

CONCURSO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 2021

Caso Chavero Vs. Vadaluz

MEMORANDO DE LEY

Autores:

Carlos Ayala Corao y Santiago Martínez Neira

Washington College of Law - American University

PRESENTACIÓN DEL CASO.....	3
SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL CASO	4
LA IDONEIDAD DE LOS RECURSOS	4
MOMENTO DE AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS.....	5
EXCEPCIONES AL DEBER DE AGOTAMIENTO	5
COMENTARIO GENERAL SOBRE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN	6
SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS	8
SITUACIÓN DE EMERGENCIA DENTRO DE UN LÍMITE ESPACIAL Y TEMPORAL (ART. 27.1)8	
ALCANCE MATERIAL (ART. 27.2)	15
NOTIFICACIÓN A LA OEA COMO MECANISMO DE GARANTÍA COLECTIVA (ART. 27.3) ...	18
LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PENSAMIENTO, DERECHO DE REUNIÓN Y LIBERTAD DE ASOCIACIÓN EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	20
RESTRICCIONES A ESTOS DERECHOS	22
(I) LA ESTRICTA LEGALIDAD	24
(II) FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN	26
(III) NECESIDAD EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA	26
SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	28
SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN	29
DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	30
GARANTÍAS JUDICIALES	34
CONCESIÓN AL INculpADO DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA PREPARACIÓN DE SU DEFENSA	34
DEBER DE MOTIVAR.....	35
EL INculpADO ABSUELTO POR UNA SENTENCIA FIRME NO PODRÁ SER SOMETIDO A NUEVO JUICIO POR LOS MISMOS HECHOS.....	35
PROTECCIÓN JUDICIAL Y ACCESO A LA JUSTICIA	36
OTRAS CUESTIONES ALREDEDOR DE LA CONTROVERSA	37
DIRECTRIZ No. 1 DE 2020.....	37
MILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA	38
SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR Y MEDIDA PROVISIONAL	39

PRESENTACIÓN DEL CASO

Vadaluze tiene varios rasgos comunes con los demás países latinoamericanos. El país registró un abuso de los estados de excepción durante la segunda mitad del siglo XX. Pese a no haber enfrentado una dictadura militar o cívico militar, Vadaluze tiene una fuerte impronta militar. Una muestra de ello es que aún preserva la figura del servicio militar obligatorio. Los distintos poderes públicos se han visto afectados por escándalos de corrupción. Al igual que muchos países latinoamericanos en la década de los 80s y 90s, Vadaluze adoptó una constitución moderna para un estado social y democrático de derecho, con un sistema de pesos y contrapesos definido y un catálogo generoso de derechos. No obstante, quizás el rasgo común más predominante en Vadaluze -y los otros países latinoamericanos- es la desigualdad. En el caso la desigualdad se manifiesta de muchas formas, pero, sin duda, es en el acceso al derecho a la salud donde se hace más evidente.

Comúnmente se conoce que situaciones como la pandemia exacerban la desigualdad. Ello puede tener el efecto no deseado de que nos concentremos en pensar únicamente cómo mitigar los efectos de la pandemia y no en cómo reducir la desigualdad que antecede y sucederá a la pandemia. En sociedades democráticas, las políticas para superar la desigualdad se construyen colectivamente, y visualizando, en todo momento, los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, las minorías y los grupos de personas que han enfrentado discriminaciones históricas. Por este motivo, la controversia del caso no gira puntualmente en torno al acceso a la salud, sino de una detención en el contexto de una protesta social en favor del derecho a la salud.

Durante el 2019 y el 2020, la región vio como muchos países atravesaron por episodios de intensas protestas sociales y políticas. Estados Unidos, Haití, Bolivia, Ecuador, Chile, Colombia, Argentina, Perú y Venezuela, entre otros, presenciaron la movilización de diversos grupos sociales como estudiantes, campesinos, trabajadores, personas afrodescendientes, pueblos indígenas y mujeres que quieren avanzar causas que consideran justas. Desafortunadamente, en muchas ocasiones, las protestas estuvieron acompañadas de uso excesivo de la fuerza, mensajes estigmatizantes y arbitrariedades por parte de las autoridades y los cuerpos de seguridad.

Naturalmente, situaciones excepcionales como una pandemia requieren medidas excepcionales. Pero, al margen de la gravedad de la situación o la urgencia en adoptar medidas especiales, deben observarse los estándares, obligaciones y parámetros sobre derechos humanos y suspensión o restricción de garantías, así como los principios del estado de derecho y la democracia. De lo contrario, por más legítima que sea la finalidad que se busca proteger o necesarias que sean las medidas a adoptar, el sacrificio inherente a la restricción de derechos puede ser desproporcionado. Bajo estas circunstancias, el poder judicial debe jugar un papel ejemplarizante y protagónico para evitar arbitrariedades y que los otros poderes públicos lesionen con sus actos el estado de derecho o trasgredan los derechos humanos.

SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL CASO

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:
 - a. que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
 - b. que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
 - c. que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
 - d. que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.
2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:
 - a. no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
 - b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
 - c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Si bien de los hechos del caso se desprende que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptó un informe de admisibilidad favorable y que luego del informe de fondo envió el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), vale la pena dedicar unas palabras para considerar cuál pudo haber sido el análisis de la CIDH para declarar admisible la petición individual.

Claudia presentó una petición individual ante la CIDH el 5 de marzo de 2020, es decir, el mismo día que intentó sin éxito interponer un *habeas corpus* a través de la página web de Poder Judicial. La razón por la que Claudia no pudo interponer el *habeas corpus* fue porque no estaba abierto el tribunal y el servidor del sistema judicial estaba caído. Al día siguiente, 6 de marzo de 2020, Claudia logró presentar un *habeas corpus* y una acción de inconstitucionalidad. La primera fue resuelta el 15 de marzo de 2020. La segunda fue resuelta por la Corte Suprema Federal el 30 de mayo de 2020.

Al analizar la admisibilidad de la petición consideramos que pueden plantearse tres niveles de análisis. Un primer nivel, con respecto a si los recursos interpuestos eran idóneos para atender la alegada violación. Un segundo nivel, con relación al momento de interposición de los recursos internos y de la petición individual. Y un tercer nivel, en donde se analiza si aplica alguna de las excepciones previstas en el artículo 46.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La idoneidad de los recursos

En primer lugar, es preciso señalar que no es necesario agotar *todos* los recursos disponibles dentro del ordenamiento jurídico interno. Basta con agotar recursos normalmente disponibles y que sean idóneos para remediar la alegada violación. En palabras de la CIDH:

La regla de agotamiento de recursos prevista en el artículo 46.1.a de la CADH, establece que deben activarse primero los recursos normalmente disponibles e idóneos en el ordenamiento jurídico interno. Tales recursos deben ser lo suficientemente seguros, tanto formal como materialmente; es decir, contar con accesibilidad y eficacia para restituir la situación denunciada. Al respecto, la CIDH ha establecido que el requisito de agotamiento de los recursos internos no significa que las presuntas víctimas tengan necesariamente la obligación de agotar todos los recursos que tengan disponibles. En consecuencia, si la presunta víctima planteó la cuestión por alguna de las alternativas válidas y adecuadas según el ordenamiento jurídico interno y el Estado tuvo la oportunidad de remediar la cuestión en su jurisdicción, la finalidad de la norma internacional está cumplida¹.

La CIDH ha sido consistente al señalar que “el recurso de *habeas corpus* es el recurso idóneo para todos aquellos casos en que una persona considere que se encuentra ilegalmente privada de su libertad²”. Asimismo, ha establecido que la acción de inconstitucionalidad puede constituir un recurso idóneo para impugnar disposiciones legislativas que tienen un efecto directo en los derechos de las presuntas víctimas³. En consecuencia, es claro que Claudia agotó el recurso idóneo interno (*habeas corpus*) para remediar la situación de Pedro.

Momento de agotamiento de recursos internos

Eventualmente, el Estado podría aducir que los recursos internos fueron resueltos con posterioridad a la presentación de la petición inicial. Si bien esto es cierto en el caso, el agotamiento de recursos internos se verifica al momento de decidir sobre la admisibilidad y no antes. En palabras de la CIDH:

Respecto al cuestionamiento del Estado sobre el hecho que el agotamiento se produjo con posterioridad a la presentación de la petición, la CIDH reitera su posición constante según la cual la situación que debe tenerse en cuenta para establecer si se han agotado los recursos de la jurisdicción interna es aquella existente al decidir sobre la admisibilidad⁴.

Aterrizando esto al caso, como se estableció en las preguntas aclaratorias, la CIDH resolvió el informe de admisibilidad el 30 de agosto. Para ese entonces, ya se había resuelto el *habeas corpus* y la acción de inconstitucionalidad y, por ende, agotado los recursos internos.

Excepciones al deber de agotamiento

A nuestro juicio, no hace falta examinar si en el caso concreto se configuró una excepción al agotamiento de recursos, toda vez que sí se agotaron a nivel interno los recursos idóneos. Sin embargo, dado que Claudia no pudo interponer el *habeas corpus* -presencial ni -virtualmente por una circunstancia imputable al Estado, consideramos que podría llegar a considerarse también la

¹ CIDH, Informe No. 16/18, Petición 884-07. Admisibilidad. Victoria Piedad Palacios Tejada de Saavedra. Perú. 24 de febrero de 2018, párr. 12.

² CIDH, Informe No. 16/08, Petición 12.359. Admisibilidad. Cristina Aguayo Ortiz y otros. Paraguay. 6 de marzo de 2008, párr. 79; Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 65.

³ CIDH, Informe No. 51/18, Petición 1779-12. Admisibilidad. Pueblos Indígenas Maya Kaqchikuel de Sumpango y otros. Guatemala. 5 de mayo de 2018, párrs. 13, 14 y 16.

⁴ CIDH, Informe No. 4/15, Petición 582-01. Admisibilidad. Raúl Rolando Romero Feris. Argentina. 29 de enero de 2015, párr. 40.

aplicación de la excepción prevista en el artículo 46.2b), que establece: “no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos”.

COMENTARIO GENERAL SOBRE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

El jurista Pedro Cruz Villalón señalaba que el estado de excepción supone el máximo esfuerzo por extender el imperio de la ley a las situaciones de emergencia⁵. En efecto, con este mecanismo, se busca otorgar poderes especiales al Estado e imponer límites a su actuación para responder a situaciones excepcionales que pongan en riesgo la independencia, seguridad o existencia misma del Estado y, de esta manera, superar dicha situación o volver al estado de normalidad anterior. Se trata de una figura mediante la cual la constitución y el derecho internacional regulan la actuación del Estado bajo situaciones excepcionales o de emergencia; un derecho de excepción para las situaciones excepcionales.

