

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19

RETOS AL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

— Coordinadores —
ERNESTO BLUME FORTINI
LUIS R. SÁENZ DÁVALOS



Asociación Peruana de
Derecho Constitucional

BIBLIOTECA PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

52

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19

Retos al constitucionalismo peruano

Coordinadores:

Ernesto Blume Fortini

Luis R. Sáenz Dávalos



Emergencia sanitaria por Covid 19
Retos al constitucionalismo peruano

Primera edición: julio 2020

© **Coordinadores:**

Ernesto Blume Fortini

Luis R. Sáenz Dávalos

© **Asociación Peruana de Derecho Constitucional**

© **Adrus D&L Editores S.A.C.**

Av. Brasil 1682 Fnd. Oyague - Lima - Pueblo Libre

Lima - Perú

Teléf. 01-4016451

E-mail: adrusdyleditores@gmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

N° 2020-04094

Diagramación:

José Luis Vizcarra Ojeda

Diseño de carátula:

Omar Suri

www.cromosapiens.com

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor y del autor.

COLABORACIONES

Alvarez Miranda, Ernesto
Benites Vásquez, Tula Luz
Bermúdez-Tapia, Manuel
Blume Fortini, Ernesto
Cajincho Yañez, Doris
Campos Ramos, Milagros
Castañeda Otsu, Susana
Castillo Córdova, Luis
Curaca Kong, Alfredo Orlando
Chávez Rabanal, Mario G.
Díaz Muñoz, Oscar
Dominguez Haro, Helder
Durand Avila, Frank Max Augusto
Eto Cruz, Gerardo
Figueroa Gutarra, Edwin
Galvez Adatao, José Luis
García Belaunde, Domingo
García Chavarri, Abraham
Hakansson Nieto, Carlos
Iriarte Pamo, Nadia
López Flores, Berly Javier Fernando
López Viera, José Reynaldo
Miranda Canales, Manuel
Miro Quesada Rada, Francisco
Novoa Campos, Bruno
Ordoñez Rosales, Paola
Palomino Manchego, José Félix
Pestana Uribe, Enrique
Quiroga León, Aníbal
Quispe Ponce, María Candelaria
Rodríguez Campos, Rafael
Sáenz Dávalos, Luis R.
Salomé Castro, Julio César
Sevilla Gálvez, Guillermo Martin
Távora Espinoza, Susana,
Velásquez Ramírez, Ricardo
Vilcapoma Ignacio, Miguel P.

CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA INTERPRETADA AL SERVICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN ESTADO DE EMERGENCIA

*Helder Domínguez Haro**

I

El contenido vertebral de la democracia tiene presupuestos básicos graficados en determinadas dimensiones: como una forma política-jurídica (forma jurídica-constitucional), una forma de vida y una forma de emancipación del ser humano. Ciertamente, la experiencia democrática tiene un origen político y si conjugamos su plano *iuspolítico*, socio-económico y su carácter humanista¹ dentro de un planeta “con” Constitución “democrática”, estamos hablando de una organización de la libertad/igualdad cuyo epicentro es la persona y sus derechos. En consecuencia, debe mirarse a la democracia al estilo de un

* Abogado y Máster en Derecho Constitucional y Jurisdicción Contencioso Administrativo. Director del Centro de Investigaciones Judiciales y representante técnico del Poder Judicial ante el Consejo Técnico para la Reforma del Sistema de Justicia, del cual es también coordinador. Miembro del Comité Editorial de la Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República. Asociado ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional e integrante de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho. Correo: helderdominguez@hotmail.com.

1 RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1970, p. 516.

derecho marco bajo la ecuación “derecho a tener y ejercer derechos”, allí donde se despliega el conjunto de derechos humanos garantizados y su notoria relación/control con los poderes públicos², pauteado dentro de un Estado constitucional, un Estado democrático constitucional o un Estado de los derechos constitucionales y fundamentales.

Lo antes señalado identifica a la democracia desde un anclaje constitucional y no estamos catalogando a la democracia como sinónimo de Constitución o no hacen una democracia los artículos de una Constitución³, la idea capital apunta a una experiencia democrática que tenga en la dignidad humana, en la fuerza normativa de la Constitución, los valores y principios constitucionales, interpretando la realidad, su punto de partida y de llegada⁴.

La democracia en su relación con el constitucionalismo en expansión y el fenómeno de la convencionalidad cada vez más entre nosotros, es una perpetua lucha por el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales en su bloque formal y en su ejercicio material, como sucede a nivel de los sinnúmeros textos dados como fueros, códigos, cartas, bulas, peticiones, actas, declaraciones, pactos, constituciones, enmiendas, leyes, convenios, tratados y convenciones. En ese sentido, si el artículo 1° de la Carta Democrática Interamericana consagra el derecho a la democracia, corresponde interpretar la Constitución peruana en dichos términos cuando de aplicar y garantizar los derechos explícitos e implícitos se trata, ya sea en estados o situaciones de normalidad o anormalidad.

