

## Evaluación a la medida de declaración de estado de emergencia instituida como respuesta jurídica estatal a consecuencia de la COVID-19 en el Perú

Evaluation to the emergency status declaration measure instituted as a state legal response as a result of COVID-19 in Peru

TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel(\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El Carácter del régimen de excepción en el Perú: Una mirada jurisprudencial. III. Evaluación a la declaración de Estado de Emergencia contenida en el D.S. N.º 044-2020-PPCM. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

**Resumen:** Las siguientes líneas constituyen el resultado del estudio que efectuáramos al contenido del DS N.º 044-2020-PCM, su fecha 15 de marzo de 2020, instituido por el gobierno peruano para declarar el Estado de Emergencia Nacional y la Cuarentena —como medida de seguridad—, a consecuen-

(\*) Abogada, Maestra en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, y Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Conciliadora Extrajudicial y Especializada en Familia. Árbitro. Asesora Legal. Docente, en materia jurídica, adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca-Perú. Correo electrónico: tyteranr@unc.edu.pe

cia del brote, en su territorio, de la enfermedad causada por el coronavirus (COVID-19). Así, luego de haber examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el exp. N.º 0017-2003-AI/TC, se ha precisado el carácter del régimen de excepción en el Perú, así como hemos efectuado comentario respecto al contenido del Decreto Supremo citado *ut supra*, prescribiendo opinión en cuanto a la legitimidad de su interposición. Ello ha permitido incrementar el conocimiento respecto al instituto del Estado de Emergencia como tipo del régimen de excepción en el Perú, estipulando anotaciones acerca de su legitimidad y reflexionando, básicamente, en cuanto a su carácter singular y de última ratio.

**Palabras clave:** COVID-19, Estado de emergencia, Régimen de excepción, Tribunal Constitucional.

**Abstract:** *The following lines constitute the result of the study we carried out on the content of Supreme Decree N.º 044-2020-PCM, dated March 15, 2020, instituted by the Peruvian government to declare a State of National Emergency and Quarantine - as a measure of Safety - as a result of the outbreak in the territory of the disease caused by the coronavirus (COVID-19). Thus, after having examined the Constitutional Court Judgment relapsed in the exp. N.º 0017-2003-AI / TC, the nature of the exception regime in Peru has been specified, as well as we have made a comment regarding the content of the Supreme Decree cited above, prescribing an opinion regarding the legitimacy of its filing. This has allowed increasing knowledge regarding the State of Emergency institute as a type of emergency regime in Peru, stipulating annotations about its legitimacy and reflecting, basically, on its unique and last-rate nature.*

**Key words:** COVID-19, State of emergency, Regime of exception, Constitutional Court.

## I. Introducción

Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró como Pandemia a la enfermedad causada por el coronavirus (COVID-19)<sup>(1)</sup>, primigeniamente declarada por la OMS como Epidemia con fecha 30 de enero de 2020 y que tuvo su origen en Wuhan-China el 31 de diciembre de 2019. A partir de esta consideración, los distintos países del mundo, incluyendo el Perú, en

(1) Los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por coronavirus COVID-19. (Organización Mundial de la Salud, 2020)

cuyo territorio se había presentado el brote de la enfermedad COVID-19, adoptaron medidas a efectos de proteger la salud de sus ciudadanos<sup>(2)</sup>.

De esta forma, el mecanismo jurídico empleado por el Estado peruano, para contrarrestar la Pandemia por COVID-19, fue la aplicación del régimen de excepción, particularmente del Estado de Emergencia como tipo de aquél, regulado en el artículo 137.1 de la Constitución Política de 1993 y contenido formalmente en el DS N.º 044-2020-PCM, su fecha 15 de marzo de 2020.

En tal sentido, las siguientes líneas tendrán como propósito realizar comentario en relación al contenido de este Decreto; básicamente, a partir de las características del régimen de excepción señaladas por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia, a efectos de evaluar tal medida, así como de precisar opinión en relación a su legitimidad.

## II. Carácter del régimen de excepción en el Perú: una mirada jurisprudencial

Previamente al tratamiento de este punto, es necesario establecer anotación en relación al concepto del régimen de excepción. Así, en mérito a lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia de fecha 16-03-2004, recaída en el exp. N.º 0017-2003-AI/TC:

El régimen de excepción conceptualmente hace referencia a aquellas «competencias de crisis» que la Constitución otorga al Estado con el carácter de extraordinarias, a efectos de que pueda afrontar hechos, sucesos o acontecimientos que, por su naturaleza, ponen en peligro el normal funcionamiento de los poderes públicos o amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política. (F.J. 15)

Asimismo, en opinión de Siles (2015), el Estado de excepción «supone una disciplina jurídica especial, distinta de la vigente durante la situación de «normalidad constitucional», que apunta a conjurar una grave emergencia que amenaza la propia vida de la nación o la continuidad del Estado» (p. 74). De esta forma, el Estado de excepción se configura como una «medida de reacción estatal», de inmediata realización —dada la presencia de circunstancia inminente— y, acudida de *ultima ratio* —en mérito a que existen otros mecanismos de defensa a la integridad

(2) Véase: Aşkın Kıyağan (16 de marzo 2020).

de la comunidad política— pues, conforme lo anotara Schmitt en Flores (2014, p. 52), «(...) el estado de excepción es la última garantía para conservar el orden».