No obstante, en el caso de muchos países latinoamericanos, la figura de los estados de excepción ha sido desnaturalizada. Estos han sido invocados de forma prolongada, ante situaciones que no constituyen amenazas reales para el Estado o su población, y en lugar de procurar la protección de los derechos humanos, se han instrumentalizado para ampliar el margen de las arbitrariedades⁶.

Leandro Despouy, ex Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y los estados de excepción, hablaba de una suerte de paradoja de los estados de excepción, al referirse a la posibilidad de suspender derechos “con la sola y única finalidad de restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos más fundamentales”⁷. Asimismo, Despouy hacía énfasis en que el derecho internacional admite este tipo de concesiones sometidas al derecho. En el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 4 contempla la suspensión excepcional de obligaciones internacionales. A su vez, esta norma fue desarrollada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General número 29. En el caso de la Convención Americana, la suspensión de garantías está contemplada en su artículo 27.

Tanto la declaratoria de un estado de excepción, así como las medidas que adopta el Estado al suspender las garantías para el ejercicio de los derechos permitidos, deben motivarse a fin de controlar su sometimiento al derecho interno y al derecho internacional. La suspensión de garantías no es por tanto una huida del estado de derecho, sino un sometimiento justificado y temporal a un derecho excepcional.

Por lo general, el estado de excepción habilita al Poder Ejecutivo para dictar regulaciones excepcionales al ejercicio de las garantías suspendidas, durante el tiempo estrictamente necesario. No es un “cheque en blanco” al Poder Ejecutivo. De allí que los estados de excepción y de

⁵ PEDRO CRUZ VILLALÓN, *Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 31.

⁶ JUANA GOIZUETA VERTIS, *Los Estados de Excepción en América Latina: los controles desde el derecho internacional*, p. 187.

⁷ Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción. Naciones Unidas, Distr. GENERAL, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 de junio de 1997, párr. 42.

suspensión de garantías están sometidos normalmente a controles tanto de derecho interno como de derecho internacional:

1. Control político parlamentario: mediante la consideración de su aprobación (o no) por el Poder Legislativo;
2. Control jurisdiccional, ante la jurisdicción constitucional (en algunos países incluso de oficio); y
3. Control internacional: mediante la notificación debidamente motivada de las medidas adoptadas, a los demás Estados partes de los tratados sobre derechos humanos. En el caso de la CADH dicha notificación se realiza a través del Secretario General de la OEA.

Un aspecto importante para considerar es que la suspensión de las garantías de los derechos o de su ejercicio no equivale a un vaciamiento o anulación del derecho. Ello sería contrario no sólo a los derechos humanos sino al estado de derecho y a la democracia misma. La suspensión consiste en una restricción de mayor intensidad y temporalidad por la naturaleza de sus causas, pero nunca a la eliminación o vaciamiento por completo del derecho. Como se ha dicho, esa regulación excepcional normalmente se asigna en las constituciones al poder ejecutivo, pero bajo los límites y controles citados.

A fin de evitar esta noción absolutista o ilimitada de las regulaciones extraordinarias de las garantías de los derechos, algunas constituciones modernas y doctrinantes (Brewer Carías y García Belaunde, entre otros) han optado por denominar a estas regulaciones extraordinarias de los derechos en casos de estados de excepción como “restricciones”.

De esta manera, tendrían lugar dos tipos de restricciones de derechos: bajo situación de normalidad y bajo estados de excepción. Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se considera que las restricciones ordinarias están sometidas, como mínimo, al test tripartito desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH; mientras que, en el caso de las restricciones extraordinarias bajo estados de excepción, pueden flexibilizarse algunos elementos, como la reserva de ley, lo cual habilita temporal y excepcionalmente al Poder Ejecutivo para adoptar medidas mediante decretos con fuerza de ley.

De allí que un primer criterio de análisis en los casos de “suspensión” de derechos es la constatación de las **causas que motivan** el estado de excepción o emergencia, para determinar la existencia objetiva de los motivos de hecho que justifican su dictado. El artículo 27.1 de la CADH dispone como causas legítimas: caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. Otro elemento de análisis es la estricta **temporalidad de las medidas** con el fin de regresar a la normalidad lo antes posible. Para ello, es que en los estados de excepción se dictan las medidas excepcionales estrictamente necesarias. Así, el artículo 27.1 de la CADH dispone: suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación.

SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 27. Suspensión de Garantías

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.

La cuestión sobre la suspensión de garantías puede ser determinante para resolver el caso. Si se considera que el Estado declaró válidamente el estado de excepción o que las medidas adoptadas constituyen verdaderas *suspensiones*, éstas pueden ser analizadas bajo los parámetros antes indicados y los criterios mencionados por la Corte IDH en su Opinión Consultiva número 8 y en casos como *Zambrano Vélez vs. Guatemala y J. vs Perú*. Estos son: carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.

En cambio, si se considera que el Estado no declaró válidamente el estado de excepción o se considera, al igual que la Corte Suprema Federal (véase las preguntas aclaratorias), que las medidas adoptadas no son suspensiones sino meras *restricciones* ordinarias que exigen la ponderación de derechos, éstas pueden analizarse a partir de los *test* desarrollados por la Corte IDH en casos como *Kimel vs. Argentina* y *Álvarez Ramos vs. Venezuela*.

Como puede observarse, el artículo 27 de la CADH establece, por un lado, una serie de requisitos para la suspensión de derechos o garantías, y, por el otro, una serie de derechos que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia. La Corte IDH ha desarrollado algunos parámetros puntuales sobre los estados de excepción y sus límites, particularmente a través de sus opiniones consultivas OC-8/87 y OC-9/87. Sin embargo, la jurisprudencia contenciosa ha sido desarrollada más limitadamente para analizar una alegada violación al artículo 27 de la CADH.

Situación de emergencia dentro de un límite espacial y temporal (art. 27.1)

La Corte IDH ha sido enfática al señalar que los Estados deben justificar la declaratoria de los estados de excepción a partir de criterios objetivos y no discrecionales. Así las cosas:

[e]s obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a éstas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención, “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria⁸.

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que:

[h]abida cuenta de que el artículo 27.1 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 otras⁹. (Resaltados añadidos).

En relación con las medidas adoptadas en el marco de un estado de excepción, la Corte ha indicado que:

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 ella¹⁰. (Resaltados añadidos).

En este orden de ideas, resulta claro que el análisis de las razones que llevaron a declarar un estado de emergencia debe hacerse caso por caso y que las medidas adoptadas deben ajustarse estrictamente a las exigencias de la situación; para lo cual debe observarse los antes criterios indicados.

La situación de emergencia

En primer lugar, corresponde analizar si la razón esgrimida por Vadaluz representa una situación de peligro público u otra emergencia legítima que amenace la independencia o seguridad del Estado.

De los hechos del caso se desprende que el Estado decidió declarar el estado de excepción debido a las amenazas que representaba para la salud pública una pandemia provocada por un virus, hasta entonces desconocido, que aparentemente provenía del cerdo. La declaratoria de estado de excepción se hizo considerando que la Organización Mundial de la Salud (OMS) advirtió que el virus era sumamente contagioso y estaba desencadenando infecciones respiratorias agudas con amenaza en casos extremos de causar la muerte.

⁸ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 47.

⁹ Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 139.

¹⁰ Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 139.

Acudiendo a una interpretación literal del artículo 27, podría argumentarse que una pandemia, aunque reviste enorme gravedad para la salud pública, no parece representar una amenaza real y directa para la independencia o seguridad del Estado en un sentido estricto y abstracto. Este argumento se apoya en el lenguaje de la propia CADH, que parece dirigido a situaciones de conmoción interior o guerra que representen amenazas contra la soberanía y el control político de los Estados sobre su territorio. Además, este argumento puede apelar a otras circunstancias, como el carácter verdaderamente excepcional de la suspensión de garantías, en el sentido de que no se necesita la declaratoria del estado de excepción para adoptar medidas idóneas para enfrentar este fenómeno.

Por otro lado, acudiendo a una interpretación evolutiva y progresiva de lo que significa Estado y seguridad multidimensional, que contempla tanto amenazas tradicionales como *nuevas amenazas* (incluyendo enfermedades y otros riesgos para la salud)¹¹, puede sostenerse que una pandemia sí configura una situación que amenaza al Estado. Ello en primer lugar, porque la población es uno de los tres elementos existenciales del Estado: territorio, población y gobierno. Para respaldar este argumento, puede acudirse a la Declaración sobre Seguridad en las Américas de la OEA, que plantea el concepto de seguridad multidimensional¹².

En esta misma línea, pueden mencionarse otros pronunciamientos y principios que resaltan la importancia vital de proteger la salud pública. Por ejemplo, refiriéndose al artículo 45.h de la Carta de la OEA, sobre el desarrollo de una política eficiente de seguridad social, la Corte IDH ha señalado que existe “una interrelación entre el compromiso de los Estados de garantizar una política eficiente de seguridad social y su deber de garantizar la atención de la salud, más aún en el contexto de las enfermedades endémicas”¹³. Igualmente, cabe señalar que la Corte IDH ya ha reconocido la salud es un derecho humano autónomo¹⁴. En palabras de la Corte IDH:

[L]a salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral¹⁵.

Adicionalmente, los Principios de Siracusa sobre la suspensión y limitación de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponen que la salud pública puede ser invocada para hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población y adoptar medidas

¹¹ Organización de Estados Americanos, Declaración sobre Seguridad en las Américas, OEA/Ser.K/XXXVIII CES/dec.1/03 rev. 1, 28 octubre 2003.

¹² Organización de Estados Americanos, Declaración sobre Seguridad en las Américas, OEA/Ser.K/XXXVIII CES/dec.1/03 rev. 1, 28 octubre 2003.

¹³ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 99.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 105.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 105.

encaminadas específicamente a impedir enfermedades o proporcionar cuidados a las personas enfermas¹⁶.

En resumen, dependiendo la interpretación que se haga de lo que es seguridad o emergencia puede considerarse que Vadaluz cumplió o no con *enunciar* una razón válida para declarar el estado de excepción.

