




# Derecho y Realidad

A graphic of a globe with a blue and green color scheme. The map of Latin America is highlighted in a bright yellow-green color. The text 'Crisis constitucional latinoamericana en tiempos de pandemia' is overlaid on the map in white, bold, sans-serif font.

## Crisis constitucional latinoamericana en tiempos de pandemia



**Uptc**<sup>®</sup>  
Universidad Pedagógica y  
Tecnológica de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

---

Revista Derecho y Realidad ISSN 1692-3936  
Vol. 18 Núm. 36 Julio - Diciembre 2020



# **Derecho y Realidad**





**Uptc**<sup>®</sup>  
Universidad Pedagógica y  
Tecnológica de Colombia

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**



# **Derecho y Realidad**

**Revista Derecho y Realidad**  
ISSN Impreso 1692-3936 / ISSN-L en línea 2619-5607  
Volumen 18 / Número 36 Julio - Diciembre 2020 (10-251)  
Revista Arbitrada y Seriada

Revista sociojurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

## **Revista Derecho y Realidad**

ISSN Impreso 1692-3936 / ISSN-L en línea 2619-5607

Volumen 18 / Número 36 Julio - Diciembre 2020 (10-251)

Revista Arbitrada y Seriada

**Derecho y Realidad** es una publicación semestral dirigida a la comunidad científica y académica interesada en el desarrollo de las ciencias sociales y humanas, con énfasis en derecho y derechos humanos.

### **Dirección y Organización Administrativa de la Revista**

#### **Editor**

Luis Bernardo Díaz Gamboa

#### **Editor invitado**

Pedro Javier Barrera

#### **Coordinador Editorial**

Federico Sánchez Riaño

#### **Corrección de Estilo**

Sylvia Daniela Moreno

#### **Ilustración de Carátula**

Adriana Naizaque Ramírez

#### **Diseño y Diagramación**

Diana Abril Villamizar

#### **Correspondencia Revista**

Centro de Investigación y Extensión CIEDE - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Correo electrónico: [derechoyrealidad@uptc.edu.co](mailto:derechoyrealidad@uptc.edu.co)

Teléfono: 7405626 Ext.: 2518

Tunja, Boyacá-Colombia

**Canje:** Universidad Pedagógica

y Tecnológica de Colombia

BIBLIOTECA CENTRAL

Avenida Central del Norte

Tunja, Boyacá - Colombia

[derechoyrealidad@uptc.edu.co](mailto:derechoyrealidad@uptc.edu.co)

[publicaciones@uptc.edu.co](mailto:publicaciones@uptc.edu.co)

La revista es editada y financiada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC

Las opiniones expresadas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Derecho y Realidad - ISSN 1692-3936  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, 2020  
Publicaciones Seriadas y Arbitradas - Semestral  
CDD 340

Derecho y Realidad no cobra a los autores por la presentación o la publicación de sus artículos

La revista está autorizada por una licencia Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

Esta revista proporciona un acceso abierto inmediato a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global de conocimiento.



**CUERPO DIRECTIVO - UPTC**

**Rector**

Oscar Hernán Ramírez

**Vicerrector Académico**

Manuel Humberto Restrepo Domínguez

**Decano Facultad de Derecho y Ciencias  
Sociales**

Leonel Antonio Vega Pérez

**Vicerrector de Investigaciones y Extensión**

Enrique Vera López

**Director Centro de Investigación  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales -  
CIEDE**

Edgar Fernando Cervantes Díaz

**Director Escuela de Derecho**

Edizón Gonzalo Porras López



**Uptc**<sup>®</sup>

Universidad Pedagógica y  
Tecnológica de Colombia

## **Comité Editorial**

Pedro López, Phd, Universidad Complutense, España  
Felipe Gómez Isa, Phd, Universidad de Deusto - Bilbao, España  
Ramón Ruiz, Phd, Universidad de Jaén  
Juana María Gil Ruiz, Universidad de Granada, España  
Pedro Alfonso Sánchez Cubides, UPTC  
Dídima Rico Chavarro, Phd, UPTC

## **Comité Científico**

Pablo Manuel Guadarrama Gonzalez, Phd, Universidad de Leipzig  
Evandro Vieira Ouriques, Phd, Universidad Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)  
Omar Heffes, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
Eladio Craia, Phd, Universidad Católica de Paraná - Brasil  
Víctor Andrés Olarte, Phd, U. La Sorbona, Paris  
Jorge Carvajal, Phd, U. Gran Colombia  
María Stella García, Phd, UPTC  
Jorge Enrique Patiño Rojas, Mg, UPTC  
Gloria Cuartas, Mg, INPAZ

---

### **Proceso de evaluación por pares**

Los artículos son revisados por el editor, los comités Editorial y Científico, evaluados por un par (modalidad ciego), quien, en su condición de experto, determina la originalidad, la calidad, la pertinencia del contenido y emite el dictamen.

## **Presentación**

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC se honra en presentar la Revista Derecho y Realidad, con artículos variados, pero fruto de profundas reflexiones y productos de investigaciones juiciosas quemarcan un derrotero en nuestro ejercicio bibliográfico. Esta revista arbitrada y en proceso de indexación recoge trascendentales exposiciones que han sido presentadas en diversos escenarios como el IV Congreso Internacional de Derechos Humanos celebrado en nuestra Universidad. La profundidad de sus conceptos, lo crítico de su pensamiento, lo acertado de sus apreciaciones, las reflexiones originales que enmarcan sus ópticas, lo oportuno del enfoque, nos permiten expresar sin lugar a duda que estamos en presencia de una experiencia académica de la más alta calidad que va a servir de insumo permanente en todas las exploraciones bibliográficas de los interesados.

Expresamos nuestros agradecimientos más sinceros a todos los autores que con sus luces siguen nutriendo nuestra revista e invitamos a toda la comunidad académica a participar con sus valiosos aportes.

Leonel Antonio Vega Pérez  
Decano  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
UPTC





<b>Editorial</b> .....	10
<b>La crisis de la democracia representativa y las tendencias hacia un hiperpresidencialismo, un análisis del caso México</b> <i>Víctor Alejandro Wong Meraz</i> .....	15
<b>Una Constitución Mundial en clave de derechos humanos desde la periferia del mundo</b> <i>Javier Antonio Tobar Rodríguez</i> <i>Manuel Eduardo Rodríguez Arias</i> .....	37
<b>Dos efectos de la COVID-19 en Colombia: profundización de la desigualdad y retorno al hiperpresidencialismo</b> <i>Pedro Javier Barrera Varela</i> .....	59
<b>Presidencialismo en tiempos de pandemia: Ecuador</b> <i>Ángel Eduardo Torres Maldonado</i> .....	89
<b>Constitucionalismo, hiperpresidencialismo y desequilibrio de poderes en Brasil en tiempos de la pandemia de COVID-19</b> <i>Graça Maria Borges de Freitas</i> .....	111
<b>Del Ulises desatado al Ulises extraviado: la crisis sanitaria en el contexto de la crisis constitucional chilena</b> <i>Antonio Morales Manzo</i> .....	139
<b>Hiperpresidencialismo y derechos fundamentales en tiempos de COVID-19. Un análisis del caso paraguayo</b> <i>Camilo Filártiga Callizo</i> <i>Rodrigo Ayala Miret</i> .....	161

**Emergencia pública, presidencialismo y Estado de Derecho en Argentina en el contexto del COVID-19**

*Cristian Altavilla* .....181

**Efectos en la salud mental durante la pandemia del coronavirus**

*Luisa Cristina Álvarez Ulloa* .....203

**Desigualdad de ingresos en Colombia: Evidencia empírica del período 1990-2018**

*Juan Sebastián Salazar García* .....219

**Hacia una nueva conceptualización de la Bioética y aplicación de sus principios en el ordenamiento jurídico**

*Brayan Alexander Díaz Piragauta* .....239

### El drama del mundo actual

Rafael Ballén\*

Pese a la acción depredadora del hombre, todavía se conservan muchas bellezas en el mundo. Google, y las enciclopedias impresas, registran algunas de ellas. A la mayoría las podemos apreciar con nuestros sentidos, cada cual las puede evocar a su manera. Las Pirámides de Egipto y las seis maravillas, los Alpes cubiertos de nieve en primavera, las Cataratas del Niágara, las de Iguazú, el *Central Park* en Nueva York, un espectáculo en el cabaret *Moulin Rouge* de París o una cena a orillas del Danubio. En nuestro país, aún nos quedan hermosos paisajes con sus ríos, montañas, páramos de frailejones, lagunas, profundos cañones, la alfombra verde de la selva amazónica, los carnavales, las competencias deportivas, los festivales de música, el desfile de Silletteros y el piafar vencedor de los caballos de El Ubérrimo.

Claro, hay cosas más elementales, baratas y humanas de singular perfección en cualquier lugar del planeta: la intensidad azul del cielo en una noche de luna llena y de estrellas titilantes, la tierna sonrisa de un niño que a los once meses quiere dar sus primeros pasos y articular sus primeras palabras, el abuelo venerable que juega con su nieto y mil y un pasajes más de la vida cotidiana de la gente simple.

No obstante, las infinitas expresiones de belleza, así como deviene el mundo, tanto en la normalidad como en excepción, no se encuentran bien. En la normalidad, una exigua minoría ha hecho del mundo un drama. Terratenientes, industriales, transnacionales del comercio, las finanzas y las comunicaciones son los dueños del mundo, ponen y quitan gobernantes, reyes, legisladores, magistrados y generales a su antojo. Todos juntos — dueños y títeres— han hecho del mundo una obra de teatro superior a las escritas por Shakespeare. Han convertido a 7.700 millones de personas en simples espectadores, nos hacen reír o llorar según el género que nos presenten: comedia o tragedia. Se hallan absortos en el apasionante encanto de su vida, la de príncipes. En medio de esa felicidad tan perfecta todos se hallan ensimismados en sus escenarios, y mediante sus grandes cadenas de comunicaciones nos mantienen ciegos, sordos e hipnotizados, para vendernos su mundo. Sin embargo, desde hace siglos la inmensa mayoría de la población mundial llora de hambre, miseria y exclusión. Aún así, a veces nos hacen reír las bufonadas de directores y actores.

Ese drama de la normalidad comenzó hace unos 5.500 años, es decir, tan pronto una jefatura política trascendió al primer Estado en el país del Sumer, al sur de lo que hoy es

---

\* Rafael Ballén, profesor investigador y escritor. Ph.D. en derecho público de la Universidad de Zaragoza-España. En ficción es autor de *Cenizas*, *La vida ejemplar de Constantina* y *Tirofijo*. *De cuerpo entero*, y de tres novelas más (inéditas) sobre el conflicto armado en Colombia. En no ficción ha publicado más de dos docenas de libros y numerosos ensayos, en temas de ciencia política, filosofía, sociología jurídica e historia.

Irán e Irak. Entonces, esa exigua minoría gritó a una sola voz: «¡El Estado es el negocio, socio!» y agarró en sus manos el más eficiente y eficaz aparato de poder y dominación, sin que jamás lo haya soltado. Contra aquel injusto drama se han levantado hombres, mujeres y pueblos enteros: en ocasiones con sus herramientas y armas, casi siempre con el poder de la palabra. Jesús, entre ellos. Pero mucho tiempo antes, lo habían hecho los esclavos egipcios (2200 a. de nuestra era), Hesíodo, Sócrates, Platón y Espartaco. Después, Paine, Marx, Lenin, Gandhi, Primo Levi, Saramago, todos los intelectuales y artistas, salvo los pocos fletados a los regímenes de todos los tiempos y meridianos.

Luego vino lo anormal: el 31 de diciembre de 2019, fue declarado oficialmente en Wuhan-China el coronavirus —COVID-19—. Como un jinete del apocalipsis se fue extendiendo por el mundo y, además de matar a los más pobres, exacerbó los pecados de los grandes bandidos que gobiernan el mundo. A los siete pecados capitales de la Biblia —soberbia, avaricia, lujuria, ira, gula, envidia y pereza—, añadieron catorce más: pobreza, hambre, enfermedades, desempleo, anarquía de la gran ciudad, la soledad del hombre, violación de los derechos humanos, destrucción del ambiente, burocracia, guerra, abuso de publicidad, corrupción, pérdida de soberanía, cooptación del Estado por las mafias y abuso del lenguaje.

Colombia no se escapa de ese drama, ni en la normalidad ni en la excepción. Somos parte de él. Estamos en un retazo de su geografía y por gobernante tenemos un tirano, que además de serlo, es el más fiel y obsecuente títere del más grande payaso y mentiroso del planeta. Como si eso no bastara, arrastramos una guerra que comenzó en 1946: las matanzas de campesinos y líderes liberales de esos años, hoy se repiten calcadas, con líderes sociales, defensores de derechos humanos y reclamantes de tierras usurpadas.

¿Qué hacer? Cambiar el mundo y el país. Son, la pregunta y la respuesta que nos hacen los pensadores. En medio de ese drama, aquí y ahora hay mucho por hacer: disentir — es lo menos—, reflexionar, dialogar, protestar en la calle, hablar con todas las fuerzas de nuestro ser y los dictados de nuestra conciencia, aunque en la dirección del drama no tengamos interlocutor y la bala y el puñal se encuentren al acecho. Que la actitud de Galileo nos sirva de fortaleza, en estos días ominosos. De rodillas ante la Inquisición, debió abjurar de sus ideas acerca del movimiento de la Tierra. Pero una vez de pie, en voz baja dijo: «Y sin embargo se mueve».

En ese contexto universal y local se publica el número 36 de la revista *Derecho y realidad*, de cuya fundadora, Nilce Ariza Barbosa, invocamos su recuerdo, enseñanzas y ejemplo de compromiso para no desmayar en estos, los momentos más difíciles de toda la historia de Colombia.

Esta edición versa sobre la crisis constitucional en América Latina en tiempos del COVID-19, y tiene el atractivo académico de contar con artículos de importantes investigadores de México, El Salvador, Colombia, Ecuador, Brasil Chile, Paraguay y Argentina, analizando el fenómeno, cada vez más notorio en la región, de la concentración excesiva del poder en el ejecutivo y las consecuencias que ha traído, en especial en medio de la pandemia.





**Artículos / Articles**

---



# La crisis de la democracia representativa y las tendencias hacia un hiperpresidencialismo, un análisis del caso México

*The crisis of representative democracy and the tendencies towards a hyper-presidentialism, an analysis of the Mexican case*

Autor: Víctor Alejandro Wong Meraz

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12145>

**Para citar este artículo:**

Wong Meraz, V. A. (2020). La crisis de la democracia representativa y las tendencias hacia un hiperpresidencialismo, un análisis del caso México. *Derecho y Realidad*, 18 (36),15- 36.





## LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LAS TENDENCIAS HACIA UN HIPERPRESIDENCIALISMO, UN ANÁLISIS DEL CASO MÉXICO\*

*The crisis of representative democracy and the tendencies towards a hyper-presidentialism, an analysis of the Mexican case*

*A crise da democracia representativa e as tendências ao hiperpresidencialismo, uma análise do caso do México*

**Víctor Alejandro Wong Meraz<sup>a</sup>**

awong32@yahoo.com

Recepción: 23 de octubre 2020

Aceptación: 10 de noviembre 2020

### RESUMEN

El presente artículo analiza uno de los temas centrales para el constitucionalismo moderno: el control del poder. El cual, con la crisis provocada por el COVID-19, ha puesto en jaque a todas las instituciones democráticas del mundo. Ello ha ocasionado que resurjan las tentaciones de presidentes fuertes, o incluso de llegar a los presidencialismos autoritarios bajo el argumento de poder responder mejor al reto. La metodología que se emplea para la presente investigación será cualitativa, en el sentido de que el análisis resultante es a partir del estudio en diversos textos, de las famosas facultades metaconstitucionales que han repercutido en la realidad constitucional. Igualmente, se analizarán los resultados de 2018, teniendo en cuenta que podría detonar las facultades metaconstitucionales del presidente mexicano. Como resultado de

la investigación se acredita la importancia del estudio del debate del constitucional suscitado en la República de Weimar, en la época Entre Guerras. El cual, es considerado el de mayor rigor científico y que más ha aportado a las ciencias jurídicas. Allí podemos caer en el positivismo jurídico de Kelsen, decisionismo de Schmitt, integracionismo de Smend, o la metodología de las ciencias constitucionales de Heller.