Entendido ello, el régimen de excepción en el Perú ostenta singulares características, las cuales han sido puntualizadas por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. Así, el régimen de excepción se caracteriza por lo siguiente:

- a) *Concentración del poder, con permisión constitucional, en un solo detentador* —normalmente el jefe del Ejecutivo—, mediante la concesión de un conjunto de competencias extraordinarias, a efectos de que la acción estatal sea tan rápida y eficaz como lo exijan las graves circunstancias de anormalidad que afronta la comunidad política. Fruto de ello es el acrecentamiento de las atribuciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía.
- b) *Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad*, cuyo origen puede ser de naturaleza político-social, o deberse a situaciones de fuerza mayor o a crisis económicas. Tales los casos de guerra exterior, guerra civil, revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etc.
- c) *Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios*.
- d) *Transitoriedad del régimen de excepción*. Habitualmente, su duración se encuentra prevista en la Constitución o en las leyes derivadas de esta; o en su defecto, regirá por el tiempo necesario para conjurar la situación de anormalidad. La prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, además de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política, ya que, como señala Carlos Sánchez Viamonte [La libertad y sus problemas. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina], «lo único que hace tolerable la autoridad, más allá de su carácter representativo, es su carácter de servicio público y las limitaciones que impiden desnaturalizarla».
- e) *Determinación espacial del régimen de excepción*. La acción del Estado, premunido de competencias reforzadas, se focalizará en el lugar en donde se producen las situaciones de anormalidad. De allí que se precise que la medida tiene carácter nacional, regional, departamental o local.
- f) *Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales*.
- g) *Aplicación, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad, de aquellas medidas que se supone permitirán el restablecimiento de la normalidad constitucional*. Dichas medidas deben guardar relación con las circunstancias existentes en el régimen de excepción.

- h) *Finalidad consistente en defender la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica*.
- i) *Control jurisdiccional expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del íter procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento; así como en el uso del control político parlamentario para que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política*. (Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16-03-2004, recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. F.J. 18) (Cursiva agregada)

Precisando comentario a lo anotado, el régimen de excepción debe ser establecido en el marco de la legitimidad; ello debido a que, en principio, este régimen configura la singularización del tratamiento del poder pues consiente que, este, sea ejercido y detentado por el Poder Ejecutivo, por supuesto, de modo definido y limitado por el marco jurídico constitucional, «ya que la finalidad de la normativa constitucional en regímenes de emergencia es la de restablecer la normalidad de ciudadanos e instituciones, todo bajo los lineamientos del Derecho» (Torrealba, 2017); por ello, según se lee del art. 137 del texto constitucional, el Jefe de Estado, con acuerdo del Consejo de Ministros y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, se encuentra no solo facultado para decretar el establecimiento del régimen de excepción, sino también, se encuentra autorizado para disponer que en un estado de emergencia sean las Fuerzas Armadas quienes puedan asumir el control del orden interno. No obstante, el rol del Presidente de la República puede extenderse a la posibilidad de que, según sus atribuciones, por cuenta propia y/o solicitando al Poder Legislativo facultades para legislar, establezca propuestas de carácter jurídico que tengan como finalidad el reponer la situación de normalidad vivida hasta antes de la vigencia del régimen en mención. Como es de verse, en el marco del régimen de excepción, el poder se encuentra concentrado y, su ejercicio, se halla legitimado por la autorización constitucional.

Asimismo, el régimen de excepción presupone la existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad, la cual encuentra su origen, según opinión del Tribunal Constitucional, en aspectos de naturaleza político-social, de fuerza mayor, de crisis económicas. Así, nótese que, para el establecimiento de un régimen de excepción, no solo es preciso que exista un incidente de anormalidad, sino que, es imperioso que el mismo revista gravedad, esto es, que se trate de un «daño que comprometa la estabilidad o supervivencia del Estado» (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. F.J. 19). Bajo esta perspectiva, el art. 137 de la Constitución

Política establece las siguientes circunstancias: perturbación de la paz o del orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan; además, de las establecidas por el Tribunal Constitucional, tales como: revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etc. Por tanto, la presencia o peligro inminente de acontecimiento grave que impida el normal funcionamiento estatal es característica de este régimen; empero, a nuestra consideración, debe pormenorizarse, mediante la regulación interna, el significado y el alcance del término «circunstancia grave», no únicamente para «construir» su delimitación; sino, esencialmente, para que se evite acudir a tal régimen de manera injustificada, e incluso, de modo abusivo o arbitrario.

Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional deja indicado, como lo precisáramos líneas arriba, el carácter de última ratio exigido para la aplicación de este régimen; pues, este solo tendrá lugar cuando la situación de anormalidad no haya podido ser corregida por mecanismos legales existentes de carácter ordinario. Consideramos que esta peculiaridad solidifica al régimen de excepción y consolida su carácter de «extraordinario».

También, el régimen de excepción tiene carácter temporal, es decir, ostenta duración determinada; misma que depende de la existencia de la situación de anormalidad, esto es, de la circunstancia grave. Respecto a la temporalidad, esta se encuentra definida normativamente y su prórroga debe encontrarse justificada y establecida de cara a «detener» la situación de anormalidad; así como, según lo inscribe el Tribunal Constitucional, para no vulnerar la autoridad política y no desvirtuar la razón de ser del régimen. En el caso peruano, el art. 137 de la Constitución Política establece los periodos máximos de 60 y 45 días correspondientes al Estado de Emergencia y al Estado de Sitio, respectivamente; pudiendo admitirse la prórroga de los plazos señalados y, requiriéndose, para la prórroga del Estado de Sitio, la intervención del Congreso para emitir su aprobación.

A su vez, el régimen de excepción se caracteriza por definir el espacio en el cual se concentra la situación de anormalidad; ello es necesario pues permitirá no sólo conocer este espacio para efectos de delimitación territorial (nacional, regional, local) sino, además, para que el Estado oriente sus esfuerzos inmediatos al restablecimiento del orden en la comunidad política. Al respecto, la Constitución Política en su art. 137 dispone que podrá establecerse el régimen de excepción sobre espacio determinado, es decir, en todo o parte del territorio nacional.

Otro de los aspectos del régimen de excepción es la restricción del ejercicio de determinados derechos constitucionales, la cual es transitoria y se encuentra en

función de la duración establecida del régimen. En el caso del Perú, el artículo 137 de la Constitución Política puntualiza los derechos constitucionales comprendidos; así, durante la eventualidad de un estado de emergencia se pueden restringir o suspender 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 art. 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo<sup>(3)</sup>, indicándose que, en ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. En este sentido, consideramos relevante que el constituyente haya precisado qué derechos constitucionales pueden, en su ejercicio, ser objeto de restricción o suspensión; toda vez que, parafraseando y considerando la opinión de Peces-Barba (1999), son los derechos constitucionales, también denominados fundamentales, los presupuestos éticos y jurídicos esenciales que, de un lado, instituyen normas básicas del ordenamiento jurídico y, de otro lado, son instrumento inexcusable para el desarrollo de las potencialidades del individuo en sociedad. Por tanto, solamente, bajo un régimen de excepción se otorga la permisión para la suspensión o restricción del ejercicio de derechos. No obstante, también, es de anotarse que existen otros derechos fundamentales que, indirectamente o en alguna medida, se ven comprendidos en este plano de restricción o suspensión en cuanto a su ejercicio; verbigracia, citando algunos, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, el derecho al disfrute del tiempo libre, el derecho a un medio sano y ecológicamente equilibrado. Si bien ello no es materia de investigación en el presente documento, es oportuno instar, a los estudiosos en el ámbito jurídico, dar una mirada y establecer, coherente y analíticamente, opiniones y propuestas respecto a este tema.

- (3) Los artículos en mención, precisan lo siguiente:  
 Art. 2.9 Constitución: «Toda persona tiene derecho: (...) 9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley».  
 Art. 2.11 Constitución: «Toda persona tiene derecho: (...) 11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería».  
 Art. 2.12 Constitución: «Toda persona tiene derecho: (...) 12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas».  
 Art. 2.24.f Constitución: «Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia – (...) f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito».

Aunado a lo acotado, bajo opinión del Tribunal Constitucional, el régimen de excepción supone el establecimiento de medidas que permitan el restablecimiento de la normalidad constitucional, las cuales deben revestir proporcionalidad, razonabilidad y coherencia, en este último caso, deben tener relación con las circunstancias graves que motivan el régimen. Respecto a los aspectos de razonabilidad y proporcionalidad, se precisa lo siguiente:

La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente «creador» o «motivador» del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél.

En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.

- (...) La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella. (Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 05-07-2004, recaída en el EXP. N.º 0090-2004-AA/TC. F.J. 35)

Entonces, toda medida a establecer, dentro del régimen de excepción, debe observar coherencia y fundarse en la connivencia de la circunstancia grave que supone la situación de anormalidad; máxime si, la finalidad del régimen de excepción que, a su vez es determinante de éste, es la defensa «de la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica» (Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16-03-2004, recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. F.J. 18. Literal h).

Al mismo tiempo, el régimen de excepción se caracteriza por la existencia de control, de tipo tanto jurisdiccional como político parlamentario. Así; de un lado, según el primero de ellos, se controlará la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la restricción o suspensión de derechos fundamentales de la persona, que el propio régimen presupone, y en relación al aspecto procedimental del establecimiento del régimen de cara a la Constitución Política; de otro lado, el establecimiento de este régimen habilita el control político parlamentario para los casos de rendición de cuentas y de responsabilidad política; que pudiera dirigirse, según el caso, a funcionarios públicos que detentan autoridad y poder de decisión en el marco de la vigencia del régimen de excepción, claro está, como consecuencia del ejercicio de sus competencias y de sus atribuciones.