La juridicidad de las medidas

Como se indicó anteriormente, el análisis de la juridicidad de las medidas adoptadas requiere que se revisen los siguientes criterios: carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella. Tratándose del artículo 27 de la CADH, la Corte IDH no ha hecho mayores desarrollos con respecto al carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, por lo que corresponde a las y los concursantes explicar cómo se adecuan estos criterios al caso concreto.

Con respecto al contexto particular de la emergencia, en el caso puede hacerse énfasis en que al momento de la declaratoria del estado de excepción se desconocían todos los efectos de la pandemia. Esta incertidumbre puede ser un argumento fuerte para defender la necesidad de declarar el estado de excepción para proteger la salud pública de la población.

Ahora bien, al margen de la falta de desarrollos jurisprudenciales sobre estos parámetros, por su naturaleza, el artículo 27 (suspensión de garantías) brinda un mayor margen de maniobrabilidad al Estado que otras disposiciones de la CADH, como el artículo 30 (restricción de derechos). Por tal motivo, es razonable asumir que el escrutinio debe ser mayor al que acompaña los análisis sobre restricción y ponderación de derechos bajo situaciones de normalidad.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la propia Corte IDH ha reconocido que, si bien la CADH contempla la suspensión de ciertas garantías y derechos, en la práctica, no puede vaciarse de contenidos los derechos por cuanto estos son inherentes a las personas. En palabras de este tribunal:

Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una "suspensión de garantías" en sentido absoluto, ni de la "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.

Bajo este entendido, puede afirmarse que, en realidad, la suspensión de garantías es una restricción de derechos de alta o mayor intensidad debido a la situación de excepcionalidad y gravedad que amenaza al Estado y su población.

¹⁶ Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Naciones Unidas/Consejo Económico y Social Comisión de Derechos Humanos 41° período de sesiones.

Principio de no discriminación

El artículo 27.1 exige que las medidas adoptadas no entrañen ningún tipo de discriminación.

El Decreto 75/20 estableció:

Prohíbese por completo la circulación de personas fuera de los horarios y lugares autorizados, las reuniones públicas y manifestaciones de más de tres (3) personas; los eventos públicos masivos como conciertos, cines y espectáculos ...

Un posible argumento que podría esgrimirse es que las medidas adoptadas podrían tener impactos desproporcionados y, de esta manera, violar indirectamente el principio *jus cogens* relativo a la prohibición de discriminación¹⁷. Tal es el caso de las personas en situación de calle, las personas dedicadas al comercio ambulante, las personas trabajadoras sexuales y las personas con discapacidad psicosocial. Este argumento podría construirse bajo la premisa de que, bajo la CADH, está prohibida tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta. Sobre esta última, la Corte IDH ha establecido que:

una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables¹⁸.

Ahora bien, es importante aclarar que no toda diferencia de trato resulta discriminatoria¹⁹, y, por tanto, contraria a la CADH. En todo caso, a favor de este argumento cabe recordar que:

[E]n casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad²⁰.

¹⁷ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 235.

¹⁹ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 66.

²⁰ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 66.

Desviación de poder

Otra posible manera de argumentar que hubo una violación al principio de no discriminación en las medidas adoptadas es acudir a la figura de la desviación de poder. En el caso *Miguel Sosa vs. Venezuela*, la Corte IDH desarrolló este concepto en los siguientes términos:

En la medida en que se alega un acto de persecución, discriminación o represalia encubiertos o una interferencia arbitraria o indirecta en el ejercicio de un derecho, es relevante tomar en cuenta que el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales cobra significación para el análisis jurídico de un caso, por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o una desviación de poder²¹.

En lugar de hacer énfasis sobre si las medidas son razonables y proporcionales, o si, por ejemplo, el Estado podía usar una medida de carácter punitivo para proteger un fin legítimo, esta figura apela a los motivos detrás de la decisión a la hora de establecer una medida restrictiva. La desviación de poder se sustenta sobre la premisa de que detrás de los motivos aparentes de una medida existió una discriminación o un ánimo de persecución o represalia. Además, que valiéndose de la presunción de legalidad que revisten los actos administrativos, el Estado deliberadamente adoptó medidas que indirectamente buscaban perseguir un fin ilegítimo.

Siguiendo con este razonamiento, podría alegarse que el Decreto 75/20 no buscaba proteger la salud pública, y que, en cambio, el Estado aprovechó la circunstancia de la pandemia para establecer medidas con el fin y la intención *deliberada* de apaciguar las protestas sociales que tenían paralizado al país. Al respecto, pueden citarse pronunciamientos como el del Tribunal Constitucional Alemán, señalando que no es válida una prohibición absoluta de la protesta pública, aún bajo la pandemia, sino que las restricciones deben analizarse caso por caso, con base en las circunstancias²².

De otra parte, para refutar la presunta desviación de poder, el Estado podría brindar explicaciones fundadas en la existencia de la circunstancia grave de la pandemia, que hasta cierto punto era imprevisible, y que demandaba de medidas extraordinarias para proteger a la población del país. Lo anterior cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que, a la fecha de la publicación del Decreto 75/20, se desconocían las consecuencias que representaba el virus para la salud humana, por lo que razonablemente existía un deber de prevenir más afectaciones que incluso podían acarrear la muerte. Además, de los hechos del caso no se desprende con claridad que hubo una intención deliberada de apaciguar las protestas con ocasión de la pandemia.

²¹ Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 191.

²² El caso se originó en el anuncio de un grupo de personas, de la convocatoria a una protesta bajo el lema “Fortalecer la salud en lugar de debilitar los derechos fundamentales. Protección contra los virus, no contra las personas”, en la que participarían unas treinta personas que se habían organizado para mantener la distancia de seguridad exigida por la ordenanza del coronavirus (con marcas en el suelo que indicarían la posición de los participantes). “TC Federal alemán defiende derecho de manifestación, también en tiempos de pandemia”, 20 de abril de 2020, Diario Constitucional, disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/04/20/tc-federal-aleman-defiende-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia/>

Límite espacial

En relación con el límite espacial, el Decreto 75/20 no dispuso un ámbito específico. Por ende, puede asumirse que su ámbito de aplicación es todo el territorio nacional de Vadaluz. De los hechos del caso no se infiere que la aplicación a nivel nacional del Decreto 75/20 sea desproporcionada o irrazonable por cuanto la amenaza a la salud pública es global y generalizada. Cabe señalar, no obstante, que la Corte IDH ha analizado este límite en casos relacionados con el uso de fuerzas militares para labores de seguridad interior²³.

Límite temporal

Con respecto al límite temporal, el artículo 27 de la CADH es claro al señalar que la suspensión de garantías debe estar estrictamente limitada temporalmente a las exigencias de la situación. El artículo 2 del Decreto 75/20 estableció “el estado de excepción mientras dure la pandemia porcina”. Asimismo, en algunas medidas puntuales, mencionó que las restricciones serían “hasta nuevo aviso”. Sobre ello, es importante considerar que un fenómeno como la pandemia no es algo que sencillamente desaparece de una vez, sino que puede perdurar en el tiempo y evolucionar por etapas. La ambigüedad con la que está planteada la vigencia del estado de excepción suscita preguntas como ¿qué se considera el fin de la pandemia? O, ¿quién determina el fin de la pandemia? O, ¿Con base en qué parámetros objetivos se determina?

Por ende, en la práctica, la expresión “mientras dure la pandemia porcina” es una condición resolutoria futura e incierta, pero determinable, lo que hace que el tiempo para la suspensión de garantías no sea posible predeterminarlo con una fecha fija, y, por lo tanto, sin certeza expresa respecto a su estricta limitación temporal. Lo cierto es que el estado de excepción no puede durar más allá de la pandemia porcina.

Al no fijar un límite temporal cierto, fijo y determinado, puede argumentarse que se corre el riesgo de que las medidas adoptadas pierdan su carácter excepcional o excedan las exigencias de la situación, que, en un escenario que perdura en el tiempo como una pandemia, deberían ser evaluadas de forma progresiva, objetiva y periódica. En tal sentido, puede llegar a afirmarse que el Decreto Ejecutivo 75/20 no satisfizo el requisito de fijar un límite temporal a la suspensión de garantías.

De otra parte, el Estado puede argumentar que, precisamente por la incertidumbre que acompaña un fenómeno como una pandemia, es necesario establecer medidas por el tiempo que dure la misma, lo cual de por sí no es previamente determinable. Asimismo, podría argumentarse que el hecho de que la suspensión de garantías esté sujeta a una condición, no supone que se está excediendo las exigencias objetivas de su duración limitada en el tiempo, y que asumir lo contrario sería presumir injustificadamente la mala fe del Estado.

²³ Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 94.

Alcance material (art. 27.2)

El análisis del alcance material implica examinar si fueron suspendidos derechos que no son susceptibles de ser suspendidos²⁴. Conforme al artículo 27.2, estos son:

Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica; Derecho a la Vida; Derecho a la Integridad Personal; Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre; Principio de Legalidad y de Retroactividad; Libertad de Conciencia y de Religión; Protección a la Familia; Derecho al Nombre; Derechos del Niño; Derecho a la Nacionalidad, y 23 Derechos Políticos, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Si se lee con detenimiento el Decreto 75/20 puede observarse que el Estado no suspendió *formalmente* ninguna garantía consignada en el artículo 27.2. En cambio, adoptó medidas sobre derechos que son susceptibles de ser suspendidos, como ocurre con la libertad personal y el derecho de reunión. De hecho, por la naturaleza de las enfermedades infecciosas, podría sostenerse que las medidas adoptadas se acogieron al artículo 27.2 y resultaron adecuadas para proteger la salud pública y prevenir más contagios. Siguiendo este razonamiento, el Estado podría incluso indicar que, de no haber tomado medidas estrictas, se podría haber comprometido su responsabilidad internacional por faltar a su deber de prevenir razonablemente afectaciones al derecho a la salud. Así, el Estado podría afirmar que no es responsable de una violación al artículo 27.2 de la CADH.

Ahora bien, no por su declaración formal, sino por sus efectos materiales en la práctica, podría sostenerse que el decreto en cuestión suspendió de facto dos garantías que no son susceptibles de ser suspendidos. Tal es el caso de las garantías judiciales indispensables y el principio de legalidad. En la Opinión Consultiva 8, la Corte IDH concluyó que la expresión “ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”, contenida en el numeral 2 del artículo 27, cubre los artículos 7.6 y 25.1 y la interposición de *habeas corpus* y amparos²⁵. A continuación, se transcriben estas disposiciones de la CADH:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

²⁴ Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9; y Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 53.

