



San Salvador, 29 de junio de 2020

**Señores
Comisión Política
Asamblea Legislativa
Presente. -**

Estimados señoras y señores:

Reciban un cordial saludo y buenos deseos en su gestión por parte de Cristosal.

En atención a su nota de fecha 25 de junio de los corrientes, en que se nos invita a dar nuestra opinión en torno a la propuesta de decreto de régimen de excepción presentada por el señor presidente de la República, Nayib Bukele, por este medio les hacemos llegar nuestras valoraciones, además de atender la reunión a celebrarse en esta fecha.

Remitimos de esta forma nota con opinión técnica, la cual esperamos sea de su utilidad en el análisis y ponderación de la decisión de adoptar un régimen de excepción.

Agradecemos de antemano, la atención a la presente.

Atentamente

**Celia Medrano
Directora de Programas de Cristosal**



ANÁLISIS Y OPINIÓN TÉCNICA SOBRE PROPUESTA DE DECRETO DE “REGIMEN DE EXCEPCIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES CONCRETOS PARA ATENDER LA PANDEMIA POR COVID-19

1. Introducción

En la presente nota se hace un análisis de la propuesta presentada por el Consejo de Ministros para establecer régimen de excepción de algunos derechos constitucionales con la justificación de hacer frente a la pandemia del COVID-19.

El análisis pretende generar insumos a la Asamblea Legislativa en relación con el ejercicio de ponderación que deberá hacer en torno a determinar la procedencia del régimen de excepción, y la idoneidad de mismo.

Es indudable que como otros países El Salvador se encuentra en una situación de vulnerabilidad por el COVID-19, sin embargo, el uso del régimen de excepción debe analizarse seriamente dado que es una medida extrema, que ofrece poderes extraordinarios a los operadores del órgano ejecutivo.

Los parámetros usados en el análisis se basan la normativa tanto nacional como internacional y en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, especialmente la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020 dictada el 8 de junio de 2020, que es una referencia obligada para regular un régimen de excepción.

2. Ponderación sobre el Régimen de Excepción

Conforme el Art. 1 del decreto el objeto del régimen de excepción es establecer un “...marco normativo razonable y proporcional de suspensión temporal...de la plenitud del contenido de los derechos individuales de libre circulación o tránsito, de libertad de reunión y de libertad de cambiar o permanecer en el domicilio de cada persona”. También se señala que la finalidad del régimen es “...salvaguardar, en la mayor medida posible, los derechos a la salud y a la vida de las personas”.

En el punto de acta de sesión celebrada por el Consejo de Ministros con fecha veintitrés de junio de los corrientes, en que se acordó solicitar el régimen de excepción, se desarrolla una serie de argumentos que se resumen así:

- a) El país se encuentra en la fase III del contagio, que implica la circulación y transmisión activa y sostenida del virus en la comunidad, lo que conlleva el riesgo de que los contagios crezcan de forma tal que lleven al colapso de la red hospitalaria, como ha sucedido en otros países.
- b) Considera que una de las medidas más efectivas para evitar que siga el contagio masivo es la cuarentena domiciliar y el aislamiento social, para lo cual se sustenta en datos de un laboratorio estadounidense que hace un cálculo de elevación de contagios si no se dan las medidas.
- c) Aduce que no tiene herramientas jurídicas que faculten al gobierno para implementar de forma obligatoria y efectiva las medidas sanitarias.

En base a lo anterior, corresponde un análisis si los supuestos y argumentos que parte el Gobierno para justificar la adopción del régimen de excepción son válidos conforme las normas y jurisprudencia constitucional y en base a las obligaciones en materia de derechos humanos, lo cual hacemos en los siguientes apartados:

a. Procedencia del Régimen de Excepción

El Régimen de Excepción procede según el Art. 29 Cn., en casos “...de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público”, y ‘puede afectar entre otros los derechos reconocidos en los artículos 5 (libertad de circulación y libertad de cambiar de domicilio), y 7 inciso primero (derecho a reunión), que son los que se suspenderían con el decreto propuesto.

