

LOS DERECHOS-DEBERES CONSTITUCIONALES EN ÉPOCA DE PANDEMIA

Helder Domínguez Haro*

Sumario:

1. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA. 2. LOS DERECHOS-DEBERES CONSTITUCIONALES, IMPLICANCIAS Y OTRAS ANGUSTIAS EN UN ESTADO “COVID-19”. 3. A MODO DE CONCLUSIÓN. HACIA EL FORTALECIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y HUMANISTA

95

* Abogado y Máster en Derecho Constitucional y Jurisdicción Contencioso Administrativo, Universidad Jaén-España, con estudios de especialización en la Escuela Judicial de España y en el Instituto Nacional de la Judicatura de Canadá. Director del Centro de Investigaciones Judiciales y representante técnico del Poder Judicial ante el Consejo Técnico para la Reforma del Sistema de Justicia. Ha trabajado en proyectos de la Comunidad Europea, Banco Mundial (BM), Banco Interamericano para el Desarrollo (BID), Cooperación Canadiense, entre otras. Asociado ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional e integrante de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho.

RESUMEN

Desde la perspectiva constitucional de la democracia y tomando como referencia el caso peruano, se analiza el ejercicio de los derechos y la exigencia de los deberes en situaciones de emergencia constitucional en un escenario desconocido y de incertidumbre ante la pandemia del coronavirus. La ecuación derechos-deberes constitucionales sirve de premisa para priorizar la protección de la vida y la salud en un contexto de emergencia sanitaria donde las precariedades de los servicios del Estado resultan también parte del problema. Dentro del constitucionalismo democrático es indispensable el rol del Estado constitucional y de la responsabilidad que ello supone, ante situaciones que afectan la propia existencia del ser humano, un desafío que alcanza y compromete también a la ciudadanía.

Palabras clave:

Democracia constitucional, estado de emergencia, derechos y deberes constitucionales, derecho a la vida, derecho a la salud, pandemia.

ABSTRACT

TERRITORIAL FEDERALISM, IDENTITY FEDERALISM AND INTERCULTURAL FEDERALISM. A CRITICAL INTRODUCTION

From the constitutional perspective of democracy and taking the Peruvian case as a reference, this report analyzes the exercise of rights and the requirement of duties in situations of constitutional emergency in an unknown scenario and of uncertainty in the face of the coronavirus pandemic. The constitutional rights-duties equation serves as a premise to prioritize the protection of life and health in a context of health emergency where the precariousness of State services is also part of the problem. Within democratic constitutionalism, the role of the constitutional state and the responsibility that this entails is indispensable, in light of situations that affect the very existence of the human being, a challenge that also reaches and commits to citizenship.

96

Key Words:

Constitutional democracy, constitutional right-duties, right to life, right to health, state of emergency, pandemic.

I. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA.

Definir a la democracia es una labor complicada ante la existencia de diversas teorías o posiciones ideológicas, como puede ocurrir en términos constitucionales. No obstante, y asumiendo los riesgos, y sobre la base de posiciones racionalmente aceptables se manejará una opción pauteada a favor del ser más especial del planeta: el ser humano. “Como todo en el Derecho, la Democracia debe ser entendida en función de la Persona. En la medida que el único absoluto existente y reconocido como tal es la Persona, todo lo demás será correctamente entendido y formulado en la medida que se parta de ella concebida como fin en sí misma. Partir de la Persona significa necesariamente partir de aquello por lo cual un ser es Persona y no es otra cosa diferente, es decir, partir de su esencia o naturaleza. En este punto es preciso formular conceptos lo más básicos posible con el propósito de generar el mayor consenso posible también”¹.

