclusión normativa acerca de la precedencia de un principio sobre otro.

Si, como parecen ser, las observaciones de Lindahl son correctas, se sigue que no hay diferencia estructural entre el razonamiento que se utiliza para aplicar reglas y el que se utiliza para aplicar principios. Si esto es así, resulta injustificado apelar a la noción de ponderación y aplicar en particular este método como lo concibe Alexy para justificar medidas como la imposición de confinamientos durante tiempos de pandemia.

Como he dicho anteriormente, mi intención no es descartar al método de ponderación en general ni descartar la caracterización del método propuesta por Alexy en particular, como una herramienta que pudiera utilizarse para justificar la imposición de medidas restrictivas de libertades como la imposición de confinamientos. Mi intención al presentar las objeciones

a la teoría de Alexy sugeridas por Habermas y Lindahl ha sido más bien motivar un escepticismo moderado que nos permita tener una imagen más precisa de los alcances y limitaciones de la ponderación. Para justificar una decisión que da lugar a un conflicto entre principios constitucionales, hace falta más que la simple aplicación mecánica de la herramienta argumentativa de moda. En la siguiente sección mi propósito es presentar un ejemplo de cómo otras herramientas justificativas pueden ser utilizadas por las autoridades para justificar medidas restrictivas de libertad.

E. Justificación sin ponderación

En un artículo reciente,²¹ Kieran Oberman ha argumentado que los confinamientos no son medidas restrictivas de la libertad, sino que la promueven. Para Oberman, contrario al punto de vista común, aunque los confinamientos restringen la libertad, son medidas que más bien la promueven, ya que nos protegen de los virus que la restringen aún más. Según él, el problema de justificar la imposición de confinamientos no consiste en decidir cuál entre los derechos de la libertad o a la salud pública tiene precedencia, sino cómo asegurar mayor libertad para las personas en contextos tan excepcionales como el de una pandemia. Mi propósito en esta sección es ofrecer una breve pero detallada reconstrucción del argumento de Oberman.

Oberman distingue tres formas en las que puede entenderse la libertad: una concepción negativa, una normativa y una republicana. Según él, su argumento es correcto con respecto a cualquiera de estas tres concepciones. Por razones de simplicidad en la exposición, expondré a continuación el argumento entendido como uno acerca de la libertad negativa.

Oberman define la libertad negativa en virtud de seis propiedades. En primer lugar, solamente constreñimientos externos, como una barda, limitan

²¹ Oberman, Kieran, "Freedom and viruses", *Ethics* 132, núm. 4, 2022, pp. 817-850.

la libertad; no lo hacen constreñimientos internos, como los miedos o los deseos. En segundo lugar, la libertad sólo puede ser restringida por constreñimientos impuestos por otros; no restringen la libertad los impuestos por uno mismo o por la naturaleza. En tercer lugar, la libertad tiene que ver con acciones no con estados "existenciales"; uno es más o menos libre dependiendo de la cantidad de acciones que puede realizar, no de los estados en los que puede colocarse (así, hay razón para no hablar de *la libertad para ser feliz*). En cuarto lugar, si uno no es libre para realizar una acción, entonces realizarla es imposible, no solamente costoso. En quinto lugar, la libertad y el valor de la libertad son cosas distintas. Por último, la libertad no está moralizada, incluso constreñimientos justificados son restrictivos de la libertad.

Debería ser fácil aceptar que, entendida la libertad de conformidad con esta concepción negativa, los confinamientos son medidas restrictivas de libertad. Los confinamientos son constreñimientos externos, impuestos por otras personas, que imposibilitan la realización de un número de acciones. Aceptadamente, existen complicaciones con esta idea que, por simplicidad de la exposición, no explicitaré aquí; por ejemplo, los confinamientos restringen la libertad a través de la imposición de multas, lo cual no es claramente una forma de "imposibilitar" la realización de acciones (por ejemplo, reunirse con otras personas). Para simplificar la exposición de ideas simplemente asumiré como correcta la tesis de que los confinamientos adoptados por varios gobiernos para hacer frente a la pandemia de 2020 son medidas restrictivas de la libertad cuando se entiende ésta de conformidad con la concepción negativa presentada por Oberman.

La primera premisa en el argumento de Oberman es que los virus restringen la libertad. Los virus, afirma, ponen a las personas bajo la amenaza de infección. Esta amenaza las incapacita para llevar a cabo aquellas acciones que pueden conducirles a infectarse, así como las acciones que una vez infectados no podrían realizar. La amenaza a la que dan lugar los virus es objetiva en el sentido de que hay puntos en el tiempo y en el

espacio en los que existen partículas de virus, lo que impide a las personas ubicarse en estos puntos espaciotemporales sin infectarse.