### PALABRAS CLAVES

Constitucionalismo; democracia representativa; hiperpresidencialismo; crisis institucional; México.

### ABSTRACT

This article analyzes one of the central issues for modern constitutionalism: the

---

\* Artículo de reflexión. Agradezco los comentarios realizados por Christian Yair Aldrete y Fernando Leopoldo González para la elaboración de este trabajo.

a. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid, miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Profesor Investigador de la Universidad Autónoma del Estado de México.

control of power. With the crisis provoked by COVID-19, it has put all the world's democratic institutions in check. This has caused the temptation of strong presidents to resurface, or even to reach out to authoritarian presidentialisms under the argument of being able to respond better to the challenge. The methodology used for this research will be qualitative, in the sense that the resulting analysis is based on the study in various texts of the famous meta-constitutional faculties that have had an impact on constitutional reality. Likewise, the results of 2018 will be analyzed, considering that it could detonate the meta-constitutional faculties of the Mexican president. As a result of the research, the importance of the study of the constitutional debate in the Weimar Republic, during the Between Wars period, is proven. It is considered the most rigorous and has contributed the most to juridical sciences. There we can fall into the juridical positivism of Kelsen, the decisionism of Schmitt, the integrationist of Smend, or the methodology of the constitutional sciences of Heller.

## KEYWORDS

COVID-19; Presidentialism; Constitution; Mexico; pandemic; Latin America.

## RESUMO

Este artigo analisa um dos temas centrais do constitucionalismo moderno: o controle do poder. Que, com a crise provocada pela COVID-19, colocou em xeque todas as instituições democráticas do mundo. Isso fez que as tentações de presidentes fortes reaparecessem, ou mesmo alcançar o presidencialismo autoritário, sob o argumento de serem capazes de responder melhor ao desafio. A metodologia utilizada para esta pesquisa será qualitativa, no sentido de que a análise resultante se baseia no estudo em diversos textos dos famosos poderes metaconstitucionais que tiveram impacto na realidade constitucional. Da mesma forma, serão analisados os resultados de 2018, levando-se em conta que pode detonar os poderes metaconstitucionais do presidente mexicano. Como resultado

da pesquisa, credita-se a importância do estudo do debate constitucional surgido na República de Weimar, na era Entre Guerras. Que é considerada a que tem maior rigor científico e que mais tem contribuído para as ciências jurídicas. Aí podemos cair no positivismo jurídico de Kelsen, no decisionismo de Schmitt, no integracionismo de Smend ou na metodologia de Heller das ciências constitucionais.

## PALAVRAS-CHAVE:

Constitucionalismo; hiperpresidencialismo; democracia representativa; crise institucional; México.

## SUMARIO

Introducción.

1. Democracia: sinónimo de Derechos Humanos y equilibrio de poder.
2. La Democracia y su desarrollo.
3. Democracia Representativa y Partidos Políticos.
4. Percepción ciudadana de la Democracia.
5. Las facultades metaconstitucionales y el presidencialismo mexicano.
6. La cuarta transformación y la remasterización del presidencialismo mexicano.
7. El debate teórico de Weimar y el preludeo de la crisis constitucional actual.
8. Normalidad vs Normatividad: la tensión actual.

Consideraciones Finales.

Referencias bibliográficas.

## INTRODUCCIÓN

La realidad ha cambiado de forma tan acelerada que el humano tardará en acostumbrarse a la nueva normalidad. La erupción del COVID-19<sup>1</sup>, ha provocado que todas nuestras ideas, o formas de llevar a cabo las cosas, se replanteen y nuestras instituciones jurídicas, políticas, económicas y sociales no serán la excepción. Se ha visto

1. De acuerdo con el conteo de la Universidad John Hopkins, al momento de redactar estas líneas, existían más de 42,000,000 de casos confirmados y más de 1,140,000 de defunciones. <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

cómo distintas latitudes enfrentaron la situación, así como escucharon distintas voces o análisis que, en cierta medida, afirman cómo los países con regímenes autoritarios han logrado mejores resultados. Ello en relación con los obtenidos por los Estados democráticos en el combate a dicha enfermedad, la cual ha azotado a todo el mundo<sup>2</sup>. Por lo anterior, se ha pronunciado la posibilidad de que la democracia sufra grandes retoques. Cuando se menciona la democracia se refiere a la democracia constitucional, que abarca el respeto a los derechos humanos o fundamentales y al equilibrio de poder. Asimismo, la posibilidad de una renovación de toda una clase política, ya que de acuerdo con el resultado frente a la pandemia que cada estado diera, se convertirá en el termómetro o forma de medir a quienes ostentan el poder. Por tal motivo, la democracia se encuentra en momento de inflexión, ya que podemos ubicar, en cierta medida, las crisis constitucionales en las que estamos, a la que se suscitó Weimar en la época Entre Guerras. Las tensiones se asemejan, y de acuerdo con los distintos planteamientos teóricos podemos encontrar soluciones o inclusive retroceder en las conquistas ya logradas. Tales respuestas pueden inclinarse por el positivismo de Kelsen, decisionismo de Schmitt, integracionismo de Smend, o el análisis de metodológico de las ciencias constitucionales de Heller (RUIPÉREZ, 2010, p. 705). No obstante, la situación actual pudiera ser más crítica, ya que no solamente se juega con la visión de la democracia constitucional de una región o parte del

---

2. Un ejemplo de esto es el caso de China, país donde brotó la pandemia a finales del año pasado, sin embargo, hoy es el país que de una forma u otra está regresando a la normalidad. Este país asiático, enfrentó la pandemia con restricciones bastantes severas a distintos derechos, como pueden ser la libertad de tránsito y el seguimiento de las personas con el Big Data; logro aislar a toda la comunidad de Wuhan, con más de 20 millones de habitantes, lugar donde fue el inicio de la crisis sanitaria. En este momento, en occidente se era muy crítico con las medidas adoptadas por China, ya que se consideró que estaban vulnerando los derechos humanos y que eso no sería la forma de enfrentar la pandemia. Sin embargo, en estos momentos, los países de occidente, Europa y América han sido los más devastados por el Coronavirus, ya que en estas dos regiones se encuentran más del 75% de las muertes totales, y el caso más alarmante es Estado Unidos de América con más de 8,440,000 de infectados y más de 223,000 defunciones.

mundo, como lo fue en Alemania de los años 30s. Hoy, todo el mundo se enfrenta a una crisis económica, política, social y sanitaria, con lo cual, la tendencia a plantear regímenes autoritarios, pero “eficientes” se vuelve cada día más latente. Por tal motivo, resulta imperativo entender las líneas del propio Platón, cuando realiza su análisis de las distintas formas de Estado, y afirma que: en el momento que fracasan las democracias se instauran las tiranías (PLATÓN, 2006, p. 90).

En tal sentido se inclina la presente investigación, ya que, frente a la crisis mundial provocada por el COVID-19 en todos los ámbitos, se vislumbran distintos escenarios. Lamentablemente, ninguno de ellos resulta alentador para la democracia constitucional, ya que, por un lado, puede haber la renovación de toda una clase política, o, por el contrario, pueden consolidarse los regímenes autoritarios como solución a los problemas, y México no será la excepción al momento de enfrentarlos.

## **1. DEMOCRACIA: SINÓNIMO DE DERECHOS HUMANOS Y EQUILIBRIO DE PODER**

Una de las preocupaciones del constitucionalismo moderno es la de perfeccionar el papel de la Constitución como instrumento de control, por tal motivo, el estudio de los distintos medios o mecanismos son el objetivo de limitar y controlar el poder. En ese sentido, la división de poderes es el fundamento de la sujeción jurídica del Estado. La cual, se basa en la validez jurídica de los derechos humanos y ellos a la vez son el soporte de la democracia.

Para algunos, los derechos humanos suponen una constante histórica cuyas raíces se remontan a las instituciones y el pensamiento del mundo clásico. Otros, por el contrario, sostienen que la idea de los derechos humanos nace con la afirmación cristiana de la dignidad del hombre en cuanto persona. Frente a estos últimos, a su vez hay quienes afirma que el cristianismo no supuso un mensaje de libertad, sino más bien de una aceptación conformista a

la esclavitud humana. Sin embargo, la más frecuente es considerar que la primera aparición de la idea de derechos humanos tiene lugar durante la lucha de los pueblos contra el régimen feudal y la formación de las relaciones burguesas (PÉREZ LUÑO, 2001, p. 123).

No obstante, en los procesos revolucionarios burgueses del siglo XVIII<sup>3</sup> se siguieron dos líneas de pensamiento perfectamente diferenciables. La primera se encuentra una formulación desde el punto de vista pactista, o del iusnaturalismo contractualista, en los cuales podemos destacar a Hobbes, Locke y Rousseau. La segunda postura, preocupada no tanto en justificar el poder sino como propiciar su limitación, se sitúa en la subordinación del gobernante a la ley, la cual gira alrededor de la institucionalización del poder, entre los que se destaca Montesquieu y Constant.

Ambas corrientes responden a objetivos diversos y cumplen finalidades distintas. Sin embargo, subyace una contraposición indudable de la que es necesario dejar constancia, pues al anticipar la historia de la problemática, a nivel teórico, se posibilita la comprensión del significado, fundamento y alcance de la reforma constitucional (VEGA GARCÍA, 2000, p. 89). Con las revoluciones políticas liberales la Constitución, como Norma Fundamental del Estado, queda consagrada bajo la premisa de creación exacta del pacto originador de las nuevas relaciones de poder. Fundadas en la garantía de los derechos naturales del individuo miembro de la comunidad política, siendo el ejercicio de su libertad civil, política y económica el verdadero factor determinante del nuevo orden político.

El derecho natural racionalista y su planteamiento de los derechos naturales, las categorías filosóficas de la Ilustración y finalmente del liberalismo político, son hitos del pensamiento occidental moderno. Las

cuales, darán nueva medida a la soberanía política, procedente de la transformación de su concepto clásico (WONG MERAZ, 2010, p. 67). Por su parte, en la teoría de la institucionalización del poder se encuentra el marco de la democracia representativa, la diferenciación entre gobernantes y gobernados. La cual, no ofrecerá mayores dificultades para concebir la Constitución como ley suprema, a través de la cual se pretende controlar y limitar, en nombre de la voluntad soberana del pueblo, la voluntad no soberana del gobernante. Cuando se considera que el gobernante no es soberano, sus competencias y atribuciones se encuentran configuradas por la ley. Lo que equivale a indicar que la Ley Suprema es un mecanismo de control del poder, en la medida en que es, a su vez, el dispositivo de organización de las competencias y atribuciones de los diferentes órganos estatales.

Montesquieu es quien mejor logró definir la tesis del principio democrático y la teoría limitadora del poder en su obra *Del Espíritu de las Leyes*. Es allí donde se encuentran los precedentes y fundamentos más sólidos sobre los que se elaboró, luego, la concepción de la Constitución como ley suprema. Dicho trabajo se constituyó, en el siglo XVIII, como la versión más humana y completa. La Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1993, p. 234.), en su artículo 16, establece: "*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation de pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution*"<sup>4</sup>. Dicho precepto contiene el axioma más importante de la ciencia política, el de la separación de poderes (JELLINEK, 1981, p. 267.), en virtud de que dicha máxima ha dejado una marca profunda en los espíritus de los constituyentes, que lo han plasmado en las constituciones.

La constitucionalización del poder, su limitación y control responden, en definitiva,

3. Estos dos movimientos fueron la Revolución francesa y que tiene como resultado la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, y la Independencia de los Estados Unidos de América en el año 1787.

4. Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789. Artículo 16: "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos del hombre, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

a la legitimación y garantía de la libertad en el marco del Estado moderno. Es decir, aquella comunidad de individuos dotada de una particular trascendencia, ordenada mediante una determinada legalidad e institucionalidad (MONTESQUIEU, 2000, p. 367). Heller afirma que la doctrina de la división de poderes de Montesquieu no es sino un procedimiento técnico para transformar la voluntad general, portadora y creadora de los valores, en una ley cuya imperatividad no admita perturbaciones. En la importancia de esa separación de poderes se encuentra la respuesta del constitucionalismo moderno contra el peligro recurrente del despotismo.

La división de poderes, la idea de democracia, la doctrina de la corporación y la teoría de los órganos del Estado, tienen como misión hacernos concebir la voluntad del titular de la soberanía como una voluntad limpia de toda subjetividad. Ello quiere decir que la voluntad del Estado debe ser concebida como una norma autónoma y objetiva, en la que no se desempeñe función alguna el árbitro individual (HELLER, 1995, p. 123). Si bien es cierto, Montesquieu habla de una división de poderes, sin embargo, lo que en realidad está manifestando es una coordinación de los mismos. Ya que, en la medida que se accione uno, los otros van a servir de frenos y contrapesos. En tal sentido, hemos mencionado más que una separación de poderes es un equilibrio de poder, el cual se encuentra cimentado sobre una mesa de tres patas. En donde, si se distribuye el poder correctamente, puede soportar cualquier caso. No obstante, en el momento en que se carga más sobre una de sus patas o columnas, el Estado constitucional se derrumba como un castillo de naipes.

## 2. LA DEMOCRACIA Y SU DESARROLLO

Hoy en día la discusión sobre la democracia como sistema político ha dejado de ser un tema central. El proceso de universalización de la democracia se ha ido acelerando desde la década de los noventa, del siglo pasado, hasta nuestros días. Sin embargo, es importante recordar que a finales del siglo XVIII sólo había

tres estados democráticos: Suiza, Estados Unidos y Francia. La primera etapa de democratización comienza en 1828 y se extiende hasta 1926. En 1900 había 13 estados democráticos y para 1919 ya eran 27. En la década de los treinta la democracia sufrió un gran retroceso y la cifra de países democráticos se redujo a sólo 14. La segunda etapa se inicia en 1945 con la democratización de Alemania, Italia y Japón, la cual finaliza en 1962 cuando los sistemas políticos democráticos llegan a ser 36 países. La tercera etapa de democratización comienza a mediados de los años setenta y el rasgo más distintivo es que alcanza el mundo comunista. Pese al enorme avance, en 1991 la mayoría de la población mundial, el 56%, vivía en países carentes del reconocimiento de libertades (TARNAWSKI GESLOWSKA, 1994, p. 98). Sin embargo, ahora, en la segunda década del segundo milenio, la gran mayoría de los estados se puede afirmar que son democráticos, unos más que otros, pero al fin democráticos.

Por tal motivo, la discusión ya no se centra en el sistema democrático, sino en qué tipo de democracia se busca: la democracia participativa o la representativa. En el primer caso, el pueblo no se limita a expresar la opción electoral, sino que también adopta algunas decisiones gubernamentales que indican diversamente la orientación de los órganos representativos (VERGOTTINI, 2004, p. 487). Por otro lado, tenemos que, en la democracia representativa, el pueblo se entiende como un ente real, de personas con voluntad propia y singular. Sin embargo, aquellas se encuentran con necesidades de intermediación representativa, pero siempre a partir de voluntades singulares e iguales, para fabricar, mediante el derecho, una verdadera voluntad política coherente y operativa (FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, 2003, p. 98). El pueblo no existe como realidad con capacidad de decidir, sino que decide un sector del pueblo (WONG MERAZ, 2014, p. 222).