Expuesto lo anterior, con el sano propósito de aproximarnos a una definición y contenido -lo más claro posible- se puede evidenciar que la democracia de cuño constitucional, tiene determinados presupuestos reunidos mínimamente en las siguientes dimensiones: como una forma política-constitucional, un estilo de vida y una forma de emancipación del ser humano. Si bien el fenómeno democrático tiene raíz política, ha asumido gradualmente un plano *iuspolítico* ligado a aspectos socio-económicos dentro de un “mundo constitucionalizado” o dentro de los rieles de una “Constitución”, esto es, una organización del binomio libertad/igualdad cuyo eje es la persona, sus deberes y derechos, ni más ni menos. En consecuencia, la democracia además de un principio democrático-constitucional (fuente-legitimidad-organización-participación), es un derecho marco bajo la ecuación “derecho a tener y ejercer derechos”, allí donde se despliega el conjunto de derechos humanos garantizados (a través de la tutela de derechos o procesos constitucionales) y su notoria relación/control con los poderes públicos, sintonizado dentro de un Estado democrático constitucional o un Estado de deberes y derechos constitucionales y fundamentales, o como literalmente aparece en los textos constitucionales “Estado social y democrático en derecho” (artículo 1.1. de la Constitución española) o “Estado democrático de derecho” (artículo 3 de la Constitución peruana).

La positivización de la democracia en el orden constitucional de los distintos Estados contemporáneos no significa que basta un texto formal etiquetado como “Constitución” para hablar de una democracia realmente existente, o de una gama de valores y principios democráticos que enarbola -explícita o implícitamente- un Texto Constitucional sean lo suficientemente necesarios para su cumplimiento en el plano coexistencial; empero es un muy buen inicio, si de lo que se trata es de promover y proteger el libre desenvolvimiento de las personas en sus variadas facetas. Asimismo, al plano formal-jurídico de la democracia (o su juridificación) corresponderá a los altos tribunales de justicia de cada país perfilar y aproximarse a su contenido y alcances, lo que contribuirá -evidentemente- a la construcción constitucional del fenómeno democrático; tenemos así que el Tribunal Constitucional español señala que la democracia es un principio fundacional del propio Estado Constitucional (STC 259/2015, fundamento jurídico 5) y es un valor superior de del ordenamiento reflejado en el artículo 1.1 de la Constitución española (STC 204/2011, fundamento 8); y el Tribunal Constitucional peruano precisa el principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de derecho, la Constitución como juridificación de la democracia y se emplea literalmente la expresión democracia constitucional como democracia estable, jurídica, reglada y desarrollada conforme a los límites de la Constitución (STC 0030-2005-PI, fundamento 19), y la persona humana y su dignidad como fundamento de la democracia (STC 4677-2004-PA, fundamento 12)².

Importa mucho en todo intento por darle contenido a la democracia el nivel de conciencia de los ciudadanos -como elemento fundamental de un Estado- y de los detentadores del poder político -autoridades- en torno al valor de la Constitución. Para el éxito del sistema democrático-constitucional, de una convivencia humana tendiente a disminuir la vulneración de los derechos y fortalecer los deberes personales e institucionales, de promover ciudadanos de militancia democrática, se debe apuntalar siempre a sumar esfuerzos para la

1 L. CASTILLO CÓRDOVA, “La democracia como bien humano esencial”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, n° 3, 2010, p. 71.

2 H. DOMÍNGUEZ HARO, *Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica*, Grijley, Lima, 2018, pp. 97-104.

construcción de un sentimiento o patriotismo constitucional³, esto es, lealtad a la Constitución democrática, sobre todo en épocas duras y de incertidumbre sanitaria como está aconteciendo en nuestro planeta.

Bajo ese espectro, de conexión entre la experiencia democrática y la Constitución, o la democracia y su relación con la dimensión expansiva del constitucionalismo, nos permitirá conducir -a una velocidad lenta o rápida según las condiciones, barreras o rompemuelles de cada sociedad o país- y llegar a afrontar las disímiles situaciones que surgen cuando de aplicar y garantizar los derechos constitucionales y fundamentales se trata, cuando de exigir también -sin duda alguna- la concreción de deberes constitucionales y fundamentales, ya sea en estados o contextos de normalidad o anormalidad. En este último caso con todo lo que está sucediendo a causa de la pandemia de Covid-19 -un virus en plena mutación- y cuyo impacto en los sistemas democráticos somos testigos. Ciertamente, ante este escenario, analizar los derechos y deberes constitucionales, el rol de la justicia constitucional y aquello que corresponde a los parlamentos resulta propicio como ha ocurrido con el curso *on line* “Lecciones Constitucionales en tiempo de crisis”, específicamente en el módulo “Derechos constitucionales en épocas de pandemia y post-pandemia”, organizado por el Grupo de Investigación, Derechos Fundamentales, Andalucía y la Unión Europea, Universidad de Jaén, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Sur de Europa, entre otras instituciones⁴.