En consecuencia, el régimen de excepción se compone de sendas peculiaridades definidas por la jurisprudencia constitucional. Si bien el Alto Tribunal no refiere acerca de un orden de prelación entre ellas, consideramos que son concurrentes, ineludibles y observables, tanto para su establecimiento como para su vigencia y su prórroga, temporales; pues permiten dotar de legitimidad y, por ende, de validez al propio régimen; mismo que, bajo esta perspectiva, despliega su singularidad y su razón de ser.

### III. Evaluación a la Declaración de Estado de Emergencia, D.S. N.º 044-2020-PCM

El siguiente cuadro se elabora considerando las características del régimen de excepción en el Perú, con énfasis en el Estado de Emergencia como tipo de aquél, acotadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC; así como, lo que concierne el contenido del D.S. N.º 044-2020-PCM que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote de la COVID-19. De esta forma, mediante la precisión de comentarios, se efectuará evaluación del Estado de Emergencia como tipo del régimen de excepción en el Perú; lo cual, además, permitirá conocer, con practicidad, este instituto jurídico constitucional.

#### Cuadro N.º 01

Evaluación a la declaración de Estado de Emergencia contenida en el D.S. N.º 044-2020-PCM

1	CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)	CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PCM
	Concentración del poder, con permisión constitucional, en un solo detentador	Los considerandos refieren a la facultad del Estado, particularmente del Poder Ejecutivo, para el establecimiento de la medida de Estado de Emergencia. Se establecen los arts. 7, 9, 44, 118.4, 118.14 y 137.1 de la Constitución Política.
<b>COMENTARIO</b>		
El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República, acude a sus atribuciones ordinarias señaladas en los arts. 118.4 (Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República) y 118.14 (Presidir el Sistema de Defensa Nacional; y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional) del texto constitucional; así como al art. 137.1 de la misma norma, que establece la facultad exclusiva para decretar el Estado de Emergencia, tipo del régimen de excepción. De este modo, el Jefe del Ejecutivo, constitucionalmente se encuentra facultado para decretar el Estado de Emergencia; lo cual, trae consigo, según Bernardino Gonzáles, citado por el Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al EXP. N.º 0017-2003-AI/TC, «competencias especiales que asume, para poner fin, por medios jurídicos, a la particular situación de excepción». En el presente caso, se observa este carácter del régimen de excepción.		

2	<b>CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)</b>	<b>CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M</b>
	Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad	Uno de los considerandos señala: «Que, la Organización Mundial de la Salud ha calificado, con fecha 11 de marzo de 2020, el brote del COVID-19 como una pandemia al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea».
<b>COMENTARIO</b>		
El Poder Ejecutivo considera como circunstancia de anormalidad grave, la existencia de la Pandemia por la enfermedad COVID-19, la cual afecta a los ciudadanos peruanos y constituye, en caso se propague, un peligro para la vida y la salud pública. Por tanto, bajo su miramiento, este hecho supone una circunstancia que afecta la vida de la nación. Empero, consideramos que el Poder Ejecutivo debió no solo enunciar sino justificar, argumentativamente, respecto a la afectación a la vida de la nación; toda vez que este aspecto es determinante para la aplicación del régimen de excepción, el cual trae consigo, entre otros efectos, la suspensión o restricción de derechos fundamentales de la persona, cuya observancia es ineludible en un Estado Democrático. Asimismo, tal justificación permitirá que el régimen de excepción «mantenga» su carácter extraordinario en cuanto a su aplicación; para así, no «normalizarlo» y, por ende, no desnaturalizarlo.		
3	<b>CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)</b>	<b>CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M</b>
	Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios.	Los considerandos establecidos en el Decreto, precisan: «Que, mediante Decreto Supremo N.º 008-2020-SA se declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19; Que, no obstante, dicha medida, se aprecia la necesidad que el Estado adopte medidas adicionales y excepcionales para proteger eficientemente la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad del incremento del número de afectados por el COVID-19, sin afectarse la prestación de los servicios básicos, así como la salud y alimentación de la población».
<b>COMENTARIO</b>		
De los considerandos anotados se aprecia que, previamente a la aplicación del régimen de excepción (Estado de Emergencia), el Presidente de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, emitió —con fecha 11 de marzo de 2020, mismo día que la OMS declaró la Pandemia por COVID-19— el DS. N.º 008-2020-SA mediante el cual, teniendo en cuenta la existencia de la Pandemia, decretó Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el periodo de 90 días calendarios y estableció una serie de medidas de prevención y control a ser observadas en espacios públicos y privados. No obstante, conforme se desprende del D.S. N.º 044-2020-PCM, que motiva el comentario, el Poder Ejecutivo realiza una apreciación a la medida establecida por D.S. N.º 008-2020-SA, indicando que, para «proteger eficientemente la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad del incremento del número de afectados por el COVID-19» (D.S. N.º 044-2020-PCM; resaltado agregado), se hace necesaria la intervención estatal para establecer medidas adicionales y excepcionales. De ello se aprecia que, de un lado, el Poder Ejecutivo instituyó como medida previa a la aplicación del régimen de excepción, la emergencia sanitaria a nivel nacional que, reiteramos, fuera establecida normativamente en el D. S. N.º 008-2020-SA (11-03-2020). Empero, con posterioridad		