Nuestra región se encuentra sumida en una crisis democrática, que se entiende al asumir que, lamentablemente, no se han podido solucionar los problemas

que aquejan a la mayoría de la población. Como lo veremos más adelante, existe una gran porción de la gente que no cree que la democracia sea el mejor mecanismo para guiar una sociedad. Algunas de las soluciones planteadas para acercar al ciudadano a los asuntos públicos son a través de los partidos políticos, donde pueda tomar una función más activa en la toma de decisiones. El objetivo es hacerlo copartícipe y corresponsable en los designios del Estado.

### **3. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y PARTIDOS POLÍTICOS**

La democracia representativa descansa fundamentalmente en el concepto de la representación política, en otras palabras, no podemos hablar de democracia sino es a través de la democracia representativa. Sobre los fundamentos planteados por Montesquieu, Sieyès establece la distinción entre democracia y gobierno representativo. El teórico de la Revolución francesa afirma que la utilidad común se deben designar representantes más capaces o preparados que las personas comunes, ya que los primeros conocerán mejor el interés general y así podrán interpretar la voluntad general (SIEYÈS, 1989 p. 97), es decir, los diputados de la nación. En este sentido, Carré de Malberg establece que lo que se encuentra en el régimen representativo no es un sistema de representación personal y de la voluntad nacional, sino precisamente un sistema de organización de la voluntad y de la persona nacional (CARRÉ DE MALBERG, 1988, p. 667).

De acuerdo con líneas anteriores, la teoría democrática de la representación, cuando se plantea el vocablo pueblo, se entiende como un ente real de personas con voluntad propia y singular. No obstante, aquellas se encuentran con necesidades de intermediación representativa (HAMILTON, MADISON Y JAY, 1974, p. 187), pero siempre a partir de las voluntades singulares e iguales. Para crear, mediante el derecho, una real voluntad política coherente y operativa. Por tal motivo, el pueblo no existe como

realidad con capacidad de decidir, sino que decide como pueblo sectorizado.

La democracia constitucional se sustenta fundamentalmente en el concepto de Representación política (PITKIN, 1985, p. 89), en la cual el legislador representa a la Nación entera y no sólo a una porción. El mandato que se les hace a los representantes es de carácter general, es decir, no se encuentra limitado a cuestiones concretas. Se trata de un mandato libre, puesto que el representante opina lo que le parece conveniente, no estando sujeto a ninguna instrucción ni mandato imperativo alguno. No es responsable ante nadie, ya que sus electores no lo pueden revocar. El legislador no sólo va a velar por los intereses de las personas que lo eligieron, del distrito que representan o de su partido político, sino de la Nación entera (BURKE, 1996, p. 165).

En esta línea discursiva, no podemos plantear la discusión de la democracia representativa sino es a través de los partidos políticos, ya que son una respuesta a la masificación de las decisiones ciudadanas, es la forma en que la democracia funciona y se mantiene (DUVERGER, 1970, p. 245). Son los canales de ascenso para las necesidades sociales y que las propuestas entren a la competencia ante el árbitro que es la ciudadanía (DI TELLA, 1988, p. 98). Sin embargo, el mandato imperativo, que se encuentra prohibido en la mayoría de las constituciones modernas, se ha convertido en una realidad indiscutible de la actual democracia representativa, en la que los representantes se ven obligados a seguir los dictados de los partidos políticos sin poder actuar de una forma espontánea y libre (VEGA GARCÍA, 2000, p.108). Es lo que Michels definió como la Ley de Hierro o de la oligarquía dentro de los partidos políticos (MICHELS, 2003, p. 123).

Para Loewenstein desde la aparición de los partidos políticos el mandato imperativo se ha convertido en un fenómeno común, ya que el representante se encuentra sujeto a una disciplina más o menos estricta, que lo obliga a votar según las decisiones de liderazgo del partido político al que pertenece. De esta manera, el mandato imperativo prohibido

en la Constitución en realidad se produce en la práctica (LOEWENSTEIN, 1986, p. 356). En tal sentido, Bobbio afirma que la clara diferencia entre Constitución formal y real, desde el punto de vista de la superioridad del particularismo sobre el principio de unidad orgánica, es la práctica inoperante de la prohibición del mandato imperativo. Ya que, en la actualidad, no es la forma en que se toman las decisiones en los Parlamentos, donde los legisladores están obligados a defender intereses nacionales contra intereses parciales, sino que obedecen a grupos de presión que, en cierto sentido, representan intereses más particulares que los de propios partidos (BOBBIO, 1992, p. 78).

También hay que agregar que en toda democracia representativa los actores políticos buscan el consenso, y es precisamente en ese momento en que la negociación política cobra una gran fuerza, ocasionando un juego de prestación y contraprestación entre los partidos políticos, ya que estos van a buscar lo que más convenga a su partido y, en la gran mayoría de las veces, no es lo que más beneficia a la Nación.

#### 4. PERCEPCIÓN CIUDADANA DE LA DEMOCRACIA

En líneas anteriores se han analizado, desde el punto de vista teórico y jurídico, los elementos de la democracia, en este sentido, un estudio sobre el sistema de libertades sería parcial al no conocer la opinión a quienes va dirigida, que son los propios individuos.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en Europa., se logró una mayor estabilidad democrática, aunado a un desarrollo económico impresionante. Sin embargo, en América Latina no fue así, ya que ha sufrido varios fracasos democráticos, debido a golpes de Estado, siendo los últimos el de Bolivia<sup>5</sup> de 2019 y el de Honduras<sup>6</sup> en el

---

5. El presidente en funciones Evo Morales se vio obligado a renunciar.

6. El presidente Manuel Celaya sufrió un golpe de estado, derivado de sus pretensiones de llevar a cabo

2009. En la zona se han producido gobiernos autocráticos, militares y dictatoriales, aunados a graves problemas sociales y económicos, lo que ha provocado que aproximadamente el 43% de los habitantes de la región viven en la pobreza. Es el lugar con mayores niveles de desigualdad social en todo el mundo, la concentración de la riqueza es indignante y los rezagos en los sistemas de salud, educación y vivienda son inmensos (CARPIZO, 2009, p. 165).

Para continuar, seguiremos el planteamiento realizado por Carpizo en sus escritos sobre el arraigo de la democracia en América Latina, con un análisis del último reporte del Latino barómetro. Dicho estudio arroja que, en relación con el apoyo de la democracia, baja el promedio en la región de un 61% a un 58%, después de cuatro años que se había sostenido en aumento. El impacto negativo en el apoyo a la democracia proviene tanto del plano económico como del político. Lo más destacado es la baja en el promedio de la región entre el año 2010 y 2011, ya que catorce países analizados sufren una disminución de su percepción de la democracia. En Guatemala y Honduras bajan 10 puntos porcentuales, Brasil y México nueve, y Nicaragua ocho, Costa Rica y Venezuela siete, el resto de los países bajan entre cinco o más puntos porcentuales. Por ejemplo, en México se sufre el retroceso por la ola de violencia, que a la vez ha tenido una disminución del crecimiento del -1.4% entre 2010 y 2011. La caída en la percepción de progreso es de 2% y el índice de confianza de los consumidores es del 44%.

Los resultados que arroja sobre las actitudes hacia los gobiernos militares disminuyeron, en 2011, al 63% en relación, a un 66% del 2010. No obstante, Guatemala es el país de la región que menos rechaza a

---

una consulta para poder modificar la constitución y poder permitir la reelección, tema prohibido por texto constitucional. La Corte y el parlamento de Honduras advirtieron al presidente de que estaría violando la constitución en su pretensión de reelegirse, así que llevaron a cabo un golpe de Estado, provocando que el presidente saliera de país. Lo irónico de esto, es quienes perpetuaron el golpe de estado, argumentando la defensa de la constitución, al corto tiempo, llevaron a cabo una reforma constitucional, eliminando esa cláusula pétrea que era el periodo constitucional.

los gobiernos militares, donde el 60% no repudia un régimen militar. Otros países con índices alarmantes son Paraguay 52%, México 53%, y Perú 54%, donde la población se encuentra dividida respecto al rechazo. Los regímenes autoritarios o totalitarios es donde la policía se eleva hasta la cumbre del poder con la pretensión de consolidarse a través de la dominación de amplios grupos de personas al margen de cualquier delito cometido por los individuos (ARENDR, 2017, p. 399).

Tal y como se afirma, los gobernantes de la región más y más utilizan la democracia participativa y, en específico, el instrumento del referéndum constitucional, con el objeto de manipular la voluntad del pueblo, y así legitimar sus arbitrariedades. Ello resulta contradictorio cuando pensamos que la utilización de los mecanismos de la democracia participativa sirve para atenuar a los sistemas presidenciales y como freno a los sistemas representativos. Sin embargo, la historia nos demuestra lo contrario, ya que, a través de dichos módulos, se ha logrado acentuar la versión más autoritaria de los mismos, ya que han servido para legitimar las decisiones ya tomadas, y como justificación de las mismas, bajo el respaldo de un apoyo por parte del pueblo. Eso provoca que los castillos democráticos que hemos construido en la playa se desvanezcan a la primera acrecentada de oleaje que tengamos.

## **5. LAS FACULTADES METACONSTITUCIONALES Y EL PRESIDENCIALISMO MEXICANO**

El exceso del presidencialismo que ha ocasionado el predominio del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo no es exclusivo de México. Carpizo (2004, p. 46) señala que también en América Latina, en los sistemas presidenciales, ha ocurrido tal hegemonía cuyos rasgos relevantes son la existencia de un gobierno autoritario, la concentración de las atribuciones legislativas y ejecutivas en el presidente, la subordinación de los poderes legislativos y judiciales al ejecutivo. Lo cual, para algunos se considera como el neopresidencialismo.

Sin embargo, las atribuciones del presidente en México no pueden solamente explicadas desde la perspectiva jurídica, sino que se tienen que analizar en conjunto desde el enfoque político. Ello se puede entender, ya que al haber existido durante más de 70 años un partido político dominante en el poder, PRI (Partido Revolucionario<sup>7</sup> Institucional)<sup>8</sup>, se provocó un afianzamiento de la figura del presidente. Algunos han planteado que durante aquella época se tenía un partido único. Sin embargo, ello no es cierto, ya que en nuestro país siempre han existido una pluralidad de partidos, desde sus inicios como república en 1824<sup>9</sup>, y hasta nuestros días. Después de la revolución mexicana de 1910, la cual originó nuestro actual Texto Constitucional, se ocasionó la cimentación de un partido hegemónico: el PRI. De acuerdo con Sartori, son los partidos políticos los que tienen todas las condiciones

---

7. Consideramos que es un contrasentido la denominación de Revolucionario Institucional, ya que la figura menos institucional es propiamente la revolución.

8. Este partido tiene su antecedente en 1929, año en el cual fue fundado por el presidente Plutarco Elías Calles con el nombre de Partido Nacional Revolucionario. En el año de 1938 se cambia el nombre a Partido de la Revolución Mexicana, y en 1946 se establece el nombre actual, Partido Revolucionario Institucional. Para algunos la clave del PRI se encuentra en la posibilidad de que todas las corrientes tenían cabida dentro partido, las ideologías o grupos representativos del país. Se podría tomar la analogía del péndulo de un reloj, ya que este va de izquierda y derecha, y era precisamente ese el funcionamiento del PRI en cuestión ideológica, ya que esa visión la imponía el presidente en turno. Es importante resaltar esto, ya que se menciona que la primera crisis interna sucede cuando esta ideología se queda en la derecha, y como la clave era se retornó a la izquierda, cuando esto no sucede, un gran grupo de militantes deciden abandonar las filas de este partido, ya que consideran que se han traicionado los ideales revolucionarios, los cuáles fueron motor de la política nacional. Entre los disidentes, podemos destacar a Cuauhtémoc Cárdenas, Porfirio Muñoz Ledo, Ifigenia Martínez y Andrés Manuel López Obrador, quienes a la postre van a formar el Partido de la Revolución Democrática.

9. Para la primera elección en México de 1828, participaron dos candidatos, los cuáles fueron impulsados por las logias masónicas; por un lado, la Yorkina que postuló al General Vicente Guerrero y por el otro lado, tenemos a la escocesa con el General Gómez Pedraza. Lo interesante de esto, es que, desde el primer procesado electoral llevado a cabo en el México Independiente, se cuestionó el propio resultado, y esto ha sido la constante durante gran parte historia como nación. Además, hay resaltar, que estas logias masónicas son el primer antecedente de los partidos políticos, de Yorkina-escocesa a liberal-conservador y de federalistas-centralistas.



para ganar las elecciones (SARTORI, 2005, p. 82).

El hiperpresidencialismo<sup>10</sup> se vio reflejado en todas las esferas, y la Constitución no podía ser la excepción. La Carta Magna se vio sujeta a tantas modificaciones como las veces que considerara necesario el presidente de la república. En tal sentido, durante todo el periodo del partido hegemónico, el cual contaba con amplias mayorías, tanto en el Congreso de la Unión como en el de las Legislaturas de las Entidades Federativas, se originó en la práctica un procedimiento de reforma flexible, a pesar de estar regulado en la Constitución como rígido. Ello se debió, principalmente, a las aplastantes mayorías parlamentarias con que dicho partido contó y logró superar cualquier requisito constitucional, por más rígido que pareciera.

La Carta Magna mexicana se ha visto tan flexible que ha sido objeto de más de 800 reformas. Lo característico fue que las reformas aumentaron simultáneamente con la inestabilidad en la cual entró el sistema constitucional en la década de los años 70s. En dicha etapa, los presidentes de la república lograron aumentar al doble el número de reformas que sus antecesores habían propuesto y logrado. El hecho de que en una Constitución predomine la rigidez, como es el caso mexicano, no implica que sea su única y definitiva característica, ya que en la práctica se puede modificar las veces que se crea necesario, por parte de los jefes del Ejecutivo.

Uno de los artículos que se ha sometido a más revisiones es el 73, en el cual se establecen las Facultades del Congreso de la Unión. Dicho precepto es el que más reformas ha sufrido en la historia de la actual Ley Fundamental, en virtud de que cuenta con más 60 reformas en total. La mencionada pauta constitucional forma parte de la Sección III del capítulo II relativo al Poder

Legislativo. Dicha sección III se intitula “de las facultades del Congreso de la Unión”. En ese articulado se describen las facultades que ejercen ambas Cámaras, la de diputados y senadores en forma conjunta y separada. En el 74, las que son de la Cámara de Diputados, y en el 76, las exclusivas de la Cámara de Senadores.

El artículo 73 es uno de los más importantes instrumentos jurídicos del federalismo mexicano. Dado que el sistema federal implica dos planos simultáneos de gobierno, el general o nacional que abarca toda la República, y el particular de cada uno de las Entidades Federativas, es necesario para su funcionamiento precisar el ámbito de competencia de cada uno de estos planos y distinguir las facultades de los órganos federales y de los Poderes Locales. Para ello, nuestro sistema constitucional se complementa con el artículo 124 que establece: “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservados a los Estados”. Así, se constituye un sistema de facultades explícitas, de tal modo que las facultades federales han de estar necesariamente específicas en el texto de la Constitución y, en consecuencia, todas las demás pertenecen al ámbito de las Entidades Federativas.

