

LIMITES DEL PODER DEL ESTADO PARA RESTRINGIR DERECHOS EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN. LOS LIMITES DE LOS LIMITES A PROPOSITO DE LA PANDEMIA DE COVID-19

Por Eduardo J. R. Llugdar¹⁰⁰

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene por objeto resaltar los lineamientos constitucionales y los estándares interamericanos e internacionales establecidos por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y otros sistemas internacionales de protección de la dignidad humana en estados de excepción, en especial generados por la crisis provocada por la pandemia del Covid-19, más conocida como del coronavirus, respecto a la restricción de derechos fundamentales y derechos humanos, establecida por los Estados como estrategias para prevenir y enfrentar el grave y desbastador contexto a que la propagación del contagio de la enfermedad ha provocado a nivel global. A su vez, esta presentación es complementaria de la ponencia brindada el día 25 de abril de 2020 en la "Jornada Transdisciplinaria en Filosofía del Derecho, Medicina Y Psicología: Covid-19, como Objeto Generador de Situaciones Límites", organizado por *Apex Iuris* - Instituto de Investigación para la Ciencia & Humanidades del Perú.

¹⁰⁰Abogado por la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE Argentina); CAS en Justicia Penal Juvenil, Interdisciplinaridad y Justicia Restaurativa, Universidad de Ginebra, Suiza. Magister en Derecho Judicial y de la Magistratura, Universidad Austral de Buenos Aires. Doctorando en Humanidades, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Juez del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero (Argentina). Profesor Capacitador en la Escuela del Poder Judicial de Santiago del Estero José B. Gorostiaga; Profesor Visitante en Filosofía Jurídica y Profesor de Posgrados en Derechos Humanos y Humanitario en Universidad Católica de Santiago del Estero, Universidades Nacionales de Santiago del Estero, Tucumán y Córdoba, Argentina. Universidad de la Sabana y del Magdalena, Colombia. Universidad Técnica Estatal de Quevedo, Ecuador; Juez Evaluador de Concursos internaciones de DDHH e CIDH, American University, EEUU; Antonio Nariño, Colombia; Pontificia Universidad Católica, Perú. CV completo: <http://mm.jussantiago.gov.ar/cv.pdf> - Contactos: ellugdar@redddh.org

II. CONTENIDO.

IIa. La potestad Estatal para restringir derechos y los límites a los derechos.

Tanto los derechos fundamentales como los derechos humanos (DDHH), pese a su trascendencia e importancia no son absolutos. Los primeros, entendidos como aquellos expresamente previstos y protegidos por las Constituciones Políticas y los segundos, como comprensibles de los antes mencionados, más aquellos que no se encuentran expresamente contemplados y mencionados por los textos constitucionales y se denominan implícitos o que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, como lo refiere el art. 29 inc. “c” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y por lo tanto merecen idéntica protección.

Cuando hablamos de protección, soy partidario de que los esfuerzos destinados a ello es la dignidad humana ya que los derechos, como los DDHH, son instrumentos de protección o medios ordenados a un fin. En definitiva los DDHH protegen la dignidad humana, no es que se protegen a sí mismos, ya que de ese modo se podría caer en absurdo.

La condición de no absolutidad aludida surge de los mismos textos regionales e internacionales de protección de la dignidad humana. De este modo, el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), menciona que los individuos, más allá de los derechos que los amparan, tienen deberes respecto de otros individuos y de la comunidad, y con más precisión la CADH, en varios de los derechos reconocidos, pone como límites de sus ejercicios determinadas situaciones o contextos, los cuales son reafirmados de modo genérico en los artículos 30 y 32 del Pacto de San José de Costa Rica, al aludir el primero de los citados que existen restricciones permitidas, de acuerdo con la CADH, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma y el segundo, en su numeral 1° a que toda

persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad, y en el 2º, a que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Lo señalado precedentemente, cabe aclarar, es para situaciones que podrían denominarse de tiempos de normalidad, necesarias para la organización jurídica y social de un Estado, a fin de poder desarrollar y alcanzar sus fines constitucionalmente establecidos como nación, a fin de impedir el caos y la anarquía que podía poner en riesgo inclusive la propia existencia. En efecto, si los derechos se considerarían absolutos, de modo tal que no fuera concebible restricción alguna, el respeto al derecho de los demás, a la seguridad de todos y a las justas exigencias de una sociedad democrática sería impensado, en razón que el Estado no podría de ninguna manera actuar, para amparar derechos de terceros, la seguridad, el orden y la moral pública ante la imposibilidad de restringir derechos del perturbador de manera alguna.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha aludido esta facultad estatal, en especial en su Opinión Consultiva N° 6-86, donde ha señalado que del artículo 30 y de otros de la Convención se autoriza los Estados a imponer limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, pero a su vez, exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

“a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas”¹⁰¹.

¹⁰¹ CorteIDH. OC 6-86, La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 9 de mayo de 1986, párr. 18.

A su turno, el artículo 5 del PIDCyP, enunciados similares, donde permite al Estado poner un cierto límite al ejercicio de los derechos de las personas bajo su jurisdicción, pero a su vez pone énfasis al señalar en sus numerales 1° y 2° que ninguna disposición del Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. También hace mención a que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Lo desarrollado precedentemente, va permitiendo visibilizar el nudo central de la teoría del “límite de los límites” en materia de restricciones a derechos humanos y fundamentales, ya que las distintas Constituciones Políticas de los Estado, contienen cláusulas de similar contenido a las de los instrumentos internacionales y regionales antes aludidos, permitiendo al Estado a restringirlos o limitarlos en pos de la consecución de sus fines legítimos, pero a su vez dicha potestad, facultad o actividad no es ilimitada y está sujeta a ciertas reglas formales y de fondo, sustentadas en el principio de proporcionalidad y razonabilidad. La ecuación lineal de la teoría de la teoría de “los límites de los límites” en esta materia puede ser graficada del siguiente modo:

Límites a los Derechos (Restricciones) → Límites al Poder de Restringir----- = Limitación Legítima Proporcionalidad - Razonabilidad

Se aprecia entonces que la clave de bóveda en este juego de restricciones y limitaciones pasa por el tamiz del principio de proporcionalidad para alcanzar la razonabilidad de la medida que la esfera estatal considera necesaria adoptar, basada en la restricción de derechos, por lo que el test de evaluación asentado en este principio no es materia solo de los esferas tribunalicias en la órbita judicial, sino que debe ser observada también por los otros componentes de los esquemas republicanos de una sociedad democrática, como lo son los poderes ejecutivos y legislativos, cuando de ellos emanan las decisiones o mandatos limitadores del ejercicio de los derechos, ya que ello es un una exigencia constitucional y convencional.

Lo antes mencionado, nos lleva a ingresar en otra problemática no exenta de miradas o apreciaciones diferentes y polémicas debido a que como toda construcción que emerge de la razón humana, el derecho es parte de su acervo cultural, el que no obedece a un mismo patrón sino a los más diversos y diferencias, como se aprecia en las diferentes posturas desarrollas a los largo de las historia de la teoría del derecho y que a la fecha siguen debatiendo cuál de ellas es la que racionalmente se aproxima a la verdad, otro término polémico, cuestiones estas que volveremos más adelante.

IIb. La potestad Estatal para restringir derechos y los límites a los derechos en estados de excepción.

Antes de avanzar con este tema, es necesario definir el sentido y alcance del concepto “estado de excepción”, desde la perspectiva constitucional y de la construcción realizada por el *codex iure* internacional de los DDHH. Para ello es dable anticipar que constitucionalmente “estado de excepción”, tendrá una amplitud conceptual y de contenido con diversos matices propios acorde el diseño o modelos constitucionales adoptados por cada país.

Sin embargo, pese a lo antes afirmado, toda la elaboración del concepto tiene una génesis común, referida a situaciones o contextos y lo cierto es que se trata de una institución compleja y a la vez muy criticada a lo largo de la historia

porque su finalidad es suspender y restringir en mayor o menor medida derechos fundamentales y derechos humanos.

