

## **Reflexiones sobre la eficacia y vigencia de los derechos humanos en contextos de emergencia de la COVID 19**

### **Reflections on the effectiveness and validity of human rights in contexts of COVID 19 emergency**

Hugo Fernando Delgado Alvizuri<sup>1</sup>

Consultor, docente y abogado litigante

Correo electrónico: [delgadoconsultor@hotmail.com](mailto:delgadoconsultor@hotmail.com)

**Recibido el: 18.01.2022**

**Aceptado el: 10.02.2022**

#### **Resumen**

Comentarios y reflexiones en torno a la eficacia y vigencia de los derechos humanos en estados de emergencia, con especial enfoque en la pandemia del COVID 19 desarrollo de comentarios sobre la exigibilidad de los derechos humanos, la justiciabilidad de los derechos humanos, el enfoque de vulnerabilidad, la labor de concreción de los contenidos esenciales en especial de los derechos sociales, la ciencia y un paso adelante del derecho.

#### **Palabras claves:**

---

<sup>1</sup> Magíster en derecho constitucional y derechos humanos UNMSM Cursos de Postgrado en derechos fundamentales y garantías procesales por la Universidad Castilla La Mancha España Se ha desempeñado como: Asesor jurisdiccional especializado de Tribunal Constitucional Asesor en temas constitucionales de la Alta Dirección Despacho Ministerio de Justicia Comisionado de la Defensoría del Pueblo, Jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la Defensoría del Policía Ministerio del Interior, Secretario Técnico del Consejo Nacional de Derechos Humanos, Asesor de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos Ministerio de Justicia, Docente Universitario. Docente de la Academia de la Magistratura ha ejercido catedra en la Universidad Mayor De San Marcos, Universidad César Vallejo y en la Universidad Las Américas.

COVID 19, pandemia, derechos humanos, derechos sociales, derechos programáticos exigibilidad, restricciones y limitaciones de los derechos humanos justiciabilidad

**Abstact:**

Comments and reflections on the effectiveness and validity of human rights in states of emergency, with special focus on the COVID 19 pandemic development of comments on the enforceability of human rights, the justiciability of human rights, the vulnerability approach, the work of concretizing the essential contents especially of social rights, science and a step forward in law.

**Keywords:**

COVID 19, pandemic, human rights, social rights, programmatic rights enforceability, restrictions and limitations of human rights justiciability

**Introducción**

El impacto de la COVID 19 en nuestra sociedad ha significado en estos dos últimos años un hecho significativo en relación a la vigencia de los derechos humanos sus consecuencias en todos los ámbitos económico político jurídico y social resulta a la fecha incuantificables, su invisible presencia en nuestros países nos ha irradiado aparte de la enfermedad y el desesperanza nuevas formas de pensar o repensar los derechos humanos.

En este contexto los estados deben cumplir con las obligaciones contraídas de respeto y garantizar el goce y disfrute de los derechos humanos de las personas contagiadas y no contagiadas con la COVID-19, que prevalezca y reafirme la dignidad humana de todos por parte de los poderes públicos de los estados.

Si en una circunstancia de normalidad era por demás complicado y difícil satisfacer mínimamente estos derechos ¡Que podremos decir en esta nueva normalidad obligatoriamente impuesta!

De tal forma y en ese orden de ideas el punto de partida para el desarrollo de este breve ensayo busca aportar reflexiones sobre la vigencia y eficacia de los derechos humanos post COVID 19, es sin duda alguna partir del aspecto factico en los que transita la realidad de nuestros países, que como elemento

común cuentan con dos aspectos; por un lado están rebasados por crisis económicas muy acentuadas y prolongadas que generan una situación de pobreza y desigualdad y por otro lado, la pérdida permanente de legitimidad de los derechos y por tanto su eficacia, lo cual obliga a que los estados deban garantizar el respeto efectivo de los derechos a través de las políticas públicas, las cuales se deben impregnar de una base social que supone un alto nivel de relación entre la democracia y el desarrollo.