	(15-03-2020), al considerar necesario fijar medidas excepcionales y adicionales para la protección eficaz de la vida y la salud, acudió a la aplicación del régimen de excepción (declaratoria de Estado de Emergencia) contenido en el art. 137.1 de la Constitución Política; de este modo, si bien consideró el carácter de ultima ratio del régimen de excepción; no obstante, discurrimos que el Poder Ejecutivo ni siquiera tuvo la posibilidad de evaluar la efectividad y el cumplimiento de las medidas interpuestas en el D.S. N.º 008-2020-SA pues declaró Estado de Emergencia cuatro días después de haber decretado la Emergencia Sanitaria; además, dicho decreto —por cuanto establecía una Emergencia Sanitaria a nivel nacional— debió contener, con características propias y previamente analizadas, la medida de seguridad Cuarentena contenida en el art. 130.b de la Ley N.º 26842-Ley General de Salud; para que así, se acuda como último mecanismo jurídico de respuesta, al régimen de excepción. Agregado a lo anotado, puntualícese que, en el Perú no existen mecanismos legales ordinarios destinados a corregir y/o prevenir una circunstancia grave cuya existencia ponga en peligro la vida de la nación; por lo que, se hace imperioso diseñar un marco normativo particular que tenga la finalidad de constituir una medida de aplicación previa al régimen de excepción, dado el carácter de extraordinario y de última ratio que el mismo supone.	
4	<b>CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)</b>	<b>CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M</b>
	Transitoriedad del régimen de excepción	El art. 1 precisa la declaración de Estado de Emergencia, tipo del régimen de excepción, por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, por el periodo de quince (15) días calendario.
<b>COMENTARIO</b>		
El periodo erigido se efectúa en observancia de lo dispuesto en el art. 137.1 de la Constitución Política, mismo que fija la transitoriedad del régimen de excepción. Asimismo, el D.S. no establece la justificación de la adopción del plazo de 15 días; no obstante, deducimos que este tiempo ha sido fijado según necesidad para conjurar la situación de anormalidad. (Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16-03-2004, recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. F.J. 18). Además, a la fecha (junio 2020), la vigencia del Estado de Emergencia ha sido prorrogada en cinco oportunidades, cuyo detalle es el siguiente: a) D.S. N.º 051-2020-PCM (trece (13) días calendario, a partir del 31 de marzo de 2020), b) D.S. N.º 064-2020-PCM (catorce (14) días calendario, a partir del 13 de abril de 2020 hasta el 26 de abril de 2020), c) D.S. N.º 075-2020-PCM (catorce (14) días calendario, a partir del 27 de abril de 2020 hasta el 10 de mayo de 2020), d) D.S. N.º 083-2020-PCM (catorce (14) días calendario, a partir del 11 de mayo de 2020 hasta el 24 de mayo de 2020); y, e) D.S. N.º 094-2020-PCM (a partir del 25 de mayo de 2020 hasta el 30 de junio de 2020); tales periodos han sido fijados atendiendo a las graves circunstancias que afectan la vida de la nación por el brote de COVID-19 y no exceden a 60 días calendarios por cada prórroga; este último aspecto ha sido considerado por el Decreto Supremo N.º 083-2020-PCM, de fecha 9 de mayo de 2020, que a la letra indica: «Que, el numeral 1 del artículo 137 de la Constitución establece que la prórroga del estado de emergencia requiere nuevo decreto, que no puede exceder en cada caso de sesenta (60) días» (cursiva agregada). Al respecto, debemos comentar que, el art. 137.1 de la Constitución fija el plazo máximo de 60 días como duración del Estado de Emergencia, pudiendo ser prorrogable; en tal medida, el texto constitucional no establece el plazo máximo de prórroga ni los periodos o momentos en los que se daría la misma; empero, si bien el Tribunal Constitucional no ha sentado opinión sobre el particular, sí ha indicado que, «la prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, además de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política» (Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16-03-2004, recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. F.J. 18); a su vez, la prórroga al régimen de excepción de Estado de emergencia, obedece a la existencia de la circunstancia grave, que es de carácter eventual; y que, en el caso peruano es la Pandemia por COVID-19, la cual atenta contra la vida de la comunidad política y que, al mismo tiempo, reiteramos, es razón para la aplicación del régimen de excepción.		