Oberman alega que las infecciones claramente nos impiden realizar ciertas acciones. En el caso de los pacientes infectados sintomáticos, observa, es claro que desarrollan síntomas de la enfermedad que les impiden realizar ciertos movimientos y actividades (imaginemos, por ejemplo, jugar un partido de fútbol al tener un cuadro de neumonía causada por la infección). En el extremo, la infección por covid-19 puede causar la muerte. Oberman sostiene que la muerte, cuando es causada por otras personas, es una restricción a la libertad. La idea de Oberman es que la muerte evita que las personas lleven a cabo todas esas acciones que pudieron haber realizado durante el resto de sus vidas de no haber muerto. Es importante resaltar que Oberman está hablando aquí de muerte no-natural, causada por otras personas.

Según Oberman, si uno acepta que la muerte no-natural es una forma de restringir la libertad y que las muertes causadas por virus son muertes no naturales, es fácil aceptar que las infecciones causadas por virus restringen la libertad de las personas sintomáticas. Sobre las personas asintomáticas, Oberman señala que su capacidad de infectar a otros les impide asociarse con otras personas, escribe: "[s]i A que es asintomático no puede reunirse con B sin que B sea contagiado y B moriría si se infectara, entonces A no es libre de asociarse con B ahora y en el futuro."²²

Oberman no niega que los confinamientos, en un primer momento, restringen la libertad, aunque más bien pone énfasis en afirmar que los virus también lo hacen y en mayor medida. El siguiente paso en su argumento es defender de varias objeciones su afirmación de que los virus restringen la libertad. No reconstruiré aquí ni todas las objeciones ni todos sus argumentos para desacreditarlas; para nuestros propósitos esto no es

²² *Ibidem*, pp. 824-825.

necesario. De cualquier forma, por fines ilustrativos, presentaré a continuación una de estas objeciones y el argumento que Oberman presenta como respuesta.

Según Oberman, uno podría alegar que, bajo la concepción negativa de libertad, los constreñimientos deben ser externos y que los virus no lo son. Argumenta contra esta objeción no negando que sea posible interpretar la libertad negativa de forma que sea cierto que los virus no son constreñimientos externos, sino más bien mostrando que las interpretaciones (de la libertad negativa) según las cuales esto es así son implausibles.

Para mostrar que los virus son constreñimientos externos, Oberman primero distingue entre dos sentidos en los que se puede entender "externo" cuando se predica de un constreñimiento. Se puede decir que un constreñimiento es externo a la mente, o que es externo a la mente y al cuerpo. Si "externo" se entiende como externo a la mente, entonces los virus son constreñimientos externos claramente. Los virus no existen en nuestra mente. Si "externo" se entiende como externo a la mente y al cuerpo, entonces los virus parecen, en primera instancia, contar como constreñimientos internos. Los virus nos impiden realizar acciones porque están dentro de nuestros cuerpos causando síntomas de enfermedad.

Para mostrar que los virus son constreñimientos externos y no internos, Oberman distingue primero dos sentidos en los que un constreñimiento puede ser externo. Según él, un constreñimiento puede ser externo en virtud de su fuente o en virtud de su ubicación. Hablar de la fuente de un constreñimiento es hablar de aquello que causa su existencia. Hablar de la ubicación es hablar de "el lugar desde el cual el constreñimiento constriñe."²³

Derivada de esta distinción, Oberman propone otra entre constreñimientos externos puros y constreñimientos externos mixtos. Un constreñimiento externo puro es aquel que es externo en ambos sentidos; por

²³ *Ibidem*, p. 826.

ejemplo, dice Oberman, una prisión que tú no construiste y que no está dentro de ti. Un constreñimiento externo mixto es un constreñimiento externo en al menos uno de los dos sentidos. El ejemplo de Oberman es una bala que se aloja en tu pierna después de que alguien te dispara, y te imposibilita caminar; por su fuente la bala es un constreñimiento externo pero por su ubicación es uno interno. Según Oberman, los virus son constreñimientos externos mixtos que, como la bala, son externos por su fuente pero internos por su ubicación. Para Oberman, una concepción de libertad negativa que no cuente los constreñimientos externos mixtos como constreñimientos externos es implausible.