²⁵ Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 45- 44.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

De los hechos del caso se desprende que, por la petición del sindicato judicial, el Poder Ejecutivo no incluyó a la administración de justicia como un servicio esencial, a excepción de las comisarías judiciales de familia con competencia para conocer únicamente denuncias por violencia de género. Esto hizo que cuando Claudia se acercara a los tribunales el 4 de marzo a interponer un *habeas corpus* e impugnar la constitucionalidad del Decreto 75/20, se encontrara con los edificios cerrados y las luces apagadas. Ciertamente, el Decreto 75/20 no suspendió la interposición de recursos para cuestionar la legalidad de la detención de Pedro. De hecho, estableció que “contra la detención administrativa por incumplimiento del numeral 3 del presente Decreto, proceden todos los recursos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico”. Sin embargo, en la medida en que el decreto en cuestión no garantizó el funcionamiento de los juzgados, podría llegar a considerarse que Pedro no pudo interponer oportunamente un recurso efectivo para que un juez o tribunal competente se pronunciara sobre la legalidad de su detención.

Sobre este punto, es preciso mencionar que la Corte IDH ha insistido en que los recursos judiciales no sólo deben estar previstos normativamente en el ordenamiento jurídico del Estado, sino que, además, en la práctica deben poder ejercerse y ser efectivos, es decir, que:

[E]l recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. De igual forma, (...) un recurso judicial efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas. Lo anterior no implica que se evalúe la efectividad de un recurso en función de que éste produzca un resultado favorable para el demandante²⁶.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos señaló en su Observación General Número 29 que:

Incluso si los Estados Partes pueden, durante un estado de excepción y en la estricta medida que la situación exige, introducir ajustes en el funcionamiento práctico de los procedimientos relativos a los recursos judiciales o de otra índole, deben conformarse a la obligación fundamental de garantizar un recurso efectivo²⁷.

²⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párr. 155.

²⁷ Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación general N° 29 Estados de emergencia (artículo 4), adoptada el 24 de julio de 2001 durante la 1950ª reunión, párr. 14.

Siguiendo esta lógica, podría afirmarse que, si bien los Estados pueden valerse del artículo 27 de la CADH para suspender las garantías por el tiempo y en la medida estrictamente necesaria en situaciones de emergencia, no pueden interrumpir el funcionamiento del poder judicial, pues con ello se estaría afectando -no sólo la democracia y el Estado de Derecho sino- derechos y garantías esenciales que no son susceptibles de ser suspendidas incluso en situaciones excepcionales, como la protección judicial frente a un arresto o la interposición de recursos contra actos que violen los derechos convencionales. En todo caso, pese a los desafíos que puedan presentarse en un escenario como una pandemia, la administración de justicia debe ser considerada un servicio público esencial que no puede ser suspendido.

Con respecto a la presunta suspensión material del principio de legalidad, puede hacerse dos consideraciones. La primera, con relación a la falta de pronunciamiento por parte del Congreso sobre la validez del estado de excepción. La segunda, en relación con la sanción administrativa de privación de la libertad.

De los hechos del caso y de las preguntas aclaratorias se desprende que el Congreso no se pronunció sobre la legalidad de la declaratoria del estado de excepción dentro de los 8 días de su promulgación, tal como exige la ley interna de Vadaluz. De hecho, trascurridos varios meses desde la publicación del Decreto, el Congreso aún continúa discutiendo sobre la validez de las sesiones virtuales (véase preguntas aclaratorias). Al respecto, es preciso recordar que la declaratoria del estado de excepción no es óbice para desatender las exigencias legales del ordenamiento interno.

En su Observación General número 29, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

Al proclamar un estado de excepción cuyas consecuencias pueden entrañar la suspensión de cualquier disposición del Pacto, los Estados deben actuar dentro del marco constitucional y demás disposiciones de ley que rigen esa proclamación y el ejercicio de las facultades de excepción²⁸.

En este orden de ideas, un posible argumento para alegar que en la práctica hubo una suspensión material del principio de legalidad, y en consecuencia una violación al artículo 27.2 de la CADH, es apelar a la falta de pronunciamiento por parte del Congreso de Vadaluz.

Por otra parte, para refutar este argumento, el Estado puede sostener que era imperioso adoptar medidas de cara a la pandemia y la salvaguarda de la salud pública y que el Poder Ejecutivo no podía esperar a que las y los congresistas se pusieran a sesionar para hacerlo. Inclusive, la falta de voluntad de las y los congresistas para sesionar, con el ánimo de no exponerse al virus, puede ser entendida como un indicio de la urgencia para adoptar medidas. Además, como se señaló en las preguntas aclaratorias, la propia Corte Suprema Federal de Vadaluz exhortó al Congreso a retomar sus actividades.

Con respecto a una presunta suspensión material del principio de legalidad por la sanción administrativa, es importante señalar que en la pregunta aclaratoria número 22 se indicó que el

²⁸ Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación general N° 29 Estados de emergencia (artículo 4), adoptada el 24 de julio de 2001 durante la 1950ª reunión, párr. 2.

poder ejecutivo no contaba con competencia para adoptar tipos penales. Frente a eso, podría argumentarse que, pese a que la sanción administrativa no es un tipo penal en *strictu sensu*, se trata de una medida de carácter punitivo: privación de libertad. En consecuencia, su promulgación y aplicación en el caso concreto pudo configurar una violación del principio de legalidad contenido en el artículo 27.2 de la CADH.

Contra este argumento podría decirse que, precisamente, la declaratoria del estado de excepción otorga poderes extraordinarios al poder ejecutivo, y que la publicación del Decreto 75/20 satisfizo el principio de legalidad en la medida en que impuso una sanción administrativa, que estaba en vigor al momento de su aplicación, y que implicó la suspensión de un derecho susceptible de ser suspendido como la libertad personal.

Notificación a la OEA como mecanismo de garantía colectiva (art. 27.3)

Por último, el artículo 27.3 establece un deber de notificación de la suspensión de garantías a los demás Estados parte de la CADH, por conducto del Secretario General de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”). Este deber de informar tiene un contenido mínimo esencial en el artículo 27.3: informar sobre “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”. En la página web de la OEA se puede constatar oficialmente los Estados que han cumplido con esta obligación de notificación internacional.

Cabe resaltar, asimismo, que en el marco de la pandemia del *COVID-19*, varios Estados europeos adoptaron medidas extraordinarias que restringen los derechos con base en la legislación ordinaria, sin declaraciones formales de estados de excepción o de emergencia.

Frente a esta obligación, la Corte IDH ha sostenido que se trata de un mecanismo de garantía colectiva, en los siguientes términos:

[L]a obligación internacional que tienen los Estados Parte en la CADH bajo el artículo 27.3 constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva subyacente a este tratado, cuyo objeto y fin es la protección del ser humano. Asimismo, constituye una salvaguardia para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permite a los otros Estados Parte apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con las disposiciones de la Convención. Por ende, la falta de este deber de información implica el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 27.3²⁹.

A nuestro juicio, no es muy claro si el contenido de esta obligación se reduce a *informar* a los otros Estados de las medidas adoptadas, o si, además, ello se hace con fines de control material, para que, por ejemplo, los otros Estados ejerzan una suerte de escrutinio o monitoreo internacional. Si se trata de un mero deber de informar sin ninguna consecuencia, se podría estar creando un incentivo para que los Estados acudan a las declaratorias de estados de excepción u emergencia sin mayor rigor. De ser lo segundo, quizás, podría hablarse de una obligación internacional de

²⁹ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 70.

informar para que los demás Estados parte de la CADH puedan ejercer una garantía colectiva efectiva.

En la práctica, los Estados se han comportado más en el sentido de una notificación formal sin consecuencias ni debates de mayor importancia. Sin embargo, en el año 2020, en el Consejo Permanente de la OEA los Estados miembros tuvieron un intercambio sobre las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia del *COVID-19*. Resaltamos que, en un escenario transfronterizo como una pandemia, la experiencia comparada de los países puede ser muy valiosa para el respeto y garantía de los derechos de las personas.

De los hechos del caso se desprende que el Estado sí notificó a la OEA del Decreto 75/20, informando sobre la motivación para declarar el Estado de excepción y las medidas para hacer frente a la Pandemia. Sin embargo, el Estado no puntualizó qué garantías de la CADH suspendió expresamente ni su limitación temporal determinada. Por tal motivo, a partir de una lectura del Decreto 75/20 podría argüirse que el Estado incumplió parcialmente el contenido del mencionado artículo 27.3.

La falta de suspensión formal de garantías ha dado lugar, en la práctica, a lo que el ex Relator Leandro Despouy, denominó Estados de excepción *de facto*. Despouy insistió en que puede haber desviaciones o anomalías en el ejercicio del poder que derivan en estados de excepción *de facto*. Esto puede ocurrir en dos escenarios: 1) cuando la adopción de medidas excepcionales ocurre sin proclamación previa del estado de excepción, y; 2) cuando se mantienen dichas medidas no obstante el levantamiento oficial del mismo³⁰.

De hecho, el ex Relator Despouy elaboró una lista de países en estados de excepción *de facto* e incluyó a aquellos cuyos ordenamientos jurídicos autorizaban las detenciones administrativas, las limitaciones a la libertad de expresión, reunión y manifestación, y la aplicación de penas severas por su incumplimiento, sin que fuera necesario proceder a la proclamación del estado de excepción³¹.

Despouy también hizo énfasis en que, si bien el estado de excepción había sido “el instrumento jurídico mediante el cual se pretendía ‘legalizar’ los peores y las más perniciosas arbitrariedades”, paulatinamente esta figura se habría consolidado como una verdadera institución del estado de derecho³².

Aplicando estos conceptos al caso que nos ocupa, el Estado de Vadaluz podría aducir que, obrando con apego al estado de derecho y para evitar incurrir en un estado de excepción *de facto*, declaró formalmente el estado de excepción a través del Decreto 75/20.

³⁰ Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción. Naciones Unidas, Distr. GENERAL, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 de junio de 1997, párr. 117.

³¹ Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción. Naciones Unidas, Distr. GENERAL, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 de junio de 1997, párr. 123.

³² Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción. Naciones Unidas, Distr. GENERAL, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 de junio de 1997, párr. 3-8.