	<p>Por consiguiente, bajo tales miramientos, se hace necesario que normativamente se regule acerca de la prórroga del régimen de excepción, básicamente, en cuanto a la especificación de criterios para acudir a esta medida; ello permitirá no desvirtuar la naturaleza del propio régimen, definida entre otros aspectos, por su carácter extraordinario.</p> <p>Por otra parte, existe incertidumbre respecto a la duración de la Pandemia por COVID-19 —circunstancia que ha motivado el establecimiento y la prórroga temporal del Estado de Emergencia en el Perú—; ello, por cuanto —sin perjuicio de que, hasta la fecha (junio 2020), científicos de distintas nacionalidades vienen trabajando para encontrar una vacuna o un medicamento efectivo contra tal enfermedad—, en opinión de Michael Ryan, director ejecutivo del Programa de Emergencias Sanitarias de la OMS, «existe la posibilidad de que la enfermedad COVID-19 nunca desaparezca y se convierta en un padecimiento endémico» (Sierra, 2020); además, en opinión de José Antonio López Guerrero, virólogo y catedrático de Microbiología en el Departamento de Biología Molecular de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) de España, el virus «está tan extendido que se va a quedar. Tiene tal capacidad para dispersarse que ya no va a desaparecer» (La República, 18 de mayo 2020). Siendo esto así, nos encontramos ante una situación de anomalía carente de tiempo definido y que, por ende, no reviste la peculiaridad para ser considerada como causal para la aplicación del régimen de excepción en el Perú pues, reiteramos, —conforme señala el art. 137 y la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 0017-2003-AI/TC—, para acudir a un régimen de excepción se requiere, entre otros presupuestos, existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anomalía que afecte la supervivencia del Estado y que, a su vez, este régimen sea temporal o eventual en tanto se logre conjurar la situación de anomalía.</p> <p>Por tanto, se haría necesario, —si no se quiere desnaturalizar la institución del régimen de excepción en el Perú— que se observe, de un lado, reformular íntegramente los presupuestos y las características de este régimen; que, nos atrevemos a decir, tendrá que hacerse considerando su naturaleza jurídica para así respetar su sentido como instituto jurídico constitucional; o, de otro lado, conservar el tratamiento normativo que tenemos, pero respetando su razón de ser en tanto mecanismo extraordinario, cuya aplicación no solo genera particular escenario respecto a los derechos fundamentales, elementos esenciales subyacentes del ordenamiento jurídico; sino que, exige, no sea «normalizada».</p>	
5	<p><b>CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)</b></p> <p>Determinación espacial del régimen de excepción.</p>	<p><b>CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M</b></p> <p>El DS señala que el ámbito de aplicación es a nivel nacional.</p>
	<p><b>COMENTARIO</b></p> <p>La determinación espacial del régimen de excepción se encuentra establecida en el art. 137.1 de la Constitución Política y es definida considerando el ámbito en el cual se presenta la situación de anomalía a fin de que los esfuerzos del Estado se orienten a la restitución de esta última.</p>	
6	<p><b>CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)</b></p> <p>Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales</p>	<p><b>CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M</b></p> <p>El art. 3 del D.S. señala la suspensión del ejercicio de 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 art. 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo de la Constitución Política del Perú. Asimismo, el art. 4 especifica las limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas durante la vigencia del Estado de Emergencia, permitiéndose la circulación en vías públicas únicamente para la prestación y acceso a servicios y bienes esenciales.</p>

	<p><b>COMENTARIO</b></p> <p>Se observa la aplicación de lo regulado en el art. 137.1 del texto constitucional en relación a la consideración de suspensión o restricción, en el ejercicio, de determinados derechos constitucionales. Recuérdese que un régimen de excepción trae como consecuencia la restricción o suspensión del ejercicio de determinados derechos constitucionales, particularmente de aquellos que la norma indica. Además, según lo indicado en el art. 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), del año 1969 y reconocida por el Perú, en caso de amenaza a la independencia o seguridad del Estado, no se encuentra autorizada la suspensión de los siguientes derechos: Reconocimiento de la Personalidad Jurídica, vida, integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y de retroactividad, libertad de conciencia y de religión, protección a la familia, nombre, derechos del niño, nacionalidad y derechos políticos, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De esta manera, corresponde formular la interrogante: ¿qué sucede con los demás derechos constitucionales que no se ven restringidos o suspendidos durante la vigencia del Estado de Emergencia como régimen de excepción? ¿Pueden ser ejercidos por su titular durante este contexto excepcional? Por supuesto, tales cuestionamientos tienen respuestas lógicas; pues, los derechos constitucionales no comprendidos en el art. 137.1 de la Constitución, mantienen su eficacia; no obstante, se puntualizan tales interrogantes para comentar respecto a que existen derechos constitucionales que, debido al contexto, no pueden ser plenamente ejercidos, tal es el caso, por citar algunos, de la educación y al disfrute del tiempo libre.</p> <p>Como puede apreciarse, el aspecto de suspensión o restricción en el ejercicio de derechos fundamentales es consecuencia de la aplicación del régimen de excepción; por tal razón, dicho régimen debe aplicarse como última medida para restablecer el orden interno ante presencia de situaciones de anomalía que pudieran atentar contra la estabilidad política.</p>	
7	<p><b>CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)</b></p> <p>Aplicación, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad, de aquellas medidas que se supone permitirán el restablecimiento de la normalidad constitucional.</p>	<p><b>CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M</b></p> <p>El D.S. establece diferentes medidas; tales como: a) El aislamiento social obligatorio (cuarentena) (art. 1), b) Acceso a servicios públicos y bienes y servicios esenciales (art. 2), c) Medidas para circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a determinados servicios y bienes esenciales (art. 4), d) Medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional (art. 5), e) Medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública (art. 6), f). Restricciones en el ámbito de la actividad comercial, actividades culturales, establecimientos y actividades recreativas, hoteles y restaurantes (art.7), g) Cierre temporal de fronteras (art.8), h) Del transporte en el territorio nacional (art 9), i) De la intervención de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas (art.10), j) Entidades competentes para el cumplimiento del presente decreto supremo (art.11).</p>
	<p><b>COMENTARIO</b></p> <p>No es nuestro propósito establecer análisis sobre cada una de las medidas, ello será materia de otro trabajo. Sin embargo, debe indicarse que, en el marco del régimen de excepción, el Poder Ejecutivo se encuentra investido de la facultad para instaurar lineamientos o medidas, que son estrategias concretas cuyo propósito es restablecer el orden y garantizar, así, la vida de la nación. El art. 137.1 de la Constitución otorga, al Presidente de la República, la posibilidad para que durante el Estado de Emergencia pueda disponer que las Fuerzas Armadas realicen control del orden</p>	