II. LOS DERECHOS-DEBERES CONSTITUCIONALES, IMPLICANCIAS Y OTRAS ANGUSTIAS EN UN ESTADO “COVID-19”.

El sustento democrático en clave constitucional nos permite con mayor razón justificar y argumentar a favor del ejercicio legítimo de los derechos constitucionales y de los deberes que la Constitución exige -y es que la democracia se fortalece no solo con los derechos, sino también con los deberes como hizo referencia el profesor Marcos Francisco Massó en el curso antes señalado-, ante una situación inesperada que toca y trastoca a todos -sin excepción- en pleno siglo XXI, la llamada enfermedad infecciosa Covid-19, y es que la era de la globalización lo es también de las pandemias que trasciende su expansión continental de antaño, ahora a escala mundial. Si bien los gobiernos están tratando de minimizar los riesgos de contagio y mitigar los efectos nefastos de dicho virus, al amparo de aquel instrumento fundamental como lo es siempre la Constitución, la dación de normas legales, acciones sanitarias, etc., se debe también hacer una gran dosis de quehacer interpretativo acudiendo a la interpretación *pro homine*, descartando moldes rigurosos y literales de la normatividad. Esto es, no ser indiferentes a la calidad de seres humanos, al sentido común y al contexto donde nos movemos y cuyo escenario es -lamentablemente- de muerte y desolación. En otras palabras, el mayor virus puede ser la indiferencia y ante ello incumbe actuar desde los variados roles donde nos encontremos.

En ese sentido, pongo en el tapete, el caso peruano por ser un espacio donde me desenvuelvo y creo conocer mejor el ejercicio de los derechos-deberes constitucionales, máxime si en esta época de crisis sanitaria se sumó la crisis política, tres presidentes de la República en el Perú en los últimos tres meses, es decir, un presidente vacado, un presidente que renunció y un presidente elegido por el Congreso de la República, configurándose un gobierno transitorio constitucional (por primera vez en la historia política del Perú) y cuyo mandato termina en julio del presente año. Panorama de oscilaciones, que a la luz de los acontecimientos ocurridos desde la declaratoria del estado de emergencia nacional, el aislamiento social obligatorio de marzo hasta junio (cuarentena) y la inmovilización social obligatoria por determinadas horas desde el mes de diciembre del año 2020, y del estado de emergencia sanitaria, el gobierno transitorio constitucional y, en general, los diferentes actores en medio de esta crisis de salud pública, deben reflexionar sobre determinados tópicos sustantivos “desde” los derechos-libertades y “desde” los deberes-obligaciones que telegráficamente se repasa en los siguientes párrafos⁵:

3 C. RUIZ MIGUEL. “El patriotismo constitucional”, *Revista Peruana de Derecho Público*, n.º 20, 2010, pp. 39-50.

4 Actividad realizada el 24 de setiembre de 2020 y cuyo primer módulo contó con la participación de los profesores Juan José Ruíz Ruiz (España), Marcos Francisco Massó Garrote (España), Eduardo Andrés Velandia Canosa (Colombia) y Gustavo Gutiérrez Ticse (Perú) bajo la coordinación de Helder Domínguez Haro (Perú).

