

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**Proporcionalidad y razonabilidad de las medidas restrictivas de derechos
impuestas por la administración pública en un estado de emergencia
sanitaria**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

Celinda del Carmen Muñoz Chinchay

ASESOR

Percy Orlando Mogollon Pacherre

<https://orcid.org/0000-0002-1360-2647>

Chiclayo, 2023

Proporcionalidad y razonabilidad de las medidas restrictivas de derechos impuestas por la administración pública en un estado de emergencia sanitaria

PRESENTADA POR

Celinda del Carmen Muñoz Chinchay

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Cesar Augusto Chambergo Chaname

PRESIDENTE

Igor Eduardo Zapata Velez

SECRETARIO

Percy Orlando Mogollon Pacherre

VOCAL

Dedicatoria

El presente artículo, en primer lugar, está dedicado a Dios por ser mi apoyo, mi guía y por brindarme la fortaleza para no rendirme. En segundo lugar, a mi madre, por su aliento, y por ser mi sostén en cada etapa de mi vida al brindarme confianza y seguridad. Finalmente, a mi esposo y mi pequeño Alonso Daniel por ser mi motivación diaria, la razón de mis esfuerzos y por siempre confiar en mí en cada paso que he dado.

Agradecimientos

Agradezco a todos mis familiares por ser el soporte en mi etapa universitaria. A mi asesor Percy Mogollón por su acompañamiento constante para la realización del presente, así como a mis docentes universitarios por cada conocimiento impartido en mi persona para poder convertirme en una gran profesional. Gracias a mi esposo por impulsarme a seguir siempre adelante.

Proporcionalidad y razonabilidad de las medidas restrictivas de derechos impuestas por la administración pública en un estado de emergencia sanitaria

INFORME DE ORIGINALIDAD

| | | | |
|---------------------|---------------------|---------------|-------------------------|
| 14% | 14% | 6% | 6% |
| INDICE DE SIMILITUD | FUENTES DE INTERNET | PUBLICACIONES | TRABAJOS DEL ESTUDIANTE |

FUENTES PRIMARIAS

| | | |
|----------|--|---------------|
| 1 | hdl.handle.net Fuente de Internet | 1% |
| 2 | repositorio.usmp.edu.pe Fuente de Internet | 1% |
| 3 | qdoc.tips Fuente de Internet | 1% |
| 4 | tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet | 1% |
| 5 | idoc.pub Fuente de Internet | 1% |
| 6 | tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet | 1% |
| 7 | tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet | <1% |
| 8 | Submitted to Pontificia Universidad Católica del Perú Trabajo del estudiante | <1% |

Índice

| | |
|--|----|
| Resumen | 7 |
| Abstract | 8 |
| Introducción..... | 9 |
| 1. Revisión de literatura | 11 |
| Antecedentes..... | 11 |
| Bases teóricas | 13 |
| Principio de proporcionalidad..... | 13 |
| Test de Proporcionalidad..... | 14 |
| Principio de razonabilidad..... | 15 |
| Principio de interdicción de la arbitrariedad..... | 17 |
| El Régimen de Excepción..... | 18 |
| Objeto de la afectación..... | 20 |
| Características | 21 |
| Bases conceptuales | 22 |
| Derechos fundamentales..... | 22 |
| Discrecionalidad de la administración pública..... | 24 |
| Estado de emergencia sanitaria..... | 26 |
| 2. Materiales y métodos | 28 |
| 3. Resultados y discusión | 28 |
| La proporcionalidad y razonabilidad de las medidas administrativas restrictivas de derechos fundamentales para el manejo de la crisis sanitaria | 28 |
| La proporcionalidad de las medidas administrativas restrictivas de derechos fundamentales .. | 29 |
| El test de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.... | 30 |
| La razonabilidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales | 31 |
| Las medidas restrictivas de derechos fundamentales en el contexto de la emergencia sanitaria | 32 |
| La discrecionalidad de la administración pública..... | 33 |
| La Potestad discrecional de la administración pública..... | 34 |
| La necesidad de modificar la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para incorporar criterios para que la actuación de la administración pública en un estado de emergencia sanitaria no trasgreda | |

| | |
|--|----|
| derechos..... | 35 |
| El estado de emergencia sanitaria y el régimen de excepción en el Perú... .. | 35 |
| El objeto de afectación en el estado de emergencia sanitaria declarado en el 2020..... | 36 |
| Los criterios por considerar para modificar la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo | 37 |
| 4. Conclusiones | 40 |
| 5. Recomendaciones..... | 41 |
| 6. Referencias..... | 42 |
| 7. Anexos..... | 46 |

Resumen

El presente artículo jurídico estudió la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas administrativas restrictivas de derechos fundamentales para el manejo de la crisis sanitaria, en el mismo sentido, analizó la discrecionalidad de la administración pública, para tales efectos se procedió a reconocer las facultades y potestades que posee la misma, enmarcarlas en el escenario de la pandemia y verificar cuales son los límites y parámetros establecidos para el desarrollo de la discrecionalidad administrativa, analizando el contexto en el que se desarrolló la pandemia y en atención a las deficiencias que esbozó el poder ejecutivo al manejar la crisis es que, se sustentó la necesidad de modificar la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para incorporar criterios para que la actuación de la administración pública en un estado de emergencia sanitaria no trasgreda derechos. Para alcanzar los objetivos planteados, se ha empleado un tipo de investigación documental bibliográfico a través del método analítico de las distintas fuentes referentes a la normativa y jurisprudencia tanto nacional e internacional, así como también el estudio de la doctrina, tesis antecesoras y libros. Como consecuencia de este estudio, se determinó que las medidas si fueron proporcionales y razonables, sin embargo, es necesario establecer parámetros mínimos de orientación que permitan a la autoridad actuar en situaciones similares.

Palabras clave: emergencia sanitaria, derechos fundamentales, discrecionalidad administrativa, principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Abstract

This legal research paper studied the proportionality and reasonability of the administrative measures restricting fundamental rights for the management of the health crisis, in that sense, it analyzed the discretionality of the public administration, for such purposes it proceeded to recognize the faculties and rights that it has, framing them in the scenario of the pandemic and verifying which are the limits and parameters established for the development of the administrative discretionality. By analyzing the context in which the pandemic developed and in view of the deficiencies outlined by the executive branch in handling the crisis, the need to modify the Organic Law of the Executive Branch to incorporate criteria so that the actions of the public administration in a state of health emergency do not violate rights was sustained. In order to achieve the proposed objectives, a type of bibliographic documentary research has been used through the analytical method of the different sources referring to national and international regulations and jurisprudence, as well as the study of doctrine, preceding theses and books. As a result of this study, it was determined that the measures were proportional and reasonable; however, it is necessary to establish minimum parameters of orientation that allow the authority to take action in similar situations.

Keywords: sanitary emergency, fundamental rights, administrative discretion, principles of proportionality and reasonableness.

Introducción

Dentro de las potestades del Estado se destaca la facultad discrecional de la administración pública la cual hasta el día de hoy sigue siendo una de las cuestiones del derecho público que recubre mayor alcance a efectos de proteger todos los derechos y con ellos, los intereses tanto individuales como colectivos de toda la ciudadanía. Para ello, el control de la discrecionalidad se constituye admitiéndose la fiscalización judicial en todos aquellos supuestos de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, ello con el objetivo de custodiar el orden público, así como también custodiar el respeto de los derechos de todos los particulares.

Como resultado del estado de emergencia sanitario revelado a raíz del Coronavirus, se han tenido que tomar medidas que implican en su mayoría la afectación de los derechos fundamentales. Cientos de países, incluido el Perú, se ha encontrado en la imperiosa necesidad de restringir derechos con el principal propósito de abrigar la salud de todos los ciudadanos, y además con el objetivo de contrarrestar los males ocasionados en el ámbito económico, social, laboral y otros, que perturbaron al estado y la ciudadanía en el transcurso de la pandemia.

El estado peruano más de una vez ha tenido que enfrentar con mucha rigurosidad los daños ocasionados por la pandemia. En ese sentido, la administración pública emitió medidas administrativas las cuales en su contenido regulaban restricciones de los derechos fundamentales, sin embargo se cuestiona si estas medidas han sido proporcionales y razonables a los fines que se han querido conseguir, por consiguiente, a través de este trabajo de investigación se podrá determinar si la Administración Pública ha cumplido con los parámetros mínimos requeridos para restringir derechos, es decir, estudiar la proporcionalidad y razonabilidad de las limitaciones impuestas para el manejo de la crisis sanitaria.

Ante lo anteriormente planteado se ha formulado el siguiente problema el cual es materia de estudio en el actual artículo jurídico:

¿Cuáles serán los criterios para que la actuación discrecional de la administración pública no vulnere derechos fundamentales en un estado de emergencia sanitaria?

Con el objeto de absolver la problemática planteada, se ha considerado plantear al siguiente objetivo general: Establecer los criterios para que la actuación discrecional de la administración pública no constituya una vulneración de los derechos fundamentales en un estado de emergencia sanitaria.

De igual forma, para ahondar en el desarrollo del presente se estableció como primer objetivo específico, estudiar la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas administrativas restrictivas de derechos fundamentales para el manejo de la crisis sanitaria. En ese sentido,

habrá que tener en cuenta cuales fueron los efectos jurídicos y las secuelas de la emisión de las distintas normas en el contexto de la emergencia.

Seguidamente, se diseñó como segundo objetivo específico, analizar la discrecionalidad de la administración pública, por lo que, habrá que reconocer las facultades y potestades que posee la misma, enmarcarlas en el escenario de la pandemia y verificar cuales son los límites y parámetros establecidos para el desarrollo de la discrecionalidad administrativa.

Finalmente, como tercer y último objetivo específico se trazó el sustentar la necesidad de modificar la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para incorporar criterios para que la actuación de la administración pública en un estado de emergencia sanitaria no trasgreda derechos. Con ello se sustentará la existencia de una necesidad de reforma en la ley orgánica del poder ejecutivo, para tales efectos, se establecerán los criterios que debería ser incorporados en la normativa para actuar en futuras situaciones de emergencia sanitaria y así la actuación de la administración no se constituya como arbitraria.

Considerando la problemática, a lo largo del presente artículo se desarrollarán los objetivos planteados considerando la doctrina, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia tanto nacional como internacional para alcanzar los resultados deseados.

1. Revisión de literatura

Antecedentes

En este apartado se exhibirán las distintas investigaciones que fueron de contribución al perfeccionamiento y análisis de los objetivos del presente artículo que permitieron alcanzar el resultado de la problemática que ha sido planteada.