Además, en su defensa, el Estado podría reiterar que sí declaró el estado de excepción y que, aunque no mencionó formalmente los artículos de las garantías que había suspendido, en la práctica se puede colegir claramente cuáles fueron éstas; y que además sí cumplió con su deber de informar a los demás Estados por conducto de la OEA. Ello lo hizo, precisamente para no incurrir en un estado de excepción *de facto*, que es contrario al derecho internacional.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PENSAMIENTO, DERECHO DE REUNIÓN Y LIBERTAD DE ASOCIACIÓN EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 15. Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Los hechos del caso mencionan que el Poder Ejecutivo restringió las protestas de más de 3 personas, con la finalidad de proteger la salud pública. También mencionan que el país enfrentaba una alta convulsión social por causa de la muerte televisada de María, y que, además, las y los estudiantes estaban persistiendo en las protestas que tenían paralizado el país antes de la llegada de la pandemia. Estas circunstancias pueden sugerir que, posiblemente, al restringir la libertad de reunión de manera generalizada e indiscriminada, se vulneró también la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación. Por este motivo, en esta sección se analizan conjuntamente estos derechos. De hecho, la Corte IDH ha reconocido que:

Si bien cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios, en ciertas ocasiones, por las circunstancias particulares del caso o por la necesaria interrelación que guardan, se hace necesario analizarlos en conjunto para dimensionar apropiadamente las posibles violaciones y sus consecuencias³³.

Los derechos a la libertad de expresión, reunión y asociación guardan relación entre sí por ser imprescindibles para la consolidación de una sociedad democrática y posibilitar el juego democrático³⁴; de allí que como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Alemán, sus prohibiciones genéricas resultan contrarias a Derecho, por lo que es necesario decidir su autorización o negativa caso por caso y de manera motivada, de acuerdo con las circunstancias³⁵.

La *libertad de expresión* ha sido considerada “una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”³⁶. Por su lado, la Carta democrática Interamericana declara a la libertad de expresión como uno de los componentes fundamentales de la democracia³⁷. Este derecho ha tenido amplios desarrollos en la jurisprudencia del tribunal interamericano. A grandes rasgos, protege el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás.

Con respecto al contenido de la *libertad de reunión*, la Corte IDH ha dicho que:

Este derecho abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho

³³ Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 171.

³⁴ Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 160.

³⁵ El caso se originó en el anuncio de un grupo de personas, de la convocatoria a una protesta bajo el lema “Fortalecer la salud en lugar de debilitar los derechos fundamentales. Protección contra los virus, no contra las personas”, en la que participarían unas treinta personas que se habían organizado para mantener la distancia de seguridad exigida por la ordenanza del coronavirus (con marcas en el suelo que indicarían la posición de los participantes). “TC Federal alemán defiende derecho de manifestación, también en tiempos de pandemia”, 20 de abril de 2020, Diario Constitucional, disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/04/20/tc-federal-aleman-defiende-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia/>

³⁶ Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 CADH sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70.

³⁷ Artículo 4, Carta Democrática Interamericana.

de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente³⁸.

Y con relación al *derecho de asociación*, la Corte IDH ha dicho que:

La CADH establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho. Se trata pues, del derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad³⁹.

En el caso *Escher vs. Brasil*, la Corte IDH explicó con relación al derecho de asociación lo siguiente:

A diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras éstos sean pacíficos y conformes con la Convención⁴⁰.

A continuación, se analizará las restricciones de estos derechos y se plantearán algunas reflexiones con respecto al caso.

Restricciones a estos derechos

Un rasgo común que tienen los artículos 13, 15 y 16 de la CADH es que contemplan en su formulación restricciones para proteger fines legítimos como es la salud pública, siempre y cuando estén previstas en la ley. En este orden de ideas, estos artículos deben ser analizados a la luz del artículo 30 de la CADH, que establece:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

A su vez, el artículo 30 fue desarrollado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 6, indicando que la expresión “ley” no debe ser interpretada como sinónimo de cualquier norma jurídica sino específicamente:

[L]a expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el

³⁸ Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 167.

³⁹ Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 185.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr.169.

Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado⁴¹.

Cabe señalar que, en la mencionada opinión consultiva, la Corte IDH reconoció también la posibilidad constitucional de las delegaciones legislativas, siempre:

que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención⁴².

En este orden de ideas, al examinar el caso debe determinarse si el Poder Ejecutivo de Vadaluz estaba facultado por una ley del parlamento para restringir las manifestaciones públicas de más de 3 personas o si contaba con alguna delegación legislativa suficiente.

De los hechos del caso y las preguntas aclaratorias se desprende que el Poder Ejecutivo no estaba acreditado mediante una ley para prohibir las manifestaciones de más de 3 personas ni contaba con una delegación legislativa suficiente. En este sentido, la parte representante de las víctimas puede aducir que la restricción fue arbitraria, pues no se acogió a los parámetros establecidos en los artículos 13, 15, 16 o 30 de la CADH.

Frente a este requerimiento, el Estado podría apoyarse en que constitucionalmente al declararse un estado de excepción, se habilita o autoriza al Poder Ejecutivo para realizar las regulaciones excepcionales a los derechos suspendidos o restringidos. En otras palabras, que al suspenderse o restringirse la garantía de la reserva legal por el estado de excepción, el Poder Ejecutivo queda autorizado para expedir las regulaciones excepcionales al ejercicio de los derechos cuyas garantías han sido suspendidas por el estado de excepción, por el tiempo y las medidas estrictamente necesarias.

Además, conforme a los hechos del caso se puede argumentar que el Congreso no estaba sesionando y que era imperioso adoptar medidas especiales de necesidad y urgencia para la protección de la población, por lo que se vio obligado a prescindir de la promulgación de una ley formal y actuó mediante decretos-leyes. De hecho, el Estado puede decir que la falta de voluntad de las y los congresistas para sesionar con el ánimo de proteger su vida e integridad evidenció la necesidad y urgencia de adoptar medidas extraordinarias. Adicionalmente, como se indicó en las preguntas aclaratorias, la propia Corte Suprema Federal tuvo que exhortar al Congreso a reactivar sus actividades.

Al margen de sí el Estado podía o no prescindir de una ley para restringir derechos, es importante analizar si las restricciones adoptadas eran compatibles con la CADH. En el caso, el Estado adoptó

⁴¹ Corte IDH. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la CADH sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 27.

⁴² Corte IDH. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la CADH sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 30, 36.

restricciones a varios derechos e impuso una sanción administrativa privativa de la libertad que, a nuestro juicio, es de carácter punitivo.

En su jurisprudencia, más precisamente en casos como *Kimel y Álvarez*, la Corte IDH ha ido desarrollando y perfeccionando un test para ponderar, de un lado, la protección a la honra de los funcionarios públicos por la vía penal, y, por el otro, las libertades a la libertad de expresión. Consideramos que este *test* puede aplicarse al caso, considerando que a Pedro se le aplicó una sanción de carácter punitivo y que el derecho de reunión pública es un vehículo mediante el cual se ejerce la libertad de expresión⁴³.

El test está compuesto de los siguientes pasos: (i) la restricción debe estar previamente fijada por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana, y (iii) ser necesarias en una sociedad democrática, para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁴⁴.

(i) La estricta legalidad

Necesariamente, al examinar si la restricción a un derecho está formulada con precisión en una norma se hace alusión al principio de legalidad, establecido en la CADH en los siguientes términos:

<p style="text-align: center;">Convención Americana sobre Derechos Humanos</p> <p style="text-align: center;">Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad</p> <p>Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.</p>
--

La Corte IDH ha resaltado la importancia de abordar este principio en materia penal, indicando que:

en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad⁴⁵.

⁴³ Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 167.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 104.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121.

Si bien en el caso no se impuso una sanción penal en sentido estricto por un “delito”, sino una sanción “administrativa”, es razonable afirmar que ésta representa una manifestación del poder punitivo del Estado, toda vez que, en la práctica, Pedro fue castigado con la privación de su libertad por incumplir una norma. En consecuencia, a nuestro juicio, debe aplicarse el mismo nivel de exigencia que se aplicaría a una norma penal: su tipificación estricta y su sanción por vía de ley formal.

En el caso *Fernández Prieto vs. Argentina*, la Corte IDH estableció que, tratándose de restricciones a la libertad personal como consecuencia de un arresto policial sin orden judicial en supuesta flagrancia, no basta con que la ley contemple las causas y condiciones de la detención, sino que además defina en términos claros y detallados la conducta punible. En palabras de la Corte IDH:

[E]l artículo 7.2 de la Convención exige no solo la existencia de regulaciones que establezcan las “causas” y “condiciones” que autoricen la privación de la libertad física, sino que es necesario que esta sea lo suficientemente clara y detallada, de forma que se ajuste al principio de legalidad y tipicidad tal como ha sido entendido por esta Corte en su jurisprudencia⁴⁶.

En el caso concreto, corresponde analizar si los artículos 2.3 y 3 del Decreto 75/20 establecen con claridad: (i) si mediante un decreto-ley se podía crear un ilícito administrativo sancionable con privación de la libertad personal; y (ii) si en todo caso, la conducta sancionable estaba tipificada, de forma que se deslinde de otras conductas y se defina las causas y condiciones para aplicar la sanción de privación de la libertad.

Respecto a (i), reiteramos que el Poder Ejecutivo no contó con una ley formal. En consecuencia, puede considerarse que no satisfizo el requisito de estricta legalidad. No obstante, frente a esto, el Poder Ejecutivo puede argumentar que el Congreso no estaba sesionando y que era imperioso adoptar medidas especiales de necesidad y urgencia para la protección de la población, por lo que se vio obligado a prescindir de la promulgación de una ley formal y actuó mediante decretos-leyes. De hecho, el Estado puede decir que la falta de voluntad de las y los congresistas para sesionar con el ánimo de proteger su vida e integridad evidenció la necesidad y urgencia de adoptar medidas extraordinarias.

Respecto al punto (ii), una lectura rápida puede llegar a sugerir que los artículos 2.3 y 3 del Decreto 75/20 son claros al prohibir las manifestaciones de más de 3 personas e imponer una sanción correspondiente. Sin embargo, lo cierto es que las normas bajo examen no cumplen a cabalidad con el principio de legalidad o tipicidad sancionatoria. Por dar algunos ejemplos, las normas no establecen si las manifestaciones deben ser presenciales o si éstas pueden realizarse a través de medios virtuales. Tampoco mencionan si más de 3 personas guardando las normas de distanciamiento social y demás salvaguardas como máscaras, pueden reunirse y manifestar públicamente por un tiempo y espacio limitado; ni cuánta distancia puede haber entre un grupo de

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 89.