	interno; no obstante, no es la única medida a esgrimir sino que pueden implantarse otras medidas, las cuales no se fijan a discreción sino bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, que importa esencialmente, cohesión entre la medida y la circunstancia de anormalidad; máxime si el propósito de las medidas impuestas es el restablecimiento a la situación de normalidad. Así, las medidas impuestas por el gobierno peruano son tendientes a controlar la propagación de la COVID-19 a efectos de encontrar la estabilidad en la comunidad política.	
8	<b>CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)</b>	<b>CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M</b>
	Finalidad consistente en defender la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica.	El D.S. señala en uno de sus considerandos que: «(...) se aprecia la necesidad que el Estado adopte medidas adicionales y excepcionales para proteger eficientemente la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad del incremento del número de afectados por el COVID-19, sin afectarse la prestación de los servicios básicos, así como la salud y alimentación de la población».
	<b>COMENTARIO</b>	
	El Poder Ejecutivo entiende que la Pandemia por COVID-19, presente en el país desde el 06-03-2020, es circunstancia que afecta la vida de la nación, esencialmente, porque la vida y la salud pública se ven afectadas; razón por la cual, precisa que, con su actuación, consistente en declarar Estado de Emergencia, podrá tutelar a la población ante la referida amenaza. Sin embargo, debe indicarse que la finalidad de aplicar el régimen de excepción es defender a la organización político-jurídica, en otros términos, tutelar a la nación en casos en los que se vea conminada; por tanto, si este es el fin, el régimen de excepción es legítimo.	
9	<b>CARACTERÍSTICA DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN (EXP. N.º 0017-2003-AI/TC)</b>	<b>CONTENIDO DEL D.S. N.º 044-2020-PC M</b>
	Control jurisdiccional y control político parlamentario.	El D.S. no menciona respecto a los controles jurisdiccional y político-constitucional.
	<b>COMENTARIO</b>	
	Pese a la no precisión respecto al control, aspecto que no enerva la legitimidad del DS, la aplicación del régimen de excepción abre la posibilidad para el ejercicio del control de tipo jurisdiccional y de tipo político parlamentario; el primero, conforme lo indicáramos previamente, «expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del iter procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento»; y, el segundo, para el cumplimiento de los principios de rendición de cuentas y responsabilidad política; ello, conforme lo prescribiera el Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. Consideramos pertinente este carácter del régimen de excepción; por cuanto, al ser una medida jurídica extraordinaria, en la cual el ejercicio del poder se encuentra concentrado en el Ejecutivo, la existencia de control se hace necesaria pues, de esta forma, no solo se evita arbitrariedades en su empleo sino, además, se garantiza la naturaleza de este instituto y, por ende, la seguridad jurídica.	

De lo anotado, corresponde señalar que, la medida de declaración del Estado de Emergencia como tipo del régimen excepción, decretada por el Poder Ejecutivo, responde a los criterios señalados en el art. 137.1 de la Constitución Política; así como, reúne los aspectos configurativos que caracterizan a un régimen de excepción, los cuales se encuentran definidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 0017-2003-AI/TC. Por tanto, la entendemos una medida legítima;

no obstante, como lo hemos puntualizado, de un lado, requiere mayor perfilamiento a través de la normativa jurídica interna; y, de otro lado, importa entenderla como una medida de última ratio; evitando, así, normalizarla en su aplicación.