Cerna, Pajares, C (2020), en su tesis de doctorado: “Fundamentos jurídicos que justifican la restricción de derechos fundamentales bajo el paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho”, presentada en la Universidad Nacional de Cajamarca, la autora tuvo como fin el poder decretar cuales fueron los fundamentos jurídicos existentes para proceder a justificar la restricción de derechos fundamentales bajo la teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho, por lo que llegó a la siguiente conclusión:

Las exenciones constitucionales son las que determinan cuales son los límites de los derechos, lo mencionado se respalda en el orden público y la paz social. Hay que tener en cuenta que los derechos fundamentales poseen determinados límites, en este caso, de carácter intrínseco, entonces cualquier reserva debe encontrarse sustentada por la existencia de valores de carácter constitucional que se encargarán de aprobarla o legitimarla.

Es por ello que, los derechos fundamentales consiguen verse limitados y/o restringidos en determinadas circunstancias, esto gracias a que formamos parte de un Estado Constitucional de Derecho. La intervención coactiva al actuar de las personas en el desempeño de sus derechos debe estar enmarcadas en determinados parámetros constitucionales, es decir, la administración Pública no puede restringir derechos sin respetar las medidas, debe seguir el procedimiento adecuado y regirse bajo los principios y valores constitucionales que la legitimen.

Gutiérrez, Quispe, D (2021), en su tesis de grado: “Discrecionalidad administrativa en el ejercicio del control gubernamental y tramitación de procedimientos sancionadores” presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. El autor ha aterrizado en la conclusión de que el control de la discrecionalidad se encuentra instituido por el empleo de determinadas medidas que permiten contrastar si los actos emitidos en el uso de las potestades discrecionales prestaron atención a los requisitos de validez, en caso no fuere así, los mismos podrían ser objeto de nulidad.

En tal caso, la nulidad de los actos que se constituyen como discrecionales podría someterse distintas situaciones como que, por ejemplo, hayan sido formulados por alguna autoridad que

carece de competencia, que para su adecuada emisión no se haya tomado en cuenta cual es el adecuado procedimiento o simplemente que se haya quebrantado la ley o haya existido un descarrío de poder.

Por lo tanto, es evidente que las medidas administrativas que impliquen la restricción de determinados derechos fundamentales deben consignarse bajo un debido procedimiento, y además deben ser emitidas por autoridades competentes, de lo contrario podrían devenirse en arbitrarias y en su defecto, consignarse la nulidad de los mismos actos discrecionales.

Alzamora Yupanqui, D. (2021), en su tesis de grado: “Facultad disciplinaria del Estado empleador: De lo razonable y discrecional a la actuación arbitraria de las autoridades sancionadoras en el procedimiento administrativo disciplinario”, presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, el autor aterrizó en la conclusión de que la potestad discrecional no presume extensa autonomía para acoger absurdamente rotundas disposiciones, atravesar este límite involucra el amparo de disposiciones de carácter arbitrario en menoscabo de la ciudadanía como del interés público, debido a ello surge la necesidad de producir los actos que sujetan disposiciones.

En el Estado peruano, la administración pública posee una potestad la cual está manifestada en la libertad, ello con el fin de realizar ciertos actos y regular declaraciones con el fin de preservar el interés general. Esta potestad es la denominada, potestad discrecional de la administración la cual debe ser ejercida dentro de los límites constitucionales para que su actuación no se convierta en arbitraria o abusiva.

El análisis y exposición de lo mencionado anteriormente contribuye como aporte hacia el perfeccionamiento del presente trabajo de investigación ya que complementa y además brinda el soporte los argumentos plasmados puesto que lo que se busca en primera instancia es estudiar la proporcionalidad y razonabilidad de todas aquellas medidas administrativas que ha impuesto la administración pública en el estado de emergencia sanitaria que además trajo consigo una serie de restricciones a los derechos de la colectividad, es por ello que en coincidencia con lo expresado por los autores, la administración pública si se halla acreditada para poder restringir algún derecho fundamental, empero debe realizarlo enmarcándose en ciertos límites para no atentar contra los principios de proporcionalidad y razonabilidad los cuales sustentan la protección de los derechos fundamentales.

Bases teóricas

Principio de proporcionalidad

Hoy en día, este principio se constituye como una de las nociones más importantes de la constitucionalidad en todo el mundo dado que se dispone como un mecanismo fundamental para la disposición de los derechos fundamentales.

Según lo desarrollado por Pino (2016), este principio hace referencia a la valoración de la recepción constitucional de alguna prohibición a un derecho fundamental que ha sido arrogada por una medida legislativa con el objeto de alcanzar un interés colectivo o simplemente para resguardar otro derecho fundamental.

Hernández Rengifo (2019) comenta que este principio tiene como propósito confirmar si una medida legal puede o no interponerse de manera legítima en un derecho fundamental, asimismo, se encarga de evaluar si las decisiones judiciales, administrativas o particulares pueden de alguna forma afectar los derechos.

Entonces, este principio se consagra como un mecanismo de carácter legal que es de suma importancia en el Estado que posee la función de controlar las disposiciones que provienen del poder público para que no se vean afectados o lesionados los derechos constitucionales.

En palabras de Castillo Córdova (2013) el contenido constitucional desmedido de un derecho fundamental consigue confrontarse y colisionar contra el mesurado constitucional ilimitado de otro derecho fundamental, entonces ambos comprendidos que colisionan son dos de carácter incompatible. Por tratarse de derechos disímiles, y frente a la dificultad de consumir uno y otro al mismo tiempo, brota el dilema de, o efectuar uno o consumir su contrario. Finalmente, al escoger cualquiera de los dos derechos, se tendrá en cuenta que uno de esos contenidos de carácter constitucional se verá afectado en su trascendencia prima facie.

En razón de lo indicado por el autor, se puede decir que ante la colisión de dos derechos fundamentales brota la exigencia de establecer una franja que sea reducible en el comprendido de un derecho fundamental. Cabe resaltar que dentro de las concepciones del derecho existe una porción esencial dentro de la cual, el poder no puede disponer, y existe también otra sección, ocasional que si logra ser objeto de restricción. Esta restricción será permitida siempre y cuando sea necesario a efectos de poder ejercer el otro derecho fundamental. Es aquí donde el mencionado principio de proporcionalidad hace su aparición como una herramienta necesaria para determinar cuál derecho será limitado y cuál será la medida de esta limitación.

En consecuencia, este principio es un principio general del derecho que se encuentra positivizado y podrá emplearse en cualquier rama del derecho. En la Constitución se encuentra expresado en el artículo 200° y su ámbito de aplicación no gira únicamente alrededor de las restricciones de derechos bajo un estado de excepción, sino también ayudará a analizar cualquier acontecimiento que implique la delimitación y restricción de cualquier atributo de la persona en una sociedad.

Test de proporcionalidad

Abordando la jurisprudencia nacional, el TC en el expediente 1420-2008-PA-TC ha considerado oportuno mencionar que el contenido principal de un derecho fundamental se constituye por una médula mínima imposible de reducir que se encuentra registrada en la norma suprema y además el legislador no puede disponer de él, ello en razón de que cualquier afectación al mismo, implicaría una pérdida de su naturaleza. En ese sentido, se podría decir que únicamente se puede desatender un derecho fundamental cuando existen limitaciones que lo imposibilitan de ser practicado, como consecuencia se le despoja de una protección constitucional que se le había otorgado.

Este test implica que se fundamente cuáles son las conexiones existentes entre la limitación de un derecho y el efecto que se produce, es decir, que la derivación jurídica sea previsible y se encuentre justificado a raíz del hecho que ocasionó la prohibición del derecho por el medio legislativo.

El autor García Yzaguirre (2012) declara que este instrumento acude a tres subprincipios, los cuales son la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Ellos permitirán que se establezca una adecuada relación de preferencia condicionada entre aquellos derechos que están en notorio conflicto, como consecuencia se logrará someter los compuestos de la discrecionalidad en cuanto se requiera hacer una limitación al contenido de los derechos fundamentales.

- Idoneidad:

El citado subprincipio versa en torno al análisis de la relación medio-fin, es decir, entre el medio que ha sido adoptado y el fin que ha sido propuesto. Ello involucra el hecho de que si se quiere interponer el derecho fundamental de un ciudadano debe adecuarse a efectos de que se pueda satisfacer aquello que el legislador se ha propuesto. Este acontecimiento se aplica cuando ha sido comprobado que hay una correlación causal entre la providencia que se adopta y la ejecución del propósito.

Esta medida se constituye como una evaluación de eficacia. Al mismo tiempo, implica que se evalúe la legitimidad constitucional de la acción que ha sido ejecutada.

- **Necesidad**

Este busca explorar si hay otros medios facultativos que sean menos graves que aquel que ha sido adoptado. Se configura como un análisis de una relación medio-medio, es decir, una vez que se acreditó la idoneidad, esta debería evaluarse comparativamente con otros medios alternos y así poder descubrir si hay una solución más conveniente y sobre todo que sea menos lesiva. Sin embargo, cabe resaltar que con este principio se comprueba que al final existirá una afectación al derecho fundamental, lo único que se quiere es buscar un medio que sea más benigno.

- **Proporcionalidad en sentido estricto**

En cuanto a este subprincipio, cabe mencionar que se aplicará una vez que la idoneidad haya sido justificada y se haya sustentado la necesidad de la medida a aplicar, se procederá a someterse a una evaluación en la que se ponderarán los principios o derechos afectados y los que se benefician con la misma.

De esta manera se podrá reconocer si hay afectación a los derechos que se consideren inconstitucionales.

Como se ha evidenciado en párrafos anteriores, este test es de suma importancia y se viene aplicando alrededor de los años en la jurisprudencia peruana, y aún falta que el Tribunal Constitucional emplee el mismo de forma más estricta empleando una capacidad analítica mayor.

Principio de razonabilidad

Haro, R. (2020) sustenta que el principio de razonabilidad hace alusión sobre las reglamentaciones legislativas que contienen los derechos y garantías y también del poder ejecutivo a través de decretos reglamentarios sobre leyes, deberán constituirse de manera razonable y se le fijarán condiciones y limitaciones que se adecuen a lo que está establecido por la norma constitucional.

Este principio hace referencia al contenido esencial y normativo de la regulación, ello con el fin de que el precepto jurídico garantice una convivencia ordenada y justa.

Simultáneamente, el mencionado autor destaca que la actividad estatal para que sea constitucional debe ser razonable en la medida de que ser razonable es actuar conforme a lo

justo, lo prudente, lo moderado, es decir, en razón del sentido común, por lo que, toda actuación del gobierno debe resistir el examen de la razonabilidad, por lo que, en cuanto se impongan limitaciones desproporcionadas y que no están motivadas, se incurrirá en la irrazonabilidad.