El Constituyente de Querétaro aprobó el artículo 73, integrado por 31 fracciones. De las cuales 15 permanecen tal cual como aparecen en el texto constitucional de 1917, y 16 han sido modificadas o adicionadas, en una o varias ocasiones. Como resultado el sistema de equilibrio de poder y el sistema federal en México, se ha ido desvirtuando, provocando un centralismo que gira alrededor de la figura del presidente de la república. Ya que, además de ser el Jefe de Gobierno y de Estado, era en su momento, también jefe del partido en el poder y, como asentó, ese partido contó con mayorías aplastantes en el Congreso. Los legisladores debían, en gran parte, su candidatura y su futuro o carrera política a la decisión presidencial.

---

10. Consideramos Hiperpresidencialismo cuando existe un desequilibrio de poder a favor del titular del ejecutivo, y esto puede devenir desde la parte orgánica de la constitución, o lo que es más peligroso, cuando provienen de la realidad constitucional, que se conocen como las facultades metaconstitucionales.

Para Carpizo el presidente mexicano tenía múltiples facultades que provenían de distintas fuentes, como la Constitución, las leyes ordinarias y el sistema político. De las anteriores fuentes, hay que entender que el primer mandatario del país obtuvo la gran fuerza o poder de la última de ellas, o sea, del sistema político mexicano, a lo que este autor ha denominado las “facultades metaconstitucionales”. Ellas son atribuciones con las que contaba el presidente situadas más allá del marco constitucional, como eran la designación de su sucesor, el nombramiento de los gobernadores, los senadores, de la mayoría de los diputados, de los principales presidentes municipales, entre otros. Por ser del PRI, un partido predominante y semioficial integrado por sectores, se le concedía al presidente control sobre las principales organizaciones (CARPIZO, 2004, p. 94).

Entre las facultades que provienen de leyes ordinarias se puede mencionar: su intervención en los organismos descentralizados y empresas de participación estatal y su intromisión en los medios de comunicación masiva. Debe tenerse en cuenta que existen facultades que se ubican tanto en la Constitución como en leyes secundarias. Por ejemplo, es muy importante la facultad del presidente para designar a sus más cercanos colaboradores, atribución cuyo fundamento es el artículo 89 constitucional. Sin embargo, leyes ordinarias también le conceden facultades de nombramiento, tal y como acontece con diversas clases, así como con funcionarios de organismos descentralizados y empresas de participación estatal.

En relación a la conformación de las ternas que presenta el presidente al senado para la designación de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es de todos sabido que será nombrada la persona que titular del ejecutivo pretende que ocupe el cargo. Ya que los Senadores se verán sometidos a la voluntad del líder. En materia económica, sus facultades derivan también tanto de la constitución como de la ley ordinaria. Como ejemplos de facultades que provienen del sistema político

podemos mencionar: su papel como jefe del PRI, la designación de su sucesor y de los gobernadores, organizaciones obreras, campesinas, profesionales y de diversa índole, las cuales eran las organizaciones más fuertes de México.

Hay que resaltar que en el momento de mayor fuerza del presidente de la república también empezaba su debilidad. En el instante que el presidente nombraba a su sucesor, iniciaba su debilitamiento, en palabras clásicas de la historia: “muera el Rey, viva el Rey”. Sin embargo, hay que apuntar que nuestra Ley Fundamental, si bien estructuró un Poder Ejecutivo fuerte, de ninguna manera lo deseó ilimitado, ni por encima de la ley. Ya que, el presidente es responsable de sus actos, además que existen, en el propio ordenamiento, facultades que pueden ser usadas como controles entre los poderes legislativo y ejecutivo, con la intención de obtener un equilibrio de poderes. Dentro de los controles políticos encontramos los siguientes:

- a) El poder de la bolsa,
- b) La ratificación de determinados actos,
- c) El juicio político de responsabilidad,
- d) Las sesiones extraordinarias, y
- e) Las facultades implícitas.

Sin embargo, tales frenos y contrapesos, antes de la alternancia y cambio de la realidad política en México, no existían. Ya que, el presidente logró subordinar a los miembros del Congreso de la Unión, por las siguientes razones:

- a) La gran mayoría de los legisladores pertenecían al PRI, del cual el Primer mandatario, era el jefe, y a través de la disciplina de partido, aprobaban las medidas que el ejecutivo deseaba;
- b) Si se revelaban, lo más probable era que terminara su carrera política, ya que el titular del ejecutivo era quien nombraba los principales cargos y puestos de la Administración Pública, en el sector paraestatal, en los de elección popular y en el Poder Judicial;

c) Por agradecimiento, ya que debían su puesto a la designación del presidente;

d) Además del sueldo, existían otras prestaciones económicas que dependían del líder; y con esto crecía el control político;

e) Aceptación de que el Poder Legislativo seguía los dictados del presidente, lo cual resultaba una actitud más cómoda y de menor esfuerzo.

Para entender la realidad política mexicana debemos hacer memoria que, desde su origen, el sistema político fue polémico y provocó una floración de distintas teorías. Si bien es cierto, que en sus primeros años bastó la explicación de que se trataba de un régimen singular, surgido de un movimiento revolucionario, que iba caminando lentamente a la democracia. También se empezó a recalcar el carácter autoritario del régimen, ya que para muchos se trataba de una monarquía sexenal absoluta, o, por lo menos, de una aplicación “desviada” o “deformada” del régimen presidencial, a la mitad del camino entre el autoritarismo y la democracia.

En el año 2000<sup>11</sup> se da por primera vez la alternancia en el país. La oposición logra el triunfo con el Partido Acción Nacional (PAN)<sup>12</sup>, el cual va a repetir su triunfo en las elecciones de 2006. En esa elección, los

---

11. En las elecciones del 2000 contendieron a la Presidencia de la República, Francisco Labastida por el PRI, Vicente Fox por el PAN, y Cuauhtémoc Cárdenas por el PRD, éste último en su tercera participación por la máxima magistratura, ya que había contendido en 1988 a través de un Frente, elección muy cuestionada; 1994 año álgido por varios acontecimientos políticos y económicos.

12. El Partido Acción Nacional fue fundado el 16 de septiembre de 1939, y se puede ubicar como un partido de centro derecha. En la historia de este partido, se puede afirmar dos momentos claves para posicionarse como la oposición al partido hegemónico PRI. El primero es después de la guerra cristera que se suscita a inicio de los años 30s, ya que muchos de los actores de ese movimiento se van a unir para formar el PAN; y el segundo, es después de las constantes devaluaciones y crisis económicas que sufre el país en las décadas de los 70s y 80s, aunado a la nacionalización de la banca, el sector empresarial se va a vincular más con este partido, para participar de manera más activa en la toma de decisiones.

dos grandes contendientes Felipe Calderón del PAN y Andrés Manuel López Obrador<sup>13</sup> del PRD, van a protagonizar una contienda electoral bastante crispada. Cabe resaltar que el proceso electoral no sólo era una contienda para obtener la Presidencia de la República, sino también una confrontación ideológica sobre la visión del Estado. De acuerdo con que el PAN seguía con la visión neoliberal y el PRD con un planteamiento más de corte social y fortalecimiento del Estado. Es menester mencionarlo, ya que, desde los años 80s en México se impuso desde el exterior una visión de la economía globalizada con políticas neoliberales. En ese sentido, tanto el PRI como el PAN compartían la misma perspectiva económica, así que no había un conflicto ideológico, ya que era el mismo sistema económico. Con tal antecedente, la elección de 2012 resultaría otra vez la misma confrontación entre visiones del estado, pero el PAN sería sustituido por el PRI en contra del PRD, resultando como ganador el partido que en su momento fue el hegemónico. Así que, después de dos períodos presidenciales gobernados por el PAN, en el 2012 regresaría el PRI.

Como se había comentado, entre el PRI y el PAN puede existir una diferencia ideológica política, pero no económica, lo que provocó que para el inicio de la gestión de Peña Nieto se lograra algo impensable: que se les sumara el PRD para llevar a cabo una serie de modificaciones constitucionales en materia fiscal, laboral, educativa, política, económica pero principalmente en materia energética, la que se va a conocer como el Pacto por México. A estas modificaciones constitucionales, se va a plantar en contra un partido político de reciente creación: MORENA<sup>14</sup>, el cual era encabezado por

---

13. Andrés Manuel López Obrador surgió de las filas del PRI, pero con la separación de Cuauhtémoc Cárdenas para la elección de 1988, y a la postre para conformar el PRD en 1989. En el 2000 quedó electo como jefe de la Cd. De México, sin embargo, la relación con el presidente Fox, siempre fue muy crispada, y esto se acentuó con el proceso de desafuero, promocionado por este último. En el proceso electoral del 2006 fue de lo más cerrado, ya que hubo una diferencia de menos .5% entre Calderón y López Obrador, y siempre con la sombra de un fraude electoral.

14. El partido político Movimiento de Regeneración

López Obrador, lo que va a ser determinante para la contienda de 2018<sup>15</sup>, ya que lo que se pone bajo la lupa o la palestra, eran precisamente los resultados de las reformas constitucionales del Pacto por México. Al no tener los efectos esperados, la ciudadanía se volcó a favorecer al último con su voto para la Presidencia de la República, obteniendo un resultado aplastante frente a los otros 3 partidos tradicionales y los independientes, ya que logra más del 50% de los votos, algo impensable para muchos.

## **6. LA CUARTA TRANSFORMACIÓN Y LA REMASTERIZACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO MEXICANO**

El proceso electoral de 2018 confrontaba dos visiones de México, uno representado por los partidos tradicionales PRI, PAN y PRD, quienes defendían las denominadas reformas estructurales mejor conocidas como el Pacto por México. Por el otro lado, los críticos a estas encabezados por MORENA. El resultado de dichas elecciones fue inesperado para todos, ya que este último partido logró una aplastante victoria, obteniendo más del 50% de los votos y logrando un control en el Congreso de la Unión, y la gran mayoría de los Congresos Locales.

Si bien es cierto, durante los últimos 3 sexenios el presidencialismo mexicano se había atenuado, ya que ninguno de los partidos en el poder había logrado la mayoría en los parlamentos, en el ya mencionado proceso, surge de nuevo un partido político predominante, con amplias mayorías en el Congreso y con una gran base electoral. Los resultados electorales vendrían a provocar

---

Nacional inicio su ruta a la Presidencia desde el proceso electoral de 2012, ya que su líder Andrés Manuel López Obrador, va a crear esta agrupación de forma paralela al PRD, ya que, en este último partido, empezaron a cuestionar el liderazgo del ya dos veces candidato.

15. Resulta bastante interesante esta elección, ya aquel por primera vez se van a postular los candidatos independientes. Los contendientes de esta elección son los siguientes, por el PRI José Antonio Meade (quien había sido secretario de Estado en los gobiernos del PAN y del PRI), Ricardo Anaya, por el PAN, Margarita Zavala (ex primera dama, esposa del presidente Calderón) Independiente, José Antonio Rodríguez (mejor conocido como el Bronco) también Independiente, y Andrés Manuel López Obrador por Morena.

la remasterización del presidencialismo mexicano, en el cual, el titular del ejecutivo asume todas las facultades metaconstitucionales que sus predecesores tenían, en la época del partido hegemónico. Ello resulta de vital importancia ya que, bajo la premisa de Lord Acton, “el poder absoluto, corrompe absolutamente”. En ese tenor, en el sistema mexicano, el presidente es titular del Ejecutivo, jefe de Estado, pero, además, de facto jefe del partido político en el poder. Lo que provoca que quienes tengan aspiraciones políticas deban contar con el beneplácito de este.

Debemos resaltar esa situación ya que, con el bono democrático de haber logrado un triunfo con más del 50% de los votos, obtiene una gran legitimidad. Lo que origina una impregnación en su visión y forma de gobernar, provocando una erosión paulatina de las limitaciones políticas constitucionales que percibimos como existentes. De la misma forma, resurgirían esas facultades metaconstitucionales que se deben más a una realidad política, provocando una nueva pauta de llevar la política. Los frenos y contrapesos a los que estábamos acostumbrados con los últimos presidentes resultan inoperantes frente al nuevo presidencialismo mexicano, ocasionando que ninguna de las instituciones políticas del Estado queden indemnes al impacto del decisionismo y pudiera cobrar las dimensiones que el propio Schmitt planteó en Weimar durante la Época Entre Guerras.

Frente a esa realidad, aunada los problemas que ha provocado la pandemia del COVID-19, resulta imperante analizar el estado constitucional, desde la perspectiva más analítica y de mayor rigor científico que es el que se ubica en el debate constitucional de la época de Weimar. En el momento en que nos encontramos se podrían encontrar soluciones, sin embargo, también algunas tentaciones, lo cual sería bastante peligroso para el Estado Constitucional de Derecho.

## 7. EL DEBATE TEÓRICO DE WEIMAR Y EL PRELUDIO DE LA CRISIS CONSTITUCIONAL ACTUAL

Tal vez la afirmación con la que titulamos el presente apartado podría resultar bastante fuerte o polémico. Sin embargo, resulta pertinente traer a colación dicho debate, ya que es el más rico y aleccionador que se da en la época Entre Guerras, la cual se conocerá como la Teoría Constitucional de Weimar (RUIPÉREZ, 2010, p. 723.). Desde dicha perspectiva, se puede considerar a Weimar como el símbolo de determinados problemas vinculados con la República de Weimar. No obstante, resulta imprescindible trasladar a la actualidad algunos conceptos, como lo son la teoría democrática del pueblo, las cuestiones jurídicas de la defensa de la Constitución o del “estado de excepción” (LEPSIUS, 2008, p. 45). Por ello, se debe recurrir al debate teórico de la época, para dar una explicación a los problemas actuales. En el momento que se vive son precisamente esos problemas e incluso las mismas soluciones las que se están planteando como solución para enfrentar los grandes temas que ha arrojado el COVID-19. En los que, precisamente, el Estado se está viendo superado en lo elemental: salud, educación, y seguridad.

Asimismo, el análisis de los planteamientos de Weimar es el resultado del conflicto de métodos y orientaciones de la doctrina del derecho público y político, que va a marcar la visión que se tenga de los mismos tópicos casi una centuria después. Porque en ese sentido, el debate sobre determinados problemas constitucionales se puede centrar en la discusión metodológica para solventar las incógnitas políticas y jurídicas. Desde el estudio, o análisis de los derechos fundamentales, la transición de un Estado monárquico con desplazamiento de la república como legitimación de la soberanía popular, y con la imposición de un régimen autoritario. Tales cuestiones, se van a posicionar ante la metodología adoptada por los grandes juristas de la época: Kelsen, Schmitt, Smend y Heller. Así, el debate teórico que se puede trasladar a inicios del siglo XXI.

Los postulados de los autores en cuestión siguen teniendo repercusiones en los debates actuales del derecho constitucional, e incluso siguen tan vigentes que hasta de forma inconsciente se siguen los lineamientos de algunos de estos grandes teóricos. Para Lepsius el tratamiento de los problemas concretos es resultado de los conflictos sobre el método y, a la inversa, resulta necesario para el análisis de los presupuestos y criterios metodológicos para resolver dichos problemas. De ahí la importancia de estudiar a la República de Weimar y sus debates de derecho constitucional, ya que la discusión es lo que se puede considerar como los “tópicos universales”, como lo son la idea de supremacía constitucional, la soberanía de la constitución y del pueblo, el debate entre legalidad y legitimidad.