Por otro lado, el régimen de excepción puede declararse en todo el territorio nacional o en parte de este, en este caso, el decreto propuesto en su Art. 3 refiere que es en todo el territorio nacional. Además, debe ser declarado por la Asamblea Legislativa con mayoría calificada y por un tiempo no mayor de 30 días (en este caso la suspensión es de 15 días según el Art. 4 del decreto).

La Sala de lo Constitucional ha establecido ciertos criterios o parámetros para determinar si un régimen de excepción es acorde a la Constitución, como los siguientes:

- El régimen de excepción debe basarse en el principio de estricto derecho, en el sentido que “..no puede ser establecido por cualquier supuesto ni referido a cualquier situación de emergencia, tampoco puede ser decidido por cualquier órgano, ni limitar el ejercicio de cualquier derecho fundamental, sino que tales aspectos deben sujetarse a la regulación constitucional pertinente pues en caso contrario la instauración de facto del mismo, sin atenerse a tal regulación, devendría inconstitucional” (14-II-97, Inc. 15-96 y Ac. Decreto Legislativo N° 668).
- El Régimen de Excepción debe regular otros elementos como parte del principio de estricto derecho como las formas de control jurisdiccional y responsabilidad por las medidas adoptadas.

- También debe cumplir el principio de proporcionalidad, es decir, *“la correspondencia necesaria entre las causas que justifican la declaratoria de la situación excepcional y las medidas extraordinarias que puedan ser adoptadas para superarlas”* (14-II-97, Inc. 15-96 y Ac. Decreto Legislativo N° 668). El principio de proporcionalidad indica que debe constatarse una relación medio-fin entre la limitación del derecho y su justificación, de modo que el "medio" o la limitación cumpla con las características de idoneidad –es decir, que sea útil para el fin que pretende alcanzar–, necesidad –es decir, que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dicho objetivo– y que no cause más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego. (20-XI-07 Inc. 18-98).

Se puede señalar que el decreto en comento cumple con los requisitos constitucionales en lo referente a que limita los derechos constitucionales que permite la Constitución, y establece un alcance temporal y territorial acorde a la Constitución. No así respecto de desarrollar las responsabilidades en que incurran los funcionarios por abusos al aplicar las medidas y el control jurisdiccional de que serán objeto (ver apartado e). Esto es relevante, si se toma en cuenta que, en el primer régimen de excepción declarado en marzo, el órgano ejecutivo emitió una serie de decretos ejecutivos amparado en dicho régimen que sancionaron con confinamientos forzados a quienes violaban la cuarentena, lo que dio lugar a múltiples violaciones a derechos humanos.

El punto clave es en relación a si los supuestos facticos de que parte el ejecutivo son válidos conforme el Art. 29 Cn, y si los mismos cumplen con el examen de proporcionalidad. En ese sentido, si bien el gobierno tiene razón en cuanto a que se está en una situación epidémica grave que puede generar el colapso del sistema de salud, se debe analizar si el régimen de excepción es la medida idónea para el tipo de emergencia, o si existen otras vías menos gravosas por las cuales atender la emergencia.

b. La idoneidad del régimen de excepción para la pandemia COVID-19

La Sala de lo Constitucional ha advertido en no confundir el régimen de excepción con otras situaciones de emergencia: *“...es imperativo diferenciar suficientemente los conceptos de régimen de excepción y emergencia constitucional, ya que, si bien en el régimen de excepción determinados sucesos que alteran el normal desenvolvimiento de la vida nacional-como dice el art. 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, se convierten en supuestos que autorizan la limitación del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, no todos los acontecimientos que se estimen de emergencia producen tal efecto.”*