5 Una mirada preliminar se puede ubicar en: H. DOMINGUEZ HARO, “Constitución democrática interpretada al servicio

a) Queda claro que el estado constitucional de emergencia tal como se nos ha impuesto en los meses del 2020 y a inicios del corriente año, por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del Covid-19, fue un acto de necesidad con sus propias particularidades y extensión material, como último recurso estatal para la protección de los derechos o bienes constitucionales que a través de los procedimientos ordinarios no se podrían haber hecho. Si bien no encajaría bajo los supuestos de un estado de emergencia técnica y rigurosamente hablando según el artículo 137 de la Constitución peruana⁶, compartimos su invocación vía interpretación porque la realidad nos lo exigía en ese momento, pese a la zona gris generada o los claroscuros puestos al debate. A futuro debe pensarse en una mejor regulación constitucional como estado de alarma y su respectiva normatividad infraconstitucional, como está plasmado en el artículo 116.2 de la Constitución española reguladora del estado de alarma⁷, aunque también no está exenta de ciertos problemas en su aplicación; y que está generando debates y discusiones propias de las instituciones que comprenden el derecho constitucional de emergencia.

Ciertamente, si los derechos constitucionales correlativamente generan deberes constitucionales: deberes ciudadanos y deberes de los poderes públicos, merecen también un tratamiento importante en situaciones de emergencia como la descrita en el párrafo anterior. Volviendo nuevamente al profesor Massó, la emergencia sanitaria significa el cumplimiento y obligación de los poderes del respeto de la legalidad y adecuación del Estado de Emergencia al respeto de las garantías y los derechos fundamentales como también de los deberes civiles de los ciudadanos en régimen de reciprocidad y solidaridad social. Igualmente, en el marco del curso virtual “Lecciones Constitucionales en tiempo de crisis”, el profesor Juan José Ruíz reafirmaba que la pandemia origina responsabilidad social de las personas, en cuanto activa ciertas obligaciones

de los derechos fundamentales en un estado de emergencia” en E. Blume Fortini, y L. Saénz Dávalos, (coords.), *Emergencia sanitaria por Covid 19. Retos al constitucionalismo peruano*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Adrus Editores, Lima, 2020, pp. 39-50.

- 6 Artículo 137 de la Constitución de 1993: “El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1) Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República. 2) Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso”.
- 7 Artículo 116 de la Constitución de 1978: “1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes; 2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. 3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. 4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones. 5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente. 6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”.

legales dirigidas al ciudadano para cuidar la salud de los demás y no poner en riesgo la salud pública, utilizando la mascarilla, asumiendo el distanciamiento social y otras medidas de prevención.

Al respecto, por ejemplo, el artículo 44 de la Constitución peruana prescribe como deberes primordiales del Estado: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación; y el artículo 7 establece que todos tienen el derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

- b) Asimismo, tras la culminación del confinamiento severo, la vuelta a la nueva “normalidad” y ahora desde fines del año pasado el estado de emergencia nacional, lamentablemente debemos afirmar que la práctica superó a la teoría, la arrinconó. Las medidas adoptadas por el gobierno para la prevención y control con el objeto de evitar la propagación del Covid-19 no fueron eficaces o no produjo los resultados esperados. Seguimos en ese ritmo, con una creciente tasa de mortalidad en la región, y cuya responsabilidad también comprende a la población, ante el incumplimiento progresivo de los deberes ciudadanos en esta pandemia. Evidentemente no se pensó o se imaginó la magnitud que ocasionaría la aplicación del estado de emergencia nacional que terminaría restringiendo en la práctica o en los hechos, otros derechos constitucionales además de los que naturalmente están permitidos su suspensión, esto es, a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, a la libertad de reunión y de tránsito en el territorio (incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y el inciso 24, apartado f del artículo 2 de la Constitución peruana).

