

DERECHOS FUNDAMENTALES Y MEDIDAS GUBERNAMENTALES LATINOAMERICANAS CONTRA EL CORONAVIRUS

CARLOS D. BRICEÑO • ERIK JENNISCHE

DEFIENDE
VENEZUELA

 **CIVIL
RIGHTS
DEFENDERS**


CADAL

DERECHOS FUNDAMENTALES Y MEDIDAS GUBERNAMENTALES LATINOAMERICANAS CONTRA EL CORONAVIRUS

21 ABRIL 2020

POR **Carlos D. Briceño** y **Erik Jennische**

Las limitaciones a ciertos derechos no son ajenas, ni siempre contrarias, al derecho internacional de los derechos humanos. Provisiones como las de los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permiten excepcionales suspensiones de la mayoría de los derechos que contemplan, siempre que se trate de situaciones de emergencia y que las medidas sean limitadas a las exigencias de esas situaciones. Esta adecuada relación entre la situación y las medidas adoptadas puede resumirse en una palabra: "proporcionalidad".



CARLOS D. BRICEÑO Abogado y magister en Justicia Penal Internacional, docente e investigador venezolano. Actualmente se desempeña como Coordinador del Observatorio de Crímenes de Lesa Humanidad de la ONG Defiende Venezuela



ERIK JENNISCHE Sociólogo con especialización en procesos de democratización. Ha trabajado como periodista y en varias organizaciones de derechos humanos. Desde 2014 dirige el Departamento de Latinoamérica en Civil Rights Defenders (Suecia).



El 31 de marzo de 2020, Carissa F. Etienne, Directora de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), ofreció una rueda de prensa en la cual sugirió que las medidas de aislamiento para evitar que los hospitales se vean abrumados de casos de COVID-19 deberían planificarse para durar «dos o tres meses al menos»¹.

Ello, sin duda, genera preocupaciones en cuanto al potencial impacto que tales medidas de aislamiento, y otras destinadas a controlar la pandemia, puedan tener en los ámbitos sociales y económicos de la población mundial, cuya tercera parte se encuentra hoy en día sometida a medidas más o menos estrictas de cuarentena².

El presente artículo tratará de analizar, desde un punto de vista predominantemente jurídico, la legitimidad de las medidas frecuentemente adoptadas para enfrentar el avance de la enfermedad, así como sus límites racionales en contenido y duración, además de ofrecer ejemplos de medidas especialmente gravosas para la libertad ambulatoria y personal adoptadas por algunos gobiernos de América Latina.

La crisis global comenzó en diciembre de 2019, en la ciudad de Wuhan, provincia china de Hubei, con la aparición de un brote de neumonía de origen desconocido con un nexo epidemiológico con un mercado de comida marina en el cual también se comerciaba con animales salvajes. Este brote fue notificado a la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 31 de diciembre de 2019, y el virus responsable fue aislado por científicos chinos el 7 de enero de 2020, quienes lo denominaron 2019-nCoV.³

- 1 OPS, Rueda de prensa de la Directora de la OPS sobre el COVID-19, celebrada el 31 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.paho.org/es/noticias/31-3-2020-tiempo-para-desacelerar-propagacion-covid-19-se-esta-acortando-americas-paises>
- 2 Juliana Kaplan, Lauren Frias and Morgan McFall-Johnsen; «A third of the global population is on coronavirus lockdown - here's our constantly updated list of countries and restrictions», *Business Insider*, April 3, 2020. Disponible en: <https://www.businessinsider.com/countries-on-lockdown-coronavirus-italy-2020-3>
- 3 David S. Hui, Esam I Azhar, Tariq A. Madani, Francine Ntoumi, Richard Kock, Osman Dar, Giuseppe Ippolito, Timothy D. Mchugh, Ziad A. Memish, Christian Drosten, Alimuddin Zumla and Eskild Petersen; «The Continuing 2019-nCoV epidemic threat of novel coronaviruses to global health - The latest 2019 novel coronavirus outbreak in Wuhan, China»; *International Journal of Infectious Diseases*; January 14, 2020. Disponible en: [https://www.ijidonline.com/article/S1201-9712\(20\)30011-4/fulltext#%20](https://www.ijidonline.com/article/S1201-9712(20)30011-4/fulltext#%20)



Dada la existencia de más de 118.000 casos en 114 países, y de más de 4.000 muertes asociadas con el virus, el 11 de marzo de 2020, la OMS declaró que la situación se trataba de una pandemia y manifestó que diariamente había estado haciendo un llamado a los Estados para la adopción de medidas «urgentes y agresivas».⁴

Dentro de las medidas recomendadas por la OMS, se encuentran las consistentes en «detectar, realizar pruebas, tratar, aislar y rastrear, y movilizar a la población en la respuesta contra el virus».⁵

Asimismo, la OMS advirtió el fuerte impacto social y económico que las medidas adoptadas para controlar la pandemia pueden tener, recordando el deber de los Estados de «encontrar un delicado equilibrio entre la protección de la salud, la minimización de los trastornos sociales y económicos, y el respeto de los derechos humanos»⁶.