Para el mejor entendimiento, procederemos a establecer algunas líneas introductorias para el entendimiento metodológico de estos autores. Para Carl Schmitt, el Estado es una categoría del ser y se sirve, como ciencia de referencia, de la filosofía política del existencialismo. Para el autor, el estudio del objeto que es el Estado debe ser interdisciplinario, pero con un método no interdisciplinario que es la decisión concreta. En otras palabras, el objeto de estudio que es el Estado se debe abordar desde perspectivas interdisciplinarias, sin embargo, su se debe analizar de una manera concreta (SCHMITT, 2001, p. 78).

Kelsen tiene un ideal del objeto referida al ser, pero orientada al Derecho, analizando de manera concreta, solamente desde la perspectiva científico-jurídica. Por lo cual, no se puede acceder a ello por métodos interdisciplinarios, sino solamente jurídicos. Para el autor austriaco, la referencia de la norma al hecho, del deber ser al ser, se encuentra implícita en el concepto de positividad (KELSEN, 1979, p.327). Ya sea que la realidad siga a la norma (validez del Derecho constitucional), o que la norma siga a la realidad (reforma constitucional). Para Kelsen una Constitución es el fundamento de las normas jurídicas siempre cambiantes, que necesariamente se modifican. Kelsen establece como el fundamento de validez

de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra. La norma que representa la base de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior (KELSEN, 2005, p. 201), ello constituye el fundamento de validez de todas las normas, inclusive de los ordenamientos inferiores.

Dicha norma recibe el nombre de Constitución y ésta representa, con relación a la Ley, un grado superior del orden jurídico. La Constitución es aplicada por la ley en el sentido que el procedimiento legislativo se encuentra determinado en los preceptos constitucionales, del mismo modo que la ley determina la sentencia que la aplica. Lo que Kelsen afirma es que la norma superior es la que da origen a la norma inferior. Sin embargo, ésta a la vez es la ejecución de la norma superior. Para el autor austriaco y principal defensor del positivismo, el método científico-jurídico es el que se debe utilizar para estudiar el derecho, y eliminar cualquier otro método para su análisis.

Smend considera que el Estado se encuentra enmarcado dentro de una realidad dinámica, con factores siempre cambiantes, y ordenamientos en constante flujo. El Estado es real en la medida en que se actualiza o se reproduce continuamente. El autor denomina la integración al proceso cambiante, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, en virtud, de que existe únicamente a causa de y en la medida en que se encuentra en proceso de autointegración (SMEND, 1984, p. 159).

Como consecuencia, el Estado no limita su vida sólo a aquellos momentos de la realidad contemplados por la Constitución. Para tener una vigencia efectiva en la vida política, la Norma Fundamental ha de tener en cuenta toda la enorme gama de impulsos y de motivaciones sociales de la dinámica, integrándose progresivamente. Por su propia naturaleza, la Carta Magna no tiende a regular supuestos concretos, sino de abarcar la totalidad del Estado y del proceso integrador. Smend admite en cuanto al método y objeto, una especial apertura de interpretaciones, el objeto de conocimiento puede ser tan

fáctico como normativo, y el método para acceder a él puede seguir un procedimiento extrajurídico interdisciplinario. Lo que denominó como “las ciencias del espíritu”, en el caso de ser orientado hacia el Estado o ser normativizado cuando se articula la tarea integradora del Derecho.

Por último, Heller orienta al Estado como objeto interdisciplinario, parecido al de Schmitt. Sin embargo, su método de análisis también va a ser interdisciplinario describiéndolo como la “ciencia de la realidad”, o como se refiere Ruipérez, al estudio de las ciencias constitucionales (RUIPÉREZ, 2010, p. 765). Para Heller, el derecho constitucional es el lugar donde confluye lo jurídico con lo político, y resulta imperativo encontrar un equilibrio entre ambos. La Constitución no puede ser analizada solamente desde unos de sus elementos, el jurídico o político, ya que se eliminaría uno de sus componentes. Por tal motivo, su método debe ser el de las ciencias constitucionales, donde debes tomar todos los elementos que confluyen en la sociedad, desde lo político, jurídico, sociológico, económico, e inclusive hasta lo histórico, para poder dar soluciones a los problemas constitucionales.

Es Hermann Heller quien establece que no pueden analizarse por separado lo dinámico y lo estático, ni la normatividad y la normalidad, el ser y el deber ser. La normatividad y la existencia (normalidad) no son para el Estado cosas opuestas, sino condiciones recíprocas. La normatividad no se establece por sí sola, debido a que para su efectividad se requiere que exista necesidad de esta. De acuerdo con el autor, las normas jurídicas exigen una normatividad consciente, se busca el deber ser, porque la normalidad requiere ser reforzada por la normatividad (HELLER, 1995, p. 89).

Para Heller, la Constitución normada no consiste en preceptos jurídicos autorizados por el Estado, sino que, para su validez, precisa siempre ser completada por elementos extrajurídicos, como la aceptación por parte de aquellos a quienes la norma se dirige y la observan. El autor asienta que

los preceptos pueden sufrir una evolución gradual y, no obstante, permanecer inmutable el texto del precepto constitucional, a pesar de que se sentido experimenta una completa revolución.

## 8. NORMALIDAD VS NORMATIVIDAD Y LA TENSIÓN ACTUAL

Una vez analizados los grandes teóricos, donde sus discusiones después de un siglo siguen teniendo eco en las cuestiones constitucionales actuales, es necesario resaltar como los problemas de la época de Weimar no son exactamente iguales, no obstante, no por eso debemos omitir su estudio o su análisis. En Weimar, el principal problema se debía de la crisis política y económica en la que se encontraba Alemania después de la Primera Guerra Mundial y, con una constitución que transitaba de una monarquía a una república, que provocaba bastantes detractores por sostener el *status quo*. Hay que recordar que la Constitución de Weimar, era, al igual que nuestro texto mexicano de 1917, uno de los primeros ordenamientos de corte social, y con programas muy ambiciosos en esa parte de derechos fundamentales. La crisis económica en la que se vio envuelto Alemania después de la Gran Guerra y provocada por las sanciones que les fueron impuestas, llevaron a ese pueblo teutón a buscar soluciones a estos problemas; y es precisamente aquí la valía de estos autores, ya que algunos de los problemas que vivieron, están saliendo relucir con la Pandemia y el contexto actual.

No obstante, nuestra situación es más compleja de la que se vivía en Weimar, ya que hoy en día, además de la situación económica, tenemos una cuestión de salud, la cual, aqueja a todos. Como lo hemos señalado, el conflicto en Weimar repercutió principalmente en Europa, lo alarmante ahora, es que nuestra crisis es un fenómeno mundial con distintos frentes, ya que no es solamente el económico, y de seguridad, sino que debemos sumarle las cuestiones de salud, educación, y política, y en este sentido, el mismo estado constitucional.

Si bien es cierto, las teorías de estos grandes teóricos fueron desarrolladas en los años 20s del siglo pasado, y para algunos quedaron concluidas con el final de la República de Weimar<sup>16</sup>, no dejan de estar vigentes, tal y como lo señalaremos en las siguientes líneas. La situación de emergencia provocada por la pandemia ha puesto a todos los sistemas democráticos en crisis para enfrentarla. Prácticamente en todas las latitudes no se ha logrado una respuesta correcta a este problema. Es por eso, que se han escuchado distintas voces que pretenden replantear el esquema de la democracia constitucional. Como lo habíamos comentado anteriormente, la crisis que se desata en Weimar, se podría decir que inicia localmente, pero sus repercusiones se van a extender en todo el mundo. Ahora con el COVID-19, de forma inmediata trastoca a todo el orbe, y es precisamente por ello que la democracia, los derechos fundamentales y el equilibrio de poder pueden sufrir vulneraciones.

El texto constitucional de Weimar en su artículo 48 establecía como mecanismo para hacer frente a las situaciones de crisis el Estado de excepción. Va a ser el propio Schmitt, quien, con fundamento en ese precepto constitucional, desarrolle gran parte de su teoría. Para el autor, es soberano quien decide el estado de excepción (SCHMITT, 2001, p. 23). Y prosigue, si los estados individuales ya no cuentan con la facultad autónoma de declarar el estado de excepción o decretos de emergencia, de acuerdo con el artículo 48 de dicho ordenamiento, dejarían de ser estado. Schmitt afirma que la excepción es más interesante que el caso de

---

16. Los autores que hemos estado analizando, no van a intervenir en las discusiones que se llevaron a cabo en la República Federal Alemana. Carl Schmitt fue despojado de su cátedra después de 1945, y tampoco fue admitido como miembro de la refundada Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Político. Hans Kelsen emigro de los Estados Unidos a la Universidad de Beckley California, donde moriría en 1973. Rudolf Smend se retiró en Göttingen, y se dedicó más el estudio del derecho eclesiástico, y solamente tuvo una participación relevante en los festejos conmemorativos del décimo aniversario del Tribunal Constitucional Federal. Y Hermann Heller, emigra a España en marzo de 1933 para incorporarse como profesor de la Universidad Central, hoy Universidad Complutense de Madrid, donde fallece ese mismo año, dictando una de sus clases.

normalidad, para él, lo normal no demuestra nada, es la excepción lo que demuestra todo. En la excepción, la fuerza de verdadera vida rompe la costra de un mecanismo cuajado en la repetición.

Por lo manifestado, frente a las crisis actuales una de las salidas o posible solución pudieran ser decretar los estados de emergencia, situación que se vive en distintas partes, ya sea conforme a derecho o lo más peligroso que se realicen de facto. Bajo la tensión provocada por la confusión del poder constituyente, de acuerdo con Schmitt, es planteamiento de un poder constituyente prolongado y soberano sin límites. Es lo que va a plantear la idea de la defensa de la Constitución, quien, basándose a las premisas planteadas por Constant con su poder moderador, va a justificar la idea del Reich como el garante de la Constitución.

Por tal motivo, resulta imperante recordar que el gran problema del derecho constitucional es que el poder constituyente pretenda realizar funciones de poderes constituidos, o lo que es más alarmante, que los constituidos pretendan usurpar las funciones del constituyente. En este tenor de ideas, la tentación que se puede suscitar bajo la presente crisis es la cuestión de esos políticos prácticos, a los cuáles no les está vetado nada, de suerte que, incluso en el marco de un régimen democrático, pueden llegar a discutir o negar el principio de legitimidad sobre el que se construyó el sistema constitucional en el que operan.

Si bien es cierto, bajo la problemática de poder constituyente y poderes constituidos, la crítica que se le otorga a Schmitt se realiza desde el protagonismo de los poderes ejecutivos. Bajo ese mismo argumento, se puede plantear al propio Kelsen en la idea de justificación del positivismo jurídico, que también puede recaer en un positivismo jurisprudencial.

Lo que han pretendido los defensores de un positivismo jurídico efervescente, quienes apelan a la idea kelseniana de que una "norma vale como norma de Derecho únicamente porque nació de una cierta manera, porque

fue creada según una regla determinada, porque fue producida con arreglo a un método específico". Se ha llegado incluso a afirmar que la transformación del orden constitucional estatal puede llevarse a cabo sin necesidad de poner en marcha el proceso de reforma constitucional establecido, ya que bastaría, por el contrario, la entrada en vigor de una norma jurídica ordinaria que haya sido aprobada válidamente desde el punto de vista formal.

Ya Kelsen afirmaba que no existe inconstitucionalidad material, lo único que hay es la inconstitucionalidad formal, porque las leyes no resultan inconstitucionales por contrariar los contenidos materiales de la Constitución, sino por ser aprobadas pro el Poder Legislativo y a través de un procedimiento que no encuentra facultado para derogar a la Norma Fundamental. La ley ordinaria no sería declarada inconstitucional, si hubiera sido aprobada a través del procedimiento de la reforma constitucional (KELSEN, 1979, p. 403).

Por todo lo anterior, consideramos que la visión de Heller resulta la más adecuada para encontrar respuestas a los problemas actuales. Desde los planteamientos que hace el autor en su obra "Europa y el fascismo" (2006, p.137), como la obra que mejor puntualiza la atracción que ejercían en los totalitarismos ascendentes las construcciones acrílicas y a valorativas del positivismo jurídico formalista, que, partiendo de la ingenua idea kelseniana el Estado de Derecho, era posible con independencia del contenido ético, político y social de que se le dote.

Como se había comentado anteriormente, Heller afirma que la doctrina de la división de poderes de Montesquieu no es sino un procedimiento técnico para transformar la voluntad general, portadora y creadora de los valores, en una ley cuya imperatividad no admita perturbaciones (HELLER, 1983, p. 87). En la importancia de esta separación de poderes se encuentra la respuesta del constitucionalismo moderno contra el peligro recurrente del despotismo.



Para Heller, sólo en el Estado de Derecho, con división de poderes, existe una conexión entre legalidad y legitimidad, y esa conexión es tanto material como formal y de técnica de organización. Para llevar a cabo esa separación se precisa, como base, un criterio jurídico que hay que admitir que está por encima del Estado y de su derecho positivo. Al derecho, como valor supra-positivo de distribución y medida, le incumbe la función de ordenar rectamente la vida social. Es decir, atribuir a todos sus miembros lo que, con referencia a un todo, les corresponde en facultades y obligaciones, establecer entre ellos una justa relación o equilibrio de poder.

Para el autor, la teoría del Estado investiga la realidad de la vida estatal. Aspira a comprender al Estado en su estructura y función actual, su devenir histórico y las tendencias de su evolución. La ciencia política sólo puede tener función como ciencia, si se admite que es capaz de ofrecer una descripción, interpretación y crítica de los fenómenos políticos (HELLER, 1983 p. 19). Para Heller, la realidad histórica es el punto de partida de la Teoría del Estado como ciencia de estructuras. Por tal motivo, no se puede olvidar que, en ningún momento, el Estado es algo que deviene. Pero tampoco se puede desconocer que el Estado da forma a este devenir político. En ese sentido, la Teoría del Estado, en cuanto ciencia de la realidad, ha de mostrarnos el “sí” y el “cómo” existe el Estado, en cuanto unidad concreta que actúa en el tiempo y en el espacio.

Heller realiza una aguda crítica a los postulados de Kelsen, al señalar que al contraponer el deber ser, el carácter jurídico, al ser, de carácter social, sin que entre ellos exista una relación, considerando al primero como un deber ser independiente de toda orden y de toda observancia, atiende única y unilateralmente a la normatividad y olvida que todo el deber social se relaciona constantemente con un querer humano. Para Heller, las normas sociales no son afirmaciones teóricas, sino exigencias dirigidas a la voluntad del hombre. El ser y deber ser son elementos antagónicos que no pueden ser referidos sin el uno y el otro, ni ambos a una común raíz lógica, pero sí

pueden ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social. Pues, un deber social que, por principio, no guardase relación alguna con un ser social al que hubiera que dar forma, no sería en puridad, un deber ser. Para Kelsen toda norma jurídica vigente en el Estado es una norma de Derecho Positivo, en la que el único requisito es que esta fuese aprobada a través del procedimiento y formas adecuadas previamente establecidos. Para Heller, por el contrario, es necesario que además la norma jurídica aprobada reúna otras condiciones que, en este caso, son de carácter político y material.

Heller es consciente que existen actores como el jurista dogmático, o como el “jurista judicial” que cometen el error de considerar los cuerpos normativos y la jurisprudencia como normas ideales, independientes de toda actividad volitiva y facticidad. El jurista judicial puede, fácilmente, pasar por alto el hecho de que el precepto jurídico concreto sólo tiene validez gracias a su inclusión en la conexión sistemática de una jerarquía de poder y del orden jurídico a ella correspondiente. Para Heller, sin el carácter de creador de poder que el derecho entraña no existe ni validez jurídica normativa ni poder estatal, pero sin el carácter de creador de derecho que tiene el poder del Estado no existe positividad jurídica ni Estado. Por tal motivo, la autoridad de la voluntad del Estado, su cualidad de poder supremo se basa en su legitimidad.