Lucchetti Rodríguez (2009) sostiene que este principio, en su aplicación en el ámbito administrativo cumple el rol de limitar las decisiones provenientes de los mandos administrativos al instante de crear obligaciones, imputar sanciones o establecer restricciones a los administrados. Debido a ello, el autor considera inferir que existen tres requisitos que han de tomarse en cuenta al momento de decretar el contenido de este principio en el ámbito de las disposiciones administrativas.

En ese sentido, los requisitos son los siguientes:

En primer lugar, el principio de razonabilidad ha de aplicarse a las decisiones de la administración cuando procedan a crear obligaciones, calificar infracciones, imponer sanciones y/o instauren prohibiciones a los administrados.

En segundo lugar, este principio se aplicará a las disposiciones del mando administrativo que corresponden acogerse dentro de los límites de la potestad que se le ha atribuido.

Finalmente, el mencionado obliga a que la administración el momento de tomar decisiones tenga en cuenta la correcta proporción de los medios que considera aplicar y los fines públicos los cuales deba resguardar con el objetivo de que respondan a lo que es inevitable para satisfacer su propósito.

Por otro lado, el Centro de información jurídica en línea revela que este principio no es meramente una exigencia de carácter constitucional, sino que también es legal, añadiendo además que, la razonabilidad comprende la generalidad de todos los límites del desarrollo de la discrecionalidad de la administración pública, se podría decir también que se considera que es una cara del principio de interdicción de la arbitrariedad.

En resumen, es imperante señalar que, si bien este principio no podrá impedir que el legislador o en su defecto, el administrador trasgreda derechos y con ello, las garantías constitucionales, podrá permitir al menos que a través de su contenido esencial se verifique si la norma materia de aplicación en determinados casos produjo o no afectaciones a los derechos objeto de reclamo.

Principio de interdicción de la arbitrariedad

El denominado, surge como consecuencia de la exigencia de que el fondo de la decisión aplicable debido a la tutela judicial efectiva pueda ser controlable por los magistrados dado que ningún acto administrativo, ni siquiera uno discrecional puede devenirse en arbitrario. Es en virtud de este principio que las decisiones administrativas deben ser debidamente justificadas, ello quiere decir que, las decisiones deben ser afines con la realidad y así como también con los criterios que emplea el gobierno, por tal debe justificar los motivos de su actuación. (Baca Oneto, 2012)

En el mismo sentido, la autora Otero Parga (1995) sustenta que la arbitrariedad se exhibe como una conducta reprochable que nace producto del abuso de poder, por otro lado, anuncia que la discrecionalidad se produce necesariamente cuando la administración desea alcanzar sus cometidos de la mejor forma posible.

A modo de interpretación, se puede decir entonces que la discrecionalidad surge como una muestra de poder de carácter necesario a fin de reducir los despotismos que surgen como secuela de la arbitrariedad ante la notoria falta de control.

Recurriendo a la jurisprudencia internacional, la Sala Constitucional de la Corte suprema de justicia de Costa Rica en el Voto N° 11155-07 de fecha 1 de agosto del 2007 reconoció que, el conocido en mención fue pensado como un juicio para preconizar que el legislador respete el principio de igualdad. Dicho principio presume que se prohíba la arbitrariedad, es decir, cuando existan medidas que carecen de razones suficientes y justas. Posteriormente, este se convierte en una técnica que implica fiscalizar los poderes que emanan del estado.

Continuando con el ámbito internacional, en la constitución española, en el artículo 9° inc. 3, se indica que la constitución:

“garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Ello significa que, este principio va a establecer prohibiciones en el desempeño de las funciones y de la actuación de los poderes públicos, sobre todo los de la Administración, debido a que la misma posee un poder que por mandato constitucional le obliga a actuar conforme a ley y derecho.

Aterrizando en el ámbito nacional, la constitución en los art. 3° y 43° reconoce al Perú como un estado social y democrático de derecho, debido a ello, este principio actuará como una garantía para hacer frente a las facultades discrecionales que la constitución ha reconocido al Estado, y con ello, la actuación de estos debe responder a los criterios de racionalidad y así no se constituyan en arbitrarias.

Se ha podido apreciar que, el reconocido principio nace como limite a la actuación de las instituciones del Estado a efectos de que estas justifiquen sus decisiones y puedan ser concretadas de manera legítima, razonable y proporcional dado que la administración encausa su actuar en el interés público, por lo que inclusive, cuando la ley disponga estos actos a modo de “discrecionales”, estos no consiguen ser arbitrarios dado que son considerados jurídicos y por ende están sometidos también a la proporcionalidad y la razonabilidad.

El régimen de excepción

La constitución política ha consignado en su cuerpo normativo determinadas circunstancias y situaciones que son de carácter excepcional y sobre todo de duración temporal. Este régimen extraordinario, según lo establecido por la norma suprema permite la restricción del ejercicio total de los derechos fundamentales sin trasgredir ni desnaturalizar su contenido, estas situaciones llevan el nombre de *regímenes de excepción* las cuales según lo establecido en el art. 137° de la norma suprema alcanzan a ser de dos clases: emergencia y de sitio.

Fernández Segado (1997) define al estado de excepción como los determinados escenarios que están previstas de manera general en la norma constitucional, que están orientadas a la perturbación del estándar desenvolvimiento de los poderes públicos y como consecuencia conllevan a amenazar a las instituciones y principios del Estado, a su vez, el efecto inmediato del mismo implica la concentración de poder y función en manos del Estado, pero encontrándose limitado.

En el mismo orden de ideas, Villalón (1984) menciona que se le llama estado excepcional al derecho de excepción que está regido en el sostenimiento fundamental del orden institucional en circunstancias de dificultad, donde existe una conjetura de determinadas competitividades que implican la interrupción transitoria de la Constitución en ciertos puntos de su contenido, siendo que el estado de emergencia es el más particular de este régimen.

Se entiende entonces por régimen de excepción aquel previsto por determinadas circunstancias de carácter temporal en las que puede existir la transgresión del orden constitucional y/o afectaciones de los derechos de la ciudadanía por lo que el Estado deberá tomar decisiones necesarias para hacer frente a dichas situaciones.

En cuanto a los elementos constitutivos del estado de excepción el TC en el exp. N° 00017-2003-AI/TC, ha considerado oportuno establecer tres:

- a) Situación de anormalidad: Corresponde a circunstancias físicas, peligrosas o de carácter riesgoso que exige que el Estado responda inmediatamente. En estos casos se afecta el desenvolvimiento cotidiano de la ciudadanía lo que requiere que exista rápidas soluciones. Dentro de esta situación de anormalidad se agrupan 2 clases de situaciones que corresponden a:
 - Situaciones con ruptura del orden constitucional: Estas se producen por la imposición de gobernantes empleando la fuerza y violencia, ya sea como proceso revolucionario o un golpe de estado que como consecuencia da arranque a un pacto social renovado. Aunado a ello, en este gobierno de facto no hay eficacia de los derechos fundamentales ni tampoco existen las libertades públicas, afectando los principios de división y, en consecuencia, el equilibrio de poderes.
 - Situaciones en las que se altera el orden constitucional y consecuentemente, restablecimiento de la normalidad constitucional: Corresponde a todas aquellas situaciones fácticas y reales que arremeten hacia el orden constitucional y sobre todo la apelada “seguridad del Estado”, estas situaciones pueden ser superadas a través del empleo de mecanismos que están orientados a eliminar los factores que ocasionaron la alteración a efectos de poder restituir el orden constitucional.
- b) El acto estatal necesario: Este elemento es conocido también como “decisión constitucional de excepción”, está conformado por el acto de carácter formal que va a oficializar el laudo del Estado de comunicar que existe situaciones de carácter anormales que evidentemente no pueden enfrentarse con los mecanismos o instrumentos que se usan diariamente, para ello, se requiere que se empleen normativas adecuadas a las circunstancias.
- c) Legalidad excepcional: Esta es también llamada “régimen de excepción”, comprende la normatividad extraordinaria o las disposiciones que regirán posteriormente al acto de la declaración del Estado de excepción, para hacer frente la anormalidad que se evidencia.

De igual forma, el mismo TC ha distinguido sobre el estado de excepción, en el f. 22 de la sentencia N° 00002-2008-AI/TC, que en razón de su condición se deviene como una providencia de carácter no solamente jurídico sino también político, el cual es empleado como una herramienta de última instancia dado que la ocupación de un cuerpo normativo es atender los escenarios conflictivos y dar solución a los mismos.

Objeto de la afectación

Una vez definido el régimen de excepción y los aspectos más importantes que lo definen se procede a brindar alcances sobre aquello que ocasiona su anunciación en el Estado.

Ahora bien, para conocer aquello que suspende este régimen se definirán dos tesis:

- a) La tesis de la afectación de los derechos: Esta tesis, según lo narrado por Fernández Segado, propugna que los derechos que se hallan normados en la CP pueden verse restringidos o suspendidos según lo establezca la autoridad administrativa en circunstancias de crisis, siendo que, en el Perú, estas disposiciones se encuentran consagradas en el art. 70 de la CPP. Pp 36.

Es importante resaltar que esta concepción proviene de una concepción positivista consiente que los derechos fundamentales y las libertades públicas consigan ser preparados por el Estado y, en consecuencia, están sujetos a su voluntad respecto de su ofrecimiento o retiro.

Sin embargo, cabe destacar que los derechos fundamentales no son creados ni mucho menos otorgados por el Estado, sino que, por el contrario, es el Estado quien únicamente se encarga de reconocerlos y limitarlos como determinados atributos que posee el ser humano producto de su dignidad.