Desde la dogmática jurídica se puede definir al “estado de excepción” como, aquella situación extraordinaria generada por un período de crisis, donde uno o alguno de poderes del gobierno dispone de poderes excepcionales para de garantizar la “continuidad de los servicios públicos” o sus funciones esenciales¹⁰². En efecto, y ya desde la teoría constitucional, su evolución en el último siglo lo ha concebido como aquella situación extrema que atraviesa el Estado, en la cual el soberano ejerce su facultad de determinar al enemigo público, trascendiendo, si es necesario, el estado de sitio con el fin de proteger el bien público¹⁰³. En definitiva se trata de situaciones especiales que de un modo u otro amenazan la existencia del Estado, por lo que este puede tomar medidas extremas, que muchas veces provoca la suspensión del ejercicio de derechos y libertades de sus ciudadanos, alterando incluso el diseño constitucional sobre competencias y funciones de los poderes públicos. Las situaciones extraordinarias aludidas pueden consistir en casos de guerra o conflictos armados (ya sean de carácter interno o externo, conforme la definición contenida en el artículo 1 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949), de peligro público como pandemias y/u otras calamidades públicas o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. El estado de excepción incluye distintas modalidades en vinculación los aludidos modelos constitucionales de cada país y sus denominaciones pueden variar según el grado o intensidad del peligro y la adecuación de respuesta que la autoridad gubernamental estime apropiada. Así vemos mencionarse términos como “estado de alarma”; “estado de emergencia”; “estado de conmoción” y/o “estado de sitio”, donde el denominador es su termino de aplicación temporario.

Ahora, la interrogante que este marco se plantea es si el Estado, que tiene facultades para restringir derechos en situaciones normales para concepción de sus fines, que comúnmente se manifiestan como el ejercicio de los poderes de policía del Estado, en materia de seguridad, salubridad etc., ¿en casos de estados de excepción dichas potestades se amplían de tal manera que deja tener

¹⁰² Consejo de Estado, Francia, Sentencia Heyriès del 28 de Junio de 1918.

¹⁰³ Schmitt, Carl. *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2005, p. 5 y 29.

incidencia lo que hemos denominado la teoría de los límites de los límites en materia de restricción de derechos?

A fin de responder dicha interrogante, comenzaremos por considerar lo que es el enunciado normativo en los principales tratados de protección de DDHH que ya fueron mencionados, el PIDCyP y la CADH.

En el marco indicado, el PIDCyP de ONU da respuestas expresas a la interrogante planteada en sus artículos 4 y 5. En el primero de ellos establece en sus numerales 1° y 2° que en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación” y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes del Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Además, su texto deja bien en claro que pese a la disposición precedente no autoriza bajo ninguna circunstancia la suspensión de los artículos referidos al derecho a la vida (art.6); a la prohibición de torturas y a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.7); a la prohibición de la esclavitud y a la trata de esclavos (art. 8 inc. 1); prohibición de servidumbre (art. 8 inc. 2); prohibición al encarcelamiento por incumplimientos de obligaciones contractuales (art. 11); prohibición a prisiones arbitrarias y a la aplicación de penas más grave que las previstas al momento de la comisión del delito (art. 15). También deja bien en claro el texto del Pacto que la situación de excepción no autoriza al Estado Parte a negar el reconocimiento de la personalidad jurídica de los sujetos bajo su jurisdicción (art. 17), ni a afectar el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art.18). En el inciso 3 del art. 4, impone además la obligación a los Estados que hagan uso del derecho de suspensión de derechos por “estado de excepción” de informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión y a una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

En el artículo 5, reafirma dichos lineamientos estableciendo en su numeral 1 que ninguna disposición del PIDCyP podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

Al respecto, tanto la Observación General N° 5¹⁰⁴, y más tarde la Observación General N° 29¹⁰⁵ del Comité de los Derechos de la ONU que sustituyó a la primera, y que refieren al artículo 4 del PIDCyP sobre “suspensión de obligaciones durante un estado de excepción”, aluden a que el contenido del mencionado artículo reviste la mayor importancia para el sistema de protección de los derechos humanos reconocidos en el Pacto, puesto que por un lado, autoriza a los Estados Partes a suspender unilateralmente y temporalmente algunas de las obligaciones que les incumben en virtud del Pacto (límites a derechos). Pero por otro, somete la adopción de esa medida de suspensión, así como sus consecuencias materiales, a un régimen específico de salvaguardias (límites al poder de restringir), quedando claro entonces que para el PIDCyP y la ONU, y su interprete auténtico, el Comité de Derechos Humanos, a pesar del contexto excepcional de dichos estados, la teoría de “los límites de los límites” en restricciones de derechos fundamentales y derechos humanos como le hemos dado en llamar sigue teniendo especial relevancia a la hora de evaluar las restricciones agravadas que se habilitan, como un modo de que las mismas, pese a su gravedad, sean legítimas a la luz de los estándares que fija los organismos multilaterales legitimados para hacerlo.

Ahora, respecto al sistema regional de protección de DDHH, el sistema interamericano, su instrumento normativo principal es la CADH también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica. Este instrumento normativo de protección de derechos también contiene enunciados expresos respecto a las restricciones de derechos que garantiza en casos de “estados de excepción” que se completan con otros que integran el mismo cuerpo legal. De este modo, el

¹⁰⁴ Comité de Derechos Humanos de la ONU; Observación General N° 5, Aprobada por el 13° período de sesiones (1981).

¹⁰⁵ Comité de Derechos Humanos de la ONU; Observación General N° 29, Aprobada por el 72° período de sesiones (2001).

artículo 27, con similar redacción al artículo 4 del PIDCyP y textualmente expresa:

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

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Todo lo expresado sobre el artículo 4 del PIDCyP es válido respecto al artículo 27 de la CADH, por lo tanto este instrumento de protección, también da una respuesta favorable a limitar el poder de restricción de derechos de los Estados Parte en caso de “estados de excepción”. En su numeral 2 no autoriza -al igual que el instrumento de ONU- a restringir derechos de los denominados *Ius Cogens*, que en derecho internacional público equivalen a aquellas normas de derecho imperativo o *Hard Law* incommovible, esto es, que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo u que se encuentra

contemplado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de Naciones Unidas¹⁰⁶, que en lo pertinente expresa que es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, que para dicho tratado es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Ello también es válido para las acciones u omisiones que realicen los Estados respecto a cláusulas específicas de dicho carácter de derechos humanos como la comentada.

La académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina y miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de esa ciudad, al referir a estas normas imperativas del derecho internacional público señala que el origen filosófico del *Ius Cogens* o *Jus Cogens*, en especial su base de su fuerza obligatoria, proviene del derecho natural (*jusnaturalistas*) o del “orden público y las buenas costumbres internacionales” (*juspositivismo*) resaltando que el derecho natural nutre al derecho positivo como la sangre al cuerpo ya que el derecho natural es un derecho positivo en potencia y por lo tanto este último se construye sobre el primero¹⁰⁷.

El intérprete auténtico y final de la CADH es la CorteIDH y en dicho carácter, ha dictado decisiones tanto en su competencia consultiva como contenciosa. En efecto dentro de las primeras de las mencionadas, las OC, ha fijado las bases del alcance del artículo 27, desentrañando su sentido y alcance, lo que posteriormente, llevaría luego a aplicarlos en los casos contenciosos que invocaría a la norma en cuestión y que de fueron puestos a o sometidos a su decisión. Las principales Opiniones Consultivas al respecto son las la N° 8 del

¹⁰⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados y abierta a la firma el 23 de mayo de 1969 en la Ciudad de Viena, Austria, con entrada en vigor el 27 de Enero de 1980.

¹⁰⁷ Drnas de Clément, Zlata. “Las normas imperativas del Derecho Internacional general (*Jus cogens*). Dimensión substancial”, disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens/?searchterm=cogens> Último ingreso: 13/05/20202.

año 1987¹⁰⁸ y la N° 9 del año 1987¹⁰⁹. En la primera de ellas vincula las reglas establecidas por el artículo 27 de “estados de excepción” con las de interpretación contenidas en el artículo 29 de la CADH, señalando que el primero de los artículos contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas como ser su título "Suspensión de Garantías" y su primer numeral que refiere a "suspender las obligaciones contraídas"; el numeral segundo sobre "suspensión de los derechos"; y el numeral tercero referido a "derecho de suspensión". Advierte que cuando la palabra "garantías" se utiliza en el numeral segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las "garantías judiciales indispensables". De las consideraciones de los términos de la Convención en el contexto de éstos, rescata que no se trata de una "suspensión de garantías" en sentido absoluto, ni de una "suspensión de los derechos" ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio. De lo razonado, la Corte estima útil tener presente esas diferencias terminológicas a fin de esclarecer los fundamentos conceptuales sin perjuicio de las cuales la durante el desarrollo de la consulta utilizará la expresión empleada por la Convención de "suspensión de garantías" (párrafo 18).