Finalmente, la concepción constitucional de la democracia no tiene que estar en contraposición con los enfoques democráticos de los filósofos, politólogos o sociólogos o de la llamada “democracia de los ciudadanos”⁵, en tanto de lo que se trata es de darle una envoltura

2 Técnicamente hablando el poder es uno solo, el poder del Estado y cuenta con órganos separados constitucionalmente por cada función estatal; sin embargo, por razones de cotidianidad se utiliza la expresión de poder en plural: poder ejecutivo, poder legislativo, poder judicial, poder fiscal, poder constitucional, etc.).

3 BURDEAU, Georges. *La democracia*. Barcelona: Ariel, 1970, p. 20.

4 DOMÍNGUEZ HARO, Helder. *Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica*. Lima: Grijley, 2018, pp. 65 y ss.

5 Terminología utilizada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

normativa en su mayor grado para resguardar los derechos y afianzar el control inter órganos. Así comprende no sólo derechos o únicamente labores de control jurídico-político o de las decisiones públicas en defensa de la Constitución, todo lo contrario, fruto de su desarrollo histórico debe tener de ambos y son verdaderos parámetros para medir la calidad democrática.

II

La base expuesta en párrafos precedentes nos permite con mayor razón justificar y argumentar a favor del ejercicio legítimo de los derechos constitucionales ante una situación inesperada que toca y trastoca a todos -sin excepción- en pleno siglo XXI, la enfermedad infecciosa COVID-19, y es que la era de la globalización lo es también de las pandemias que trasciende su expansión continental de antaño, ahora a escala mundial. Si bien el gobierno peruano está tratando de minimizar los riesgos de contagio y mitigar los efectos nefastos de dicho virus, al amparo de la Constitución, la dación de normas legales, acciones sanitarias, etc., se debe también hacer una gran dosis de quehacer interpretativo acudiendo a la interpretación *pro homine*, descartando moldes rigurosos y literales de la normatividad. Esto es, no ser indiferentes a la calidad de seres humanos, al sentido común y al contexto donde nos movemos y cuyo escenario es -lamentablemente- de muerte y desolación. En otras palabras, el mayor virus puede ser la indiferencia y ante ello incumbe actuar desde los variados roles donde nos encontremos.

De lo vertido anteriormente y a la luz de los acontecimientos ocurridos desde la declaratoria del estado de emergencia nacional y aislamiento social obligatorio (Decreto Supremo N° 044-2020-PCM de fecha 15 de marzo y sus sucesivas prórrogas), el gobierno peruano constitucional y democrático que se precie de serlo y, en general, los diferentes actores en medio de esta crisis sanitaria, deben reflexionar sobre determinados tópicos sustantivos “desde” los derechos y libertades que sintéticamente se repasa en los renglones siguientes:

- a) Queda claro que el estado constitucional de emergencia tal como se nos ha impuesto es una necesidad y se llega a ese escenario -con sus propias particularidades y extensión material- como último recurso estatal para la protección de los derechos o bienes constitucionales que a través de los procedimientos ordinarios no se

podrían haber hecho. Si bien no encajaría bajo los supuestos de un estado de emergencia técnica y rigurosamente hablando según el artículo 137° de la Constitución peruana, debemos estar de acuerdo por su invocación porque la realidad nos lo exige, pese a la zona gris generada o los clarososcuros puestos al debate nacional. A futuro debe pensarse en una mejor regulación constitucional como estado de alarma y su respectiva normatividad infraconstitucional (España se constituye en un ejemplo interesante, el artículo 116.2 de su Constitución regula el estado de alarma).

- b) A tono con lo dicho, el régimen de emergencia actual estaría restringiendo en la práctica otros derechos constitucionales además de los que naturalmente están permitidos su suspensión, esto es, a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, a la libertad de reunión y de tránsito. Es infrecuente en un estado de emergencia, naturalmente previsto en el Texto Fundamental vigente, la conculcación de derechos, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y consiguientemente a una remuneración para su bienestar y el de su familia, a la alimentación, a la empresa, el derecho del consumidor, libertad religiosa, entre otros. Dadas las circunstancias propias de una pandemia expansiva e invisible resultaría su modulación razonable a partir de las llamadas regulaciones de tiempo, lugar y modo; sin embargo, también es de apreciarse limitaciones por parte del Poder Ejecutivo a través de medidas normativas y administrativas distantes de ser idóneas, necesarias y ponderadas en perjuicio del libre ejercicio de los derechos. En consecuencia, se estaría ante la posibilidad de procesos constitucionales en la medida que los plazos sean expeditivos dado la naturaleza de la anomalía y consiguientemente, de llegar al Poder Judicial y/o al Tribunal Constitucional los lineamientos interpretativos podrían ser esclarecedores para una eficiente actuación de los poderes públicos, ministerios y otras instituciones dentro de un estado de emergencia "*sui generis*"; y mientras ello pueda suceder, debemos ser persistentes y llamar la atención a las autoridades y funcionarios a actuar con bastante sentido común, guiándose por criterios de proporcionalidad, razonabilidad y tutelando, sobre todo, el derecho a la vida.