- b) La tesis de la afectación de garantías: En este punto se sostiene que mientras dure el régimen de excepción no serán procedentes las garantías constitucionales, es decir, existirá una suspensión de la protección jurídica del derecho.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en los fundamentos 7 y 8 de la sentencia Nro. 01383-2001-AA/TC se pronunció anunciando que en ninguna circunstancia cabe la probabilidad de que un gobierno circunscriba la oportunidad de que los miembros de la sociedad consigan alcanzar una forma efectiva de protección de sus derechos. Consiguientemente, los gobiernos se encuentran en la obligación de imposibilitar la aplicación de las garantías constitucionales, dado que estas son estrictamente

importantes y necesarias para tutelar y resguardar los derechos, así como también, es obligatorio que el Poder Judicial proteja la legalidad

Características

En cuanto a las características de un régimen de excepción, según lo dispuesto en el exp. N° 00017-2003-AI/TC, son las que se mencionan a continuación:

- Concentración de dominio con autorización de carácter constitucional, donde el jefe del poder ejecutivo a través de la conferencia de determinadas competencias de carácter extraordinario con la intención de que las acciones estatales sean más rápidas y sobre todo eficaces según las exigencias de las circunstancias consideradas graves y anormales que se dispondrá a afrontar la corporación política.
- Peligro inminente: Es necesaria la existencia de situaciones graves y anormales las cuales pueden ser oriundas de contextos políticos o sociales, también podrá ser causado por circunstancias de fuerza mayor o deberse a alguna crisis económica. Ejemplo de ello son los maremotos, las revueltas, inflaciones, entre otros.
- Imposibilidad de resolver situaciones de anormalidad, es decir, no hay posibilidad alguna de que puedan atender las circunstancias anormales con los medios legales comunes ni tampoco se pueden emplear las operaciones legales ordinarias.
- Transitoriedad del régimen de excepción: En estos escenarios se requerirá el lapso que fuese preciso, sin embargo, como es habitual, la constitución establece la duración de este régimen y además de ella, lo hacen las leyes que se derivan de esta.
- Determinación espacial del régimen de excepción: Se procederá a actuar cuando el Estado y sus competencias hayan determinado el lugar en que se ha producido la situación de anormalidad. A raíz de esta se determinará de manera precisa si las medidas serán de carácter local, regional o nacional.
- Restricción transitoria de determinados derechos: Dadas las circunstancias que impliquen un régimen de excepción, en algunos escenarios será necesario limitar o restringir el libre ejercicio de los derechos fundamentales.
- Diligenciar las medidas teniendo en cuenta el juicio de la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas: Las medidas que sean aplicadas deberán regirse bajo los límites de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así se permitirá la devolución de las normalidades constitucionales y con ello se evitarán atropellos y afectaciones a los derechos de la ciudadanía.

- Inspección jurisdiccional indicado en la comprobación jurídica del empleo de los principios conocidos como razonabilidad y proporcionalidad de los actos prohibitivos de los derechos fundamentales.

Una vez distinguidas las características de este régimen, es conveniente mencionar que cada sistema constitucional puede ampliar otras, sin embargo, esta situación de carácter especial normado por el ordenamiento jurídico, debe desenvolverse conforme a los parámetros mínimos de la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, aunado a ello, las limitaciones que se impongan al libre desarrollo de los derechos y las libertades públicas surtirán efecto frente al poder público, mas no ante los particulares. No debe existir menoscabo entre los particulares, ello en razón de la eficacia horizontal.

Es importante resaltar que, la finalidad del estado en dichas situaciones no es afectación la realización de la ciudadanía, por el contrario, se pretende que con sus medidas se restablezca el orden social y se proteja la integridad del cuerpo constitucional.

Bases conceptuales

Derechos fundamentales

La persona se constituye como un ser que posee una estructura física e individual que posee determinadas características como la espiritualidad, libre voluntad, racionalidad y sociabilidad. Debido a su naturaleza, le corresponden derechos, estos le permitirán desarrollarse como persona y cumplir determinados fines en la sociedad y consecuentemente poder realizarse como ser humano. Por ello, estos derechos se devienen como exigibles frente al Estado y evidentemente ante toda la sociedad

En palabras de Esparza Martínez (2013), los derechos fundamentales vienen a ser todos aquellos que se encuentran dentro del marco constitucional y, se instituyen dentro de sí, teniendo en cuenta que su interpretación y aplicación debe ser correcta y se debe realizar conforme lo establecen las declaraciones y la misma constitución.

Dentro del conocido Estado constitucional, se considera que los derechos fundamentales apacientan de determinadas garantías que permiten que su goce sea efectivo conforme a los principios, normas y a los valores que se encuentran en la norma suprema.

Teniendo en cuenta la eficacia vertical, estos derechos hacen su aparición como atributos de defensa que vienen a ser oponibles al Estado en situaciones en las que se generen acciones e incluso omisiones que se consideran arbitrarias y como consecuencia, atentan a la dignidad humana. Por otro lado, en cuanto a la eficacia horizontal de los mismos, también hacen

su aparición como atributos, pero de defensa que van a ser oponibles a cualquiera cuando estas vengán a generar omisiones que atentan contra la dignidad. (García Toma, 2018)

Lo narrado anteriormente quiere decir que, los derechos fundamentales existen para que la persona pueda desarrollarse en la sociedad libremente, pudiendo así alcanzar sus objetivos en la misma, es debido a ellos que el Estado y la sociedad deben custodiar las garantías de estos derechos evitando así incurrir en actuaciones lesivas y arbitrarias que atenten contra la esencialidad y el contenido de estos.

Simultáneamente, en cuanto a la estructura normativa de los derechos fundamentales se considera necesario hacer una distinción entre principios y reglas constitucionales; cuando hablamos del primero, se alude a las proposiciones que poseen sentido y una proyección normativa, estando destinados a asegurar los valores ético-políticos contenidos en la constitución. En cuanto a las reglas constitucionales, se caracterizan por ser normas que alcanzan y corresponden que de manera inmediata sean efectivizadas de manera inmediata, siendo así cláusulas imperativas que están delimitadas y detalladas. (García Toma, 2018)

Resumiendo, los principios están orientados a ser mandatos de optimización en los que su cumplimiento puede variar en distintos grados dependiendo así de las posibilidades tanto fácticas como jurídicas, y las normas existen a efectos de que puedan ser cumplidas o no dependiendo de su validez para hacer lo que esta exige.

Conforme ha ido pasando el tiempo, los derechos fundamentales han ido evolucionando y con ello, también el rol del Estado y la sociedad. Bien se sabe que los derechos casi siempre están interpretados como mecanismos de defensa para evitar el abuso de poder para lo cual, la administración mantenía un deber de justicia y seguridad y hasta el día de hoy mantiene determinado rol y es debido a ello que existen políticas públicas que encausan su fundamento en el amparo y evicción del alcance y el respeto de todos los derechos de la ciudadanía sin hacer ningún tipo de distinción.

Ahora bien, se ha narrado a detalle el cómo el estado a través de la constitución se encarga de consagrar y proteger los derechos fundamentales, sin embargo, cabe resaltar que, al momento de redactar el cuerpo normativo de la carta magna, la asamblea constituyente ha tenido que ponerse en todas las consecuencias posibles que en su momento se requieran reparar, dentro de ellas, la obligación de disipar una situación excepcional. De esto se desprende el hecho el mismo texto constitucional permite restringir el ejercicio de los derechos, sin embargo,

esta restricción efectivamente ha de ser temporal por tratarse de situaciones extraordinarias y además para no trasgredir ni desnaturalizar el contenido de estos.

Discrecionalidad de la administración pública

Zegarra Valdivia (2006) expresa que, la discrecionalidad administrativa consigue ser conceptualizada como una autonomía de deliberación que va a otorgar la ley a la administración a efectos de poder tomar decisiones respecto de aquello que discorra más beneficioso para el interés público a efectos de que los recursos y medidas que permitan dar solución a los problemas y soluciones a los que consiguiera alcanzar la A.P sean validas siempre y cuando se respeten todas las circunstancias del caso específico. P.8

Con lo expuesto por el autor podemos entender entonces que la potestad discrecional se puede conceptualizar como una facultad que el orden jurídico le brinda de manera implícita a quienes operan la administración pública a efectos de que puedan resolver asuntos que están vinculados a su labor funcional cuando efectivamente no concurre una ley expresa que reglamente como se van a resolver determinados asuntos, dándoles así una libertad para poder adoptar tales disposiciones.

El Tribunal constitucional ha considerado oportuno hacer mención respecto de la acción discrecional de la administración pública a efectos de esclarecer que los actos discrecionales se localizan refugiados también bajo el principio de legalidad, aunado a ello, se dice que la administración posee una libertad implícita que le permite decidir sobre situaciones concretas, ello se debe a que básicamente la ley no determina de manera expresa que, cuando y como deben hacer las cosas.

En la misma línea de ideas, Sánchez Morón en el 2011 menciona respecto de la discrecionalidad administrativa, esta no se constituye como un acto incompatible con el enfoque constitucional del gobierno y de la administra pública; añade además las funciones de administrar y gobernar no consisten únicamente en aplicar las normas y reglas que ya están establecidas.

Así mismo, Guzmán Berón (2018) ha considerado necesario expresar que la discrecionalidad de la administración se comprende como una bifurcación de los atributos que se les ha sido conferida por el mismo ordenamiento. Resalta además que, la discrecionalidad no yace su existencia únicamente al margen de la ley, sino que por el contrario es una derivación de esta.

De lo narrado anteriormente se puede desprender la idea que existe un reconocimiento legal innegable para la discrecionalidad que ha abierto las puertas a la actuación de los administradores y funcionarios para que puedan emitir actos o determinados pronunciamientos en situaciones específicas en las que claramente la ley no ha instituido ni los lineamientos ni las directrices para que estos puedan seguir, es gracias a este reconocimiento que se viene a encuadrar dentro de las cuantificaciones del ordenamiento jurídico, en consecuencia, cabe resaltar que este instrumento es de trascendente importancia y su utilidad debe comprenderse de manera proporcional y razonable para no enmarcarse como actos se constituyen arbitrarios.

Teniendo en cuenta lo expresado en líneas precedentes, se puede considerar entonces que, el límite de la discrecionalidad es la arbitrariedad; ello quiere decir que, los actos que se constituyen como discrecionales no pueden ser en ningún caso, arbitrarios.

Sin embargo, es posible cuestionarse ¿cómo se puede realizar este control que ya no se limita únicamente al aspecto formal de las decisiones, sino que además incluye el análisis de la razonabilidad y racionalidad de estas? Una vez aterrizado aquí, la motivación adquiere importancia dado que en ella podemos encontrar los motivos de la decisión y a raíz de ella, enjuiciarlos, con el fin de determinar si los actos son o no arbitrarios. (Baca Oneto, 2012)

En razón del ámbito histórico y jurídico sobre el que se desarrolla la discrecionalidad administrativa, Cassagne, 2009 ha considerado oportuno resaltar que la función de la administración no se circunscribe únicamente al empleo de las leyes que dicta el poder Legislativo, sino que su finalidad esencial es satisfacer todas las necesidades públicas e incluso, constituir una actividad servicial con el objeto de alcanzar la realización del bien común. Empero, para evitar los abusos y conservar el equilibrio que emana de la división de poderes, es necesario la existencia de un poder que pueda controlar el ejercicio de las actividades administrativas.