Es infrecuente en las emergencias constitucionales, naturalmente previstas en el Texto Fundamental vigente, la conculcación de derechos, como el derecho a la salud (otras enfermedades o situaciones diferente al Covid-19 que menoscaban la salud), a la educación, al trabajo y consiguientemente a una remuneración para su bienestar y el de su familia, a la alimentación, a la empresa, al libre comercio, el derecho del consumidor, a la tutela procesal efectiva, libertad religiosa, la práctica deportiva individual al limitarse el uso de los espacios públicos, entre otros; empero lo que se está viviendo es un muy grave problema sanitario de gruesas dimensiones inimaginables. Dadas las circunstancias propias de una pandemia expansiva e invisible resultaría, entonces en relación con el ejercicio de los derechos-deberes, su modulación razonable a partir de las llamadas regulaciones de tiempo, lugar y modo; sin embargo, también es de apreciarse limitaciones por parte del Poder Ejecutivo a través de medidas normativas y administrativas distantes de ser idóneas, necesarias y ponderadas en perjuicio del libre ejercicio de los derechos.

Dicho esto, estamos válidamente ante la posibilidad de activar además de los procesos penales por algún hecho ilícito tipificado como delito cometido por personal de la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas, procesos constitucionales de la libertad (esencia de la justicia constitucional-democrática) en la medida que los plazos sean expeditivos dado la naturaleza de la “normalidad” y consiguientemente, de llegar al Poder Judicial y/o al Tribunal Constitucional los lineamientos interpretativos podrían ser esclarecedores para una eficiente actuación de los poderes públicos, ministerios y otras instituciones dentro de un estado de emergencia “*sui generis*”; y sobre todo o con bastante razón, ante la falta de una ley de desarrollo constitucional que “contemple los casos en los cuales se habilita un estado de excepción y las condiciones en que este puede llevarse a cabo y sus límites”⁸.

Mientras estemos o no ante determinados procesos de tutela de derechos o se trabaje en una propuesta de ley como la citada línea arriba, debemos ser persistentes y llamar la atención a las autoridades y funcionarios a actuar con bastante sentido común, guiándose por criterios de proporcionalidad y razonabilidad en aras de salvaguardar la vida y la integridad de las personas.

8 D. GARCÍA BELAUNDE, “Constitución, Estado de Emergencia y Covid-19” en E. BLUME FORTINI, y L. SAÉNZ DÁVALOS, (coords.), *Emergencia sanitaria por Covid 19. Retos al constitucionalismo peruano*, op. cit., p. 84.

- c) El horizonte jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano es elocuente cuando enfatiza la naturaleza del derecho a la salud como derecho fundamental porque compromete al derecho a la vida, al derecho a la integridad (STC 1429-2002-HC, fundamento 14, y STC 2945-2003-AA, fundamento 6) y además también ha reconocido que estamos ante una categoría ius-fundamental autónoma (STC 5842-2006-PHC, fundamento 48). Si bien de su contenido se desprende tener en cuenta políticas públicas nacionales de protección y desarrollo del derecho social a la salud, conlleva la obligación de los poderes públicos y en particular del gobierno, de materializar y concretizar el acceso a los servicios de salud sin discriminación alguna y bajo un mínimo de calidad en el servicio. Si bien la atención debe ser prioritaria a las personas infectadas por el nuevo coronavirus, más aún cuando tiene efectos diferenciados en los grupos que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad (adultos mayores, personas con discapacidad, pueblos indígenas, incluso personas privadas de libertad, etc.), ello no necesariamente ocurre en la mayoría de los casos por la grave problemática hospitalaria y las deficiencias en el sistema de protección a la salud, sùmese la restricción del acceso al sistema sanitario por otras enfermedades graves.

Por tanto, donde está en juego el bien humano esencial como la salud, y por ende la vida de las personas por las razones harto conocidas como consecuencia de los efectos asimétricos de la pandemia, corresponde en una democracia constitucional el acceso a los centros de salud privados como extensión de su función social y la reducción significativa de los costos; echando mano -de ser el caso- a una norma legislativa o a una interpretación “a favor de la vida humana” sensibilizando y contextualizando el artículo 62 de la Constitución⁹ y otros preceptos constitucionales; aplicándose también a aquellos servicios y comercialización de bienes directamente vinculados con el rubro salud; sin perjuicio del rol subsidiario del Estado. Un ejercicio y alcance razonable del contenido constitucional del derecho a la vida y del derecho a la salud en relación con el derecho de los contratos y la seguridad jurídica es necesario en esta situación concreta de emergencia constitucional y extremadamente vital, apelando a los principios de interpretación de unidad de la Constitución, teleológica, entre otros principios hermenéuticos; por cuanto si la Constitución considera márgenes de interpretación, es tolerable que una alternativa racional es constitucional en la medida que se derive de la dignidad humana, una buena razón para no invocar el nombre de la Constitución en vano¹⁰.