Heller afirma, que, si la unidad del estado sólo nos fuera dada realmente por la ciencia jurídica, en el sentido que lo hace Kelsen, sería evidentemente inconcebible como realidad. La unión normativa interindividual que se da en el orden jurídico entre voluntades individuales, que en la realidad están disociadas, no basta para explicar la existencia del Estado. De la unificación volitiva nace en el cómo un proceso de ordenación y acomodación dentro de cada individuo, que se ve presionado en cada momento por la conveniencia social y en quien la educación de numerosas generaciones engendra el estado habitual de una conciencia de los individuos.

Para Heller la democracia es una estructura de poder construida de abajo hacia arriba, en la que rige el principio de soberanía del pueblo: todo poder estatal procede del pueblo. No obstante, hace la aclaración que, si bien es cierto, en la democracia existe una igualdad de oportunidades, el pueblo sólo puede mandar a través de una organización de dominación. Para el autor, el requerir la intervención directa del Cuerpo Electoral para la aprobación de todas las leyes, puede presentar determinados problemas en el funcionamiento ordinario del moderno Estado Constitucional. El pueblo, como portador del orden estatal, determina en todas partes la voluntad del estado. Sin embargo, la unificación de las voluntades no se transforma automáticamente en la voluntad del orden estatal, siendo necesario al efecto, la individualización última de la voluntad por las instancias del Estado. Dichos organismos representativos encarnan en sí mismos, los valores y fuerzas de la comunidad, mismos que son, a su vez, los elementos determinantes de la unidad volitiva (HELLER, 1995, p. 178).

Resulta indispensable resaltar, que Heller al momento en que trabaja con las normas jurídicas, así como la realidad, no se ciega a la idea que un Parlamento represente a todo el Cuerpo Político. Es consciente que desde el realismo político que ninguno de los gobernantes antidemócratas que han existido a lo largo del periodo el constitucionalismo, han renunciado a conformar formalmente un Parlamento. Por tal motivo, para Heller la representación ya sea en el sistema parlamentario o en otro, debe concebirse como institución subordinada al pueblo. De esa manera, queda excluida cualquier forma de soberanía de los órganos estatales y, al mismo tiempo, quedan identificadas la soberanía del pueblo y la soberanía del Estado.

Ruipérez (2014, p. 252) resalta que en el marco de las concepciones del Derecho Constitucional de Hermann Heller es donde el Instituto de la Reforma Constitucional aparece en toda su magnitud, no sólo como mecanismo que garantiza la continuidad y vigencia de la Constitución. Lo cual

puede entenderse en la medida en que la *Verfassungsänderung* que se utiliza para que voluntad del Poder Constituyente, se adecue a las nuevas realidades políticas, sociales y económicas, sosteniendo los mismos principios y valores que determinaron la aprobación de esa Constitución. Es lo que define como el *quid* de asegurar el mantenimiento de la realidad constitucional. La Constitución permanece a través del cambio de tiempos y personas gracias a la probabilidad de que se repita en el futuro la conducta humana que concuerda con ella.

Es a través de la reforma constitucional como mecanismo de articulación que se puede lograr la continuidad jurídica del Estado, en este sentido, queda fácilmente identificado que, en la teoría de Heller, podemos encontrar la existencia de límites materiales a la reforma constitucional. Para ese autor, la Constitución es la que incorpora y consagra los principios y valores del Cuerpo Político, o al menos los de la mayoría de los ciudadanos del Estado. Asimismo, sólo goza de una auténtica vigencia, y, en consecuencia, únicamente adquiere la condición de norma jurídica obligatoria y vinculante para gobernantes y gobernados cuando permanece la voluntad Poder Constituyente. Sólo puede crearse una continuidad constitucional y estatus político, si el legislador que actúa en el proceso de reforma se considera ligado por ciertas decisiones, normativamente objetivas, de sus predecesores. Sólo mediante el elemento normativo se normaliza una situación de dominación actual, por eso para Heller, una Constitución dura más allá del momento presente.

Por lo anterior, Heller es quien mejor concibe a la *Verfassungsänderung* como poder limitado, aunque jamás lo diga de forma expresa. No obstante, para el alemán la reforma constitucional es un procedimiento que es puesto en marcha por las fuerzas políticas, actuando como poderes constituidos extraordinarios, materializar el cambio, pero un cambio que es obligadamente limitado y no, bajo ningún concepto, el llevar a cabo actos revolucionarios.

Heller, realiza postulados a partir de la Libertad y Democracia. En el entendido que estas no se logran sólo con un conjunto normativo, que para esto no podemos dejar de analizar el elemento político. La diferencia sustancial, entre actos revolucionarios y golpes de estado, son precisamente quienes llevan a cabo estos movimientos. Si quien los perpetra lleva implícitos los ideales de la democracia, justicia, y libertad son actos revolucionarios y, por el contrario, serán golpes autoritarios con la pretensión de establecer regímenes totalitarios los que desconocen estos ideales. De las teorías o planteamientos que se hicieron en la época Entre Guerras, consideramos que la más acertada y adecuada para enfrentar la crisis es precisamente la realizada por Heller; ya que es quien metodológicamente considera todos los elementos para dar soluciones, además que lo hace partiendo de los ideales de la democracia y libertad.

## CONSIDERACIONES FINALES

La realidad que teníamos ha cambiado de una forma tan acelerada que vamos a tardar en acostumbrarnos a la nueva normalidad. La erupción de la pandemia del COVID-19, ha provocado que todas nuestras ideas o formas de llevar a cabo las cosas se replanteen, y nuestras instituciones jurídicas, políticas, económicas y sociales no serán la excepción. Hemos visto cómo en distintas latitudes se han enfrentado a la situación, y se han escuchado distintas voces o análisis de que en cierta medida los países con regímenes más autoritarios han logrado mejores resultados, frente a los obtenidos por los estados democráticos en el combate a esta enfermedad, que ha azotado a todo el mundo.

La democracia se encuentra en momento de inflexión, ya que podemos ubicar en cierta medida, las crisis constitucionales en las que estamos, a la que se suscitó en Weimar en la época entre guerras. Las tensiones se asemejan, y de acuerdo con los distintos planteamientos teóricos podemos encontrar soluciones o inclusive retroceder en las conquistas ya logradas, y estas respuestas

pueden estar en un positivismo de Kelsen, decisionismo de Schmitt, integracionismo de Smend, o el análisis de metodológico de las ciencias constitucionales de Heller. El tratamiento de los problemas concretos es resultado de los conflictos sobre el método y, a la inversa, resulta necesario para el análisis de los presupuestos y de los criterios metodológicos para resolver dichos problemas. Y de ahí la importancia de estudiar a la República de Weimar y sus debates de derecho constitucional. Ya que la discusión es lo que se puede considerar como los “tópicos universales”, como lo son la idea de supremacía constitucional y la soberanía de la constitución y del pueblo, el debate entre legalidad y legitimidad.

El presidente mexicano tenía múltiples facultades, que provenían de distintas fuentes, como son la Constitución, las leyes ordinarias y el sistema político. De las anteriores fuentes, hay que entender que el primer mandatario del país obtuvo la gran fuerza o poder de la última de ellas, en otras palabras, del sistema político mexicano, a lo se ha denominado las “facultades metaconstitucionales”. Los frenos y contrapesos a los que estábamos acostumbrados con los últimos presidentes resultan inoperantes frente al nuevo presidencialismo mexicano, y esto se ha hecho sentir, lo que ha provocado que ninguna de las instituciones políticas del Estado quede indemnes al impacto de este decisionismo.

Frente a esa realidad, aunada a los problemas que ha provocado la pandemia del COVID-19, resulta imperante analizar el estado constitucional, desde la perspectiva más analítica y de mayor rigor científico que es el que se ubica en el debate constitucional de la época de Weimar. Ya que en el momento en que nos encontramos, en dicha discusión se podrían encontrar soluciones. Sin embargo, también algunas tentaciones, lo cual sería bastante peligroso, para el estado constitucional de derecho.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » AA.VV. (2010). *Teoría de la Constitución, Estudios en Homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*. México: Porrúa.
- » ARENDT, H. (2017). *Los Orígenes del Totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- » BOBBIO, N., (1992). *El Futuro de la Democracia*. México: FCE.
- » BURKE, E. (1996). *Textos Políticos*. México: FCE.
- » CARPIZO, J. (2009). *Concepto de Democracia y Sistema de Gobierno en América Latina*. México: UNAM.
- » CARPIZO, J. (2004). *El Presidencialismo Mexicano*. (18ª ed.). México: Siglo XXI.
- » CARPIZO, J. (2004). *La Constitución Mexicana de 1917*. (14ª ed.). México: Porrúa.
- » CARRÉ DE MALBERG, R. (1988). *Teoría General del Estado*. (2ª ed.). México: FCE.
- » CONSTANT, B. (1989). *Escritos Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- » DAHL, R. (1989). *Democracy and its Critics*. E.U.A.: Yale.
- » DI TELLA, T. (1988). *Crisis de la representatividad y sistema de Partidos Políticos*. Argentina: Grupo Editorial Latinoamérica.
- » DUVERGER, M. (1970). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. (5ª ed.). España: Ariel.
- » FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. (2003). *Sistema electoral, Partidos Políticos y Parlamento*. Madrid: Colex.
- » GUASTINI, R. (2000). Rigidez Constitucional y límites a la Reforma en el Ordenamiento Italiano. *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho Universidad Iberoamericana*, (30), 175 – 194.
- » HAMILTON, MADISON y JAY. (1974). *The Federalist*. E.U.A.: The University of Texas.
- » HELLER, H. (1983). *Teoría del Estado*. México: FCE.
- » HELLER, H. (1995). *La Soberanía*. (2ª ed.). México: FCE.
- » HELLER, H. (2006). *Europa y Fascismo*. Granada: Comares.
- » JELLINEK, G. (2000). *Teoría General del Estado*. México: FCE.
- » KELSEN, H. (1979). *Teoría General del Estado*. México: Editora Nacional.
- » KELSEN, H. (1999). *¿Quién es el Defensor de la Constitución?* (2ª ed.). Madrid: Tecnos.
- » KELSEN, H.(2002). *Esencia y Valor de la Democracia*. (2ª ed.). México: Colofón.
- » KELSEN, H. (2005). *Teoría Pura del Derecho*. (14ª ed.). México: Porrúa
- » LEPSIUS, O. (2008). El Redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho Público de la República Federal. *Revista Historia Constitucional*, (9), 259 - 295.

- » LOEWENSTEIN, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- » MICHELS, R. (2003). *Los Partidos Políticos*. (Vol. II). Argentina: Amarrortu Editores.
- » MONTESQUIEU. (2000). *Del Espíritu de las Leyes*. (5ª ed.). Madrid: Tecnos.
- » NOHLEN, D. (2009). *La Democracia Instituciones, Conceptos y Contexto*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- » PECES BARBA, G. (1993). *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC.
- » PECES BARBA, G. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. España: Dykinson.
- » PÉREZ LUÑO, A.E. (2001). *Derechos Humanos y Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- » PLATÓN. (2006). *La República*. Madrid: CEPC.
- » PITKIN, H. (1986). *El Concepto de Representación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- » RUIPÉREZ, J. (2005). "Estudio Preliminar", en *La Reforma Constitucional, la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de Género*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- » RUIPÉREZ, J. (2014). *Reforma versus Revolución, Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*. México: Porrúa.
- » SCHMITT, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- » SCHMITT, C. (2001). *Teólogo de la Política*. México: FCE.
- » SMEND, R. (1984). *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: CEC.
- » STUART MILL, J. (2007). *Del Gobierno Representativo*. (4ª ed.). Madrid: Tecnos.
- » TARNAWSKI GESLOWSKA, E. (1994). El Tiempo en las Democracias Inciertas. *Revista de Estudios Políticos*, (86), 153 - 193.
- » VEGA GARCÍA, P. de. (2000). *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. (5ª ed.). Madrid: Tecnos.
- » VEGA GARCÍA, P. de. (2003). La Democracia como proceso. (Consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo). *Revista de Estudios Políticos*, (120).
- » VEGA GARCÍA, P. de. (1985). Significado Constitucional de la Representación Política". *Revista de Estudios Políticos*, (44), 7 - 43.
- » VERGOTTINI, G. de. (2004). *Derecho Constitucional Comparado*. México: UNAM.
- » WONG MERAZ, V. A. (2010). *Constitución Mexicana, Reforma y Mutación*. México: Porrúa.
- » WONG MERAZ, V. A. (2010). (2014). La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución de 1917. Un análisis desde la problemática del Poder Constituyente y las ideas de Libertad y Democracia. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, (18), 195 - 226.

# Una Constitución Mundial en clave de derechos humanos desde la periferia del mundo

*A World Constitution in the key of human rights from the periphery of the world*

Autores: Javier Antonio Tobar Rodríguez, Manuel Eduardo Rodríguez Arias.

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12146>

**Para citar este artículo:**

Tobar Rodríguez, J.A. y Rodríguez Arias, M. E. (2020). Una Constitución Mundial en clave de derechos humanos desde la periferia del mundo. *Derecho y Realidad*, 18, (36), 37-57.



## UNA CONSTITUCIÓN MUNDIAL EN CLAVE DE DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERIFERIA DEL MUNDO

*A World Constitution in the key of human rights from the periphery of the world*

*Uma Constituição Mundial em termos de direitos humanos da periferia do mundo*

**Javier Antonio Tobar Rodríguez<sup>a</sup>**

javiercompliance@gmail.com

**Lic. Manuel Eduardo Rodríguez Arias<sup>b</sup>**

manuel.rodriguez@utec.edu.sv

Recepción: 09 de noviembre 2020

Aceptación: 25 de noviembre 2020

### RESUMEN

El objetivo del presente artículo fue reflexionar sobre la situación actual del constitucionalismo en relación a la pandemia desde la periferia, es decir Centroamérica y, especialmente, El Salvador en relación al exterior del mundo. Se empleó la observación directa de la realidad, principalmente de los acontecimientos actuales, recientes y previos al acaecimiento de la pandemia, detectando ideas en común con las que pretendemos sostener que debe reflexionarse sobre el futuro del género humano. Así como, que el instrumento de cohesión jurídico óptimo es una constitución global que contenga mínimos a manera de un instrumento de Derecho uniforme. La investigación se toma la licencia de pensar libremente y traspasar los límites de la imposibilidad política requerida para realizar los cambios constitucionales que suponen desdibujar fronteras para reconocer derechos mínimos de la humanidad. El resultado

final de esta empresa no puede ser más que reconocer derechos mínimos universales, principalmente de las poblaciones más vulnerables del planeta. La puesta en práctica de los resultados supone emplear una dosis alta de imaginación, dejando atrás ideas preconcebidas y ampliando el horizonte de propuesta, necesaria en cuanto se concreten derechos de la humanidad.

### PALABRAS CLAVES

Inmigración; globalización; constitución; derechos; uniforme.

### ABSTRACT

The objective of this article was to reflect on the current situation of constitutionalism in relation to the pandemic from the periphery, that is, Central America and especially El Salvador in relation to the outside of the world. We use the direct

---

\* Artículo de reflexión.

a. Doctor y Máster en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid Profesor hora clase Universidad Tecnológica de El Salvador (UTEC).