Finalmente, ahondando una vez en los pronunciamientos hechos por el T.C, es conveniente señalar la sentencia que recae en el expediente N° 0090-2004-AA/TC el cual anuncia que, la discrecionalidad está sujeta a dos limitaciones, por un lado, en las situaciones donde se esboza una mayor discrecionalidad, la intervención jurisdiccional va a tomar partido para valorar el tiempo en que el ejerce la discrecionalidad, es decir el tiempo máximo permitido, también se tendrá en cuenta la extensión de tipo espacial y material, aunado a ello, habrá que considerar de qué manera se desarrolla y desenvuelven las distintas manifestaciones jurídico constitucionales o legales de las prerrogativas de libre decisión y el cumplimiento de la

formalidad procesal y, por otro lado, en las circunstancias de los categorías de discrecionalidad de tipo intermedia y menor en los que se aprecian de manera adicional los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Debido a ello, las actuaciones discrecionales de la administración deben ser debidamente motivados y justificarse en razones para que así no se constituyan como una simple manifestación de la voluntad de la entidad que los decreta.

Estado de emergencia sanitaria

El citado se constituye dentro de las normas del ordenamiento como un régimen de excepción, su conceptualización hace alusión a las denominadas “competencias en crisis” en las que la norma suprema ha establecido otorgarles el carácter de extraordinarias, ello con el objeto de que el mismo pueda enfrentar las distintas circunstancias que efectivamente pueden poner en peligro el correcto desenvolvimiento de los poderes públicos, así como también cuando atentan contra la continuidad de los principios dentro de la comunidad y con ello también, contra el adecuado desempeño de las instituciones. (LP, 2020)

El estado de emergencia como régimen de excepción en el Perú se halla regularizado en el artículo 137° numeral 1 de la Constitución Política, el cual establece:

“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:

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 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 artículo en mención hace alusión a la facultad que posee el presidente del estado peruano para establecer o decretar medidas en situaciones de carácter especial o sobre todo, por un lapso temporal, la emergencia sanitaria. En ese sentido, cabrá la restricción momentánea de

determinados derechos por situaciones de fuerza mayor con el objeto de resguardar la vida de todos.

Por otro lado, en el artículo 5° del Decreto Legislativo 1156 la emergencia sanitaria:

“Constituye un estado de riesgo elevado o daño a la salud y la vida de las poblaciones, de extrema urgencia, como consecuencia de la ocurrencia de situaciones de brotes, epidemias o pandemias. Igualmente, constituye emergencia sanitaria cuando la capacidad de respuesta de los operadores del sistema de salud para reducir el riesgo elevado de la existencia de un brote, epidemia, pandemia o para controlarla es insuficiente ya sea en el ámbito local, regional o nacional. La autoridad de salud del nivel nacional es la instancia responsable de establecer esta condición”.

En este Decreto Legislativo se dictan medidas las cuales existen para avalar la asistencia pública en salud en todos aquellos casos en los que exista un peligro eminente que atenta contra la salud y la vida de todo el Perú.

Con el Decreto de Urgencia N° 008-2020-PCM se procedió a declarar la emergencia sanitaria en el estado peruano. Siendo que dentro del contenido del mismo, en su artículo 1° se dictaminó la declaratoria de emergencia sanitaria el cual indica lo siguiente:

“1.1 Declárese en emergencia sanitaria a nivel nacional, por el plazo de noventa días calendario, por la existencia del COVID-19, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa del presente decreto supremo.”

La misma se realizó a efectos de subyugar el impacto negativo en la población, a su vez, con esto se procuró mejorar todas las circunstancias sanitarias, la calidad de vida de todos, así como también, el adoptar medidas las cuales estarían predestinadas a prevenir contextos que impliquen la afectación de la salud.

Los autores Llerena, R., & Narvaez, C. S. (2020) indican que es importante que exista la gestión pública y con ello, el fortalecimiento de todas las instituciones con el objeto de que prevalezca una adecuada gestión de las necesidades de la ciudadanía dado que se ha evidenciado que no hay una conexión entre las autoridades locales y los procuradores institucionales, para minimizar ello, se debe buscar una solución y así contrarrestar los efectos ocasionados por la pandemia.

Conjuntamente, expresan que, los órganos del Gobierno Nacional, Regional y Municipal revelan carencias cuando se trata de administrar las operaciones, así como también al desarrollar estas basándose en datos de la contexto sociocultural, por otro lado acceder a todos los derechos implica muchas veces el poner los mismos en juego dado que se termina perturbando a las localidades más indefensas, debido a ello, es significativo que se desarrollen medidas las cuales se encuentren enfocadas en los parámetros mínimos que engloban el respeto de los derechos humanos, así como también estas medidas deben versar en torno al conocimiento del establecimiento de secciones y problemáticas de fragilidad social y medioambiental.

En razón de lo manifestado por los autores, se entiende que es necesario establecer recomendaciones para que en situaciones que atenten contra la salubridad de nuestro país que traigan como consecuencia la intervención de la actuación discrecional de la administración pública luego de la declaratoria de un estado de emergencia sanitaria, siendo que a raíz de ello, será necesario intervenir en los derechos de los administrados, empero, esta actuación no debe constituirse ni abusiva ni arbitraria.

2. Materiales y métodos

El presente artículo se encuadra dentro del tipo de investigación documental bibliográfica dado que se ha recolectado datos para alcanzar los objetivos planteados a través del empleo de información y material correspondiente a libros, artículos, revistas y jurisprudencia. Por otro lado, se ha empleado el método analítico para poder delimitar el problema de investigación el cual gira en torno a la discrecionalidad administrativa y la restricción de derechos fundamentales en un estado de emergencia sanitaria teniendo en cuenta la exhaustiva revisión sistemática y el análisis de las fuentes, así como también, identificar las relaciones y diferencias entre unas teorías y otras para finalmente concluir con propuestas teóricas argumentadas.

3. Resultados y discusión

La proporcionalidad y razonabilidad de las medidas administrativas restrictivas de derechos fundamentales para el manejo de la crisis sanitaria

En la base de la normativa del estado peruano, específicamente en el derecho administrativo, rondan dos puntos importantes, por un lado, el resguardo de derechos de los habitantes y por otro, la satisfacción de intereses generales. Estos puntos mantienen la capacidad de hacer cuestionamientos a las acciones del Estado durante las distintas crisis que se presente y con ello, requerir la actuación de los pilares de un estado de derecho, es decir, “la

sujeción del ejercicio del poder público al orden jurídico y la efectividad de los derechos asociados”. (Vergara Mesa, 2020)

En el Exp N.º 0050-2004-AI/TC, el Tribunal constitucionales indica que el conocido test de proporcionalidad de conforma con el objeto de realizar un análisis de proporcionalidad, el mismo que se encuentra relacionado al valor conocido de la justicia; en efecto, se le reconoce como un criterio que resulta ser indefectible de la constitucionalidad, para decretar los actos del poder público, y aún más cuando la misma impide que los derechos pueden ejercerse fehacientemente.

Es por ello, que a través del presente se abordarán los distintos criterios que ha adoptado la administración pública para restringir derechos, analizando con ello, la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas restrictivas de derechos que se consignaron en el contexto de la pandemia a causa del conocido virus denominado Covid-19.

La proporcionalidad de las medidas administrativas restrictivas de derechos fundamentales

Referente al principio de proporcionalidad, la corte suprema de justicia en la Casación 1545-2017 hizo alusión a este refiriendo que, frente a las interposiciones de la administración en los derechos fundamentales, este principio surge como una barricada de protección que evitará la demasía del poder; en el cuadro legal queda a disposición del juez facultar o rechazar una explícita interrupción de carácter individual de los derechos. Este se concierne como un principio general de la justicia en razón del cual los operadores del derecho se disponer a buscar disposiciones o medidas que sean evidentemente justas para hacer frente a las suspensiones individualizadas de los derechos.

Desde que se procedió a declarar del estado de emergencia sanitaria en el país como consecuencia del Covid-19, se han dispersado una serie de cuerpos normativos sin antecedentes que han perjudicado a muchos sectores de la ciudadanía en el desarrollo de su vida social.

La policía administrativa en su papel de prevenir y mitigar los efectos ocasionados por la enfermedad ha considerado oportuno adoptar medidas de carácter público, relacionadas con la seguridad y la salubridad pública.

La proporcionalidad en circunstancias como esta resulta indispensable dado que es un método favorable para el control de los distintos sucesos que impliquen la interposición en los derechos fundamentales

El test de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto

Como se ha venido desplegando, este test no busca únicamente solucionar problemas en relación a la colisión o conflictos entre derechos, su función va a radicar en el desarrollo de un ejercicio cuestionable que sea mayor a otros test o principios aplicados y que permita dilucidar si la restricción de un derecho es ilícita. Ahora, en las circunstancias que se abocan es necesario aplicar el test de proporcionalidad y así determinar si las medidas que se implementaron para contrarrestar los males ocasionados por el virus fueron proporcionales a los fines que se pretendieron alcanzar.

En atención al subprincipio de idoneidad, hay que indagar si existen medidas más adecuadas que prevengan, enfrenten y mitiguen todos los efectos como consecuencia de la enfermedad, cuestión en la cual las circunstancias en las que se deberían regirse determinadas medidas son definitivas.

En base al subprincipio de necesidad, es necesario verificar, además de si existe o no un adecuamiento a las medidas, cual es nivel y el grado de restricción que presumen para los derechos fundamentales que se han comprometido.

Finalmente, aterrizando en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es indispensable primero poder ponderar las razones y motivos por los cuales fueron emitidas determinadas medidas y con ello, calcular cuán importante es amparar los bienes en relación a otros, en consecuencia, saber cuál tiene un mayor grado de importancia.

Se conoce que la declaración del estado de emergencia tuvo una causa, específicamente por producirse una perturbación por los arduos escenarios que pusieron en riesgo la vida de toda la nación.

Como resultado de lo antes señalado se restringieron y/o suspendieron derechos referentes a la seguridad y libertad personales, la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, todos ellos regulados en los incisos 9, 11 y 12 del art. 2º y en el inc. 24, literal f del citado art. En ese sentido, el efecto de las medidas, comparten el mismo efecto jurídico entre los derechos restringidos.

Ahora, analizando la decisión del expresidente Martín Vizcarra en relación al tiempo que duró el estado de emergencia y a las limitaciones del contenido de los derechos fundamentales, cabe mencionar que estas decisiones si pueden ser sustancia de intervención constitucional respetando siempre que existe un gran margen de discrecionalidad que habilita las decisiones del poder ejecutivo, de modo que será imposible declarar una inconstitucionalidad salvo que esta si esté realmente manifiesta.

La razonabilidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales

En base a la razonabilidad se ejercen los actos y facultades discrecionales, este principio le otorga una validez a la actuación proveniente de los distintos órganos del estado, y es en razón de ello que el control jurisdiccional de estos actos, se van a limitar a corregir las actuaciones administrativas que se devienen en ilógicas, abusivas e incluso arbitrarias. Empero, cabe resaltar que, el juez no va a sustituir a la administración en su potestad de tomar decisiones, la potestad judicial es simplemente de tipo revisorio y no sustitutivo.

Recurriendo a lo establecido por la jurisprudencia nacional, el TC en el exp. N° 1209-2006-PA/TC instituye que en virtud del principio el cual es materia de análisis, se va a exigir que las medidas que son restrictivas se sustenten en la necesidad de proteger los fines que son considerados constitucionalmente valiosos, estos fines finalmente son lo que van a justificar las intervenciones del estado en la cuna de los derechos fundamentales. Por lo que, la limitación de determinados derechos se verá sustentado en el principio de razonabilidad siempre y cuando se busque perseguir fines legítimos y que además posean una categoría constitucional.

Ahora bien, es prudente revisar también lo que ha señalado la jurisprudencia comparada en relación, el Tribunal Constitucional de Bolivia en la sentencia 1066/2012 del Exp. 2010-22222-45-AAC ha constatado que el denominado principio de razonabilidad es aquella facultad que poseen los órganos jurisdiccionales para limitar el poder estatal ante a los administrados, por lo que en circunstancias en la que se considere dictaminar normas que prohíban o establezcan mecanismos, deberán ser aplicados según lo indicado por este principio para que las medidas sean constitucionales.

En ese sentido, teniendo en cuenta que, si cabe la posibilidad de que se admitan las intervenciones por parte del legislador siempre y cuando las mismas no sean arbitrarias, sino que estén debidamente justificadas y, además, razonables. Ahora, en atención a la

razonabilidad, y teniendo en consideración la circunstancia concreta de la pandemia, lo razonable los límites podrán ser impuestos por normativas de trascendencia general.

Las medidas restrictivas de derechos fundamentales en el contexto de la emergencia sanitaria.

Es de carácter del derecho administrativo adoptar medidas en situaciones excepcionales como la que ha conllevado el estado de emergencia sanitaria, debido a esta excepcionalidad, se adoptaron decisiones trascendentales con fuerte incidencia no solo en los derechos sino también en las libertades públicas ya sea limitándolos o promoviéndolos. Es sabido que, para limitar derechos fundamentales, las autoridades deben dar cuenta de su actuación, ello efectivamente en virtud de la legalidad, es decir, en base a qué, cuanto y en qué medida se tuvo en consideración el cuadro jurídico que resguarda el poder público que se ejerció durante el trance sanitario.

En primer lugar, la primera medida efectuada por el régimen peruano fue el declarar en el estado, la declaratoria del estado de emergencia el 15 de marzo del año 2020 el cual incluía el cierre de las fronteras y el aislamiento para prevenir más contagios, ello con la venia de lo consagrado en el art. 44° de la constitución el cual índice que:

“son deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas en contra de su seguridad, y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación”

En segundo lugar, el cierre de fronteras el cual fue declarado el 16 de marzo del 2020 mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, el estado peruano suspensión el ingreso y/o salida del país por cualquier medio de transporte, en un inicio fue por 15 días, pero conforme se desarrollaba la enfermedad, se extendían también los plazos.

En tercer lugar, en el mismo contexto, se aprobó La Ley N° 31012 de protección especial, esta fue publicado el 28 de marzo del 2020, esta norma es cuestionada porque atenta contra el principio de proporcionalidad dado que existe para imposibilitar que miembros de la fuerza pública ejerzan la fuerza arbitrariamente atropellando principios y derechos fundamentales consignados en la constitución.

El Perú, no es el único país que ha tenido que afrontar esta crisis, junto con él, todos los países del mundo se han visto en la obligación de asumir emergencias sanitarias, y ahondando en el tema de las medidas restrictivas, España al igual que nuestro estado se vio en la necesidad de decretar normas que abarcan el concepto de las medidas restrictivas de derechos, acabando con las limitaciones genéricas y desproporcionadas, limitando derechos fundamentales como el de la libertad de circulación de personas o el de reunión, aportando en lugar de tranquilidad, caos en el periodo en el que se consagró la alarma nacional decretado por el Gobierno. En el 2020, sin existir precedentes en el ordenamiento español desde que se aprobó la Constitución de 1978, la adopción de medidas tan restrictivas de derechos y libertades por partes del poder público tuvo una gran incidencia y afectación en la vida de todos los ciudadanos.

Alonso Timón (2020) señala que existieron 2 opciones de carácter jurídico para acoger medidas que limiten los derechos, de una parte, el estado de alarma, el cual se encuentra reglamentado en el art. 116° de la Constitución y, además, se desarrolla por la Ley Orgánica 4/1981. Sobre los estados de alarma, excepción y sitio.

Es importante señalar, que el gobierno español, cuenta con instrumento jurídico regulado en su legislación ordinaria que puede ser utilizado también como un mecanismo para tomar medidas de lucha contra situaciones como las que se evidenciaron con el Covid-19, por ejemplo, en su legislación sectorial sanitaria, existen normas que se puede aprovechar y además son efectivas y así evitar caer en la aplicación de dispositivos de carácter excepcional como lo es un estado de emergencia, que no debería prolongarse más de lo rigurosamente necesario.

La discrecionalidad de la administración pública

El Tribunal Constitucional ha hecho su pronunciamiento sobre la discrecionalidad en el Exp. N°. 0090-2004-AA/TC en su octavo cimiento jurídico el cual establece que las diligencias del estado están regidas por el principio de legalidad. Este principio va a permitir que existan tantos los actos reglados como los no reglados también son conocidos como actos discrecionales. Con relación a los últimos, las entidades administrativas poseen de una libertad que les permite decidir respecto de determinados asuntos, ello debido a que la ley, en sentido extenso, no establece que cosas deben o no deben hacer, ni siquiera menciona como deberían hacerlo.

Se considera oportuno destacar si bien es cierto si existe una habilitación legal que se le confiere al Estado a razón de que pueda hacer uso de la discrecionalidad, esto contribuye a la

existencia de una administración pública que se identifica por ser eficaz y eficiente, obviamente, quienes la conforman, deben hacer uso de las decisiones discrecionales teniendo en cuenta que estas estén debidamente motivadas y sustentadas para que respondan al cumplimiento de los intereses generales de toda la ciudadanía.

Por otra parte, Otero Parga (1995) enuncia que los actos discrecionales deben encontrarse sustentados con datos que sean objetivos con el fin de que no se convierta en arbitrariedad, por ello es importante que se fijen criterios dentro de los cuales la autoridad administrativa pueda ejercer sus funciones sin ningún riesgo y así velar por el interés general a través del cumplimiento de la finalidad pública.

Efectivamente deben establecer criterios que determinen de cierta forma la actuación discrecional de la administración, estos criterios han de estar enmarcados dentro de los límites de la proporcionalidad y la razonabilidad. Aunado a ello, se deberá tener en cuenta la debida motivación dado que en su ausencia se contaría únicamente con la voluntad y como bien se sabe, esta no es suficiente para tomar decisiones en un estado de derecho.

Teniendo en cuenta ello, y aterrizando en lo sucedido desde el inicio de la pandemia, el presidente de la república contó con un extenso margen de discrecionalidad, el mismo que debió ser respetado por los poderes públicos inclusive por el juez constitucional, quien únicamente deberá intervenir en anulaciones de las decisiones políticas cuando las mismas se hayan constituido como irrazonables.

La potestad discrecional de la administración pública

De todo lo expuesto y una vez centrados en el contexto en el que se desarrollaron los hechos, surgen dos cuestiones que llaman la atención, de un lado, la emisión de medidas que severamente afectan a una gran cantidad de derechos y libertades y del otro, que las medidas encausan su origen no en leyes que emanan de cada gobierno local, sino de manera exclusiva en reglamentos o decretos que emanan del Poder ejecutivo y desde allí, surge la rigurosa necesidad de cuestionarnos si ello tiene suficiente respaldo de lo que dicta el cuerpo constitucional y si se encuentra dentro del marco del Estado de Derecho consagrado en el territorio peruano.

Bien se sabe que la constitución política es más que un instrumento que existe para atribuir competencias al poder público y con ellas, los respectivos límites con los que deben

ejercerse en virtud de la legalidad. La constitución es más un sistema de poder el cual es limitado por la garantía constitucional de los derechos fundamentales, y como indica Aguilar Valdez (2020), son las personas y no los poderes públicos, las verdaderas destinatarias de todo el sistema constitucional. P. 3

La necesidad de modificar la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para incorporar criterios para que la actuación de la administración pública en un estado de emergencia sanitaria no trasgreda derechos

Esclareciendo ya el panorama y el contexto en el que se desarrolla la discrecionalidad administrativa y la restricción de los derechos fundamentales, se procede a detallar y explicar por qué deberían incluirse dentro de la LOPE un articulado de normas que incluyan criterios que sirvan de base para futuras situaciones de emergencia que impliquen la actuación discrecional de la administración.

El estado de emergencia sanitaria y el régimen de excepción en el Perú

Dávila, C. (2020) enuncia que el estado de emergencia existe con el propósito de salvaguardar de manera eficiente la salud y con ello, la vida de toda la ciudadanía, ello con la intención de evitar que se incrementen las víctimas y se vean afectados por el Covid-19, ello sin perturbar las prestaciones de los distintos servicios, sobre todo los básicos, de igual manera las prestaciones de salud y alimentación en todo el país.

Con lo expresado por la autora se entiende que la declaración de un Estado de emergencia, en este caso a través del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, lo que se pretende es restringir derechos fundamentales regulados en nuestra carta magna, referentes a la libertad y seguridad personal, la inviolabilidad de domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en nuestro territorio ello con la finalidad de resguardar la salud pública. Siendo así que a raíz de esta declaración se deberán establecer medidas tales como el aislamiento social obligatorio y la inamovilidad entre determinadas horas, teniendo en cuenta que existen ciertas excepciones aplicadas al sistema de salud, al cuerpo militar y policiaco, entre otros.