Este enfoque de los derechos humanos nos permite constatar la relación existente entre este y el desarrollo que constituye un mínimo de condiciones materiales que permitan su ejercicio y que este dependa además del goce de los mismos.

En relación al goce efectivo de estos derechos tienen una particular composición en la medida que el goce de los mismos, no solo se hacen efectivos si es que se completan solo en las respectivas cartas políticas, vale decir su concreción, sino además, de determinar sus respectivos contenidos para hacerlos realmente efectivos.

Nuestra intención como se aprecia es identificar cinco reflexiones que a nuestro entender constituyen serios obstáculos en el pleno goce de los derechos fundamentales en nuestra región frente a la pandemia de la COVID 19

Aspectos centrales

### **La insuficiente progresividad de los derechos sociales**

Cuando nos referimos a los derechos sociales y su efectividad una primera reflexión necesariamente debe partir de la efectividad, por ello cuando afirmamos que no se trata de un asunto de todo o nada y que además no está sometido al prorratio parlamentario, que si hablamos de progresividad y cumplimiento estos a la fecha no se viene cumpliendo o no vienen siendo satisfechos.

Los derechos sociales en nuestro continente a pesar que en algunos contextos han experimentado una innegable progresión y efectividad principalmente por la

actividad jurisdiccional dados por pronunciamientos tanto de los tribunales constitucionales, como de los organismos internacionales y a la fecha a pesar de los esfuerzos desplegados resultan ciertamente insuficientes debido a la ampliación y la necesidad de eficacia de derechos tales como; salud educación y trabajo, es decir el núcleo duro e histórico de los denominados Desc. El interés teórico y práctico por los derechos sociales crece en forma directamente proporcional al aumento de la desigualdad y de la pobreza en el mundo (Pogge,2005) y, (Milanovic, 2006):

Los derechos sociales como sabemos son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que “creación” del legislador. En tanto derechos Fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y otorgados.

Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.

En nuestro país por ejemplo durante muchos años se planteó un modelo procesal que desprotegía los denominados derechos sociales y además hubo una fuerte discusión en torno que estos debieran ser incluidos en el catálogo de derechos de ser susceptibles de ser protegidos por mecanismos constitucionales extraordinarios sobre la siguiente premisa, la cual no compartimos; se trataba esta de que los derechos programáticos, en tanto requieren un nivel de implementación presupuestaria, económica para su efectividad no podían ser tutelados a priori de manera directa, lo cual obviamente sitúa un menoscabo en el ejercicio del derecho que consideramos básicos y elementales en el texto de la constitución.

La carestía y la crisis económica que es el escenario en nuestros países requiere pues de una afirmación y reconocimiento de los derechos sociales como programáticos y reconocer en ellos que su sola positivización o pos positivización, implica una obligación por parte de los estados al respecto la Corte Interamericana CIDH ha establecido como directrices de los estados en escenarios de la pandemia COVID 19 lo siguiente:

“Ante la limitación de recursos, los Estados deben emprender una búsqueda activa de los mismos para la formulación e implementación de las políticas públicas pertinentes para la atención de las personas con COVID-19. Los Estados con mayores niveles de desarrollo tienen una especial responsabilidad de asistencia a otros Estados con menores niveles de desarrollo para proteger los derechos humanos de las personas con COVID-19 en el marco de la pandemia (CIDDDHH; 2020)

Líneas atrás comentábamos del importante aporte de los Tribunales Constitucionales que con sus pronunciamientos como en su momento lo hizo el Tribunal Constitucional Peruano, que postulo que los derechos sociales significan imperativos ético jurídicos de cumplimiento obligatorio por parte del estado y de los particulares.

Tal criterio lo ha desarrollado en la sentencia 1417-05 PA/TC Manuel Anicama Hernández fundamento jurídico 14 (TC, 2005):

“Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste.

Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.

Afirmamos que la efectividad de los DESC implica la actuación estatal que requiere una ejecución presupuestal, también estos culminan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas para el logro progresivo y con ello la plena efectividad en igualdad de condiciones”.

En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”. (STC 2945-2003-AA, Fundamentos 18 y 33) (TC, 2003).

Un ejemplo interesante en la materia de la eficacia de los derechos sociales y su debida protección lo brinda la legislación constitucional colombiana en cuya Carta Política de 1991, efectuaba una clara diferenciación entre los derechos constitucionales y los derechos de naturaleza social denominados Desc y los denomino derechos de desarrollo legal progresivo, por su parte, la Corte Constitucional que posibilita la protección de estos derechos vía la llamada acción de tutela aplico la tesis de la conexidad, es decir depara tutela urgente diferenciada a los derechos sociales cuando su no protección pudiera eventualmente ser vulnerados, además, la corte ha desarrollado vía la aplicación del precedente vinculante de derechos como los de mínimo vital, educación, salud y seguridad social.

Sobre la justiciabilidad de los derechos sociales

Tal situación como se ha comprobado en nuestros países trajo como consecuencia una excesiva justiciabilidad al interior de procesos constitucionales se presenta

cuando cada vez más son las personas que acuden a la vía constitucional y no a la vía ordinaria para la protección de estos derechos, lo cual pone en evidencia que estos derechos no se viene respetando a plenitud, al respecto coincidimos con Gerardo Pizarelo cuando habla del carácter poliédrico del derechos sociales cuando desarrolla que estos deberían entenderse como costosos y no costosos.

La falta de mecanismos de judicialización en sede ordinaria a pesar que la derechos sociales se han externalizados de tal forma que no es posible desconocer que un derecho no tenga amplias capacidades de defensa en el sistema internacional de derechos, en ese sentido coincidimos con Gerardo Pisarelo cuando refiriéndose a la judicialización de los derechos sociales lo precisa los siguiente:

“Paradójicamente, esta perspectiva más compleja de la exigibilidad de los derechos sociales posibilitaría presentar de manera menos escéptica la cuestión de la tutela jurisdiccional de los mismos. Una vez asumido, precisamente, que las vías jurisdiccionales no pueden ser ni la única ni la principal vía de satisfacción de los derechos sociales, sería posible mostrar de manera coherente que son, sin embargo, vías posibles y convenientes de protección”.

En situaciones de pandemia en la que los derechos sociales se vuelven más exigibles en torno a cumplimiento de derechos de salud educación y trabajo que duda cabe se han convertido en los más afectados y más sensibles, debemos reconocer siempre que estos están fuertemente vinculados a su judicialización y sometidos al control constitucional.

### **Los derechos sin contenido**

Siempre se asumió que no existen derechos sin las garantías debidas reconocer un derecho, es decir prácticamente positivarlo, fijarlo en una carta política resulta una función básica del constituyente, lo cual responde a la necesidad de cumplir con un contenido básico de toda constitución, nos referimos

a desarrollar la parte dogmática de la misma, esta labor en nuestro continente se ha dado este fenómeno de manera permanente, sin embargo esta omisión la consideramos en los tiempos actuales violatoria y ha habido esfuerzos insuficientes.

Ocurre en nuestros ordenamientos constitucionales que los derechos efectivamente están positivizados, pero no se determinan sus contenidos esenciales, claro algunos dirán con cierta razón que la constitución no debería desarrollarlo absolutamente todo, pero también es cierto que los derechos fundamentales representan haces o plexos de naturaleza compleja que definitivamente tiene contenidos.

A partir de esa constatación suele ocurrir que si los derechos fundamentales son intocables o judicializados, no siempre estos contenidos están prescritos o desarrollados, lo cual impide que el juez ordinario pueda en algún momento identificarlos, consideramos que en la actual coyuntura de la jurisdicción constitucional, bastión último de la tutela de derechos humanos en sede interna los órganos de control léase Tribunales Constitucionales tiene la primordial función de concreción de los derechos fundamentales, es decir la determinación de los diversos contenidos esenciales de los derechos.