<https://orcid.org/0000-0003-4881-6992>

b. Director de la Escuela de Derecho Universidad Tecnológica de El Salvador (UTEC) Doctorando en Derecho Privado Universidad José Matías Delgado

<https://orcid.org/0000-0003-4802-1241>

observation of reality, especially of the events that occurred recently and prior to the occurrence of the pandemic and coexisting with it, detecting ideas in common with which we intend to maintain that the future of the human race should be reflected upon and that the instrument optimal legal cohesion is a global constitution that contains minimums as an instrument of uniform law. At this point of no return in the history of humanity, we grant ourselves license to think freely and go beyond the limits of the political impossibility required to make constitutional changes, which involves blurring borders, to recognize minimum rights of humanity. The result of this mission cannot be more than to recognize universal minimum rights, mainly of the most vulnerable populations on the planet. Putting the results into practice implies using a high dose of imagination, leaving behind preconceived ideas and broadening the horizon of the proposal, which is necessary as soon as the rights of humanity are made concrete.

## KEYWORDS

Immigration; globalization; constitution; rights; uniform.

## RESUMO

O objetivo deste artigo foi refletir sobre a situação atual do constitucionalismo em relação à pandemia da periferia, ou seja, a América Central e, especialmente, El Salvador em relação ao exterior. Utilizou-se a observação direta da realidade, principalmente de eventos atuais, recentes e anteriores à ocorrência da pandemia, detectando ideias em comum com as quais pretendemos argumentar que o futuro da humanidade deve ser refletido. Bem como, que o instrumento ótimo de coesão jurídica é uma constituição global que contém mínimos na forma de um instrumento uniforme de lei. A investigação tira licença para pensar com liberdade e ultrapassar os limites da impossibilidade política exigida para realizar as mudanças constitucionais que envolvem esmaecer as fronteiras para o reconhecimento dos direitos mínimos da humanidade. O resultado final desta empresa não pode ser mais do que reconhecer

direitos mínimos universais, principalmente das populações mais vulneráveis do planeta. A concretização dos resultados envolve muita imaginação, deixando para trás ideias pré-concebidas e ampliando o horizonte da proposta, necessária assim que os direitos da humanidade forem realizados.

## PALAVRAS-CHAVE

Imigração; globalização; Constituição; direitos; uniforme.

## SUMARIO

Introducción

1. El problema global del ejercicio de los derechos que deslegitima el ejercicio constitucional sectorizado.
  2. El Salvador y su control de constitucionalidad normativo a consecuencia del COVID-19.
    - 2.1. Marco jurídico en materia de salud y protección constitucional.
    - 2.2. Regímenes de emergencia y controles constitucionales.
    - 2.3. Afectaciones de derechos constitucionales y humanos durante la pandemia COVID-19.
  3. Construcción del constitucionalismo desde las premisas existentes.
    - 3.1. Constitucionalismo Regional en germen desde Centroamérica.
    - 3.2. Reconocimiento de la protección de derechos humanos desde los tratados y jurisprudencia americana.
    - 3.3. Los medios de comunicación y tecnológicos como instrumento de participación constitucional.
  4. Puesta en práctica del Constitucionalismo uniforme desde los principios comunes (a manera de esbozo).
    - 4.1. Mínimo común vital (Alberto Masferrer).
    - 4.2. El llamado a la intervención externa a solventar conflictos internos.
    - 4.3. Un nuevo constitucionalismo desde la ciudadanía cosmopolita.
    - 4.4. Servicios sociales de confianza a disposición de la diáspora.
- Conclusiones.  
Referencias bibliográficas.



## INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se abordarán reflexiones que combinan una realidad, y ficción, jurídica que quizá no la verán nuestros ojos en un futuro. Ello es fruto de vislumbrar los resultados devenidos de los últimos acontecimientos originados por el COVID-19, y otras realidades que están llevando al Mundo a sus límites. Por todos es sabido que hoy más que nunca el género humano tiene al mundo en sus manos una bomba nuclear, la cual no es más que uno de los objetos que pueden hacer cambiar el futuro de la humanidad.

En el trabajo emplearemos la expresión “periferia del mundo” para localizar en el mapa a los países que no son las primeras potencias mundiales en el ramo económico, tecnológico, etc. y que inciden en las políticas mundiales. Ubicamos a El Salvador en esta periferia, posición que puede extrapolarse a otros países. Las potencias mundiales son países centros del mundo en cuanto a que constituyen ejes de muchos de los actos, u omisiones, que inciden a nivel planetario, y de cuyas decisiones depende el ejercicio de los derechos humanos.

Nuestro aporte va encaminado a recopilar algunas ideas que, articuladas debidamente, pueden considerarse como un reflejo de algunas ideas compartidas por el profesor italiano Ferrajoli, en un vídeo difundido mundialmente, y que, a su vez, constituye al parecer un sentimiento compartido por muchos. A la vez recuerda las ideas sostenidas por otros connotados autores universales como Kant y Humboldt. Nos referimos a la reconsideración de las relaciones del género humano, al apoyo de una ciudadanía cosmopolita y a la organización de una sociedad universal más humanizada.

Advertimos y hacemos hincapié a los lectores que No pretendemos “desarrollar” las ideas del profesor Ferrajoli, solamente retomar algunas. Debido, principalmente, a que ha sido la voz actual y autorizada de muchas mentes, según las expuso, de viva voz, en los foros virtuales que se abrieron desde Latinoamérica, de la mano del profesor

Miguel Carbonell, de México, y Pedro Grández Castro, organizado por Palestra, Perú, el 14 de mayo de 2020, disponible en YouTube, para que él expusiera su visión del constitucionalismo en tiempos de pandemia.

De ahí que el alcance del artículo es más modesto de lo que pudiera parecer, no se tiene más intención que desahogar lo que se percibió, previo y durante la pandemia, en la sociedad salvadoreña y vecinas. Por eso mismo, no se pretende desarrollar una tesis del profesor Ferrajoli, ni desarrollar un principio o regla, para cuyos supuestos tuviéramos que haber citado muchos más recursos bibliográficos.

En ese sentido, la originalidad del trabajo se encamina en recoger algunos ejemplos que la pandemia ha generado, como las fricciones legales y constitucional sucedidas en El Salvador entre la ciudadanía que reclama libertades restringidas por la implementación de medidas sanitarias, y las respuestas que las autoridades han proporcionado concediéndolas o restringiéndolas.

La pandemia ha generado problemas económicos, desempleo y al parecer incrementa el deseo de la población por migrar. El uso de las redes sociales en tiempos de pandemia ha sido vital para que las personas se manifiesten al respecto. El mismo medio podría servir, entre otros, para construir un instrumento de soft law que reivindique un “menú” de derechos humanos o pertenecientes a la nación humana y que se reconozca en una “constitución mundial”.

Como venimos señalando, este trabajo no pretende agotar en líneas aspectos tan sustanciales como la construcción de una Constitución, ni enumerar los derechos que debería contener; por eso, exponemos las ideas dejando abierto el debate.

## 1. EL PROBLEMA GLOBAL DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS QUE DESLEGITIMA EL EJERCICIO CONSTITUCIONAL SECTORIZADO

En el apartado en cuestión nos referiremos a una serie de problemas de la existencia humana, aunque con referencia concreta al área centroamericana, especialmente a El Salvador. Su exposición tiene por objeto colocar al lector en el contexto socioeconómico regional y, por el cual, más adelante proporcionaremos argumentos tendentes a reflexionar sobre la propuesta del distinguido profesor Ferrajoli en cuanto a la configuración de un constitucionalismo universal, por el que se reconozcan derechos mínimos, para lo que puede echarse mano de aquellos reconocidos por los diversos instrumentos de derechos humanos.

Al respecto, creemos que no es posible sostener la protección de los derechos constitucionales de las personas, o solo de los ciudadanos, sin considerar la protección de los derechos humanos de la colectividad universal. Es decir, de la humanidad entera. Sostener lo contrario carece de sentido si se considera que los derechos humanos deben ser la premisa de interpretación, y aplicación, de los derechos constitucionales. Recordemos que muchas constituciones reconocen el deber de entender los derechos constitucionales desde los derechos humanos, por ejemplo, la española, la argentina y por supuesto, la influencia que los tribunales de derechos humanos a través de su jurisprudencia en los derechos internos de los países que gravitan sobre su esfera de aplicación. En otras palabras, no podemos pretender estar disfrutando de un estilo de vida confortable, ignorando completamente las necesidades de otros, cuando estamos en posición de poder ayudarlos tendiendo puentes de diálogo y, sobre todo, decisión. Dicho de otro modo, no es posible que moralmente pueda sostenerse que desde otros Estados puedan disfrutar de un nivel de vida digno cuando en otros no es posible para muchas personas obtener ni siquiera lo mínimo de supervivencia.

Al respecto, recuérdese una de las lecciones de vida obtenidas de la II Guerra Mundial, que hace considerar la hipótesis de que no es posible que el exterminio de un colectivo humano, los judíos, haya pasado

desapercibido por muchos, incluso por la Iglesia Católica. Es muy probable que muchos pecaran por omisión (MAYOR FERRÁNDIZ, p. 1 y 2; FERNÁNDEZ, p. 359).

Partimos de la creencia de la total fragilidad e interdependencia de todos en el mundo, que es un hecho notorio, cada día más lo evidenciamos con hechos que suceden en el otro extremo del globo terráqueo y repercuten planetariamente. Por ejemplo, las arenas del Sahara llegan cada año a Centroamérica, lo que hace un par de décadas no constituía hecho reportado; la catástrofe de Chernóbil en la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas alcanzó Alemania y otros países europeos. Nuestra salud y vida depende de la salud de los otros y del planeta. La pandemia tiene un carácter global y no es la primera que sucede, pero sí la que más repercusiones ha tenido por razones evidentes.

Bajo una perspectiva global, creemos que la nacionalidad debe concebirse más pragmáticamente como un perfil susceptible de cambiarse según las necesidades del humano, por eso el inmigrante obtiene nueva nacionalidad que le garantice el goce de los derechos humanos en cuanto tiene la oportunidad de poder obtenerla, lo que se traduce en términos de políticas públicas en que el Estado receptor del migrante absorbe la obligación de cubrir la protección de los derechos humanos de quien en un primer momento no nació siendo su nacional.

La realidad presente, de la existencia de dobles o múltiples nacionales en cabeza de un individuo, obedece a ese interactuar humano cada vez más global y al empuje que las migraciones han tenido por varias razones: demográficas, naturales, bélicas, ideológicas y económicas.

En ese sentido, una libertad económica sin control genera costos sociales a las personas. Por ejemplo, genera migraciones y pobreza, por eso mismo los Estados recientemente controlan el ejercicio de prácticas financieras que generaron catástrofes económicas a nivel mundial, tal como la que sucedió en el año 2008 al 2012 en Estados Unidos y Europa.

Hay que mencionar que hoy más que nunca nos sentimos existencialmente más unidos a otros no importando la distancia física debido al empleo de las tecnologías y las telecomunicaciones, los medios de transportes constituyen una realidad.

Asimismo, desde Centroamérica y El Salvador, territorio frágil, susceptible a sufrir catástrofes climáticas y telúricas, con alta tasa demográfica habitando en territorios que pertenecen naturalmente a la rica e indomable naturaleza que lucha por conservar su espacio contra el humano, creemos que ello genera migraciones que pueden ser aprovechadas en territorios llanos, valles o meseta alejados del peligro de los accidentes topográficos.

Sí creemos en el constitucionalismo como manifestación de la solidaridad humana mundial frente al egoísmo manifestado en sectarismos separatistas.

Por el momento, los Tratados de Libre Comercio han apostado generalmente a la protección de la circulación internacional de productos, pero ¿dónde queda el humano? No siempre el humano se le ha permitido circular con igual velocidad y facilidad que a las mercaderías. Y, además, dichos tratados, y la estructura económica actual, han quedado aún más expuestos por la pandemia, pues ha demostrado que la interdependencia de la economía por la implementación de las cadenas de producción puede generar paralización de empresas que requieren insumos producidos en otro lado del planeta, donde la pandemia generó estragos y cese de la producción.

Mientras cada Estado defiende a sus nacionales frente a los desafíos de la pandemia u otros, debemos pensar que así como el COVID-19, otros retos se presentarán a futuro. Piénsese en, por ejemplo, riesgos sanitarios que pudieran surgir de las exploraciones a otros planetas realizados por las potencias mundiales que los visitan y realizan experimentos en ellos, pudiendo traer consigo restos de microorganismos que constituyan un peligro para nuestra

existencia sea liberado intencional o accidentalmente en la tierra.

Problemas globales con soluciones globales. Reconocer instituciones que provean garantías planetarias. Por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud debe reforzarse para promover la prevención de ataques a la salud. La sanidad privada obligatoria en sociedades poco equitativas condena a las personas a la muerte, por el contrario, la sanidad pública que garantice a todos salud y vida es un derecho humano.

Más abajo expondremos la respuesta sociopolítica-jurídica del Estado salvadoreño y la sociedad frente al COVID-19.

## **2. EL SALVADOR Y SU CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD NORMATIVA CONSECUENCIA DEL COVID-19**

En este apartado veremos que desde su surgimiento, el COVID-19 ha generado drásticas transformaciones en la vida, tanto como individuos como colectivos, y El Salvador ha sido uno de tantos países afectados con esta nueva realidad. La cual, ha puesto a prueba a los diferentes órganos del Estado, quienes, como en muchos países, no han trabajado de forma armónica en un solo frente contra la realidad de salud. El Salvador, como tantos otros Estados, ha restringido –e incluso suspendido– derechos de libertad ambulatoria, cerrado fronteras terrestres, marítimas y áreas, incurrido en restricciones de libertad ambulatoria y en centros de cuarenta, etc.

El país cuenta con un marco jurídico en normativa secundaria así como constitucional. No obstante, ello generó una hiperproducción normativa, especialmente proveniente del ejecutivo, la cual no siempre concordaba con la desarrollada por la Asamblea legislativa. Dicha oposición y choque de planteamientos normativos tuvo una constante y necesaria intervención de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el órgano competente para dirimir las controversias constitucionales. Por eso, en el presente apartado se abordará

lo relativo al control de constitucionalidad sobre la hiperproducción normativa de la legislación excepcional, consecuencia de la declaratoria de emergencia de salud del COVID-19.

Luego de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el brote del SARS-CoV-2 debía ser considerado como una emergencia de salud pública de importancia internacional (Organización Panamericana de la Salud, 30 de enero de 2020), muchos Estados adoptaron medidas para prevenir contagios masivos. Dichas medidas fueron reforzadas desde el 11 de marzo del mismo año, cuando la OMS declaró que la enfermedad producida por el virus podía ser considerada «pandemia» (OMS, 11 de marzo de 2020). De igual forma, se hizo hincapié en la perdurabilidad que podría tener dicha pandemia.

El Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC, por sus siglas en inglés) planteó que las pandemias de influenza, a cuyo género pertenece la COVID-19, se describen mediante un marco de intervalos de una pandemia. Se compone de las fases de investigación de casos de: infecciones, reconocimiento de un potencial aumento, iniciación de una ola pandémica, aceleración de dicha ola, desaceleración y preparación para las olas futuras.

El Estado de la República de El Salvador, en uso de sus facultades constitucionales, tras la declaración de la OMS de pandemia por el Coronavirus (COVID-19), estableció protocolos para prevenir y frenar el ingreso de la pandemia. Las autoridades optaron por restringir derechos reconocidos no solo en la Constitución, sino también en tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 26). Incluso se aprobó un estado de excepción por medio del Decreto Legislativo 594, de 15 de marzo de 2020, que fue prorrogado en una ocasión por el Decreto Legislativo 611, de 29 de marzo de 2020.