Tiene presente que la suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero del mismo modo, no hace abstracción de los abusos que ello puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en el hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos (párrafo 20). Cuando alude a “justificaciones”, está haciendo alusión al tamiz de “Proporcionalidad – Razonabilidad” al que aludimos en la ecuación de nuestra teoría de “los límites de los límites”

¹⁰⁸ CorteIDH. OC 8-86, El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 Y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). 30 de enero de 1987.

¹⁰⁹ CorteIDH. OC 8-86, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 Y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 6 de octubre de 1987.

desarrollada precedentemente es este trabajo, y sobre la que volverá recurrentemente en el desarrollo de toda sus OC 8 y 9 del año 1987.

En dicho sentido, y continuando con el estándar establecido en la OC 8, corrobora nuestra tesis al mencionar textualmente que el artículo 27.2 dispone, sobre “límites al poder del Estado Parte” para suspender derechos y libertades, al establecer que hay algunos cuya suspensión no está permitida bajo ninguna circunstancia y al incluir "las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos" (párrafo 23). Todo ello lo reafirma en el párrafo 24 al sostener que la suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Aclara que estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada.

La CorteIDH entiende por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27.2, como aquellas herramientas y medios que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho que los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, ello vinculado a lo dispuesto por el art. 1.1 de la CADH. En otras palabras concibe las “garantías” como aquellos medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. A su vez, determina el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, considerándolos inseparables del sistema de valores y principios que inspira toda la construcción de protección de derechos en el continente. Resalta que en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros, sin perjuicio de reiterar que en

condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan aquellos que se encuentran dentro de la categoría de *Ius Cogens*, expresamente contemplados por la norma convencional.

A su turno, en la OC 9, el tribunal interamericano con sede en San José de Costa Rica, reafirma los estándares fijados en la anterior enfatizando aspectos referidos a la aplicación ponderativa del principio de proporcionalidad en el establecimiento de “estados de excepción” dejando en claro que la suspensión de garantías “no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario” y que “resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción...”, señalando que tampoco los Estados pueden apartarse de esos principios generales en las medidas concretas que adopten con afectación a esos derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la “legalidad excepcional de la emergencia”, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran “manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas”, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder. Vemos allí claramente el papel que tiene el aludido tamiz de la “proporcionalidad y razonabilidad” en la ecuación de los límites de los límites a la hora de restringir el Estado derechos y garantías, incluso en “estado de excepción”, para que las mismas puedan ser consideradas legales y legítimas a la luz de las miradas constitucionales y convencionales.

Ahora bien, verificada y demostrada la importancia de los principios de razonabilidad y convencionalidad, toca ahora avanzar sobre estos en orden las claras directrices trazadas por los instrumentos y órganos de protección de derecho internacional de los derechos humanos.

IIc. Reflexiones sobre las decisiones proporcionales y razonables en la restricción de derechos garantías.

Existe, por ejemplo, coincidencia entre los constitucionalistas argentinos, respecto de que el artículo de su Constitución Política Nacional que

con más énfasis se manifiesta el concepto de razonabilidad, es el que alude a la inalterabilidad de las normas constitucionales, es decir, el artículo 28 del aludido texto constitucional -establecido por los constituyentes en su redacción originaria en el año 1853 y que integra el texto actualmente vigente luego de varias reformas experimentadas- al referir que *“los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”*, lo que evidencia el mandato de optimización, desde una perspectiva alexiana, que establece la Carta Magna sobre cualquiera de las normas infraconstitucionales que podría sancionar el Congreso o dictar cualquiera de los otros órganos constituidos, las que en ningún caso podrán suprimir y/o aniquilar los principios constitucionales consagrados y traducidos en derechos y garantías.

Para Chaim Perelman, la inalterabilidad de las normas constitucionales exige un verdadero control o escrutinio de la razonabilidad de las leyes reglamentarias o normas infraconstitucionales, en otras palabras, determinar si las razones y argumentos dados por el legislador no transgreden el límite al restringir derechos fundamentales que alteren de modo tal que suprima o aniquilen por completo el derecho constitucionalmente garantizado. Allí radica la esencia del control de razonabilidad en el contexto constitucional, constituyendo el fundamento del control de constitucionalidad en donde las más altas Cortes tienen la última palabra al respecto¹¹⁰.

Como se puede apreciar, el texto del artículo 28 de la Constitución Argentina tiene la misma finalidad aunque con diferente enunciado que los textos del derecho internacional de los DDHH que hemos venido analizando en este ensayo, dirigidos todos a señalar los límites del poder estatal para restringir derechos y garantías, tanto en tiempos de “normalidad” como de “excepcionalidad”, dejan bien en claro que restringir no es aniquilar ni suprimir, sustentado en la proporcionalidad y razonabilidad de los instrumentos utilizados por los Estados a dichos efectos. Esta concepción de razonabilidad que se vincula con el concepto de la inalterabilidad de las normas constitucionales y porque no extenderlo además a las normas convencionales e DDHH, también es sostenida por la opinión del ex juez de la Corte Suprema

¹¹⁰ Perelman, Chaim citado por Atienza, Manuel. “Para una Razonable Definición de “Razonable”. En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 4, Universidad de Alicante, 1987.

de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) y actualmente Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eugenio Raúl Zaffaroni, cuando integraba el cimerio tribunal argentino, expresando que “el medio elegido por el legislador será admisible siempre que tenga una relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión y siempre que no suprima ni hiera sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional, conforme a los límites dispuestos por ésta”.

Ahora bien, hasta aquí no existen mayores problemas a la hora de establecer el concepto de razonabilidad, ya que en la esfera constitucional en incluso convencional se manifiestan recién al momento de establecer las hermenéuticas interpretativas y/o argumentativas, conforme al paradigma jurídico con que se identifica el operador para la determinación de dicho concepto en el caso concreto, dentro de las pautas del sistema difuso de control constitucional, como el existente en varios países latinoamericanos y utilizado establecido como doctrina de control de convencionalidad por la CorteIDH. Allí entonces es necesario establecer los puntos de contacto entre proporcionalidad y razonabilidad, ya que si se parte de la base de lo que hemos dado en llamar los “límites de los límites”, se trata primordialmente de la determinación de los límites y restricción impuestas al libre goce y ejercicio de los derechos garantizados, en orden a las justas exigencias del Bien Común en un Estado de Derecho, mediante limitaciones que impone el Estado por medio de sus poderes constituidos en virtud de facultades concedidas por la norma suprema en razón de que los derechos fundamentales y los derechos humanos consagrados no son absolutos, pero a su vez dichas restricciones deberán ser proporcionalmente establecidas de modo tal de no alterar sus sustancias al extremo de suprimirlos por completo o aniquilarlos. Son los límites que la Constituciones y los tratados internacionales de DDHH imponen al poder estatal limitador de los derechos, los que ellas mismas facultan a los poderes republicanos y democráticos estatales y donde estos principios juegan un papel trascendental sea cual fuere en contexto o realidad.

Pero toda esta construcción sería en cierto modo vacía si no advertimos que el concepto de razonabilidad se encuentra en íntima conexión con el uso de la razón, como facultad del ser humano de identificar conceptos, mediante procesos de inducción y/o deducción que le permite dar coherencia o encontrar contradicciones en el discurso o argumento elaborado a través del pensamiento. Por lo tanto la “razonabilidad” es una propiedad que se desprende de la razón, sin que se identifiquen por completo ambos conceptos, pues como bien afirma Perelman mientras la “razón y racionabilidad” se vinculan a criterios filosóficos vinculados con ideas de verdad, coherencia y eficacia, en tanto lo “razonable y lo irrazonable” están ligados más bien a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable¹¹¹.

Indudablemente, la idea de razón y razonabilidad en el plano jurídico se encuentra estrechamente vinculada con un problema de la epistemología jurídica. En esa línea, resulta interesante abordar la opinión sustentada por el iusfilósofo finlandés, Aulis Aarnio quien parte en su tesis conceptualizando lo razonable, se apoya en la filosofía analítica lingüística de Ludwig Wittgenstein en su última etapa¹¹², y del enfoque racionalista de Jürgen Habermas¹¹³, relacionando los términos racional y razonable. Pese al título de la obra “Lo racional como razonable”, un tratado sobre la justificación jurídica¹¹⁴, no encontrará el lector ninguna definición en todo el libro, en el sentido de proposición mediante la cual se trata de exponer de manera unívoca y con precisión la comprensión de dichos términos, sino, se buscará comprenderlo desde la esfera conceptual, en el sentido de la representación para su comprensión de sus características y cualidades, confirmando nuestra hipótesis de la conexión en cuanto al conocimiento con el “ser”, desde la teorización de Heidegger, quien expresaba que es mucho más factible establecer un concepto

¹¹¹ Perelman, *ibíd*, p. 191.