Esta pandemia ha generado por su complejidad, un conjunto de interrogantes en relación a ciertas prerrogativas de los ciudadanos frente a ella, como por ejemplo el derecho a no vacunarse o si el estado tiene la facultad de obligar a los ciudadanos a hacerlo, y las eventuales restricciones que se han presentado y sin duda se presentaran en el futuro, o si en todo caso en todo caso estamos frente a un derecho de categoría ecuménica que las población mundial tiene el derecho a exigir el disfrute y goce permanente a una vacunación contra el COVID19.

**Los derechos fundamentales deberían ser categorías meta jurídicas**

Siempre se ha dicho que los derechos humanos como categorías universales de naturaleza compleja tiene un triple contenido; jurídico, histórico y axiológico parafraseando al Profesor Antonio Pérez Luño, refería que los derechos humanos son manifestación de poder de cada momento histórico que son debidamente positivizados esta definición tautológica pues a nuestro entender no resuelve un problema común en nuestras latitudes, porque no siempre el receptor es decir el ciudadano resulta siendo un lego en derecho y por tanto se ve seriamente menoscabado para una plena, sino parcial comprensión del mismo, una condición indispensable para el ejercicio de todo derecho reside en su concepción e internalización es saber distinguir las posibilidades de acción y la eventual vinculación de un derecho con otro si situamos al receptor en esta situación resultara incomprensible entender la naturaleza del mismo.

Claro está que los derechos fundamentales o como se denominen sean estos constitucionales y/o fundamentales son categorías principalmente jurídicas su ramaje es denso y legal, sin embargo a efectos de una plena comprensión debe darse una migración a un mensaje o lenguaje cada vez menos jurídico deontológicamente abierto más comprensible sin perder claro esta su contenido de regla o de principio, en tal sentido el lenguaje y el enfoque debe ser transversal

### **La ciencia un paso adelante del derecho y el fenómeno de un mundo globalizado**

Cabe preguntarse en los tiempos actuales con el vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología, si todos los derechos están debidamente regulados, los ordenamientos ordinarios han previsto medidas legislativas para proveer cambios sociales como consecuencia del avance científico o en su defecto amoldarse a los cambios sociales y las nuevas tecnologías.

En este ámbito podemos identificar dos tipos de situaciones, por un lado aquellas pretensiones que han sido judicializadas y que contienen un vacío legislativo o una laguna normativa frente al avance científico en nuestros países y en especial en el Perú no existe regulación precisa sobre los llamados vientres de alquiler que suponen la protección de los derechos de identidad y de paternidad por citar uno de muchos ejemplos.

La COVID 19 replantea la necesidad que el derecho como tal avance de manera paralela con la ciencia y la tecnología, temas como consentimiento informado, pruebas rápidas, moleculares, la custodia de los datos personales, los problemas que se generan en el ámbito del derecho laboral como consecuencia de despidos por no haberse vacunado entre otras situación ahora comunes.

Y de otro lado un consolidado fenómeno de la globalización en un mundo actual la eliminación de las fronteras y la consabida reevaluación de los órdenes internacionales, aunque el termino es complejo y discutible en materia de las relaciones internacionales es innegable el impacto a los derechos fundamentales en nuestra región, sin embargo una de las definiciones más comúnmente adoptadas es la realizada por Held David que define la globalización como

“Un proceso (o conjunto de procesos) que expresa la transformación de la organización espacial de las relaciones sociales y transacciones – determinado en términos de extensión, intensidad, velocidad e impacto – generando flujos<sup>11</sup> transcontinentales o interregionales y redes de actividad, interacción y de ejercicio del poder” (Held, et al 1999).