En la sentencia de inconstitucionalidad en que declaró la inconstitucionalidad del decreto 611 junto con otros decretos que regulaban el régimen de excepción y la cuarentena (08-VI-20, Inc. 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020), la Sala de lo Constitucional, señaló que la idoneidad hace referencia tres elementos (i) El régimen de excepción o la suspensión

concreta de un derecho debe perseguir un fin legítimo, es decir, uno que no esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución; (ii) debe ser adecuada —apta— para la consecución del fin perseguido, de forma que no tiene sentido suspender derechos que no se ligan a la causa que justifica el régimen de excepción y (iii) la medida genérica o particular —adopción del régimen de excepción o suspensión de un derecho concreto— debe ser razonable, es decir, fundada en criterios o parámetros objetivos.

En relación con el fin de evitar la proliferación del contagio y el colapso del sistema de salud, se considera que el mismo es válido y legítimo. El Salvador se encuentra en la fase III de la epidemia, y en los últimos días se han incrementado el número de contagios y muertes, por lo que es un riesgo razonable que el incremento de contagios produzca una saturación del sistema de salud.

Respecto de si la medida es adecuada al fin perseguido, hay que señalar que en los enunciados del gobierno tanto en el acta citada del Consejo de Ministros como en la exposición de motivos a la que se tuvo acceso en que se hace un análisis de proporcionalidad, no se fundamenta científicamente cual es la base para considerar que únicamente la cuarentena nacional generalizada es la vía para evitar el colapso del sistema de salud, y por ende, la necesidad de suspender los derechos antes referidos.

De igual forma, no se explica por qué El Salvador pese a que a nivel mundial es de los países que mayor tiempo estuvo en cuarentena nacional, no ha tenido resultados positivos para controlar la epidemia en comparación con otros países con medidas restrictivas menos generalizadas, que han logrado grados de reapertura parcial de sus economías.

Tampoco se hace referencia, ni se refutan las opiniones calificadas como la del Colegio Médico y otros profesionales de salud que han considerado que en esta fase del contagio más que una cuarentena nacional obligatoria, es procedente cuarentenas focalizadas con vigilancia epidemiológica.

El ejecutivo basa su examen de proporcionalidad en que las personas no respetan la cuarentena, y en el riesgo que provoca la circulación de estas, y al hecho que según refieren no pueden obligarlos a cumplirlas debido a que no tienen instrumentos jurídicos por las resoluciones de la Sala de lo Constitucional. En ese sentido, consideran que el Código de Salud y la Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres (LPCPMD), no les permiten la restricción generalizada de derechos.

Respecto de si el medio (régimen de excepción) utilizado es el adecuado y razonable, en realidad dependerá de la información científica que pueda proporcionarse para que objetivamente se valore si la cuarentena domiciliar nacional por el tiempo de 15 días, puede resultar efectiva para controlar el contagio y evitar el colapso del sistema de salud. O si por el contrario puede haber otras medidas sanitarias que se puedan adoptar que no impliquen la suspensión de derechos.

En este tema se considera que la información proporcionada por parte del Órgano Ejecutivo a la que se ha tenido acceso (no tenemos conocimientos si ha proporcionado más) es insuficiente en cuanto a que no proporciona datos científicos recientes -mas que la proyección de contagios de un laboratorio estadounidense- que permitan hacer el análisis de idoneidad de la medida.

Por lo que es recomendable que la Asamblea Legislativa solicite la opinión de expertos en la materia para determinar si la cuarentena domiciliar nacional es una medida científicamente comprobada que resulta eficaz para controlar el contagio en un país que se encuentra en la fase III. Como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de epidemias o pandemias, el régimen de excepción debe tener sustento en la mejor evidencia científica (Resolución N° 1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en Las Américas, adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020, párrafo 27).