3 manifestantes con relación a otro, o si la norma aplica también a los agentes de la fuerza pública encargados de vigilar su cumplimiento.

Nota: a los solos efectos de continuar con la explicación el test completo, se va a asumir que las disposiciones bajo examen sí respetan el principio de legalidad.

(ii) Finalidad de la restricción

La Corte IDH ha establecido que en este paso corresponde verificar que la restricción responda a un objetivo permitido por la CADH⁴⁷, como son: la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. En el caso, la medida se adoptó con la finalidad de proteger la salud pública frente a la pandemia, lo que constituye una finalidad compatible con la CADH.

(iii) Necesidad en una sociedad democrática

Idoneidad

En este paso, corresponde analizar si la prohibición de que más de tres personas se manifiesten (restricción) es idónea para evitar la propagación de contagios y así proteger la salud pública (finalidad compatible con la Convención).

Un argumento a favor de la idoneidad podría ser que con esta medida se disuade a las personas de insistir en las manifestaciones presenciales que, al reunir a varias personas en un mismo espacio, elevan el riesgo de contagios.

Sin embargo, también podría decirse que la norma no estableció cuanta distancia podía haber entre las personas que componen el grupo de 3 personas o cuánta distancia puede haber entre un grupo y otro grupo. En ese orden de ideas, en la práctica, puede que la norma tampoco sea un medio idóneo para mitigar el riesgo de contagios.

Nota: a efectos de explicar el *test* completo, se va a considerar que las disposiciones sí persiguen fines legítimos bajo la CADH, como es la salud pública.

Necesidad

El análisis de necesidad exige que se examine si hay medidas alternativas que permitan alcanzar el fin legítimo perseguido y si estas son necesarias y razonables en una sociedad democrática⁴⁸. Al mismo tiempo, entre varias opciones para lograr el mismo fin, debe adoptarse aquella que resulte menos restrictiva al ejercicio del derecho. En otras palabras, se debe indagar en el caso concreto si el Poder Ejecutivo podía acudir a medidas diferentes y menos lesivas que prohibir las manifestaciones de más de 3 personas para evitar la propagación de contagios y sancionar su violación con privación de libertad.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 104.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 74.

El Poder Ejecutivo contaba con medidas alternativas para mitigar el riesgo de contagio, como exigir el uso obligatorio de tapabocas y distanciamiento prudente entre las personas manifestantes, un número de personas limitadas, una ruta y un procedimiento autorizado, etc. Asimismo, contaba con sanciones alternativas a la privación de la libertad, como las amonestaciones y las multas.

De otra parte, la Corte IDH ya ha dicho que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”⁴⁹. Nuevamente, si bien en el caso no se aplicó una sanción penal, sino administrativa, es razonable asumir que, por tratarse de una pena privativa de la libertad, debe aplicarse el mismo nivel de exigencia. Lo anterior, por cuenta de que a Pedro se le privó de su libertad por incumplir una norma administrativa que puede ser considerada una medida de carácter punitivo⁵⁰.

En resumen, por más que existiera una necesidad imperiosa de proteger la salud pública ante una pandemia, el Estado escogió la medida más restrictiva teniendo alternativas menos lesivas, o en todo caso, pudiendo ponderarlas caso por caso, de acuerdo con las circunstancias. Por ende, la medida en los términos dispuestos en el decreto no era estrictamente necesaria.

Nota: a efectos de explicar el *test* completo, se va a asumir que no había alternativas menos lesivas, por lo que era imprescindible acudir a una sanción administrativa de privación de la libertad.

Proporcionalidad

Corresponde analizar si la restricción resulta estrictamente proporcional al fin que se persigue, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación⁵¹.

La Corte IIDH ha establecido que el derecho de reunión guarda una estrecha relación con la democracia y el derecho a defender la democracia⁵². Adicionalmente, la Corte IDH ha establecido que el derecho de manifestarse es un medio para ejercer la libertad de expresión en los siguientes términos:

La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente⁵³.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 76.

⁵⁰ En su jurisprudencia, la Corte Interamericana ya ha analizado medidas administrativas de privación de la libertad, denominándolas medidas de carácter punitivo. Al respecto, véase: Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 170.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 83.

⁵² Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 185.

⁵³ Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 167.

En este orden de ideas, restringir el derecho de reunión puede significar un menoscabo para ejercer la libertad de expresión y un debilitamiento para la democracia en sí, con lo que “se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios”⁵⁴.

En resumen, aún asumiendo que la medida era estrictamente necesaria dado que no había alternativas menos lesivas, el sacrificio inherente de la medida parece exagerado frente a las ventajas de la restricción.

A la luz de este *test*, es evidente que la restricción al derecho de reunión no fue compatible con la CADH.

Sobre la alegada violación a la libertad de expresión

Los hechos del caso mencionan que antes de que se confirmara la pandemia, Vadaluz atravesaba por un intenso periodo de protestas que tenían paralizado al país. En este contexto, vale la pena analizar si con la restricción al derecho de reunión se violó directa o indirectamente su derecho a la libertad de expresión.

Como se mencionó anteriormente, la Corte IDH ha dicho que el derecho de reunión constituye una manera de ejercer la libertad de expresión⁵⁵; además, junto con la libertad de asociación, estos derechos guardan una estrecha relación entre sí y con la democracia⁵⁶.

La pregunta a responder: ¿es necesario suspender la libertad de expresión a través de la protesta pública para enfrentar una pandemia? O ¿en qué medida y bajo que condiciones sería necesario?

En el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, relacionado con la ejecución extrajudicial de un líder político, la Corte IDH determinó que a la víctima también se le violó su derecho a la libertad de expresión y asociación. En su análisis, la Corte IDH señaló que:

[E]s posible que la libertad de expresión se vea ilegítimamente restringida por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan⁵⁷.

Reconociendo que pueden existir condiciones de facto que restrinjan ilegítimamente la libertad de expresión, cabe preguntarse si en el caso bajo análisis se le violó este derecho a Pedro. Lo anterior, considerando que ya se determinó que la restricción al derecho de reunión y la interposición de una pena privativa de la libertad por su incumplimiento no fue compatible con la CADH.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 165.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 165.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 165.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 172.

A nuestro juicio, si un Estado establece una restricción al derecho de reunión, refiriéndose a la manifestación pacífica de personas que se desplazan en vía pública para reclamar la protección de otros derechos, y se determina que dicha restricción fue ilegítima e incompatible con la CADH, también se configura una restricción ilegítima a la libertad de expresión. Al margen del contenido, hay que tener presente que la expresión de opiniones, la difusión de información y la articulación de demandas constituyen objetivos centrales de las protestas⁵⁸ y que a través de las manifestaciones y protestas públicas se ejerce el derecho a la libertad de expresión; de allí que se hable de una fuerte interconexión de estos derechos⁵⁹.

No parece ajustado a los estándares internacionales, prohibir pura y simplemente y de manera absoluta el derecho de protesta pública. No parece que sea necesario, a menos de que se analicen y justifiquen las circunstancias en cada caso concreto, como por ejemplo una protesta limitada a un grupo reducido de personas y con distanciamiento social; etc.

Llevando estos conceptos al caso que aquí nos ocupa, si se determina que la prohibición impuesta por el Decreto 75/20 restringió ilegítimamente el derecho de reunión, y que bajo esta norma Pedro fue detenido por manifestarse junto con otras personas, puede considerarse que también se violó su derecho a expresarse, en este caso, a favor del derecho a la salud.

Sobre la alegada violación a la libertad de asociación

Como se mencionó anteriormente, dada su importancia para el juego democrático, la libertad de asociación también guarda una estrecha relación con los derechos políticos, la libertad de expresión y el derecho de reunión.

En el caso *López Lone*, relacionado con la destitución de un grupo de jueces que calificaron la destitución del entonces Presidente Zelaya como un golpe de Estado, la Corte IDH encontró que la sanción impuesta afectó la posibilidad de pertenecer a la “Asociación Jueces por la Democracia”⁶⁰. Por tal motivo, declaró una violación al artículo 16 de la CADH.

Así las cosas, puede decirse que para declarar una violación al derecho a la libertad de asociación debe demostrarse que la violación estuvo motivada en el ejercicio legítimo de este derecho o que se afectó la posibilidad real de ejercerlo.

Antes de que se confirmara la pandemia, las manifestaciones en toda Vadaluz reunían diversos colectivos, como indígenas, transportistas y campesinas y campesinos. Sólo unas pocas asociaciones como “Más estudiantes, menos soldados”, “Estudiantes de las Facultades de Derecho y Ciencias

⁵⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Protesta y Derechos Humanos Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal, párr. 18.

⁵⁹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Protesta y Derechos Humanos Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal, párr. 2.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 186.

Políticas de las universidades públicas y privadas” y “Estudiantes por un Estado Laico” persistieron deliberadamente en protestar *después* de la publicación del Decreto 75/20.

De los hechos del caso no puede inferirse con claridad que la detención de Pedro estuvo motivada por ejercer su legítimo derecho asociarse, sino por manifestarse en un grupo mayor a 3 personas, en contravención del Decreto 75/20. Sin embargo, asumiendo que la finalidad de la asociación era manifestarse en favor del derecho a la salud, puede debatirse que con la detención de Pedro se afectó indirectamente su continuidad como miembro de ésta.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

En términos generales, la Corte IDH ha dicho con relación a la libertad personal en la CADH:

[E]l contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado. Este artículo tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí, una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7)⁶¹.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 65.

Asimismo, en su jurisprudencia, la Corte IDH ha insistido en que “cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarrearán necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma”⁶².

Particularmente con relación a la libertad personal, la CADH garantiza el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*, no sólo en el artículo 9 sino también en el 7.2 al disponer que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la constitución y las leyes. De allí que, para establecer las causas de una privación física de la libertad individual, sea necesaria una ley formal y material, en los términos que ha establecido la Corte IDH.

En el caso, Pedro fue detenido por la policía en supuesta flagrancia por encontrarse manifestando con más de 3 personas, en contravención del Decreto 75/20. En este orden de ideas, un primer paso para analizar si su detención fue ilegal o arbitraria constituye revisar si la norma invocada para justificar su detención se ajustaba al principio de legalidad y tipicidad.