Desde entonces, las medidas adoptadas por los Estados han sido de la más diversa índole, manifestando distintos grados de intervención social y económica y de limitación de derechos humanos. Estas medidas han ido desde la prohibición de eventos masivos hasta el establecimiento de cuarentenas nacionales absolutas, pasando por aislamientos selectivos y rastreo de contactos de casos positivos.⁷

Mientras algunas de esas medidas, como la expansión de servicios médicos, la realización generalizada de pruebas y el distanciamiento social, generan pocos roces con los derechos humanos de la población, otras, como las cuarentenas generales obligatorias, el rastreo por medio de aplicaciones móviles de personas contagiadas y las penas de prisión para asegurar el cumplimiento de esas regulaciones, generan preocupación sobre su incidencia en la libertad personal y ambulatoria y la privacidad de los ciudadanos.⁸

Desde luego, la tolerancia general de la población a las medidas más drásticas está determinada frecuentemente por cuestiones culturales. Así, en el lejano oriente es



**DESDE LUEGO,
LA TOLERANCIA
GENERAL DE
LA POBLACIÓN A LAS
MEDIDAS MÁS DRÁSTICAS
ESTÁ DETERMINADA
FRECUENTEMENTE POR
CUESTIONES CULTURALES.**

4 OMS, Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19, celebrada el 11 de marzo de 2020. Disponible en: <http://web.archive.org/web/20200312170529/https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

5 *Ídem.*

6 *Ídem.*

7 Mia Hunt, «Lessons from the frontline: how to stop the spread of COVID-19», *Global Government Forum*, March 26, 2020. Disponible en: <https://www.globalgovernmentforum.com/lessons-from-the-frontline-how-to-stop-the-spread-of-covid-19/>

8 *Ídem.* Arjun Kharpal, *CNBC*, «Use of surveillance to fight coronavirus raises concerns about government power after pandemic ends», March 26, 2020. Disponible en: <https://www.cnbc.com/2020/03/27/coronavirus-surveillance-used-by-governments-to-fight-pandemic-privacy-concerns.html>



más usual que tales intervenciones particularmente intrusivas sean respaldadas; o, al menos, no activamente cuestionadas por los ciudadanos. Por otro lado, países con culturas más individualistas pueden enfrentar bastante debate sobre el contenido de estas medidas y su duración en el tiempo.⁹

Las limitaciones a ciertos derechos no son ajenas, ni siempre contrarias, al derecho internacional de los derechos humanos. Provisiones como las de los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permiten excepcionales suspensiones de la mayoría de los derechos que contemplan, siempre que se trate de situaciones de emergencia y que las medidas sean limitadas a las exigencias de esas situaciones.

Esta adecuada relación entre la situación y las medidas adoptadas puede resumirse en una palabra: «proporcionalidad».

Naturalmente, toda situación de emergencia requerirá medidas extraordinarias de contención, lo que no necesariamente justifica cualquier intervención en los derechos de los ciudadanos. El problema recae, en palabras de la OMS, en «encontrar un delicado equilibrio entre la protección de la salud, la minimización de los trastornos sociales y económicos, y el respeto de los derechos humanos».

Para ello, la teoría jurídica ha desarrollado herramientas dirigidas a estimar la proporcionalidad de medidas que tiendan a proteger un principio con menoscabo de otro, encontrando el balance óptimo entre ambos.

El filósofo del derecho Robert Alexy divide el principio de proporcionalidad en tres componentes o subprincipios: (i) adecuación, (ii) necesidad y (iii) proporcionalidad en sentido estricto.¹⁰

La adecuación implica la exclusión de cualquier medida que perjudique la realización de un principio (derecho) sin promover la realización de otro. Es decir, solo están justificadas las medidas perjudiciales (limitativas) de un derecho si ellas promueven a su vez la realización de otro; de lo contrario, la medida solo serviría para perjudicar un derecho.



SOLO ESTÁN JUSTIFICADAS LAS MEDIDAS PERJUDICIALES (LIMITATIVAS) DE UN DERECHO SI ELAS PROMUEVEN A SU VEZ LA REALIZACIÓN DE OTRO; DE LO CONTRARIO, LA MEDIDA SOLO SERVIRÍA PARA PERJUDICAR UN DERECHO.

⁹ Abordando el tema de las diferencias culturales entre Asia y otras regiones, en particular en lo relativo a medidas de aislamiento obligatorio y su vigilancia, ver: Entrevista al Profesor Kim Woo-joo del Hospital de la Universidad Guro en Korea, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=gAk7aX5hksU>, a partir del minuto 24:19.