Debe tomarse en cuenta que conforme la sentencia antes referida

“...la adopción de un régimen de excepción exige al Órgano Legislativo respetar el principio de proporcionalidad (sentencia de inconstitucionalidad 15-96, ya citada); ello implica realizar un examen de proporcionalidad, por un lado, del régimen en cuestión en sí mismo y, por otro, de cada derecho cuya suspensión se pretende. En otras palabras, corresponde al Órgano Legislativo la obligación de documentar y acreditar la existencia de circunstancias objetivas –en este caso, con base en la mejor evidencia científica– que justifiquen la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, en relación con la pandemia, a la que alude el art. 29 inc. 1° Cn.”

c. La necesidad del régimen de excepción

Otro elemento del análisis es sobre si existen otras medidas idóneas y menos gravosas al régimen de excepción o la suspensión de derechos. Para este análisis debe revisarse si otras medidas ya sea excepcionales u ordinarias pueden ser idóneas.

En ese sentido, debe tomarse en cuenta que la Sala de lo Constitucional ha enfatizado en la resolución antes referida que solo mediante un régimen de excepción adoptado mediante los cauces constitucionalmente previstos es posible suspender uno o más de los derechos fundamentales en todo o en parte del territorio nacional.

En ese sentido, no sería posible ni a través de medidas extraordinarias como el Estado de Emergencia Nacional establecido por la LPCPMD, ni medidas ordinarias y extraordinarias como las establecidas en el Código de Salud, establecen una cuarentena que conlleve la suspensión de derechos en todo o parte del territorio.

Por el contrario, si existieran otras medidas sanitarias idóneas para lograr el control de contagio y evitar el colapso del sistema de salud diferentes a una cuarentena obligatoria nacional, no sería necesario recurrir al régimen de excepción. Tal como ha sido señalado

durante una pandemia o epidemia, la medida sería innecesaria si se dispone de medios ordinarios para enfrentar la problemática sanitaria (Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 16 de abril de 2010, C-252/10).

Así ha señalado, la Sala de lo Constitucional que en el examen de necesidad se debe hacer comparación de las medidas excepcionales entre sí, puesto que, si se dispone de otras medidas también excepcionales, pero menos perniciosas, la adoptada o adoptadas serían inconstitucionales

Es recomendable por ende tomar en cuenta que se puede recurrir a la declaratoria para la emergencia nacional por parte de la Asamblea Legislativa para regular el contenido de los derechos que podrían ser afectados por las medidas sanitarias, que impliquen alguna limitación, pero sin llegar a la suspensión.

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional ha señalado la diferencia entre suspensión y limitación de derechos en comento. La diferencia estriba que si la regla general es que el derecho no pueda ejercitarse se estaría en presencia de una suspensión, por el contrario, si la regla general es que el derecho se pueda ejercitar y solo excepcionalmente se restrinja su ejercicio, implicaría una limitación.

Por ende, es posible que, si la Asamblea Legislativa no considere en base a la evidencia científica que la medida de cuarentena nacional obligatoria como tal, si es factible que regule el estado de emergencia para regular otro tipo de limitaciones que no conlleven suspensión de derechos.

Por otro lado, debe señalarse que el Órgano Ejecutivo tiene a su disposición herramientas que le da el Código de Salud, como la vigilancia y el control epidemiológico, la adopción de cuarentenas individuales a personas contagiadas, adopción de tratamientos preventivos, siempre y cuando no se use el confinamiento por cuarentena como una medida de castigo o sancionadora.

d. Proporcionalidad

Nos referimos a la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, que en síntesis consiste en que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de los derechos o principios concernidos, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro derecho contrapuesto. Es decir, la equivalencia entre la afectación de los derechos suspendidos en relación con la necesidad de protección de los derechos que se quieren resguardar.

En ese sentido, efectivamente la protección de la vida y la salud de la población es justificable en relación con las afectaciones que conlleva los efectos de la suspensión de las libertades de tránsito, no cambio de domicilio y reunión.

Sin embargo, este análisis no puede dejar por fuera que la población se ha mantenido en cuarentena nacional obligatoria por mas de 80 días, por lo que la afectación económica en especial a personas en condición de pobreza y que requieren salir para trabajar u sobrevivir, puede generar graves afectaciones al derecho a la alimentación y a la salud.