¹¹² Wittgenstein, Ludwig. “Investigaciones Filosóficas”, Editorial Crítica, Barcelona, 2008.

¹¹³ Habermas, Jürgen. “Acción comunicativa y razón sin transcendencia”, Ediciones Paidós, Barcelona, 2002.

¹¹⁴ Aarnio, Alius. “Lo Racional como Razonable (Un tratado sobre la justificación jurídica) Editorial Palestra, Lima, 2016.

que una definición sobre dicho término¹¹⁵, lo que nos inspira a asociar dicha problemática del “ser” a la “razonabilidad” y en especial cuando la misma es referida a conceptos indefinible ya que no puede concebirse como un ente ni puede ser objeto de determinación predicando de él un ente.

Volviendo con Aarnio, éste desarrolla la descripción conceptual partiendo de la distinción de los casos rutinarios y difíciles, y los dilemas y responsabilidades del juzgador de justificar sus decisiones, realizando un breve abordaje al concepto ontológico del derecho y apelando a la metodología de la interpretación en la dogmática jurídica, mediante un examen de los procesos hermenéuticos interpretativos, la obligatoriedad de las fuentes del derecho y las razones justificatorias dotadas de autoridad y de materialidad, para concluir con la aceptabilidad del enunciado interpretativo obtenido como producto mediante una revisión del principio de la única respuesta correcta elaborado por Roland Dworkin y las teorías de la audiencia de Chaim Perelman para determinar las condiciones generales del discurso racional mediante la determinación de los principios y reglas básicas de la racionalidad.

Todo lo expuesto permite afirmar que el concepto de razonabilidad lejos está de ser un concepto pacífico, sino, como toda actividad humana, entran a jugar aspectos vinculados a subjetivismos, que se encuentran íntimamente ligados con las pautas del cognitivismo y el objetivismo, en el que incide de manera determinante la posición que se tenga respecto al conocimiento o elaboración del concepto del derecho, ya sea que el observador se enfoque dentro de las concepciones positivistas, críticas, neoconstitucionalistas y/o iusnaturalistas, ya que el concepto de racionalidad o irracionalidad de una decisión quedará entrampado dentro del esquema de los paradigmas desarrollado por Thomas Kuhn.

Ello es claro desde el momento en que el contenido de una decisión judicial, puede ser razonable a los ojos de un tribunal, pero no a la de un tribunal revisor, incluso puede haber ingentes diferencias en el seno interno de los

¹¹⁵ Martin Heidegger, *El Ser y El Tiempo*, Fondo de Cultura Económica, 2da. Ed. 3era. Reimp. México, 2014.

mismos tribunales colegiados, lo que da lugar a los salvamentos y disidencias dentro de la aplicación de las reglas de la mayoría aplicables, para dirimir los acuerdos a fin de establecer la sentencia del caso.

El problema consiste, en determinar si la fijación de la razonabilidad, conforme a las potestades y jerarquía de autoridad de acuerdo a la legalidad, alcanza para imponerla al pueblo, que en definitiva es el detentador de la nuda potestad de impartir justicia en orden al principio de representación, ya que la experiencia ha enseñado, que en muchos casos no se lo ha logrado, generando una rechazo generalizado y contundente por falta de legitimidad política.

En dicha lógica, la “razón y la racionalidad” estaría más en línea con los procesos internos de la psiquis en la elaboración del discurso y/o argumento, en tanto lo razonable y la razonabilidad estaría conectado al escrutinio que externamente se realiza de ese discurso o argumento que efectúen terceros, ya que como lo sostiene Karl Popper “nadie puede ser juez de sus propias razones”¹¹⁶.

Mucho se ha escrito de la relación existente entre la proporcionalidad y la razonabilidad, lo que lleva a que por motivos de extensión me limite a lo sostenido por Aharon Barak¹¹⁷, a quien considero, que junto con Robert Alexy, es el que con mayor claridad lo ha sintetizado y expuesto desde un enfoque teórico, quizás por su calidad como académico en filosofía del derecho complementado por su larga trayectoria presidiendo la Suprema Corte de Justicia de Israel, aunque con enfoques diferentes en algunos aspectos a lo que propone el profesor de Kiel.

El aludido jurista israelí parte de dos interrogantes. La primera, si son dos conceptos diferentes completamente separados o por lo contrario, se superponen; y la segunda si existen aspectos de la proporcionalidad que no

¹¹⁶ Popper, Karl. “La sociedad abierta y sus enemigos”, Paídos, Buenos Aires, 2017, p. 67.

¹¹⁷ Barak, Aharon. “Proporcionalidad”, Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones”. Traducido por Gonzalo Villa Rosas, de la obra original en inglés publicada por la Universidad de Cambridge (1992), Editorial Palestra, Lima, 2017.

hacen parte de la razonabilidad y/o viceversa. Observa que las interrogantes aludidas se manifiestan con notoriedad cuando se restringen derechos constitucionales, a lo que agregamos nosotros también a los convencionales de DDHH.

Remarca Barak que si se realiza un proceso comparativo de lo que exponen jueces de numerosos ordenamientos jurídicos, muchos de ellos sostienen que no hay necesidad de reconocer la proporcionalidad por ser conceptos idénticos con la razonabilidad, y en ese caso apelar a la razonabilidad es suficiente. Si por el contrario no lo son, la razonabilidad es preferible. Pero para el profesor lituano-israelí, dicho enfoque ha mutado en la actualidad, en especial cuando se ha pasado del *Estado de Derecho Legal* al *Estado de Derecho Constitucional*, sobre todo a la hora de evaluar la constitucionalidad de leyes que restringen derechos fundamentales, siendo reconocida la regla de la proporcionalidad tanto al momento de examinar la constitucionalidad de la legislación como al momento de hacerlo con toda otra medida infralegal, sean sentencias judiciales, actos administrativos, reglamentos u órdenes ejecutivas. A lo dicho por el eminente jurista, agregamos que similar tarea se efectúa en los tribunales y organismos internacionales de DDHH a la hora de efectuar un test de convencionalidad. El fundamento radica en la circunstancia de que si la regla es considerada inconstitucional debido a un exceso de restricción de un derecho fundamental, solo puede medirse dicho exceso por las reglas de proporcionalidad, y en función de ésta se podrá efectuar el test de si la norma escrutada es razonable o por el contrario es irrazonable y no se encuentra conforme al estándar constitucional o convencional.

En base a lo expresado, tanto en el Control de Constitucionalidad o el de Convencionalidad, como en los actos sean del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial o cualquier otra acción atribuida al Estado, éste cumplirá con el *principio de razonabilidad* en la medida que no exceda los límites impuestos por la Constitución Política en el ámbito doméstico o por los Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos de que sea parte, ello en orden al “principio de proporcionalidad” a la hora de restringir derechos fundamentales y/o derechos humanos, por lo que los componentes de la razonabilidad y la proporcionalidad en cierto modo son comunes.

Esto viene a colación, ya que en todos los test de constitucionalidad que se realizan en los distintos ordenamientos jurídicos del mundo, ya sea el “*balancing test*” de la Corte Suprema Norteamericana; la “ponderación de principios” de los Tribunales Constitucionales Europeos y Latinoamericanos e incluso los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, o la “armonización de principios” tal lo que surge de la doctrina de la CSJN de Argentina, absolutamente todas, si bien bajo distintas hermenéuticas, realizan o ejecutan un ejercicio ponderativo, en el que se encuentran involucrados elementos del principio de proporcionalidad o sub-principios que emanan de él, tales como el de “idoneidad o adecuación”; “necesidad” y “proporcionalidad en sentido estricto”, más allá de que se parta de una ley de colisión¹¹⁸, o de armonización de derechos fundamentales¹¹⁹, siempre se encuentra presente el principio de proporcionalidad como único modo posible de establecer si existe afectación al núcleo esencial y/o núcleo duro del derecho comprometido en el caso concreto a efectos de evitar suprimir o aniquilar derechos.