Si a ello añadimos, el artículo 58 de la Carta Fundamental al prescribir la libre iniciativa privada y su ejercicio dentro de una “economía social de mercado”¹¹, entonces hagamos sentir lo “social” y el principio de solidaridad en épocas de pandemia, y porque todos los seres humanos tienen el derecho a la protección de su salud y a no ser discriminados.

Atañe a los poderes del Estado, según sus competencias y funciones, cumplir con sus obligaciones y deberes (“todos” sus deberes” y no “algunos” deberes en beneficio de los “derechos de algunos”) en una situación de “guerra contra la enfermedad del coronavirus”, y de un modo rápido y a la vez eficiente, por cuanto la pandemia ha recreado una “nueva y repudiable especie humana” por el excesivo costo de los medicamentos, los balones de oxígeno, los servicios de los centros de salud privados, la vuelta de prácticas de especulación y acaparamiento de productos y

9 Artículo 62 de la Constitución de 1993: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

10 Cfr. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “Derechos, democracia y justicia constitucional” en AA.VV., *Jurisdicción constitucional y democracia*. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 124.

11 Artículo 58 de la Constitución de 1993: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

bienes, etc. La realidad grafica -penosamente- la presencia de sicarios en épocas de pandemia, esto es, si el sicario es un individuo dedicado a asesinar a cambio de dinero, lo es también, aquel dedicado a no asesinar a cambio de dinero, de elevadas y exorbitantes sumas de dinero por los servicios, prácticas y productos antes referidos. En consecuencia, además de la lucha contra el coronavirus, hay que también combatir contra esa “nueva y repudiable especie humana”.

Finalmente, las carencias de las prestaciones advertidas a la que está obligado el Estado, y que se constata con un nefasto indicador expresado en el número de fallecimientos por las deficiencias de los servicios públicos, no exime al Estado de la responsabilidad civil y patrimonial ante el incumplimiento de la ley -como bien dejará constancia el profesor Massó en la actividad académica donde se trató estos puntos neurálgicos-. Un régimen de consecuencias por el incumplimiento total y parcial debe ser parte de las estructuras propias de una democracia constitucional; sin olvidar también en el caso de presentarse excesos en un estado de emergencia, la interposición de las respectivas demandas civiles por daños y perjuicios¹².

d) La alarmante situación en que nos desenvolvemos, pone en el atril la idea siempre presente y ahora con bastante sensatez, compatible con los principios constitucionales presupuestarios básicos, la asignación presupuestaria constitucionalmente estatuida, garantizada y suficiente en temas de salud o, en otras palabras, positivizar un porcentaje mínimo de presupuesto en la Constitución a favor de la salud pública con un alto grado de prioridad de recursos por tratarse del valor de la persona en su dimensión vida-salud. Ello permitiría primero reducir la brecha existente entre lo solicitado versus el presupuesto asignado para cada ejercicio fiscal -que siempre es reducido- y en segundo lugar prever futuros recursos para una mejor atención de la población. Se espera que el Parlamento peruano siga con dicha tendencia, por cuanto, a fines del año pasado se reformó la Constitución peruana consagrándose en el último párrafo del artículo 16 el siguiente texto: “La educación es un derecho humano fundamental que garantiza el desarrollo de la persona y la sociedad, por lo que el Estado invierte anualmente no menos del 6 % del PBI”.