Por ende, resulta nuevamente clave determinar si la medida de la cuarentena domiciliar nacional es científicamente idónea y efectiva para el propósito de controlar el contagio y evitar afectaciones al derecho a la vida y salud, ya que sino la medida sería desproporcional.

e. Controles: garantías judiciales inderogables

Existen fuertes argumentos jurídicos y científicos para sostener que el régimen de excepción no es herramienta idónea para esta etapa del enfrentamiento de la pandemia; no obstante, si este órgano de Estado se decanta por la opción de acudir a dicha figura contemplada en la Constitución de la República, debe tomarse en cuenta lo dicho por la Sala de lo Constitucional:

La suspensión de derechos fundamentales puede ser, a veces, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero, no se puede hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar. Así, esta no puede suponer jamás la suspensión temporal del Estado de Derecho o la autorización para que los gobernantes pasen por alto la legalidad constitucional a la que en todo momento deben ceñirse.

... según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no pueden ser suspendidas las “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos fundamentales —cuáles sean “indispensables” dependerá del contenido de cada derecho concernido—; esto es, aquellas que permitan la intervención de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial, apto para determinar la constitucionalidad y legalidad de las acciones u omisiones dentro del estado de excepción. En consecuencia, algunos procesos judiciales ordinarios pueden suspenderse, siempre y cuando ello sea una medida proporcional; y en ningún caso pueden suspenderse los procesos constitucionales [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87, ya citada, párrafos 27-43 —en especial, el párrafo 42—]. (Inc. 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020, 8/VI/2020)

En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha recomendado a los gobiernos de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos:

24. Abstenerse de suspender procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, entre ellos las acciones de hábeas corpus y amparo para controlar las actuaciones de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto. Estas garantías deben ejercitarse bajo el marco y principios del debido proceso legal. (Resolución N°

1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en Las Américas, adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020)

3. Conclusiones y recomendaciones

- Efectivamente el país se encuentra en una situación de vulnerabilidad por la pandemia del COVID-19, que debería ameritar la concertación entre los diferentes órganos y para la adopción de un marco legal sustentado en evidencia científica, que permitan la protección de la vida y salud de la población.
- El decreto en comento regula adecuadamente conforme la Constitución el alcance temporal y territorial del régimen de excepción, además que las causales invocadas se encuentran de las estipuladas en el Art. 29 Cn.
- No es posible determinar la idoneidad de la medida de cuarentena domiciliar nacional para reducir el contagio y evitar el colapso del sistema de salud, debido a que el gobierno no ha proporcionado evidencia científica que permita determinar su necesidad o por el contrario evaluar otras medidas menos perniciosas. Por lo que es recomendable, que la Asamblea Legislativa consulte con expertos en epidemiología y documente información científica al respecto que le permita hacer una adecuada ponderación de la medida, o por el contrario evaluar otras medidas que no requieran la suspensión de derechos.
- En la ponderación de la procedencia del régimen de excepción, debería tomarse en cuenta el impacto en los derechos económicos, sociales y culturales de la población más vulnerable a raíz de la cuarentena anterior. En ese sentido, no bastaría regular lo relativo al régimen de excepción sino establecer normas sobre el proceso de reapertura económica como ya ha hecho esta Asamblea en los últimos decretos aprobados.
- Se recomienda que en caso de que crea conveniente la adopción de un régimen de excepción, establezca, ante el ejercicio de las facultades consagradas en los artículos 13 y 19 de la propuesta, una especie de control reforzado de la constitucionalidad y la legalidad de los actos de la administración que lleven a la limitación de derechos, como podría ser el establecimiento de controles de constitucionalidad y legalidad automáticos o sumamente expeditos, de una fácil activación, más aún que como ya la propia jurisprudencia, la Ley de Procedimientos Constitucionales y la Ley de Procedimientos Administrativos los tienen contemplados.