A su turno, Neil MacCormick¹²⁰, se pregunta a qué valores puede apelar el razonamiento jurídico para mostrar que una posible resolución es mejor que otra, en el sentido del modo en que las Cortes Superiores en el recurso juzgan el grado de razonabilidad (o irrazonabilidad) de la decisión tomada por los tribunales cuyas sentencias revisan y si este acto de escrutinio lo es en base a un juicio objetivo o la evaluación es un asunto pura o esencialmente subjetivo, volviendo en cierto modo a lo que anteriormente se refirió sobre la complejidad del concepto de razonabilidad, en especial dentro del control de constitucionalidad y de revisión por parte de los tribunales de corte o de última palabra, válido también para el control de convencionalidad.

¹¹⁸ Como la formulan Robert Alexy o incluso sus críticos, como lo sostiene Riccardo Guastini y otros modelos como ponderativos como el defendido por José Juan Moreso, Daniel Mendonca o David Martínez Zorrilla.

¹¹⁹ También cuando se parte del principio de armonización en oposición al de colisión, como lo proponen Fernando Toller y Pedro Serna.

¹²⁰ MacCormick, Neil. “Retórica y Estado de Derecho”, Una Teoría del Razonamiento Jurídico, traducido de su original en inglés, publicado por la Universidad de Oxford, 2005, por José Gascón Salvador, Editorial Palestra, Lima, 2017.

A este respecto, el maestro escocés señala que el concepto de lo “razonable” es usado con frecuencia y en contextos muy diversos en el ámbito jurídico concluyendo que dicha evaluación tiene un obvio aspecto subjetivo, por lo que advierte los serios riesgos y los costes de la medida de seguridad y por ende los grados de eficacia en la construcción de un concepto de lo “razonable”. Ahora bien, también reflexiona que en derecho, lo que se considera razonable está relacionado con un asunto “objetivo”, citando a Ken Greenawalt¹²¹, proporcionando este último una explicación de los elementos de objetividad y de subjetividad que integran el concepto de razonabilidad, en la que existe un mayor peso de los primeros ya que la responsabilidad juzgada por la previsión de la persona razonable (juez o jueza) se presume “objetiva” *en la medida de la justificación dada en la determinación de corrección e incorrección mediante un grado de comprobación intersubjetiva en la ponderación y balance de argumentos*, de lo que se desprende la importancia del principio de proporcionalidad como elemento ineludible en todo ejercicio ponderativo, lo que sin embargo no despeja la complejidad del concepto de razonabilidad ya que concluye en que en cualquier punto preciso del balance, las personas razonables pueden disentir.

MacCormick señala además que el hecho de que las personas discrepen no implica que alguna de ellas piense que no hay nada que sea realmente razonable, puesto que el motivo de la divergencia es exactamente la respuesta a la pregunta “que es realmente razonable”, lo que marca con más nitidez el grado de complejidad del tema tratado.

No podía faltar en esta conceptualización del “principio de razonabilidad”, la opinión de del profesor argentino Juan Cianciardo¹²², quien ha efectuado un profundo análisis e investigación entre la conexión de “la

¹²¹ Greenawalt, Kent. “Objetivity in law”, Oxford University Press, 1992.

¹²² Cianciardo, Juan. “El Principio de Razonabilidad”, del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2004; “Máxima de Razonabilidad y Respeto de los derechos fundamentales, revista Persona y Derecho, N°41, España, 1999, disponible en:

<http://www.saij.gob.ar/juan-cianciardo-mxima-razonabilidad-respeto-derechos-fundamentales-dacf030014-1999/123456789-0abc-defg4100-30fcanirtcod> Último ingreso: 16/05/2020.

Máxima de Razonabilidad” y “Principio de Proporcionalidad”, dentro de los precedentes de distintos tribunales europeos nacionales, de la CSJN de Argentina y los tribunales internacionales de Derechos Humanos, haciendo hincapié particularmente en lo que considera un punto relativamente poco abordado en orden a la aplicación del principio de proporcionalidad y su grado de suficiencia a la hora de garantizar la pertinencia de los derechos fundamentales y su interacción de cómo compatibilizar para que la máxima de razonabilidad, como producto final, no acabe frustrando su razón de ser, que es la protección de los derechos constitucionales garantizados. Partiendo de que la máxima de razonabilidad o proporcionalidad prescribe que toda regulación de los derechos humanos debe ser “razonable”, el autor argentino entiende que dicho estatus solo se alcanza si se respeta cada uno de los tres subprincipios que integran el principio general de proporcionalidad.

El primero la “idoneidad o adecuación”, que impone un mandato de escrutinio, sobre la norma reguladora del ejercicio de un derecho fundamental, exigiendo que esta sea adecuada o idónea para alcanzar los fines pretendidos mediante su dictado, haciendo especial consideración sobre los medios que se emplean para dicho fin y si estos resultan ser los más aptos y menos lesivos al ejercicio pleno del derecho que regula. El segundo subprincipio, es el de “necesidad” que impone que el legislador, entre una diversidad de medios a su alcance, escoja aquel que resulte menos restrictivos de los derechos fundamentales involucrados. Consiste en un escrutinio de ponderación o de comparación entre el medio que el legislador creyó más apto y otros medios hipotéticos que hubiera podido seleccionar. Por último, menciona el subprincipio de “determinación de razonabilidad” o “proporcionalidad *strictu sensu*”, que se traduce en una verdadera justificación de “adecuación de medios a fines”, conforme al idóneo y/o adecuado proceso en su búsqueda; que a la vez necesariamente la restricción deba ser tomada por no quedar otra alternativa y que dicha elección logre que cuanto mayor satisfacción se pueda dar al fin perseguido proporcionalmente o racionalmente, menor sea el grado de restricción y/o afectación al derecho fundamental que se deba regular o reglamentar en su ejercicio. Es decir, verificándose dicha ecuación mediante una justificación suficiente por vía argumentativa, se habrá obtenido una decisión razonable, muy similar a la propuesta ponderativa alexiana.

Otro autor argentino que ha abordado con profundidad lo concerniente a la razonabilidad es Roberto Saggese¹²³, quien alude a que ella, más que un principio propiamente dicho, constituye una “garantía”, traducida en la exigencia para validar la aplicación de las normas que junto con el principio de legalidad, conforman la garantía fundamental del Estado de Derecho. Para este autor la razonabilidad no es un concepto autónomo, en la medida que no constituye para el legislador un límite adicional a las propias cláusulas constitucionales, sino más bien es una condición o exigencia que debe ser respetada al momento de reglamentar, mediante actos legisferante, los derechos allí reconocidos, generando que los mismos operen como verdaderos límites al ejercicio de la actividad legislativa. Entiende que allí radica la verificación que en el derecho argentino (y aplicable a cualquier sistema jurídico) la razonabilidad opera como una garantía esencial. Adviértase la coincidencia de lo sostenido por este autor con la vinculación de derechos y garantías de la CorteIDH en sus OC 8 y 9 a la que ya referimos.

Coincido con Saggese en que cuando los tribunales de “última palabra” califican a una disposición legal como constitucional en sede doméstica o convencional en sede internacional, están aludiendo a que la misma es razonable, es decir, utiliza los términos como sinónimos y es lo que se llama “la razonabilidad en sentido amplio”. Pero también se extrae de sus doctrinas jurisprudenciales, un sentido estricto del término “razonabilidad” que se encuentra en íntima vinculación a la relación que debe existir entre “medios y fines”. Es decir los tribunales consideran irrazonables en este último sentido cuando los medios arbitrados no se adecuan a los fines cuya realización se propusieron, e incluso cuando consagran grosera inequidad.

Todo lo dicho en este acápite también demuestra que cuanto mayor sea la generalización y abstracción del concepto de razonabilidad mayor será la complejidad, por lo que a medida de que se lo relacione al caso concreto, mayor será la aproximación a un concepto objetivo de razonabilidad.

¹²³ Saggese, Roberto M. “El Control de Razonabilidad en el Sistema Constitucional Argentino”, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.

La teoría que defendemos de los “límites de los límites” en la restricción de derechos y garantías resultaría vacua si no se contemplara uno de sus elementos esenciales como la proporcionalidad y la racionalidad a la hora de la evolución de las disposiciones y medidas que deben adoptar ante determinados contextos y situaciones que quienes se encuentran legitimados de origen y ejercicio, dentro del marco de un Estado democrático y constitucional de derecho deban hacerlo. Por ello, como es un tema complejo y si se quiere polémico, los cuerpos que lo integran son preferentemente colegiados y facilitadores del debate inclusivo y democrático a fin de que la búsqueda de esa razonabilidad y proporcionalidad de modo afinado, existiendo por lo general esquemas republicanos de división de poderes previstos por la normativa constitucional en su parte orgánica, a fin de asegurar controles y contrapesos a la hora de efectivizarse dichos mandatos, exteriorizados en forma de reglas, normas y otros formatos similares. Esa razonabilidad y proporcionalidad emana de estos cuerpos unipersonales o colegiados, compuestos por seres humanos, y por ende haciendo uso de la razón de sus integrantes. Las pautas de los límites de derechos, están regladas en los textos normativos al igual que los límites estatales para restringir, pero dichas regulaciones, por consistir en principios, que se encuentran en textos constitucionales y convencionales, y se completan con reglas infraconstitucionales que las reglamentan establecido el “deber ser”, que a su vez pueden ser interpeladas por inconstitucionales e inconvencionales cuando se entiende no que han superado los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad, situación que las dirimen las sentencias judiciales.