Para repetir, el primer paso en el argumento de Oberman es sostener que los virus son constreñimientos que restringen nuestra libertad. El segundo paso es mostrar que a pesar de que en primera instancia los confinamientos también son restrictivos de libertad, esto no implica que al imponer confinamientos nuestra libertad se ve doblemente restringida y que entonces la forma de remover algunas restricciones a nuestra libertad es removiendo los confinamientos.

Oberman señala que los confinamientos modifican el alcance de los virus en el tiempo y en el espacio y que de esta forma tienen un impacto en el efecto que los virus tienen con respecto a la libertad; reconoce, no obstante, que la cuestión es compleja, y que los confinamientos restrinjan o promuevan nuestra libertad puede depender del escenario concreto.

Oberman nos pide imaginar el siguiente escenario. Digamos que hay un brote epidémico en una comunidad y el gobierno decide confinar a los miembros. Al poco tiempo el virus desaparece. Según Oberman, aunque es cierto que el confinamiento restringió la libertad de los miembros de esa comunidad, incrementó la libertad de todos los demás y por tanto se puede decir que, en general, más bien incrementó la libertad.

Oberman presenta un escenario más complejo. En éste un virus, para el que no hay cura ni vacuna, se esparce entre los miembros de una población. La única alternativa para enfrentar esta contingencia es conseguir

la llamada "inmunidad de rebaño". La forma más rápida de conseguirla es dejar que el virus se esparza. Un confinamiento reduce el número de casos activos y mantiene un sistema de salud funcional pero prolonga la duración de la epidemia.

Según Oberman, los efectos del confinamiento sobre la libertad en este escenario son complejos. Hay un sentido en el que el confinamiento restringe la libertad no sólo directamente porque imposibilita a las personas realizar ciertas actividades sino también indirectamente porque además prolonga la epidemia. Hay otro sentido en el que el confinamiento aumenta nuestra libertad, pues reduce el número de partículas del virus que están en circulación y disminuye así el número de puntos espacio-temporales en los que es posible contagiarse. Esto nos libera de las restricciones a la libertad impuestas por la presencia del virus. Si bien es cierto que al prolongar la epidemia el confinamiento alarga el periodo durante el cual el virus restringe nuestra libertad, también lo es que durante ese tiempo disminuye el alcance de esa restricción.

Oberman ofrece otra razón por la que los confinamientos en lugar de restringir la libertad la promueven. Como hice notar anteriormente, según él, la muerte por causas no naturales es la forma más severa de restringir la libertad. Como hemos visto, para Oberman, la muerte causada por virus es una muerte no natural. Dado que los confinamientos salvan vidas, los confinamientos aumentan la libertad de todas aquellas personas que salvan. De acuerdo con Oberman, esto da una razón de peso para considerar que los confinamientos aumentan la libertad de las personas a pesar de, en otro sentido, restringirla.

Otra razón para considerar que al protegernos de los virus los confinamientos promueven la libertad más de lo que la restringen es que, a diferencia de los virus, los confinamientos sacrifican algunas libertades, pero no otras. Los confinamientos impiden a la gente hacer actividades no esenciales como ir de vacaciones a la playa, pero no les impiden realizar las actividades consideradas necesarias para la subsistencia, como com-

prar alimentos. Los virus, en cambio, restringen la libertad de hacer cualquier cosa. Los virus se esparcen por cualquier lugar. Los confinamientos, señala Oberman, protegen, si no una mayor libertad en general, libertades que consideramos más importantes.

Otra razón que, según Oberman, justifica la afirmación de que los confinamientos sirven para promover la libertad tiene que ver con la distribución de este bien; señala que la manera en la que los virus representan una amenaza a la libertad es distinta con respecto a diferentes grupos de población. Hay grupos, como los adultos mayores y las personas con condiciones de salud subyacentes, que, en el caso específico del virus SARS-CoV-2, se encuentran en mayor riesgo comparados con otros (como los adolescentes sin condiciones de salud subyacentes). Según Oberman, en casos como éste, los confinamientos sirven para proteger la libertad de los más vulnerables.

Así, Oberman afirma que en casos en los que los virus representan riesgos severos a la salud de las personas (como el SARS-CoV-2), los confinamientos pueden tener efectos benéficos con respecto a la libertad. Como hemos hecho notar, estos efectos son al menos tres: los confinamientos tienen el poder de aumentar la libertad en general; tienen el poder de proteger libertades que consideramos más valiosas, y nos ayudan a distribuir mejor las libertades al dar más libertad a los vulnerables y restringiendo la de los no vulnerables. La conclusión de las observaciones de Oberman es que dado que los confinamientos tienen un efecto sobre la distribución espaciotemporal de un virus y por ello alteran la medida en la que los virus restringen nuestra libertad, entonces los confinamientos tienen un efecto en nuestra libertad en general. El efecto que tienen los confinamientos sobre la medida en la que los virus restringen a la libertad es disminuirla; el efecto que los confinamientos tienen sobre nuestra libertad en general como resultado es aumentarla.