¹⁰ Alexy R., «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad», en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, num. 11, enero-junio de 2009, pp. 3 - 14.



Por ejemplo, la prohibición de vuelos aéreos hacia un país que ya presenta casos de COVID-19 transmitidos internamente no contribuye de forma significativa a evitar la transmisión del virus, y por lo tanto, solo perjudica el derecho a libre tránsito de los destinatarios de la medida. En ese contexto, la medida es desproporcional.

El subprincipio de necesidad, por su parte, impone que, ante dos medidas igualmente adecuadas, debe optarse siempre por aquella que comporte una menor afectación sobre el derecho comprometido.

Así, si el cumplimiento de medidas sanitarias para la prevención de la transmisión de COVID-19 puede ser asegurado a través de sanciones de multa, no está justificado el empleo de penas de prisión, pues la multa garantizaría la misma promoción del derecho a la salud pública con un compromiso menor de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Por ejemplo, la medida eventualmente anunciada por el gobierno de Paraguay, consistente en una cuarentena obligatoria en una institución militar para todos los nacionales que ingresen al país¹¹, aislamiento que igualmente podría observarse en la propia residencia de esos ciudadanos, no puede considerarse necesaria, pues una privación de libertad en una institución militar es siempre más intrusiva que una domiciliaria, que conseguiría un resultado equivalente en favor de la salud pública.

Por último, el subprincipio de proporcionalidad indica que el grado de afectación ocasionado a un principio (derecho) por una medida, tiene que ser igual al beneficio que tal medida produzca en otro principio (derecho).

En esta ponderación deben tomarse en cuenta el perjuicio causado en el derecho afectado por la medida, la importancia del derecho beneficiado, y la relación entre ambos.

Esta regla es especialmente útil para medir el impacto y la legitimidad de las medidas adoptadas en el control de la transmisión del COVID-19, pues medidas técnicamente correctas y efectivas podrían implicar un costo draconiano en derechos igualmente valiosos para la ciudadanía.



EL SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD INDICA QUE EL GRADO DE AFECTACIÓN OCASIONADO A UN PRINCIPIO (DERECHO) POR UNA MEDIDA, TIENE QUE SER IGUAL AL BENEFICIO QUE TAL MEDIDA PRODUZCA EN OTRO PRINCIPIO (DERECHO).

¹¹ Sobre los detalles de esta medida ver: rueda de prensa del Ministro del Interior de Paraguay, Euclides Acevedo, del 24 de marzo de 2020, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=0DeLT2S_V1E. También: *La Nación*, «Cierran por completo fronteras y aeropuertos hasta este domingo», 24 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.lanacion.com.py/pais/2020/03/24/cierre-total-de-fronteras-y-aeropuertos-hasta-este-domingo/>



Por ejemplo, nadie duda de que una medida de aislamiento total y obligatorio de una población sea más efectiva para el control del virus que aislamientos parciales; sin embargo, ello solo está justificado si con tal medida la disminución de casos es proporcional al sacrificio en la libertad ambulatoria y no solo escasamente superior en términos exclusivamente cuantitativos de reducción de casos.

Asimismo, el principio de proporcionalidad no justificaría la derogación total y permanente del principio afectado, por ejemplo, a través de la imposición de una cuarentena total y obligatoria de manera permanente, incluso si con ella se hace posible la erradicación del virus en unos años.

Tampoco es aceptable que estas medidas de intervención total, que derogan derechos de forma indefinida, se adopten como consecuencia de una respuesta tardía del Estado, de modo que el costo de la negligencia se impute a los ciudadanos. En efecto, si el rastreo de contactos de personas contagiadas se omitió en una primera etapa, ello no puede compensarse posteriormente con cuarentenas obligatorias de ciudades enteras.

Por ello, por ejemplo, es dudoso que posteriores medidas drásticas adoptadas por los gobiernos de Brasil y México, solo luego de una escalada importante de casos, puedan estimarse legítimas cuando medidas menos intensas adoptadas de manera temprana pudieron contener la situación a un costo menor en términos de goce de derechos¹². En efecto, en el caso de Brasil, las primeras medidas de aislamiento selectivo entraron en vigor apenas este 13 de abril¹³, mientras que en México solo han adoptado medidas significativas en el ámbito regional¹⁴.

Sin embargo, el enfoque del problema desde la óptica del principio de proporcionalidad tiene sus límites, y solo puede ser empleado sobre la base de medidas concretas.

Un aspecto importante es que en el campo de la epidemiología todo análisis de proporcionalidad estará especialmente determinado por parámetros técnicos, difícilmente apreciables por completo; y, por lo tanto, hasta cierto punto fuera del control y posible debate social, económico, político y jurídico.