- c) El horizonte jurisprudencial del Tribunal Constitucional es elocuente cuando enfatiza la naturaleza del derecho a la salud como derecho fundamental porque compromete al derecho a la vida, al derecho a la integridad. Si bien significa tener en cuenta políticas públicas nacionales de protección y desarrollo del derecho social a la salud, conlleva la obligación de los poderes públicos y en particular del gobierno, de materializar y concretizar el acceso a los servicios de salud sin discriminación alguna y bajo un mínimo de calidad en el servicio. Si bien la atención debe ser prioritaria a las personas infectadas por el nuevo coronavirus, más aún cuando tiene efectos diferenciados en los grupos que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad (adultos mayores, personas con discapacidad, pueblos indígenas, incluso personas privadas de libertad, etc.), ello no necesariamente ocurre en la mayoría de los casos por la grave problemática hospitalaria y las deficiencias en el sistema de protección a la salud, súmese la restricción del acceso al sistema sanitario por otras enfermedades graves. Por tanto, donde está en juego el bien humano esencial como la salud y por ende la vida de peruanas y peruanos por las razones harto conocidas como consecuencia de los efectos asimétricos de la pandemia, corresponde en una democracia constitucional el acceso a los centros de salud privados como extensión de su función social y la reducción significativa de los costos; hechando mano -de ser el caso- a una norma legislativa o a una interpretación “a favor de la vida humana” sensibilizando y contextualizando el artículo 62° de la Constitución y otros preceptos constitucionales; aplicándose también a aquellos servicios y comercialización de bienes directamente vinculados con el rubro salud; sin perjuicio del rol subsidiario del Estado. Un ejercicio y alcance razonable del contenido constitucional del derecho a la vida y del derecho a la salud en relación con el derecho de los contratos y la seguridad jurídica es necesario en esta situación concreta y extremadamente vital⁶. Si el artículo 58° de la Constitución prescribe la libre iniciativa privada y su ejercicio dentro de una “economía social de mercado”, entonces hagamos sentir lo “social” en épocas de pandemia.

6 Apelamos a los principios de interpretación de unidad de la Constitución, teleológica, entre otros.

- d) Esta grave experiencia pone en el atril la idea siempre presente y ahora con bastante sensatez, compatible con los principios constitucionales presupuestarios básicos, la asignación presupuestaria constitucionalmente estatuida, garantizada y suficiente en temas de salud o, en otras palabras, positivizar un porcentaje mínimo de presupuesto en la Constitución a favor de la salud pública con un alto grado de prioridad de recursos por tratarse del valor de la persona en su dimensión vida-salud. Una medida de tal magnitud constitucional también debería de alcanzar a la esfera humana de la educación.
- e) La pandemia ha evidenciado la insuficiente regulación jurídica de la muerte y del cuerpo del fallecido, y más allá de aspectos técnicos que todavía perduran (teorías de la semipersona, personalidad residual, de la *res*, etc.) y de la posición del ordenamiento civil nacional al considerar a la muerte como fin de la persona dejando de ser sujeto de derecho o el difunto no puede ser titular de derecho según el Tribunal Constitucional, debemos repensar el reconocimiento *post mortem* a partir de una cobertura constitucional-legal flexible a las circunstancias actuales que estamos padeciendo. El cadáver, por un lado, merece el respeto y la consideración por su sola condición previa de persona (no es un simple material de desecho) y, por otro lado, lo que significa para los familiares y el derecho al adiós. En consecuencia, se tiene la oportunidad de tomar conciencia no sólo de los efectos jurídicos que desencadena la muerte y el cuerpo -sin sus funciones vitales- en decadencia, también de obrar con sentido humanista y de mejorar las normas de protección, inclúyase a los familiares o a los suyos del difunto.
- f) Para concluir, de acuerdo con los márgenes y extensión permitidos, la historia de la civilización es también el recorrido de las distintas formas de organización política, de gobierno y estadual, y dentro de dicha gama la democracia -no obstante su juventud- también se ha mostrado de múltiples maneras, por ejemplo, democracia política, social, económica, industrial, ambiental, entre otros, hasta llegar a nuestros días en su versión denominada democracia constitucional abordada al inicio del presente texto. Es en ese modelo democrático del siglo XXI donde se debe ahondar y acentuar de un modo gravitante la presencia de los derechos sociales

y prestacionales. El derecho a la salud universal debe marcar el rumbo de las acciones gubernamentales y de los estudios sobre el constitucionalismo democrático, como contenido esencial de una democracia de estirpe constitucional; y que pasa también, por superar las falencias de la “constitución económica”, ya sea por medio de una operación intelectual de interpretación, lo más sólida posible y permanente, para evitar ser derrotado por posturas autoritarias y descontextualizadas, o ya sea por medio de reformas constitucionales.