Dentro de ese esquema de validación de la proporcionalidad y razonabilidad, se encuentran los tribunales, cuyas cortes y superiores tribunales o tribunales constitucionales tienen la última palabra de ese debate en sede doméstica, y los tribunales de DDHH u otros organismos previstos por los tratados, en la faz internacional. Dicha complejidad se agranda o agiganta en escenarios de “estados de excepción”, a la hora de la búsqueda de las necesarias restricciones de derecho bajo el amparo de la legitimidad, que es el producto final en la ecuación aludida, existiendo siempre la posibilidad que pese a todas estas construcciones y esquemas dicho resultado pueda ser refutado mediante el un métodos basados por lo general en la experiencia y la razón práctica que pueda, demostrar que un enunciado es falso mediante enlaces deductivos, ya

que la verdad no tiene una dimensión objetiva sino que por el contrario, está conformada por un proceso de avance, que a medida que progresa se van descubriendo falacias que solo pueden ser sostenidas por el “argumento de autoridad”¹²⁴, que por lo general dirime el debate de “última palabra”, que por lo general en los esquemas democrático, lo terminan decidiendo los tribunales máximos en la orbe doméstica y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la CorteIDH. Quizás ello lo llevó a decir al *Justice Chales Evans Hughes*, a comienzos de la década del '20, en el siglo pasado: “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our property and our liberty and our property under the Constitution*”, estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es, y el poder judicial es la salvaguarda de nuestra propiedad y nuestra libertad y nuestra propiedad bajo la Constitución. Frase que muchos consideran también muy peligrosa porque puede llegar a un estado de ruptura republicana que se la llama el “gobierno de los jueces”, y donde es muy fácil que la proporcionalidad y razonabilidad se convierta en utopía, quizás por ello, otro *Justice*, Robert H. Jackson, años más tarde (1953), y luego de haber sido el más destacado fiscal que acusó a los genocidas nazis durante los juicios de Nuremberg, aforismo de por medio describió a la Corte Suprema de EEUU fundando una disidencia o salvamento señalando: “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final ...*”, "No somos finales porque somos infalibles, pero somos infalibles solo porque somos finales ..."¹²⁵. Jackson cuyo paso por el cimero tribunal norteamericano dejó claras huellas de ser un defensor de las libertades públicas, pone el dedo en la llaga al apelar a la fiabilidad humana, lo que en cierto modo nos permite reflexionar que lo referido por Popper en cuanto al “argumento de autoridad” y vinculándolo con los elementos de la fijación de la razonabilidad y proporcionalidad a la hora de decidirse restricciones de derecho, es parte de esa *realpolitik* que será difícil encontrar una solución más allá de la ridiculización y rechazo que genera cuando se demuestra su falsación o se las refuta, pero hasta que ello acontece, “ha corrido mucha sangre bajo el río”.

¹²⁴ Consiste en defender algo como verdadero porque quien es citado en el argumento tiene autoridad en la materia. (Conforme a la Sociedad para el Avance del Pensamiento Crítico).

¹²⁵ Suprema Corte de Justicia, EEUU. *Brown v. Allen* :: 344 U.S. 443 (1953).

Resulta también interesante en este escenario de pandemia y “estados de excepción”, donde por lo general se concentran los poderes, si bien de modo temporal, en los presidentes, traer a cuento otra teoría desarrollada por Jackson como Juez Asociado del tribunal, que le llamó “*three level test to assess the claims of the presiding power*”¹²⁶ en inglés, lo que traducido al español es significa “prueba de tres niveles para evaluar los reclamos del poder presidente” como donde sentó lo siguiente:

1. Cuando el Presidente actúa de conformidad con una autorización expresa o implícita del Congreso, su autoridad es máxima, ya que incluye todo lo que posee por derecho propio más todo lo que el Congreso puede delegar. En estas circunstancias, y solo en estas, se puede decir (por lo que pueda valer) personificar la soberanía federal. Si su acto se considera inconstitucional en estas circunstancias, generalmente significa que el Gobierno Federal en su conjunto no tiene poder. Una incautación ejecutada por el Presidente de conformidad con una Ley del Congreso estaría respaldada por las presunciones más fuertes y la latitud más amplia de interpretación judicial, y la carga de la persuasión recaería en gran medida sobre cualquiera que pudiera atacarla.
2. Cuando el Presidente actúa en ausencia de una concesión del Congreso o una denegación de autoridad, solo puede confiar en sus propios poderes independientes, pero hay una zona de penumbra en la que él y el Congreso pueden tener autoridad concurrente, o en la que su distribución es incierta. Por lo tanto, la inercia del Congreso, la indiferencia o la quietud a veces pueden, al menos como un asunto práctico, permitir, si no invitar, medidas de responsabilidad presidencial independiente. En esta área, es probable que cualquier prueba real de poder dependa de los imperativos de los eventos y los imponderables contemporáneos en lugar de las teorías abstractas del derecho.

¹²⁶ Suprema Corte de Justicia, EEUU. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* :: 343 US 579 (1952)

3. Cuando el Presidente toma medidas incompatibles con la voluntad expresa o implícita del Congreso, su poder está en su punto más bajo, ya que solo puede confiar en sus propios poderes constitucionales menos cualquier poder constitucional del Congreso sobre el asunto ...

Concluye su opinión en su sufragio en la sentencia del caso “Youngstown Sheet & Tube Co” reflexionando con cierto pesimismo si se quiere (en orden a las instituciones norteamericanas pero que pueden validarse en otros sistemas) “que la esencia de nuestro gobierno libre es "dejar vivir sin permiso de nadie, bajo la ley", para ser gobernado por esas fuerzas impersonales que llamamos ley. Nuestro gobierno está diseñado para cumplir este concepto en la medida de lo humanamente posible. El Ejecutivo, excepto por recomendación y veto, no tiene poder legislativo. La acción ejecutiva que tenemos aquí se origina en la voluntad individual del Presidente y representa un ejercicio de autoridad sin ley. Nadie, tal vez ni siquiera el Presidente, conoce los límites del poder que puede tratar de ejercer en este caso y las partes afectadas no pueden conocer el límite de sus derechos. No sabemos hoy qué poderes sobre el trabajo o la propiedad se alegarían de la posesión del Gobierno si la legalizáramos, qué derechos de compensación se reclamarían o reconocerían, o en qué contingencia terminaría. Con todos sus defectos, demoras e inconvenientes, los hombres no han descubierto ninguna técnica para preservar por mucho tiempo el gobierno libre, excepto que el Ejecutivo esté bajo la ley. Dichas instituciones pueden estar destinadas a desaparecer. Pero es deber de la Corte ser el último, no el primero, en entregarlos...”

Como vemos, el escenario descrito por Jackson tiene mucha vigencia en los tiempos actuales de pandemia, ya que en los “estados de excepción”, si bien nadie pone en duda la legalidad del instituto y la necesidad de adoptarlo, existe una real concentración de poder que en cierto modo desdibuja el diseño constitucional, lo que se agrava a extremo cuando dicha concesión legal es ejercida sin reconocer límites y de forma abusiva, bajos un desbordado autoritarismo.

En dicho esquema, autores como Josep Raz¹²⁷, que vinculan al concepto del derecho estrechamente con el principio de autoridad, ponen especial preocupación en clarificar que se alude a la “autoridad legítima” que moralmente trasmite, como un modo de contraponer a la autoridad de facto como vinculado a la juridicidad, de donde agregamos en relación al tema tratado, no puede estar ausente la representación de la legitimidad de origen y de la de ejercicio, en quienes detentan el poder estatal dentro del esquema de un Estado democrático que se determina en base a la observación de la acciones si se trata de una democracia meramente formal o por lo contrario de una democracia tanto formal como material para establecer la legitimidad moral de la producción normativa de un Estado en un momento determinado¹²⁸.