Podríamos estar ya hablando en nuestro lenguaje de derechos humanos superando las nuevas categorías de los derechos emergentes o también denominado como los nuevos derechos en nuestra sociedad.

Como Mayor Zaragoza con mayor versación y precisión precisa al interior de una iniciativa para elaborar un proyecto de la Carta de Derechos Humanos Emergentes señaló (Zaragoza, 1998)

“(…) la defensa de los derechos humanos no puede ser mecánica ni rígida. (…) los nuevos derechos humanos no irrumpen para sumarse repentinamente, con carácter contingente, a una enumeración ya constituida. (…) hay nuevas circunstancias históricas que nos conducen a su descubrimiento, a hacer que se reconozcan, a desarrollarlos y potenciarlos.”

Como hemos podido apreciar los tópicos y las problemáticas aquí planteadas resultan siempre motivo de reflexión y discusión inacabable por cierto y estamos seguros de haber aportado términos generales de discusión que se precie de académica incurriendo por un tema de espacio y oportunidad en la deficiencia de no abordar en extenso los temas aquí planteados.

## Conclusiones

Es innegable que la pandemia a casi dos años de su aparición ha impactado severamente en la satisfacción plena de derechos en especial de los derechos programáticos con principal incidencia en salud, educación y trabajo como es obvio las crisis económicas en nuestros países subdesarrollados con crisis estructurales fragilidad social y vulnerabilidad, han puesto en evidencia sus falencias y déficit de atención

Con toda seguridad esta crisis sanitaria pondrá en evidencia y esperemos que corrija la necesidad de elaborar políticas públicas en materia de derechos humanos con enfoques especializados como; interculturalidad, desigualdad, vulnerabilidad y equidad- consideraciones en dichas políticas y enfoques que no se han tomado en cuenta. La ejecución de políticas para enfrentar y mitigar las

consecuencias de la pandemia se ha ejecutado sin tomar en cuenta el alto grado de desigualdad de la población.

Otra conclusión a que podemos arribar en este breve ensayo es que en un futuro muy cercano, si no es antes estaremos asumiendo con mayor preocupación los derechos emergentes que hasta la fecha eran categorías un tanto desconocidas y poco difundidas, y que sin duda representarían de mejor manera la solidaridad entre los pueblos y una visión más igualitaria

Este debate no estaría completo si no reconocemos el aporte de la ciencia en todos sus ámbitos y el desarrollo de la tecnología que deben ser objeto de un profundo esfuerzo de revisión y asimilación por parte del derecho como ciencia social para regular y establecer regímenes jurídicos y regulaciones específicas.

Finalmente, debemos reiterar la obligatoriedad del estado en la atención de los derechos sociales seriamente afectados, en tal sentido los estados se encuentran en la obligación de desplegar los mayores esfuerzos de implementar medidas que garanticen el fiel cumplimiento de sus obligaciones frente a las contingencias que aparezcan

### **Referencias:**

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). RESOLUCIÓN No. 4/2020 DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON COVID-19 (Adoptado por la CIDH el 27 de julio de 2020) numeral 26

Held, D; et al. (1999). Global Transformations, Politics, Economics and Culture. Ed . Polity Press.,

Milanovic, B (2006). La era de las desigualdades. Ed. Madrid.

Pogge, T (2005). La pobreza en el mundo y los derechos humanos. Ed. Barcelona.

Tribunal Constitucional Peruano (2003) Sentencia 2945-2003-AA, .

Tribunal Constitucional Peruano (2005). Sentencia 1417-05 PA/TC Manuel Anicama Hernandez fundamento jurídico 14.

Mayor, F. (1998). Una cuestión de voluntad en AA.VV. Los Derechos Humanos en el siglo XXI, Cincuenta ideas para su práctica. Ed. Ediciones Unesco, editorial Icaria.

Sentencia 1417-05 PA/TC Manuel Anicama Hernández