Por otro lado, Llerena, R., & Narvaez, C. S. ostentan que los escenarios de emergencia, “tienen una tendencia a romper todas las estructuras sociales y las actividades cotidianas de los grupos humanos donde suceden, ello al margen de la dimensión poblacional; los desastres de los grupos humanos, etc”. (2020)

Los autores refieren que el encontrarse en una situación de emergencia altera toda la sociedad, al margen del grupo social al que un ser humano pueda pertenecer. Siles, A. (2020) en razón del estado de emergencia que ha estado viviendo en el Perú expresa que:

(...) la normativa sobre el estado de emergencia sanitaria es deficiente, no solo en el ámbito constitucional, sino también en el legal, ello en razón de diversas causas tales como: fallas de diseño, organización internacional, legislación defectuosa e inconclusa, introducción sometida a normas legales sobre regímenes de excepción en leyes sobre uso de la fuerza por militares, indeterminaciones y omisiones de normas, elecciones interpretativas controversiales y sobre todo, debilidad sobre los poderes concentrados en el Ejecutivo, entre otras.

A su vez, el mismo autor expresa que:

(...) La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, no regula de manera precisa, es más, ni siquiera en términos generales ha considerado regular un apartado respecto de las potestades del Poder Ejecutivo sobre los estados de excepción, (...) por otra parte, el Reglamento del Congreso ha omitido también normar los puntos referidos a los poderes excepcionales que asume el Ejecutivo en aplicación de lo establecido en el artículo 137° de la Constitución Política del Perú. Pp. 133

Lo manifestado por el autor sustenta la necesidad ejecutar una reforma a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para poder incluir en esta una serie de criterios que orienten a la administración pública respecto del actuar en situaciones de emergencia en nuestro país, teniendo en cuenta que, en razón de su poder discrecional, esta se encuentra facultada a limitar, reducir y controlar. Hay que tener en cuenta además la existencia del poder discrecional se precisa en forma residual, dado que esta se emplea cuando las exigencias de la legalidad se han agotado.

La modificación de la LOPE versa en torno a las deficiencias existentes en nuestra legislación respecto a temas tales como el estado de emergencia sanitaria, así como también a la ineficiente actuar el Poder ejecutivo al momento de emitir medidas administrativas que impliquen la restricción de derechos fundamentales para salvaguardar el bien común, es por ello que es necesaria la introducción de controles que sean más eficaces para contrarrestar las externalidades negativas ocasionadas por la pandemia denominada Covid-19 la cual trajo como consecuencia la declaración de un estado de emergencia en nuestra nación.

El objeto de afectación en el estado de emergencia sanitaria declarado en el 2020.

¿Qué implica la suspensión de los derechos fundamentales?

García Belaunde (1998) manifiesta que la suspensión no significa que las personas van a quedar sin derechos ni mucho menos que para ejercer los mismos deban pedir permiso en todo momento. Lo que significa en realidad esta suspensión es que el Estado al encontrarse al frente a situaciones graves que impliquen dejar en suspenso una parte del orden constitucional y los derechos que el mismo ha reconocido dentro de su territorio. (pp 286-287)

En ese orden de ideas, se debe reflexionar respecto de la importancia de respetar el contenido constitucional de los derechos fundamentales toda vez que estos siempre deben ser cumplidos y por el contrario no deberían verse sacrificados. Aunado a ello, Carrasco en el 2020 indica que:

“los derechos humanos son aquellos inherentes a la persona que se encuentran establecidos en la Declaración Universal de Derechos humanos”

En ese sentido, en un estado de emergencia, el poder ejecutivo posee las facultades para limitar determinados derechos y si se enmarca en los límites de la constitucionalidad y además evaluando las circunstancias que se desarrollan, estas limitaciones se constituirán como válidas y a partir de ese momento, si se pretende ejercer más allá de esas restricciones establecidas, significará que se pretende ejercer los derechos de manera extralimitada.

De igual forma, Eguiguren Praeli (2003) expresa que la suspensión de derechos no una desaparición absoluta de los mismos. Además, mientras dura la excepcionalidad las autoridades del estado puedan establecer limitaciones mayores e incluso afectar en parte tales derechos que en casos normales no están permitidos. P. 130.

La Convención americana de derechos humanos (CADH) reconoce la facultad de los estados para suspender derechos en tanto se hayan cumplido los siguientes requisitos:

- a. La existencia de una amenaza excepcional: Este punto es imprescindible ya que no habrá justificación mayor, sino hay una gravedad o evidencia de que exista un peligro que atente contra la ciudadanía.
- b. Que existe una proporción entre las medidas a adoptar y la situación de gravedad de la crisis: Esto suena bastante lógico, no obstante, en el desarrollo de la pandemia se han esbozado más de 2 medidas bastante irrisorias dado que se emitieron muchas de ellas sin una consecuencia lógica que lejos de sobrellevar la gravedad de los efectos ocasionados por el virus, provocaron más caos.
- c. Que las limitaciones sean temporales
- d. Finalmente, que las medidas a adoptar no sean discriminatorias.

Los criterios por considerar para modificar la Ley orgánica del Poder Ejecutivo

Como se ha demostrado en el presente, es imperante estipular ciertos criterios que sirvan de orientación para futuras situaciones de emergencia en nuestro estado, para ello, la ley orgánica del poder ejecutivo debería consagrar los lineamientos y así enfrentar la situación de manera más proporcional y razonable.

En ese sentido, la modificación de la norma que se pretende versaría en torno a los siguientes criterios:

En primer lugar, la administración pública debería acreditar la existencia de una enfermedad grave que es transmisible y que sobre todo pueda poner en riesgo la salud y con ello, la vida de la ciudadanía. Este criterio encausa su fundamento en la falta de diligencia del estado dado que, las noticias del covid-19 y sus afectaciones no fueron noticia nueva, desde el 2019 se venía sopesando que en otros países ya los contagios a causa de este virus iban aumentando, en ese sentido, se destaca en nuestro estado una gran despreocupación y, sobre todo, no existió capacidad de reacción porque de manera ingenua se creyó que los efectos del virus no golpearían al territorio peruano, entonces, lejos de iniciar un plan de acción y ejecución, lo único que hicieron fue esperar y declarar un estado de emergencia.

En segundo lugar, la administración pública debería justificar que la limitación de determinados derechos es estrictamente imprescindible para no transmitir la enfermedad y por no existir otros medios menos invasivos en los derechos y libertades de las personas, aplicando métodos más eficaces para alcanzarlo. En este punto hay que tener muy en cuenta que el confinamiento del pueblo mantiene una serie de implicancias que pueden poner a toda la población en crisis, para ello, se debe tomar en cuenta las decisiones a tomar, la duración de las restricciones, cuáles serán los sistemas de vigilancia para el cumplimiento, justificar la aplicación de la excepcionalidad, así como los posibles efectos económicos, laborales y sociales de la población.

En tercer lugar, la administración pública debe normar sus medidas en atención al número de enfermos existentes y considerando cada localidad, hay que precisar de manera clara y concisa como y cuál es la extensión del mal y, sobre todo, elaborar un estudio geográfico de la localización del virus y así tener en cuenta cuales son los puntos más vulnerables, consecuentemente determinar cuáles serán las medidas restrictivas y limitativas de los derechos.

Finalmente, la administración debe considerar analizar detenidamente por cuanto tiempo fijará las limitaciones; este punto es bastante importante dado que existen bastantes

diferencias, y los efectos jurídicos de las restricciones y limitaciones no van a ser los mismos para todos, ello en razón de que cada ciudadano posee una realidad diferente en el aspecto económico, social, laboral, etc; no todos enfrentan de la misma manera el estado de emergencia sanitaria, es muy distinto sobrellevar el mismo en condiciones de pobreza, pobreza extrema, con enfermedades terminales, avanzadas o peor aún, si viven en la calle.

Estos criterios surgen con el fin de proteger el Estado de derecho, para evitar atropellos y hacer un llamado al gobierno para justificar que ante estas situaciones no dispone de otros medios que sean menos agresivos para enfrentar las circunstancias y que, en consecuencia, los presupuestos propuestos son idóneos y proporcionales a los fines que se busca alcanzar, en este caso, proteger la salud y con ello la vida de las personas.

4. Conclusiones

A lo largo del desarrollo del presente artículo jurídico y teniendo en cuenta la exhaustiva revisión de normas, jurisprudencia tanto nacional como internacional y además la doctrina, se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, las restricciones del ejercicio de los derechos fundamentales como la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión y tránsito, así como a los relativos a la libertad y seguridad personales en el desarrollo de la pandemia a causa del Covid-19, se adoptaron dentro del marco de la proporcionalidad y la razonabilidad toda vez que las mismas se dictaminaron con el objetivo de enfrentar y contener todos los efectos de la pandemia, principalmente, con el fin de resguardar la salud de toda la población peruana y evitar así que aumenten los índices de contagio. En ese sentido, la declaratoria de emergencia y las medidas restrictivas son consideradas válidas ya que efectivamente el derecho a la vida y subsecuentemente el derecho a la salud, priman sobre el ejercicio de los derechos fundamentales citados en líneas precedentes, de igual forma, ajustándose a lo previsto en la constitución por encuadrarse en una situación de riesgo.

Por otro lado, sobre la discrecionalidad, que a lo largo de la pandemia en más de una oportunidad fue cuestionada por considerarse que la actuación del estado se presentaba de forma arbitraria, cabe resaltar que las restricciones a los derechos fundamentales en un inicio para contrarrestar los males ocasionados fueron proporcionales y razonables, y que con el transcurso del tiempo se convirtieron en restricciones irrisorias toda vez que la discrecionalidad administrativa fue empleada para decretar medidas que no guardaban coherencia, medidas como la restricción de circulación a los hombres los días martes, jueves y sábado, y a las mujeres los días lunes, miércoles y viernes, en ese sentido, las restricciones diferenciadas no depositaban concordancia alguna.

Finalmente, existe una gran necesidad de incorporar criterios en la LOPE a través de una modificación parcial de la misma, por lo que debería incorporarse al artículo 8° del título II del citado cuerpo normativo los criterios desarrollados en líneas precedentes los cuales servirá para esclarecer el panorama de las implicancias que acarrear la declaratoria de un estado de emergencia sanitaria y así evitar repetir los mismos errores, como la improvisación, la falta de coordinación, entre otros que se presentaron en el gobierno de turno, quien a pesar de conocer la situación alrededor del mundo, tuvo una respuesta tardía en cuanto a implementar un plan de acción y ejecución que impida que los efectos sean menos agresivos, adoptando de manera

morosa una declaratoria de emergencia, en consecuencia, el Poder Ejecutivo podrá adoptar las medidas necesarias para la defensa de la ciudadanía.