e) La pandemia ha evidenciado la insuficiente regulación jurídica de la muerte y del cuerpo del fallecido, y más allá de aspectos técnicos que todavía perduran (teorías de la semipersona, personalidad residual, de la *res*, etc.) y de la posición del ordenamiento civil nacional al considerar a la muerte como fin de la persona dejando de ser sujeto de derecho o el difunto no puede ser titular de derecho según el Tribunal Constitucional peruano (STC 0256-2003-HC, fundamento 2), debemos repensar el reconocimiento *post mortem* a partir de una cobertura constitucional-legal flexible a las circunstancias actuales que estamos padeciendo. El cadáver, por un lado, merece el respeto y la consideración por su sola condición previa de persona (no es un simple material de desecho) y, por otro lado, lo que significa para los familiares y el derecho al adiós a través de una sepultura digna, ritual que forma parte de la libertad de culto (STC 0256-2003-HC, fundamento 19). En esa línea explicativa, no es una cuestión sencilla decir que el difunto pase de “sujeto” a un “mero objeto”¹³, como tampoco aceptar arbitrariamente la vulneración del derecho al adiós y del derecho a la sepultura.

En consecuencia, se tiene la oportunidad de tomar conciencia no sólo de los efectos jurídicos que desencadena la muerte y el cuerpo -sin sus funciones vitales- en decadencia, también de obrar con sentido humanista y de mejorar las normas de protección, inclúyase a los familiares o a los suyos del difunto.

12 D. GARCÍA BELAUNDE, “Constitución, Estado de Emergencia y Covid-19”, op. cit., p. 84.

13 R. CÁRDENAS KRENZ, “Tienen derecho los muertos”, *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, n.º 1, 2020, p. 175.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN. HACIA EL FORTALECIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y HUMANISTA.

La historia de la civilización es también el recorrido de las distintas formas de organización política, de gobierno y estadual, y dentro de dicha gama la democracia -no obstante su juventud- también se ha mostrado de múltiples maneras, por ejemplo, democracia política, social, económica, industrial, ambiental, entre otras experiencias, hasta llegar a nuestros días en su versión denominada democracia constitucional o anclada dentro del constitucionalismo democrático abordado al inicio del presente texto. Es en ese modelo de Estado constitucional y democrático del siglo XXI, donde se debe ahondar y acentuar, de un modo gravitante, la presencia de los derechos sociales y prestacionales y los deberes constitucionales por parte del Estado y de los ciudadanos, en aquello que corresponda (correlatividad entre derechos y deberes), y que incluya también -probablemente- deberes que no dependan de otros derechos diseminados en las Constituciones. Es en esta tarea que las defensorías del pueblo -amparándose en el control democrático a través del poder de persuasión inherente a su naturaleza- juegan un rol significativo en la defensa de los derechos y la eficacia de los deberes relativos a la salud pública por ejemplo¹⁴.

Conviene poner en relieve que la pandemia del tercer milenio nos hace recordar que “(...) la calidad de una sociedad organizada en la forma de Estado que se dice a sí mismo social y democrático de derecho se mide por las prestaciones que produce, por los rendimientos que genera y por la medida en que hay correspondencia entre lo que dice ser, y se proclama, y lo que en efecto es. El estado social y democrático de derecho se legitima precisamente por las prestaciones en favor de quienes viven en su órbita (...)”¹⁵. Las consideraciones anteriores permiten señalar que el derecho a la salud universal debe marcar el rumbo de las acciones gubernamentales y de los estudios sobre el constitucionalismo democrático, como contenido esencial de una democracia de estirpe constitucional y humanista; y que pasa también, por superar las falencias de la “constitución económica”, ya sea por medio de una operación intelectual de interpretación, lo más sólida posible y permanente, para evitar ser derrotado por posturas autoritarias y descontextualizadas, o ya sea por medio de reformas o enmiendas constitucionales.

14 Artículo 162 de la Constitución de 1993: “Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. (...)”.

15 M. REVENGA, “Presentación” en G. RUIZ-RICO RUIZ, A. PORRAS NADALES y M. REVENGA SÁNCHEZ, (coords.), *Regeneración democrática y reforma constitucional*, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Sur de Europa, Universidad de Jaén, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 14.