Como se desarrolló en páginas anteriores, si bien el Decreto 75/20 no contenía la creación de un delito “penal”, sino una sanción administrativa de carácter punitivo, debe aplicarse el mismo estándar de exigencia que se aplica a las normas penales. Es importante precisar que bajo la CADH no están prohibidas las detenciones policiales en flagrancia sin orden judicial, pero estas detenciones están relacionadas con delitos. De allí que la Corte IDH haya sido categórica al establecer que dicha detención se refiere a una persona que es probablemente autora de alguna infracción penal o contravencional:

[A]quellas disposiciones en que exista una condición habilitante que permita una detención sin orden judicial o en flagrancia, además de que esta cumpla con los requisitos de finalidad legítima, idoneidad y proporcionalidad, debe contemplar la existencia de elementos objetivos, de forma que no sea la mera intuición policíaca ni criterios subjetivos, que no pueden ser verificados, los que motiven una detención. Esto significa que la legislación habilitante para este tipo de detenciones debe dirigirse a que la autoridad ejerza sus facultades ante la existencia de hechos o informaciones reales, suficientes y concretas que, de manera concatenada, permitan inferir razonablemente a un observador objetivo que la persona que es detenida probablemente era autora de alguna infracción penal o contravencional.

El artículo 7.2 -al igual que el artículo 9- de la CADH exige que una ley formal y material establezca los tipos y las sanciones. A primera vista, el Decreto 75/20 no puede considerarse una ley formal, ya que no fue aprobado por el poder legislativo electo democráticamente. Además, cabe reiterar que no basta con que la conducta punible esté preestablecida en la ley, sino que debe estar absolutamente definida, con detalle y claridad⁶³.

⁶² Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 54.

⁶³ Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 89.

Los artículos 2.3 y 3 del Decreto 75/20 no definen con absoluta claridad la conducta sancionable, dejando al arbitrio de los funcionarios policiales su aplicación. Por ejemplo, no establecen a qué tipo de manifestaciones se refiere (artísticas, sociales, etc.), ni si las manifestaciones deben ser presenciales, o si éstas pueden realizarse a través de medios virtuales. Tampoco mencionan cuánta distancia puede haber entre las personas de un grupo de 3 manifestantes o entre un grupo y otro, o si la norma aplica también a los agentes de la fuerza pública encargados de vigilar su cumplimiento.

Adicionalmente, asumiendo que la norma perseguía una finalidad legítima, como es proteger la salud pública, y asumiendo que la imposición de una sanción privativa de la libertad es un medio idóneo para desincentivar las manifestaciones, las normas bajo examen no explican con detalle las causas y condiciones para aplicar la sanción correspondiente, lo que impide evaluar la proporcionalidad en su aplicación. Por estas razones, el Decreto 75/20, bajo el cual se privó de libertad a Pedro, resultaba impreciso y violatorio del artículo 7.2 de la CADH.

Con respecto a la garantía prevista en el artículo 7.5, es importante mencionar que la CADH no exige que la persona detenida sea llevada únicamente ante un juez, ya que acepta que sea presentada alternativamente ante “otro funcionario autorizado por la ley”. Sin embargo, el mismo artículo 7.5 exige que ese otro funcionario esté autorizado por la ley “para ejercer funciones judiciales”. En el caso, Pedro fue detenido, llevado a la Comandancia Policial e imputado del “ilícito administrativo”, con lo cual podría cuestionarse que la autoridad policial o administrativa no contaba con competencia “para ejercer funciones judiciales” conforme al artículo 7.5 de la CADH.

En todo caso, el procedimiento ante la Comandancia de Policía debe regirse, además, por los principios del debido proceso o garantías judiciales del artículo 8 de la CADH. En ese sentido, la Corte IDH ha sido enfática al establecer que:

(...) si bien el artículo 8 de la Convención se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos⁶⁴.

En tal sentido, la autoridad administrativa ante la cual fue presentado, imputado, procesado y condenado Pedro, debió observar en todo momento las garantías del debido proceso legal como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos⁶⁵”. Al respecto, la Corte IDH ha establecido que:

[L]a legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 102.

⁶⁵ Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 CADH sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas⁶⁶.

En el presente caso, la Policía no satisfizo la garantía de imparcialidad e independencia, toda vez que las autoridades policiales que realizaron la detención de Pedro fueron las mismas que lo procesaron y sancionaron a 4 días de privación de libertad. Después de todo, resulta lógico que, al haber detenido a Pedro e imputarle la falta administrativa, la Policía tenía una idea preconcebida sobre su responsabilidad⁶⁷. Hay hechos del caso que se pueden utilizar para reforzar este argumento, como las declaraciones de los agentes de policía, en donde se dice “que las y los estudiantes estaban siendo desconsiderados al persistir en las protestas y que la detención de Pedro servía para mandar un mensaje”. En conclusión, el Estado violó el artículo 7.5 en relación con el artículo 8 de la CADH.

A diferencia de lo que ocurre con el artículo 7.5, el artículo 7.6 de la CADH establece que toda persona privada de libertad tiene derecho de recurrir a un tribunal o juez para que decida sin demora la legalidad de su detención. Por lo cual, la impugnación de la legalidad de la detención debe ser revisada por una jueza o un juez. En palabras de la Corte IDH:

El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del —arresto o detención— debe ser —un juez o tribunal. Con ello la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad debe ser judicial⁶⁸.

De los hechos del caso se desprende que la defensa de Pedro no pudo interponer un *habeas corpus* los días 4 y 5 de marzo, impidiéndole impugnar la legalidad de la sanción administrativa ante una jueza o juez para que decidiera sobre su legalidad. En consecuencia, podría alegarse que materialmente se configuró una violación al artículo 7.6 en relación con el 8.2h de la CADH.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 108.

⁶⁷ La Corte Interamericana usó este razonamiento en un caso relativo a una sanción administrativa de destitución e inhabilidad contra un funcionario público electo. Al respecto, véase: Corte IDH. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 128.

GARANTÍAS JUDICIALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

En la sección anterior quedó demostrado que Pedro no fue juzgado por una autoridad independiente e imparcial. Adicionalmente, no pudo impugnar la legalidad de su detención para que una jueza o juez examinara su legalidad. Esto configura violaciones a los artículos 8.1 y 8.2h de la CADH. En esta sección serán analizadas otras garantías establecidas en este artículo, así como deberes particulares desarrollados por la jurisprudencia interamericana.

Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa

De los hechos del caso se desprende que Claudia Kelsen, abogada de Pedro Chavero, sólo pudo verlo 15 minutos antes de que fuera presentado ante el jefe de la Comandancia Policial. En el caso *Ruano Torres vs. El Salvador*, la Corte IDH encontró una violación al artículo 8.2 considerando, entre otras cosas, que la defensa técnica no pudo ejercer su labor eficientemente por impedimentos de las autoridades policiales⁶⁹. Trayendo a colación dicho precedente, podría considerarse que debido a la actuación de la policía Claudia no pudo brindar una adecuada defensa técnica, con lo que se violó el artículo 8.2 de la CADH.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr.161.

Deber de motivar

Con base en el artículo 8 de la CADH, la Corte IDH ha sostenido que:

La motivación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles son los hechos, motivos y normas en las que se basó el órgano que lo dictó para tomar su decisión de modo que se pueda desechar cualquier indicio de arbitrariedad, a la vez que les demuestra a las partes que estas han sido oídas en el marco del proceso. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado⁷⁰.

Aplicando esto al caso, puede llegar a considerarse que el jefe de la Comandancia Policial no motivó suficientemente su decisión, de forma que explicara, por ejemplo, por qué aplicó el máximo periodo de privación de la libertad contemplado en el Decreto 75/20: 4 días y no menos.

El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos

El artículo 3 del Decreto 75/20 establece la pena privativa de la libertad sin perjuicio de que la persona sea juzgada por el delito de incumplimiento de medidas sanitarias, establecido en el Código Penal. Esto quiere decir que, eventualmente, alguien podría ser castigado con la sanción administrativa a la luz del Decreto 75/20 y, posteriormente, enfrentar un proceso penal por la misma conducta.

Se trata de dos aspectos distintos de responsabilidad: la administrativa y la penal. Al respecto, hay que tener presente que una misma conducta, como por ejemplo una tortura ejecutada por un policía, puede dar lugar simultáneamente a sanciones disciplinarias como la destitución del cargo; y la sanción penal correspondiente -e incluso a la responsabilidad civil por daño causado.

Ahora bien, tratándose de una misma conducta tipificada penalmente y, simultáneamente, prohibida mediante una sanción administrativa de carácter punitivo, podría configurarse una violación al artículo 8.4 de la CADH debido a la naturaleza de la pena. En este sentido, puede argumentarse que, dada la naturaleza de la pena (privación de la libertad), se configuraría materialmente una violación al principio *non bis in ídem*.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 182.

PROTECCIÓN JUDICIAL Y ACCESO A LA JUSTICIA

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Ya quedó demostrado que el Estado no brindó un recurso efectivo para que Pedro impugnara su privación de la libertad bajo el Decreto 75/20. En efecto, el día 4 de marzo de 2020, Claudia intentó interponer personalmente un *habeas corpus* y no pudo porque los juzgados estaban cerrados. Al día siguiente, el 5 de marzo de 2020, Claudia intentó interponer el *habeas corpus* virtualmente pero tampoco tuvo éxito porque el servidor estaba caído. Luego, el 6 de marzo de 2020, Claudia pudo interponer un *habeas corpus*. Sin embargo, para cuando fue resuelto, Pedro ya se encontraba en libertad, por lo que fue desestimado. Con esto se configura una violación al derecho a la protección judicial, pues no basta con que los recursos existan formalmente, sino que, además, se cuente con la posibilidad material de interponerlos para asegurar la protección judicial efectiva.

Ahora bien, lo que más se busca de las y los concursantes al analizar el artículo 25 de la CADH es que expliquen cómo se deben desarrollar las posibilidades del recurso judicial efectivo y el acceso a la justicia en tiempos de pandemia. Dado que desde que se creó la CADH la región -ni el mundo- no ha enfrentado un fenómeno global como el de la pandemia, no existían estándares específicos sobre temas como acceso a la justicia virtual o la interposición electrónica de amparos. No obstante, los principios y estándares generales sobre la protección judicial efectiva deben guiar las respuestas a este desafío. En los informes de distintos órganos, organismos y organizaciones internacionales, ya se ha comenzado a dar recomendaciones y estándares sobre la protección judicial efectiva bajo la pandemia⁷¹.