5. Recomendaciones

Realizar una modificatoria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, para incorporar criterios y parámetros que sirvan de orientación a la administración pública para abordar situaciones que impliquen que la misma haga uso de sus facultades discrecionales siempre teniendo en cuenta los límites que imparten los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Incluir en la Ley General del Procedimiento administrativo General y en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, por ser normas fundamentales del ordenamiento sobre el que se asienta la Administración pública a los principios de legalidad, proporcionalidad, y a la interdicción de la arbitrariedad como límites de la actuación discrecional de la administración pública para hacer de estos un componente esencial de control que recuerde a todos los órganos que su actuación debe ser legítima y que además esté comprendida dentro de los límites señalados en el ordenamiento jurídico.

Implementar un protocolo de acción por parte del poder ejecutivo que debería ejecutarse en situaciones de emergencia. Este protocolo servirá de orientación y deberá activarse inmediatamente en cuanto se haya hecho la declaratoria de un peligro inminente que atente contra la salud y la vida de todos los peruanos, así ese evitará caer en situaciones de improvisación y el estado peruano se encontrará más preparado, evitando así futuras improvisaciones.

6. Referencias

- 044-2020-PCM, D. d. (2020). declaración del Estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que afectan a la vida de la nación a consecuencia del brote del covid 19.
- Abruña, A. (2010). *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Palestra editores.
- Aragón, M. (1998). *La inviolabilidad del domicilio*. Revista Española de derecho constitucional. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2001827>
- Baca, V. (2012). La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Revista de derecho administrativo. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13553>
- Bajo, M. (2010). *La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional*. Revista de derecho político.
- Brewer-Carias, A. (1991). *Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa*. Revista de derecho público.
- Calderon, A. (2017). Buen gobierno y fiscalización: implicancias de la actividad de policía en el desarrollo estatal. Lima, Perú: Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Calderon, A. (2017). Buen gobierno y fiscalización: implicancias de la actividad de policía en el desarrollo estatal. . Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú.
- Casación 001545 publicada el 8 de enero del 2018*. (2018). https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:PE;*,CL+date:2018-01-01../que+es+el+principio+de+proporcionalidad/WW/vid/899986075
- Casal, J. (1999). *Libertad personal, seguridad individual y debido proceso en Venezuela* (Vol. 5). Ius et Praxis. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=197/19750106>
- Cassagne, J. (2009). *La discrecionalidad administrativa*. Foro jurídico. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18518>
- Castillo, L. (2013). Principio de proporcionalidad. En M. Alvarez y R- Cippitani (Coord). Mexico: ISEG, Instituto tecnologico de Monterrey.
- Centro de información jurídica en línea*. (s.f.). <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/>
- Cerna, C. (2020). Fundamentos jurídicos que justifican la restricción de derechos fundamentales bajo el paternalismo jurídico en un Estado constitucional de derecho. Cajamarca, Perú: Tesis de doctorado. Universidad Nacional de Cajamarca.
- Céspedes, C. (2005). *Limitaciones de los derechos fundamentales*. Revista de Ciencias jurídicas.

- Chano, L. (2020). *La limitación proporcionada de los derechos fundamentales: problemas constitucionales y aportes de la proporcionalidad*. Anuario de la facultad de derecho.
- Cruz Villalón, P. (2004). *Normalidad y Excepción*. Revista Española de Derecho constitucional.
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CIqWkrZ4190J:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/989916.pdf&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>
- Danós, J. (2016). *Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública*. IUS ET VERITAS.
- Dávila, C. (2020). *¿Cuáles son las diferencias entre Estado de emergencia y emergencia sanitaria?* <https://www.bdo.com.pe/es-pe/blogs/blog-bdo-peru/marzo-2020/%c2%bfcuales-son-las-diferencias-entre-estado-de-emergencia-y-emergencia-sanitaria>
- De Enterría, E. F. (1993). *Curso de derecho administrativo* (Vol. 1). Civitas.
- De Luque, L. (1993). *Los límites de los derechos fundamentales*. Revista del centro de Estudios Constitucionales.
- Diccionario panhispánico del español jurídico*. (s.f.). <https://dpej.rae.es/lema/libertad-de-reuni%C3%B3n>
- Eguiguren, F. (2003). El actual estado de emergencia: justificación, alcances, impresiones y riesgos. Foro jurídico.
- Esparza, B. (2013). *Derechos fundamentales. Jurisprudencia constitucional penal*. México: Inacipe. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35829.pdf>
- Fernández, F. (1997). El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español. Madrid: Revista de Derecho privado.
- Galindo, M. (2016). *Teoría de la administración pública*. México: Purrúa.
- García, D. (1998). *¿Suspensión de garantías o derechos? (un debate en torno al régimen de excepción peruano)*. México: Instituto de investigaciones jurídicas (IIJ) UNAM.
- García, J. (2012). *El test de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Arequipa, Perú: Adrus.
- García, V. (2018). *La dignidad humana y los derechos fundamentales*. Revista de derecho & sociedad.
https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:PE+content_type:4/Derechos+fundamentales/WW/vid/791084861
- Gazzolo, L. (1962). *Apuntes de derecho administrativo peruano*.
- Guzmán, N. (2018). El impacto de la tutela positiva de los derechos fundamentales en la discrecionalidad administrativa. Santa Fe, Argentina: Revista Eurolatinoamericana de derecho administrativo. Universidad nacional del litoral.
- Haro, R. (2020). *Nuevos perfiles del control de razonabilidad constitucional*.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14044>

- Hernandez Rengijo, F. (2019). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/7454>
- Ivanega, M. (2008). Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora. *Revista de derecho administrativo*.
- Llerena, R., & Narvaez, C. (2020). *Emergencia, gestión, vulnerabilidad y respuestas frente al impacto de la pandemia covid-19 en el Perú*. Perú. https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63468979/Poblaciones_vulnerables_frente_al_covid_19_gestion_y_respuestas20200529-91993-k4vuz2.pdf?1590809504=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEMERGENCIA_GESTION_VULNERABILIDAD_Y_RESP.pdf&Expires=160
- Lucchetti, A. (2009). *Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas*. Circulo de derecho administrativo. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14044>
- Medina, A. (2015). *El domicilio es un derecho fundamental o es un derecho ordinario a propósito de la STC N° 7123-2013-PA/TC*. <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/11/Doctrina2274.pdf>
- Molina, A. (2001). *Los principios del procedimiento administrativo en la Ley del procedimiento Administrativo general: fundamentos, alcances e importancia*.
- Morón, B. (2015). La necesidad del control de la administración en el estado de derecho. El sistema de control en el Perú. Lima, Perú: Tesis de maestría, Universidad Católica del Perú.
- Navarro, M. (2012). Discrecionalidad administrativa. *Revista en cultura de la legalidad*.
- Otero, M. (1995). La arbitrariedad. *Anuario de filosofía del derecho XII*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1995-10038700400
- Pierry, P. (1984). El control de la discrecionalidad administrativa.
- Rojas, P. (2015). *Administración pública y los principios del derecho administrativo en Perú*. Perú: Revista de derecho administrativo. <https://doi.org/https://doi.org/10.18601/21452946.n13.10>
- Sanchez, M. (2011). *Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Lima, Perú: Ius Et Veritas. Pontificia universidad católica del Perú.
- Santa María, J. (1991). *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Siles, A. (2017). El estado de emergencia constitucional peruano a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos: tres cuestiones relevantes.
- Tamayo, T. (2016). *El proceso de la investigación científica*. Ciudad de México, México: Editorial Limusa.

- Tancara, C. (1993). La investigación documental. Temas sociales. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0040-29151993000100008&lng=es&tlng=es.
- TC. (2004). *Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00017-2003-AI/TC. Publicado el 16 de marzo del 2004*. <https://app.vlex.com/#vid/874424068>
- TC. (2004). Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0090-2004-AA/TC de fecha 5 de julio del 2004. Perú. [https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/0090-2004-AA\(f.j10\).pdf](https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/0090-2004-AA(f.j10).pdf)
- TC. (2006). Exp N° 0050-2004-AI/TC Publicado el 02 de febrero del 2006. Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=144007
- TC. (2006). *Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1209-2006-PA/TC de fecha 14 de febrero del 2006*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.pdf>
- TC. (2010). *Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 23 de abril del 2010*. Exp. 1420-2009.
- Timón, A. (2021). *La limitación de los derechos en la lucha contra la covid-19: especial referencia a la reforma del recurso de casación de mayo del 2021*. Revista de administración pública. <https://doi.org/https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.09>
- Vergara, H. (2020). *El derecho administrativo interpela en contextos de pandemia. Opinión jurídica*. <https://doi.org/https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a3>
- Vignolo Cueva, O. (2017). *El nacimiento de la Administración Pública regulatoria en Perú*. Revista digital de Derecho administrativo. <https://doi.org/https://doi.org/10.18601/21452946.n19.06>
- Zegarra, D. (2006). Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la doctrina española).

7. Anexos

| | | | |
|--|--|--|--|
| LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: | Democracia, gobernabilidad y gestión pública | | |
| TEMA | PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS IMPUESTAS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN UN ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA. | | |
| PROBLEMA | ¿Cuáles serán los criterios para que la actuación discrecional de la administración pública no vulnere derechos fundamentales en un estado de emergencia sanitaria? | | |
| TESISTA | Celinda Muñoz Chinchay | ORIENTADOR | Percy Mogollón Pacherre |
| CATEGORÍAS CONCEPTUALES | OBJETIVOS | | |
| | GENERAL: | | |
| 1. Derechos fundamentales afectados por el estado de emergencia sanitaria. | Establecer los criterios para que la actuación discrecional de la administración pública no constituya una vulneración de los derechos fundamentales en un estado de emergencia sanitaria. | | |
| | ESPECÍFICOS: | | |
| 2. Discrecionalidad de la administración pública. | Estudiar la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas administrativas restrictivas de derechos fundamentales para el manejo de la crisis sanitaria. | Analizar la discrecionalidad de la administración pública. | Sustentar la necesidad de modificar la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para incorporar criterios para que la actuación de la administración pública en un estado de emergencia sanitaria no trasgreda derechos. |
| 3. Estado de emergencia sanitaria. | | | |

| | |
|------------------|---|
| HIPÓTESIS | Si la administración pública en su actuación discrecional establece medidas administrativas que restringen derechos fundamentales en un estado de emergencia sanitaria para resguardar el interés público, entonces deberá hacerlo en razón de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, para evitar la vulneración de derechos fundamentales. |
| APORTE | <p>Como aporte inmediato se estudiará la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas administrativas impuestas por la administración pública para restringir derechos teniendo la actuación discrecional de la administración pública.</p> <p>Como aporte mediato, establecer los criterios a efectos de que puedan ser incorporadas en la LOPE para que la actuación discrecional de la administración pública no vulnere derechos fundamentales en situaciones de estado de emergencia.</p> |