Como he advertido en múltiples ocasiones, mi propósito en esta sección ha sido ilustrar con un ejemplo cómo la justificación de la imposición de

confinamientos en un contexto como el de la pandemia por covid-19 en 2020 puede justificarse mediante argumentos que no descansan en la idea de precedencia entre principios en colisión. Quizás el argumento de Oberman es incorrecto; sin embargo, hasta no estar seguros de que sus observaciones deben ser descartadas, su trabajo ofrece una alternativa para justificar los confinamientos que aumenta el catálogo de herramientas de justificación de los que las autoridades podrían echar mano para justificar tales medidas.

F. A modo de conclusión

Las críticas de Habermas y Lindahl dan razones suficientes para dudar de la capacidad justificatoria del método de ponderación en tanto mecanismo distinto de la subsunción. Si bien es cierto que más tiene que ser dicho antes de decidir abandonar el método de ponderación por completo, las críticas parecen exitosas por lo menos para generar dudas sobre la utilidad de esta herramienta.

Por otro lado, el argumento de Oberman es un buen ejemplo que ilustra cómo la adopción de confinamientos puede justificarse sin recurrir a la figura de la ponderación. Lo que es más, en su propuesta no sólo se prescinde de la figura de la ponderación, sino incluso de la idea de que casos como éste implican un conflicto entre principios. En mi opinión, es una invitación clara a repensar (esta parte de) nuestras prácticas justificativas.

Si las observaciones en este ensayo son correctas, las autoridades y en especial los tribunales tienen buenas razones para involucrarse en una nueva empresa: ampliar los recursos de los que pueden echar mano para justificar medidas restrictivas de derechos, tales como la imposición de confinamientos. Para lograr lo anterior es preciso buscar, en general, nuevos métodos de justificación y, en particular, nuevos argumentos. Afortunadamente, en términos de argumentación jurídica, todavía hay mucho trabajo por hacer.

Bibliografía

- Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, Julian (trad.), Oxford, University Press, 2002.
- Alexy, Robert, "Constitutional rights, balancing, and rationality", *Ratio Juris* 16, núm. 2 2003, pp. 131-140. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00228>.
- Alexy, Robert, "On balancing and subsumption. A structural comparison", *Ratio Juris* 16, núm. 4, 2003, pp. 433-449.
- Alexy, Robert, "The weight formula", en *Law's Ideal Dimension*, pp. 154-174, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a ed., Madrid, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007.
- Habermas, Jürgen, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Rehg, William (trad.), Cambridge, Mass., MIT Press, 1996.
- Lindahl, Lars, "On Robert's Alexy's weight formula for weighing and balancing", en *Rights: Concepts and Contexts*, Bix, Brian y Spector, Horacio (eds.), pp. 559-579, Londres, Routledge, 2016.
- Oberman, Kieran, "Freedom and viruses", *Ethics* 132, núm. 4, 2022, pp. 817-850.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Octubre de 2022.

La Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico es el parámetro y la guía de toda la actividad estatal, en especial, a través de los derechos fundamentales como límites del poder estatal. Por esta razón, la pandemia ocasionada por la enfermedad covid-19 supuso una situación extraordinaria especialmente desafiante, pues el combate y contención del virus no solamente trastocó la vida política y social de muchos países, sino que puso a prueba la estructura normativa del Estado constitucional en todos sus ámbitos y sometió a las instituciones democráticas a situaciones sin precedentes. La pandemia agudizó varios problemas sociales y económicos permanentes y, muchos de ellos, naturalizados: la insuficiencia de la capacidad hospitalaria instalada, y de salud en general, para atender a los pacientes infectados con el virus, la pérdida de empleos y, en consecuencia, de ingresos, y los riesgos laborales potenciados para quienes tuvieron que seguir saliendo a trabajar son sólo algunos de ellos.

El test de proporcionalidad es una exportación exitosa de la dogmática alemana de los derechos fundamentales. La proporcionalidad cuenta en algunos ordenamientos jurídicos con rango constitucional; a partir de ese rango, como derecho objetivo, vincula a toda la actuación estatal, sin embargo, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que todavía no tiene ese estatus, el test de proporcionalidad es una metodología de adjudicación judicial centrada en la restricción de los derechos fundamentales.