En vista de lo expresado precedentemente, en cuanto a los derechos humanos en el SIDH, ese “argumento final de autoridad” lo tiene la CorteIDH, en especial a resolver casos en su competencia contenciosa, generando una doctrina judicial donde fija estándares que si no son observados por los países partes de la CADH generan alta posibilidad que los afectados, siguiendo los mecanismos pertinentes, se declare su responsabilidad internacional y sea etiquetado ante la comunidad internacional como Estado que no respeta y protege los derechos humanos de sus propios ciudadanos o de extranjeros que encuentran bajo su jurisdicción.

Por ello se considera necesario realizar un breve abordaje sobre los casos contenciosos en que la CorteIDH ha ido construyendo a lo largo del tiempo y de sus distintas integraciones, estándares sobre proporcionalidad razonabilidad en función a los límites establecidos para la potestad estatal de restringir derechos por lo que veremos algunos de ellos.

¹²⁷ Raz, Josep. “La Autoridad del Derecho. Ensayos Sobre Derecho y Moral”. Ediciones Coyoacan, México. 2016

¹²⁸ Llugdar, Eduardo “El concepto de Estado y sociedad democrática conforme a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Revista de Derechos Humanos y Humanitario - Número 1 - Septiembre 2018. IJ Editores, Argentina.

En el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004)¹²⁹, estableció en los párrafos 124 y 125 que los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho (en alusión al núcleo duro o esencial); así como, también, deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación, partiendo del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho, siendo para ello necesario que defina de manera precisa y clara mediante una ley los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país (en el caso). En el párrafo 132 refirió a los requisitos de proporcionalidad en una sociedad democrática, adhiriendo al sostenido por el Comité de Derechos Humanos de ONU, en su Observación General No. 27 en el sentido de que las medidas restrictivas deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse siguiendo a dicho órgano sentó que el principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.

En el caso *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (2005)¹³⁰, expresó sobre el particular, que la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, (en el caso), habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.

¹²⁹ CorteIDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 132.

¹³⁰ CorteIDH. Caso *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 126.

Otro caso interesa en el que refiere a las hermenéuticas ponderativas a fin de establecer estándares en restricción de derechos, entre muchos otros, y aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad, es el Caso J. vs. Perú, que interesa en especial porque alude al “estado de excepción”, y donde enfatiza que habida cuenta de que el artículo 27.1 de la CADH contempla distintas situaciones y que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a “las exigencias de la situación”, resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a las que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella. La Convención autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. Las disposiciones que se adopten no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. La Corte ha señalado que la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción. En este sentido, las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella.

Por último citaremos un reciente sentencia dictada en el caso Romero Feris vs. Argentina (2019), donde desarrolla en forma extensa los elementos que componen el “test de proporcionalidad”, en especial el las medidas cautelares durante el proceso penal y en donde el Estado ejerce su función punitiva, restringiendo derechos. Al respecto la corte sostiene que para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que: a. se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho

ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; b. esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y c. la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.

En los casos testigos citados se puede apreciar como juegan las restricciones los límites y la forma de evaluar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida a la hora de juzgar la responsabilidad internacional del Estado por violación de DDHH.

IId. Las restricciones a derechos y garantías en los “estados de excepción” generados por la Pandemia Global del Covid-19, con especial referencia a Latinoamérica.

A nadie escapa que en el momento de escribir este *paper* (mayo de 2020) la pandemia del Covid-19 o corona virus sigue golpeando con fuerza a todo el planeta y Latinoamérica como parte integrante no es ajena a ello. Desde prácticamente comienzos del mes marzo, en todos los países que la componen se ha decretado el “estado de excepción”, con mayor o menor intensidad y apelando a las distintas modalidades a las que referimos líneas atrás, partido desde declaraciones de emergencia sanitaria, hasta fuertes estados sitio inclusive. El denominador común ante la urgencia y poco conocimiento del mal -que amenaza en forma de contagio visorío, que se propaga de manera exponencial provocando incluso cifras escalofriantes de pérdidas de vidas humanas- ha sido el aislamiento social obligatorio y la obligatoriedad de todos los ciudadanos de hacer cuarentena en sus hogares, pudiendo salir solo bajo razones debidamente justificadas y con autorización de la autoridad estatal, como única forma efectiva hasta el momento, de controlar los efectos nocivos de la pandemia para lograr disminuir la curva de contagios.

Ello además una serie de medidas complementarias que implican restricciones y avances en los derechos fundamentales de los ciudadanos de las distintas comunidades, que han visto afectados el libre ejercicio de una serie

importante de derechos políticos y civiles como así económicos sociales y culturales, tanto a personas físicas como jurídicas o ideales.

Debidos al marco de aislamiento y encierro obligatorio, las restricciones excepcionales han sido impuestas por el cuerpo unipersonal de toma de decisiones del esquema republicano, el Poder Ejecutivo o administrador, hasta tanto los cuerpos deliberativos colegiados con competencia puedan encontrar procedimientos apoyados en tecnologías de la información y la comunicación (tic's), para poder continuar, desde un entorno virtual, cumpliendo sus funciones y desarrollando sus competencias. Algo similar acontece en los entornos jurisdiccionales.

Ello ha puesto en alerta máxima al sistema interamericano de protección de derechos humanos, cuyos órganos, conscientes de la crisis que todo ese contexto genera, y la imposibilidad de poder dar respuesta inmediata mediante los procedimientos y mecanismos normales ante medidas desproporcionadas e irracionales conforme a sus estándares que puedan verificarse en ese marco, pese a la legalidad de que se pueda obrar de modo excepcional, han salido mediante declaraciones de cuerpo o en forma personal sus integrantes a advertir que pese a la gravedad y la excepcionalidad de la situación, dicha potestad tiene un límite.

Aunque la misma la misma CADH en su artículo 27 admita los “estados de excepción” y su artículo 32.2 disponga que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, en ellos hayan basado los razonamientos para justificar las decisiones restrictivas excepcionales, lo cierto que dentro del esquema de los “límites de los límites” que venimos desarrollando, en base a los estándares fijados por estos órganos de protección regional de ddhh y que también los contienen las disposiciones constitucionales de los Estados parte, solo es contemplar un elemento de dicha ecuación, uno de los límites, el establecido respecto de los derechos y garantías, en tanto la fórmula abarca además el segundo límite, impuesto al poder de restricción estatal, y a la sistematización bajo el manto de la proporcionalidad y razonabilidad para alcanzar estar a nivel o sobre los estándares mínimos para ser consideradas acciones legítimas, por estar acordes a ellos y que escapen a

la posibilidad de una posible responsabilidad internacional por violaciones a derechos humanos a futuro.

En su informe titulado “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”¹³¹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), luego de mencionar que tanto el Continente Americano como el resto del mundo se enfrentan actualmente a una emergencia sanitaria global sin precedentes ocasionada por la pandemia del virus que causa el Covid-19, no tiene empachos en enfatizar que pese a ello, las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro “el pleno respeto de los derechos humanos”. También deja entrever que es consiente que la pandemia del Covid-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el Covid-19; así como el los impactos de inmediato, mediano y largo plazo que puede producir sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad. Justifica su preocupación en el hecho de que las Américas es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región; así como por la falta o precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento; la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado. A lo que se suman altas tasas de informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios que afectan a un gran número de personas en la región y que hacen aún más preocupante el impacto socioeconómico del Covid-19. Todo esto dificulta o impide a millones de personas tomar medidas básicas de prevención contra la enfermedad, en particular cuando afecta a grupos en situación de especial vulnerabilidad.

También concibe a la región como proclive a los altos índices de violencia generalizada y especialmente violencia por razones de género, de raza o etnia; así como por la persistencia de flagelos tales como la corrupción y la impunidad. Además advierte que en la región prevalece por parte de los

¹³¹ CIDH. Resolución No. 1/2020, “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, del 10 de abril de 2020

ciudadanos y ciudadanas el ejercicio del derecho a la protesta social, en un contexto de represión mediante el uso desproporcionado de la fuerza, así como de actos de violencia y vandalismo; graves crisis penitenciarias que afectan a la gran mayoría de los países; y la profundamente preocupante extensión del fenómeno de la migración, del desplazamiento forzado interno, de personas refugiadas y apátridas; así como la discriminación estructural en contra de grupos en situación de especial vulnerabilidad.