EL ENFOQUE DEL PROBLEMA DESDE LA ÓPTICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TIENE SUS LÍMITES, Y SOLO PUEDE SER EMPLEADO SOBRE LA BASE DE MEDIDAS CONCRETAS.

¹² David González, *France 24*, «México y Brasil, potencias de América Latina con medidas tibias frente a la pandemia», 21 de Marzo de 2020, disponible en: <https://www.france24.com/es/20200321-mexico-brasil-medidas-control-coronavirus>

¹³ Valeria Saccone, *France 24*, «Brasil: la pelea política por el confinamiento social durante el Covid-19», 8 de abril de 2020, disponible en: <https://www.france24.com/es/20200408-presidente-brasil-discute-ministro-salud-covid19>

¹⁴ Sobre la posición negacionista del gobierno federal ante la magnitud de la crisis: *El Mundo*, «El gobierno de México declaró emergencia nacional por COVID-19», 30 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.elespectador.com/coronavirus/el-gobierno-de-mexico-declaro-emergencia-nacional-por-covid-19-articulo-912111>



A pesar de ello, la sociedad debe estar informada, consciente y vigilante de aquello que entrega a cambio del control de una crisis que podría extenderse más de lo que es posible tolerar en términos de limitación drástica de derechos, y debe estar siempre dispuesta al debate sobre la justificación de las medidas adoptadas en términos de intensidad y duración, evitando la tentación de asumir una actitud pasiva, producto del miedo a una amenaza invisible y omnipresente.

A la fecha de escribir estas líneas, en Latinoamérica, países como Argentina¹⁵, Colombia¹⁶, El Salvador¹⁷, Honduras¹⁸, Panamá¹⁹, Paraguay²⁰, Perú²¹ y Venezuela²² han adoptado medidas de aislamiento obligatorio; mientras tanto, otros países de la región han aplicado medidas similares que implican una afectación más o menos drástica de la libertad ambulatoria.

Aunque es todavía temprano para analizar la proporcionalidad de la duración de cada una de estas medidas, y un estudio pormenorizado de su contenido no es posible en este espacio, debe advertirse, como idea central, que su mantenimiento en el tiempo debe ser objeto de constante revisión en la medida en que la pandemia evoluciona, evitando que la emergencia sanitaria sirva de excusa para suspensiones exorbitantes de derechos fundamentales que lleven a la región de regreso a prácticas poco democráticas, en su mayoría abandonadas hace décadas, pero con cierto arraigo en el inconsciente colectivo, siempre dispuestas a resurgir.

15 Para los detalles de la medida, ver: <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/aislamiento>

16 Ver decreto original, cuya duración fue luego extendida, en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20457%20DEL%2022%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>

17 Ver anuncio de medida en: <https://twitter.com/PresidenciaSV/status/1241568243791339521>

18 Para detalles de la medida, ver: https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://covid19honduras.org/sites/default/files/New-ways_0.pdf

19 Ver detalles de la medida en: https://www.tvn-2.com/2020/03/22/PPT_Cuarentena-pdf.pdf?hash=8b40e-9f46625a65620a9ac10bbdfe9ceaad702f7

20 Consultar extensión de la medida hasta el 12 de abril, en: <https://twitter.com/MaritoAbdo/status/1243901733924978688>

21 Ver nota de prensa oficial del 30 de marzo de 2020, en: <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/noticias/111630-gobierno-dispone-que-inmovilizacion-social-obligatoria-se-ampliara-a-nivel-nacional-desde-las-6-de-la-tarde-hasta-las-5-de-la-manana>

22 Consultar decreto en: <https://www.finanzasdigital.com/2020/03/gaceta-oficial-extraordinaria-n6-519-se-decreta-el-estado-de-alarma-en-todo-el-territorio-nacional-por-epidemia-del-coronavirus-covid-19/>



CADAL es una fundación privada, sin fines de lucro y a-partidaria, cuya misión es promover los derechos humanos y la solidaridad democrática internacional.

www.cadal.org

Basavilbaso 1350 piso 10° Of. 02. Buenos Aires, República Argentina.

Tel: (54-11) 4313-6599 • 4312-7743. ✉ centro@cadal.org

 @cadal  fundacioncadal  cadal.org  cadaltv






La misión de Defiende Venezuela es la defensa y promoción de los derechos humanos en el país.

www.defiendevenezuela.org

Av. Francisco de Miranda, Torre Roraima, 12-G, Caracas, Venezuela.

✉ defiendevenezuela@gmail.com

 @defiendeve  defiendeve

 @defiendeve



Civil Rigths Defenders es una organización internacional de derechos humanos basada en Estocolmo, Suecia, cuya misión es la defensa de las libertades civiles y los derechos políticos.

www.crd.org

Sergels torg 12, 12th floor, SE-111 57 Stockholm, Sweden. ✉ info@crd.org

 @CDRLatin  civilrightsdefenders

 crdefenders  crdefenders