Es importante aclarar que los desafíos son numerosos y no se limitan a la interposición de amparos o acciones por medios electrónicos. Por ejemplo, la CIDH y el relator sobre independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas, publicaron un comunicado de prensa en enero de 2021, en donde llamaron a garantizar el más amplio acceso a la justicia como medio fundamental

⁷¹ CEJA, Reporte CEJA, Estado de la Justicia en AL bajo el COVID19. Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales, mayo 2020; Comisión Internacional de Juristas, Videoconferencing, Courts and COVID-19 Recommendations Based on International Standards, noviembre de 2020; Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia-ACIJ(Argentina) Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados del Poder Judicial de Chile (Chile) Claudia Escobar Mejía (Guatemala) Comisión Internacional de Juristas-CIJ(Colombia) Fundación Construir(Bolivia) Fundación Tribuna Constitucional (Bolivia) Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social - FUSADES (El Salvador) Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho-FJEDD (México) Instituto de Defensa Legal-IDL (Perú) Observatorio Derechos y Justicia-ODJ (Ecuador) Fundación para el Debido Proceso-DPLF (Regional), Funcionamiento de la Justicia en la Pandemia por COVID-19, octubre de 2020.

para proteger y promover los derechos humanos y libertades fundamentales. En esta línea, resaltaron múltiples desafíos, tales como: la suspensión de la actividad jurisdiccional y fiscal, la suspensión de plazos y actos procesales en causas, el trabajo a distancia, la brecha digital, el uso de plataformas digitales, la celebración de audiencias por videoconferencias, y garantizar los principios de publicidad y transparencia en los procesos de selección de juezas y jueces⁷².

Asimismo, es importante reconocer que la virtualidad tiene ventajas, pero también desafíos propios y en ocasiones efectos no deseados. Durante la reunión con organizaciones de la sociedad civil, en sus 178 periodos de sesiones, diversos actores resaltaron la importancia de presentar a las personas detenidas directamente ante una jueza o un juez, de forma que se prevengan torturas y otros tratos crueles. Organizaciones denunciaron que la realización de las audiencias "de custodia" por video ha creado margen para que ocurran casos de tortura y tratos crueles, lo que tiene un impacto desproporcionado en personas afrodescendientes. Por tal motivo, consideramos que este tipo de audiencia deben respetar siempre el principio de inmediatez y ser realizadas en presencia de una jueza o un juez.

OTRAS CUESTIONES ALREDEDOR DE LA CONTROVERSIA

En el caso se plantean otras cuestiones que, aunque no están estrechamente relacionadas con la controversia del caso, merecen ser analizadas.

Directriz No. 1 de 2020

La asociación de mujeres operadoras de justicia denunció que al mantener la atención presencial en las comisarías de familia se estaba creando un impacto desproporcionado. Esto, dado que el 90% del personal de las comisarías judiciales de familia eran mujeres con hijos en edad escolar, y que, a la luz de la persistente desigualdad de género, las tareas de cuidado seguían recayendo mayoritariamente en las mujeres.

Frente a esto, el órgano directivo del sindicato judicial, compuesto mayoritariamente por hombres, dijo que no podía asignar juezas y jueces de otras jurisdicciones a las comisarías judiciales de familia, pues con esto se violaría el principio de inamovilidad de jueces.

La inamovilidad establece que:

“[s]e garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto”⁷³.

⁷² CIDH, Comunicado de Prensa 15/21, Declaración conjunta sobre el acceso a la justicia en el contexto de la pandemia del COVID-19, 27 de enero de 2021.

⁷³ Naciones Unidas, Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985; principio 12.

El traslado de jueces de otras jurisdicciones o especialidades en una situación como la del caso no viola *per se* el principio de inamovilidad de jueces. En todo caso, hay que tomar en consideración las condiciones de los jueces para su traslado en tiempos de pandemia: residencia, familia, transporte, medidas de protección en el trabajo, etc. En determinadas circunstancias, tomadas las previsiones necesarias podría llegar a ser una medida valiosa para la adaptación de la administración de justicia en situaciones adversas como la pandemia.

Sin embargo, como hemos dicho, este tipo de medidas deben adoptarse con mucha cautela, verificando además que no represente una represalia particular contra algún operador de justicia en aras de favorecer la impunidad o entorpecer causas en curso. Para esto, pueden revisarse otros asuntos, como el carácter temporal de la medida y la especialidad más afín con aquella que requiere el traslado. También pueden analizarse consideraciones particulares sobre los casos que está conociendo la persona a ser trasladada.

Ahora bien, en un caso como el que aquí nos ocupa, se esperaría del Poder Judicial que traslade a hombres a las comisarías de familia, reconociendo tácita y expresamente que la administración debe combatir los estereotipos y la desigualdad de género.

Militarización de la seguridad ciudadana

Con ocasión de la pandemia del *COVID-19*, hemos presenciado como varios Estados han acudido a la militarización de fronteras o el despliegue de fuerzas militares para operaciones que, a nuestro juicio, corresponden a cuerpos de policía civil.

Las Fuerzas Militares no son idóneas para operaciones de seguridad ciudadana, pues operan bajo una lógica de amigo-enemigo y son entrenadas primordialmente para hacer uso de la fuerza letal⁷⁴. Varios órganos internacionales (entre estos, la CIDH, la Corte IDH, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura) han advertido que estas situaciones deben ser atendidas por cuerpos de policía civil sujetos a mecanismos de control y rendición de cuentas.

En palabras de la CIDH:

[E]s fundamental la separación clara y precisa entre la seguridad interior como función de la Policía y la defensa nacional como función de las Fuerzas Armadas, ya que se trata de dos instituciones substancialmente diferentes en cuanto a los fines para los cuales fueron creadas y en cuanto a su entrenamiento y preparación. La historia hemisférica demuestra que la intervención de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad interna en general se encuentra acompañada de violaciones de derechos humanos en contextos violentos, por ello debe señalarse que la práctica aconseja evitar la intervención de las fuerzas armadas

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 88.

en cuestiones de seguridad interna ya que acarrea el riesgo de violaciones de derechos humanos.⁷⁵

Las fuerzas militares no son idóneas para atender situaciones de delincuencia común precisamente porque estas situaciones no constituyen una amenaza a la soberanía del Estado⁷⁶. Además, a nuestro juicio, su uso en tiempos de pandemia no es una medida idónea para proteger la salud pública. Por el contrario, puede ser una medida contraproducente, en la medida en que la aglomeración de soldados y su posterior dispersión puede aumentar el número de contagios.

Sobre la solicitud de medida cautelar y medida provisional

Las medidas cautelares tienen su fundamento en el artículo 25 del reglamento de la CIDH. A su vez, esta norma remite al artículo 41.b de la CADH, el artículo 18.b del Estatuto de la Comisión y el XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En términos generales, se trata de un mecanismo con el que cuenta la CIDH para recomendar a los Estados que adopten medidas para proteger a una persona o un grupo de personas. Esto, después de verificar que se configura una situación de “gravedad”, “urgencia” e “irreparabilidad del daño”. Primordialmente, la CIDH ha otorgado medidas cautelares ante situaciones que ponen en grave riesgo a los derechos a la vida e integridad personal, dado el carácter irreparable de tales derechos.

Por otro lado, las medidas provisionales son un mecanismo de la Corte IDH que encuentra su fundamento en el artículo 63.2 de la CADH. En términos generales, las medidas provisionales pueden ser pedidas por la CIDH en caso el asunto no está en conocimiento de la Corte IDH, o por los representantes de las víctimas en caso el asunto se encuentre de conocimiento de la Corte IDH. Las medidas provisionales pueden ser adoptadas después de verificar que se configura una situación de “extrema gravedad y urgencia”.

Considerando el interés del propuesto beneficiario, y sabiendo que la CIDH administra en definitiva el derecho de acceso a la Corte IDH, podría darse un supuesto en el cual, la solicitud de medidas cautelares no sea acordado por la CIDH conforme a sus criterios y estándares, pero que, por ello mismo, decida solicitar a la Corte IDH la adopción de medidas provisionales. Ello le daría a las víctimas la posibilidad no sólo de acceder a la Corte IDH, sino de participar como beneficiarios de las mismas y poder complementar sus argumentos, peticiones y pruebas. Algo parecido a lo descrito ocurrió con el asunto *Edwin Leonardo Jarrín Jarrín, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García respecto de Ecuador*⁷⁷, donde la CIDH no habiendo otorgado las medidas cautelares que le fueron solicitadas, elevó a la Corte IDH un pedido de medidas provisionales.

En todo caso, en la jurisprudencia actual del sistema interamericano, las violaciones a la libertad personal han sido protegidas por la CIDH y la Corte IDH mediante decisiones de fondo y

⁷⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II.118Doc.4, 2003, párr. 272; *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.57, 2009, párr. 101.

⁷⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 7 rev. 1, 1998, párr. 403.

⁷⁷ Corte IDH. *Asunto Edwin Leonardo Jarrín Jarrín, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García respecto de Ecuador*. Solicitud de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2018, ver considerando 25.

sentencias respectivamente, como en el caso de *María Elena Loayza Tamayo*. Pero el sistema no ha desarrollado aún la protección cautelar de la libertad personal en casos de detenciones arbitrarias, sino la protección de la vida y la integridad personal a través de las condiciones de detención. El asunto más cercano que ha llegado a la Corte IDH fue el de *Milagro Sala*, en el cual en realidad se solicitó una reclusión alternativa menos restrictiva de sus derechos, en virtud de que las circunstancias de su detención estaban causando graves daños a su salud, integridad personal y vida⁷⁸, considerando la excepcionalidad de la prisión preventiva, y tras una constatación directa de una delegación de la CIDH que viajó a Argentina a conocer de primera mano su situación.

En el caso, la CIDH no otorgó las medidas cautelares solicitadas por Claudia tras verificar que no se configuró una situación de gravedad y urgencia que pusiera en riesgo los derechos a la vida e integridad personal de Pedro. No obstante, la CIDH pudo considerar que, pese a que no estaba convencida de la procedencia de la medida cautelar, la situación de Pedro ameritaba ser estudiada por la Corte IDH para conceder, eventualmente, una medida provisional.

⁷⁸ Corte IDH. *Asunto Milagro Sala respecto de Argentina*. Solicitud de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2017, en el dispositivo 1 decidió: “[...] sustituir la prisión preventiva de la señora Sala por la medida alternativa de arresto domiciliario que deberá llevarse a cabo en su residencia o lugar donde habitualmente vive, o por cualquier otra medida alternativa a la prisión preventiva que sea menos restrictiva de sus derechos que el arresto domiciliario, [...]”.