La CIDH considera que el contexto de pandemia supone desafíos aún mayores para los Estados de las Américas, tanto en términos de políticas y medidas sanitarias, como en capacidades económicas, que permitan poner en marcha medidas de atención y contención que resultan urgentes y necesarias para proteger efectivamente a sus poblaciones, acordes con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Le preocupa además que la pandemia esté generando impactos diferenciados e interseccionales sobre la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) para ciertos colectivos y poblaciones en especial situación de vulnerabilidad, por lo que entiende debe tornarse esencial la adopción de políticas para prevenir eficazmente el contagio, así como de medidas de seguridad social y el acceso a sistemas de salud pública que faciliten el diagnóstico y tratamiento oportuno y asequible; a fin de brindar a las poblaciones en situación de vulnerabilidad la atención integral de la salud física y mental, sin discriminación.

Respecto a las restricciones de derechos provocadas por las medidas de contención con el fin de enfrentar y prevenir los efectos de la pandemia, la CIDH ha observado que se han suspendido y restringido algunos derechos, y en otros casos se han declarado “estados de emergencia”, “estados de excepción”, “estados de catástrofe por calamidad pública”, o “emergencia sanitaria”, a través de decretos presidenciales y normativa de diversa naturaleza jurídica con el fin de proteger la salud pública y evitar el incremento de contagios. Asimismo, se han establecido medidas de distinta naturaleza que restringen los derechos de la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información pública, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada; y se ha recurrido al uso de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus, y al almacenamiento de datos personales en forma masiva, por lo que por todos ello, en ejercicio de su

mandato, adoptó la resolución en comentario, con estándares y recomendaciones bajo la convicción de que las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención de la pandemia deben tener como centro el pleno respeto y el deber de garantía de los derechos humanos requiriendo a los Estados que atiendan a las particulares necesidades de protección de las personas y que esa obligación involucra el deber estatal de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Para ello el órgano de monitoreo de cumplimiento de los estándares del SIDH requiere que las medidas que los Estados adopten, en particular aquéllas que resulten en restricciones de derechos o garantías, se ajusten a los principios «pro persona», de proporcionalidad, temporalidad, tengan como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada, y recuerda que aún en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de requisitos – tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad– dirigidos a evitar que medidas como el “estado de excepción o emergencia” sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno.

También la CorteIDH emitió en el mes de abril de 2020 su Declaración No. 1/20, que intituló: “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”¹³². Al igual que la CIDH como órgano de protección de los derechos es consciente de los problemas y desafíos extraordinarios que los Estados americanos, la sociedad en su conjunto, y cada persona y familia están afrontando como consecuencia de la pandemia global causada por el coronavirus Covid-19, instó a los Estados Parte de la Convención

¹³² CorteIDH. Declaración No. 1/20, “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, del 9 de abril de 2020.

Americana sobre Derechos Humanos a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal.

A dichos efectos, puntualizó:

1. Los problemas y desafíos extraordinarios que ocasiona la presente pandemia deben ser abordados a través del diálogo y la cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre todos los Estados. El multilateralismo es esencial para coordinar los esfuerzos regionales para contener la pandemia.
2. Los organismos multilaterales, cualquiera sea su naturaleza, deben ayudar y cooperar de manera conjunta con los Estados, bajo un enfoque de derechos humanos, para buscar soluciones a los problemas y desafíos presentes y futuros que está ocasionando y ocasionará la presente pandemia.
3. Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.
4. Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.
5. Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes,

los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia.

6. En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas.
7. El derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.
8. Ante las medidas de aislamiento social que pueden redundar en el aumento exponencial de la violencia contra las mujeres y niñas en sus hogares, es preciso recalcar el deber estatal de debida diligencia estricta respecto al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, por lo que deben adoptarse todas las acciones necesarias para prevenir casos de violencia de género y sexual; disponer de mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, y reforzar la atención para las víctimas.
9. Dado el alto impacto que el Covid-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.

Tanto la resolución de la CIDH como la Declaración de la CorteIDH dictada en tiempo de pandemia, si bien no revisten la categoría de “*hard law*”, sino que configuran cuerpos categorizados como “*soft law*”, no dejan de ser recordatorios y recomendaciones, que estos organismos multilaterales del derecho internacional público no están dispuestos a consentir en lo más mínimo que se avasallen derechos humanos en la región, y que están dispuestos a ejercer las acciones en orden las competencias atribuidas para evitar que ello acontezca o sancionar la consumación de violaciones a los estándares obligatorios contenidos en los tratados y pactos del SIDH y en sus precedentes y jurisprudencias.

Como mencionó uno de sus jueces, Eugenio Raúl Zaffaroni, en una entrevista periodística, brindada a pocos días de que fuera conocida la declaración de la CorteIDH¹³³, si bien las declaraciones no tienen por sí mismas ningún valor vinculante para los Estados, con ellas, tanto la CorteIDH como la CIDH les advertimos a los Estados partes de la CADH los criterios con que resolveremos las cuestiones que se nos planteen en nuestros respectivos ámbitos de competencia. El ilustre jurista argentino consideran que las mismas contienen un adelanto que señala que de apartarse de las líneas, bastante elementales expresadas para la emergencia, implicará incurrir en violaciones a los Derechos Humanos y, por ende, si fuesen denunciadas a la CIDH, entiende que ésta está anunciando que en esos casos dispondría medidas cautelares o, más enérgicamente, pediría a la CorteIDH que ordene medidas provisionales y, que la esta última está advirtiendo también que en esos mismos supuestos está dispuesta a ordenarlas.

Para concluir diremos que más allá de los polémico del derecho, delos complejo que es la situación de excepcionalidad que la pandemia del Covid-19 causa, está presente la teoría de los “límites de los límites” cundo se restringe derechos fundamentales y derechos humanos y que bajo ningún

¹³³ Entrevista a E. Raúl Zaffaroni - En torno a la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos, “Covid-19 y Derechos Humanos” - Por Conrado Yasenza, disponible en: <https://lateclanerevista.com/entrevista-a-e-raul-zaffaroni-en-torno-a-la-declaracion-de-la-corte-interamericana-de-derechos-covid-19-y-derechos-humanos-por-conrado-yasenza/> última entrada el 14/05/2020.

punto la misma se debilita en “estados de excepción” como los presentes, sino por lo contrario, la excepcionalidad de la emergencia impone a todo el aparato estatal al tomar las medidas necesarias para superarla tengan la precaución exigible a todo gobierno democrático consistente en superar la excepcionalidad y emergencia sin entrar en colisión con el sistema constitucional y convencional. En América Latina, tanto la CIDH como la CorteIDH rápidamente han salido a advertirlo y han dejado claro que nadie podrá alegar desconocimiento negligencia provocada por la vorágine de la pandemia, cuando se trata de preservar los DDHH, especialmente en aquellos sectores que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.-

BIBLIOGRAFIA.

- Schmitt, Carl. Political theology: four chapters on the concept of sovereignty. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- Atienza, Manuel. “Para una Razonable Definición de “Razonable”. En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 4, Universidad de Alicante, 1987.
- Wittgenstein, Ludwig. “Investigaciones Filosóficas”, Editorial Crítica, Barcelona, 2008.
- Habermas, Jürgen. “Acción comunicativa y razón sin transcendencia”, Ediciones Paidós, Barcelona, 2002.
- Aarnio, Aulis. “Lo Racional como Razonable (Un tratado sobre la justificación jurídica) Editorial Palestra, Lima, 2016.
- Martin Heidegger, El Ser y El Tiempo, Fondo de Cultura Económica, 2da. Ed. 3era. Reimp. México, 2014.
- Popper, Karl. “La sociedad abierta y sus enemigos”, Paídos, Buenos Aires, 2017.
- Barak, Aharon. “Proporcionalidad”, Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones”. Traducido por Gonzalo Villa Rosas, de la obra original en inglés publicada por la Universidad de Cambridge (1992), Editorial Palestra, Lima, 2017.
- MacCormick, Neil. “Retórica y Estado de Derecho”, Una Teoría del Razonamiento Jurídico, traducido de su original en inglés, publicado por

la Universidad de Oxford, 2005, por José Gascón Salvador, Editorial Palestra, Lima, 2017.

- Greenawalt, Kent. “Objetivity in law”, Oxford University Press, 1992.
- Saggese, Roberto M. “El Control de Razonabilidad en el Sistema Constitucional Argentino”, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.
- Raz, Josep. “La Autoridad del Derecho. Ensayos Sobre Derecho y Moral”. Ediciones Coyoacan, México. 2016.
- Llugdar, Eduardo “El concepto de Estado y sociedad democrática conforme a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Revista de Derechos Humanos y Humanitario - Número 1 - Septiembre 2018. IJ Editores, Argentina.