#### IV. Conclusiones

1. En el Perú, el régimen de excepción encuentra regulación constitucional en el art. 137 de la Constitución Política peruana y tiene su perfilamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, órgano de control e interpretación de la Constitución.
2. El órgano de gobierno del Perú ha acudido al régimen de excepción Estado de Emergencia, como respuesta jurídica para la prevención y el control de la Pandemia por COVID-19, presente en su territorio en el año 2020.
3. El gobierno peruano ha emitido el D.S. N.º 044-2020-PCM, mediante el cual declara el Estado de Emergencia Nacional; mismo que, después de haberlo comentado a la luz de las características del régimen de excepción, encuentra legitimidad.
4. El Estado de Emergencia, como tipo del régimen de excepción en el Perú, requiere tratamiento normativo; particularmente en cuanto a la precisión de sus características de temporalidad y de última ratio. No obstante, pese a ser una facultad exclusiva del Ejecutivo, su aplicación no debe ser normalizada sino estrictamente *excepcional*.

#### V. Lista de referencias

- AŞKIN KIYAĞAN, M. (16 de marzo 2020). Los países que en las últimas 24 horas han declarado estados de emergencia por el COVID-19. *Anadolu Agency. Traducido por Aicha Sandoval Alaguna*. Recuperado de: <https://www.aa.com.tr/es/mundo/los-pa%C3%ADses-que-en-las-%C3%BAltimas-24-horas-han-declarado-estados-de-emergencia-por-el-covid-19-/1768173>
- DECRETO SUPREMO N.º 008-2020-SA. (2020). *Diario Oficial El Peruano*. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-declara-en-emergencia-sanitaria-a-nivel-decreto-supremo-n-008-2020-sa-1863981-2/>
- DECRETO SUPREMO N.º 044-2020-PCM. (2020). *Diario Oficial El Peruano*. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-declara-estado-de-emergencia-nacional-po-decreto-supremo-n-044-2020-pcm-1864948-2/>

- DECRETO SUPREMO N.º 083-2020-PCM. (2020). *Diario Oficial El Peruano*. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-prorroga-el-estado-de-emergencia-nacional-decreto-supremo-n-083-2020-pcm-18662141/>
- FLORES DÍAZ, C. (2014). El Estado de excepción en la época actual. *Apuntes electorales*. (50). Pp. 43-86. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6426349.pdf>
- LA REPÚBLICA. (18 de mayo de 2020). «No va a desaparecer»: virólogo dice que el coronavirus se quedará y será estacional. Recuperado de: <https://larepublica.pe/ciencia/2020/06/04/coronavirus-4-virus-potencialmente-mortales-y-como-aprendimos-a-convivir/>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2020). Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). Recuperado de: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- PECES-BARBA, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO recaída en el Exp. N.º 0017-2003-AI/TC, de fecha 16-03-2004.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recaída en el Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, de fecha 05-07-2004
- SIERRA, M. (14 de mayo de 2020). La esperanza de vida mundial podría reducir a partir de los efectos de la COVID-19. *Sumedico*. Recuperado de: <https://sumedico.lasillarota.com/especialidades/la-pandemia-podria-durar-hasta-5-anos-oms-covid-19-coronavirus-pandemia-sars-cov-2/323343>
- SILES VALLEJOS, A. (2015). La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización. *THEMIS-Revista de Derecho*. (67). pp. 73-84.
- TORREALBA DUGARTE, J. (2017). Los estados de excepción a nivel hispanoamericano como mecanismo de suspensión y limitación de derechos y garantías ante situaciones extraordinarias. Recuperado de: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/clase\\_7\\_-\\_estados\\_de\\_exc\\_\(juditas\\_torrealba\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/clase_7_-_estados_de_exc_(juditas_torrealba).pdf)

## La ley de identidad de género en el Perú y su necesidad ante el estado de emergencia por el COVID-19

### The law on gender identity in Peru and its need for the state of emergency by COVID-19

GALLARDO BARDALES, Augusto David(\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Desarrollo doctrinario del derecho a la identidad de género. III. El derecho a la identidad en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos. IV. Marco jurídico que regula el derecho a la identidad de género en el Perú. V. La experiencia latinoamericana en el reconocimiento del derecho a la identidad de género. VI. Alcances de una Ley de Identidad de Género en el Perú. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

**Resumen:** El presente artículo de investigación expone y justifica la necesidad de contar con una ley que proteja el derecho a la identidad de género de las personas trans en el Perú, lo que constituye un tema de relevancia legal que ha sido advertido como consecuencia del estado de emergencia

(\*) Abogado. Magister en Estudios Legales Internacionales, con mención en Derechos Humanos y Género, por American University – Washington College of Law (EE. UU.). Becario Fulbright. Maestrante en Derecho Penal por la Escuela de Postgrado UNC. Especialización en Derechos Humanos por la Universidad de Zaragoza – España. Becario del IIDH - CIDH en la Especialización en Derechos de la Infancia y Litigio Estratégico frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fiscal Adjunto de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho UNC. Correo electrónico: agallardob@unc.edu.pe