En el contexto de la pandemia las autoridades salvadoreñas han restringido,

entre otros: (i) la libertad de circulación (arts. 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «CADH», y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «PIDCP»); (ii) la libertad personal (arts. 7.1 de la CADH y 9.1 del PIDCP); la libertad de residencia (arts. 22.1 de la CADH y 12.1 del PIDCP); y el derecho de salir e ingresar al propio país (arts. 22.5 de la CADH, 12.4 del PIDCP, en relación con la Observación General 27 del Comité de Derechos Humanos, y con el art. 10.1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, «CDN»).

Sin embargo, el contexto es, y ha sido, propicio para que en Estados con sistemas de salud tan precarios como el nuestro, con capacidades limitadas para responder de manera efectiva frente a una pandemia de esta envergadura, y donde además se tutelan de manera deficiente los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, se hayan planteado reclamos por vulneraciones al derecho a la salud, al trabajo, a la seguridad social y a la educación (art. 26 de la CADH en relación con los arts. 10, 6, 9 y 13 del Protocolo de San Salvador, arts. 12.1 y 2, 6, 9 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y art. 24.1 y 2 de la CDN), por mencionar algunos.

## **2.1. Marco jurídico en materia de salud y protección constitucional**

Mediante el empleo del marco constitucional de los derechos fundamentales, se han definido los derechos fundamentales como aquellas facultades o poderes de actuación reconocidos a toda persona humana como consecuencia de exigencias jurídicas derivadas de su dignidad, libertad e igualdad inherentes. Las cuales, han sido normativizadas constitucionalmente y, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico. Consecuencia de ello, ostentan supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución (sentencia de 23 de marzo de 2001, inconstitucionalidad 8-97; y sentencia de 17 de noviembre de 2015, inconstitucionalidad 105-2014).

Dentro de los derechos fundamentales que deben ser garantizados, en primer término, por el Estado se encuentra el derecho a la salud. En la normativa constitucional salvadoreña, la cual está regulada en los artículos 65 y siguientes de dicha carta magna, se determina que la salud es un bien público el cual el Estado se encuentra en la obligación de conservar y restablecer, debiendo determinar la política nacional de salud, asegurar su gratuidad y contener un carácter preventivo y no solo de restablecimiento; debiendo velar por aquellas personas que, por su edad, incapacidad física, mental, sean inhábiles para el trabajo.

En relación al derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado tres elementos esenciales que deben componer su ámbito de protección:

1. La adopción de medidas para su conservación. La salud requiere de una protección estatal activa y pasiva contra los riesgos exteriores que puedan ponerla en peligro. De ahí que se deban implementar medidas que, desde el punto de vista positivo, tiendan a la prevención de cualesquiera situaciones que la lesionen o que restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, que eviten la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo;
2. La asistencia médica. Ello a cómo debe garantizarse a toda persona la posibilidad de disponer y acceder al sistema o red de servicios de salud.
3. La vigilancia de los servicios de salud, que implica crear instituciones y mecanismos que vigilen y controlen la seguridad e higiene de las actividades profesionales vinculadas con ella (sentencias de 21 de septiembre de 2011 y 28 de mayo de 2013, amparos 166-2009 y 310-2013).

Tal derecho fundamental exige, por su propia connotación, que el tipo de asistencia médica ofrecida en el sistema de salud del

país sea integral en todo su contexto, con la obligación del Estado y de los servicios de salud prestar, con diligencia y cuidado la atención médica adecuada a las personas enfermas que lo requieran o necesiten. De conformidad con el criterio de accesibilidad a la salud —tal como se ha señalado en la Observación general N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas— todas las personas tienen derecho a acceso físico, social y económico a servicios adecuados de prevención, atención y rehabilitación de la salud.

La salud es proclamada como un derecho fundamental inherente a las personas, encuentra su sentido más concreto en la exigencia a los poderes públicos, a que toda persona tenga potestad y acceso a recibir asistencia médica y tratamiento terapéutico adecuado para aliviar sus afecciones, sean fisiológicas o psicológicas. Por cuanto, la salud representa una de las condiciones esenciales que posibilita a los sujetos tener una existencia física digna y, con ello, desarrollar plenamente su personalidad y potencialidades. Lo cual, es en esencia la razón de ser del estado, de conformidad al art. 1 de la Constitución de la República de El Salvador.

Ahora bien, debe señalarse que el abordaje, tanto de la salud individual como de la colectiva de los habitantes de la República, no está exento del control del derecho. La injerencia de las decisiones sobre la salud, tomadas por las autoridades respectivas, pueden incidir sobre otros derechos fundamentales de la población. Por lo que dichas decisiones se encuentran sometidas a control judicial.

En ese orden de ideas, El Salvador cuenta con un desarrollo de dicho derecho en la normativa secundaria. La cual, se concentra en el Código de salud, que tiene por objeto desarrollar los mandatos constitucionales, así como las convenciones suscritas y ratificadas por el estado en materia de salud. Ellas relacionadas con la salud pública y asistencia social de los habitantes de la República; las normas para la organización

funcionamiento y facultades del Consejo Superior de Salud Pública, del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y demás organismos del Estado; servicios de salud privados; y las relaciones de éstos entre sí en el ejercicio de las profesiones relativas a la salud del pueblo (código de salud [http://asp.salud.gob.sv/regulacion/pdf/ley/codigo\\_de\\_salud.pdf](http://asp.salud.gob.sv/regulacion/pdf/ley/codigo_de_salud.pdf))

En el art 40, y siguientes de dicho ordenamiento jurídico, se establece que El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social es el Organismo encargado de determinar, planificar y ejecutar la política nacional en materia de Salud, dictar las normas pertinentes, organizar, desarrolla, los mandatos constitucionales declarando de interés público, las acciones permanentes del Ministerio contra las enfermedades transmisibles, entre otros. Para ello, todas aquellas instituciones públicas o privadas competentes deberán prestarle su colaboración.

De igual forma establece en su art. 136, y siguientes, todo lo referente al tratamiento de las cuarentenas, observación, aislamiento, creación de albergues, tratamiento de personas infectadas y en observación, vigilancia, como deberán ser abordados el confinamiento, la sanitización y procedimientos de desinfección. Así como el control de las empresas dedicadas a ello.

La norma secundaria aborda cómo debe procederse en caso de epidemia o amenaza de ella, estableciendo que el Órgano Ejecutivo en el Ramo de la Salud Pública (Ministerio de Salud Pública), podrá declarar zona epidémica, sujeta a control sanitario, cualquier porción del territorio nacional que dicho Órgano designe. Y adoptará las medidas extraordinarias que aconseje, y por el tiempo que la misma señale, para prevenir el peligro, combatir el daño y evitar su propagación.

Lo anterior abarca lo contemplado en los arts. 142 y siguientes CS (Código de salud), en las que se faculta a dichas autoridades a ordenar o realizar con carácter obligatorio la práctica periódica de exámenes colectivos de

salud y toda medida de carácter preventivo que se estime conveniente de acuerdo a las necesidades de la conservación de la salud poblacional. Debiendo todas las personas naturales o jurídicas, las instituciones públicas y descentralizadas, prestar toda la colaboración que solicite el Ministerio de Salud Pública.

En caso de epidemia, o en este caso de la pandemia declarada por la OMS y reconocida por el gobierno de El Salvador, en la cual se consideró como una calamidad grave que podría haber afectado la salud y la vida de las personas, los arts. 184 y siguientes, faculta al ministerio de Salud a: a) La atención inmediata e integral de los afectados. b) El traslado a los centros de asistencia médica de los que ameriten. c) Dictar las medidas necesarias para el mantenimiento de los servicios básicos de saneamiento. ch) Dictar y desarrollar medidas de prevención de epidemias.

De igual forma, toda institución de salud pública o privada tiene la obligación de crear un plan de emergencia para el tratamiento de la pandemia con los protocolos de bioseguridad.

Todo lo anterior se concatena con la Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres (LPCPMD), la cual, como normativa, tiene por objeto prevenir, mitigar y atender en forma efectiva los desastres naturales y antrópicos en el país. Además de desplegar el servicio público de protección civil para garantizar la vida e integridad física de las personas, así como la seguridad de los bienes privados y públicos. La cual, se vincula con el derecho a la salud que impone un mandato al legislador de aprobar medidas para que la misma sea conservada. Dicho mandato tiene una referencia legal en el art. 24 de la Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres (LPCPMD). El estado de emergencia a que se refiere el precepto opera en parte, o en todo el territorio nacional, previa declaración de la Asamblea Legislativa a petición del presidente de la república, a menos que la Asamblea Legislativa no estuviere reunida.

Una de las consecuencias de la reacción estatal salvadoreña, ante la declaración de emergencia por la pandemia, ha sido la hiperproducción normativa en el estado de excepción. Pues, se han pronunciado al menos 90 cuerpos normativos que incluyen Decretos Legislativos que emanan de la Asamblea Legislativa y Decretos Ejecutivos que el presidente de la república emitió, además de otras normas que otras administraciones públicas emitieron. Escapa de estas líneas hacer una referencia puntual a todos los decretos, algunos transitorios, los cuales fueron expulsados del ordenamiento jurídico en su momento por los órganos competentes en razón a su incongruencia con la normativa constitucional en el ejercicio de los controles de dicha naturaleza.

## 2.2. Regímenes de emergencia y controles constitucionales

La Constitución de la República de El Salvador reconoce dos formas básicas para lidiar con situaciones de emergencia:

- I. El régimen de excepción, previsto y sancionado en los artículos 29, 30 y 31 de dicho cuerpo de ley.
- II. La emergencia nacional, prevista y sancionada en el artículo 221 inc. 2° de dicho cuerpo de ley.

El común denominador entre ambas es su utilitarismo para gestionar y repeler aquellos hechos humanos o desastres naturales que puedan poner en peligro los elementos y condiciones esenciales de nuestro sistema constitucional, cuando exista la posibilidad de que se presente una amenaza para el mismo el mismo más allá de un punto tolerable. En ese orden de ideas, debemos concatenar la normativa de primer rango con lo estipulado y regulado en la norma secundaria, específicamente en la Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres (LPCPMD), que también tiene una finalidad reactiva frente a los desastres, específicamente en la declaración de emergencias estipulada en el art 24.

El régimen de excepción, como todo elemento extraordinario de restricción constitucional, contiene condiciones específicas de aplicación. El art. 29

Cn. establece que, en los casos de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia, de graves perturbaciones del orden público u otra calamidad general, podrán suspenderse las garantías establecidas en los artículos 5, 6 inciso primero, 7 inciso primero y 24 de esta Constitución, excepto cuando se trate de reuniones o asociaciones con fines religiosos, culturales, económicos o deportivos. Tal suspensión podrá afectar la totalidad o parte del territorio de la República, y se hará por medio de decreto del Órgano Legislativo o del Órgano Ejecutivo, según el caso. Asimismo, pueden suspenderse las garantías contenidas en los Arts. 12 inciso segundo y 13 inciso segundo de la Constitución, cuando así lo acuerde el Órgano Legislativo, con el voto favorable de las tres cuartas partes de los diputados.

De la lectura de la misma disposición se plantea el requerimiento de lo extraordinarias, anormales y temporarias que deben ser las circunstancias en tanto que supuestos habilitantes para la adopción de un régimen de excepción, de acuerdo a la jurisprudencia (sentencia de inconstitucionalidad 15-96). Es menester comprender que dentro de dichas circunstancias meritorias de un régimen como el citado figura la pandemia global del COVID-19, la cual es un hecho notorio y así declarado por la Organización Mundial de la Salud. El único elemento objetivo requerido en su declaratoria es que la misma afectare a El Salvador, lo cual así fue.

El régimen de excepción puede ser adoptado por la Asamblea Legislativa o por el Consejo de Ministros, si se trata de la suspensión a la que se refiere el art. 29 inc. 1° Cn. —la de los derechos reconocidos en los arts. 5, 6 inc. 1°, 7 inc. 1° y 24 Cn. Si se trata de la Asamblea Legislativa, debe hacerlo de manera justificada, en votación nominal y pública con los dos tercios de votos, por lo menos, de los diputados electos art. (131 ord. 27° Cn.). Por otro lado, si se trata del supuesto establecido en el art. 29 inc. 2° Cn. —suspensión de los derechos establecidos en los arts. 12 inc. 2° y 13 inc. 2° Cn., tal disposición sólo confiere competencia a la

Asamblea Legislativa para que adopte esta modalidad de régimen de excepción. La competencia del Consejo de Ministros para adoptar el régimen establecido en el art. 29 inc. 1° Cn. Es de carácter excepcional, sólo cuando nuestra asamblea legislativa no sesione, solo por una imposibilidad material de la misma de hacerlo.

El principio de división de poderes (art. 86 inc. 2° Cn.) es uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho y del constitucionalismo. Su función es evitar la concentración de poder en desmedro de los derechos de las personas, y su a favor se justifica la finalidad de la existencia del estado. Consecuentemente, se establece el concepto clásico de que las funciones del ejercicio del poder estatal deban dividirse entre distintos funcionarios u órganos a los que se les confiere alguna de las funciones esenciales del Estado: legislar, administrar o juzgar (sentencia de 13-111-2006, Inc. 27-2005).

Asimismo, se requiere de la existencia de mecanismos de colaboración (principio de colaboración [art. 86 inc. 1° Cn.]) e, incluso, de controles recíprocos en el ejercicio de las funciones públicas por parte de los órganos del Gobierno y del Estado. Aquí es donde tiene sentido que el ordenamiento jurídico delimite claramente, por una parte, el ámbito de actuación de cada órgano o funcionario y, por el otro, de los mecanismos de control, *para evitar interferencias o invasiones en las competencias que atañen a una entidad*. Para cumplir tal cometido, la Constitución establece el principio de legalidad, según el cual los funcionarios del Gobierno no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley (art. 86 inc. 3° Cn.).

El control constitucional se compone de diversas formas y facetas, bajo un objetivo marcado: lograr el efectivo principio de limitación del poder. Tal propósito implica la existencia de otras formas de control constitucional, diferentes al judicial, que es ejercida por la sala de lo constitucional. El control judicial representa la última instancia, y consecuentemente las resoluciones de la misma adoptan un carácter definitivo.

La doctrina constitucional reconoce dos formas de control:

I. El control intraorgánico: se produce al interior de la organización de un órgano. Es el caso del sistema de recursos o medios impugnativos en el Órgano Judicial, fuera del cual es imposible asumir la revisión, modificación, confirmación o anulación de una sentencia o resolución judicial proveniente de otro tribunal (art. 17 inc. 1° Cn.).

II. El control interorgánico: ejercido de un órgano a otro. Tal como ocurre con el veto presidencial (art. 137 Cn.)<sup>29</sup>, la 20 Sentencia de 20 de enero de 2009 y la inconstitucionalidad 84-2006.

La sentencia de Inc. 17-2001 en su momento estableció que los controles intraorgánicos funcionan dentro de la organización de poder estatal y los controles interorgánicos funcionan entre diversos funcionarios que cooperan en la gestión estatal, los cuales pueden ser de dos clases: la colaboración, que ocurre cuando los detentadores del poder están estructurados constitucionalmente de tal manera que, solo ejerciendo conjuntamente, pueden llevar a cabo sus competencias, de modo que comparten el ejercicio de la función y, por ello, se controlan mutuamente; y, por el otro lado, la intervención constitucionalmente autorizada, con arreglo, a la cual un detentador del poder queda habilitado para intervenir en la actividad de otro órgano estatal.

Una de las competencias conferidas al Órgano Legislativo es la de limitar derechos fundamentales o la de suspenderlos de forma general, con alcance en la totalidad o en parte del territorio (arts. 29, 131 N° 5 y 246 Cn.). En El Salvador, es aplicable la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que también sujeta a la reserva de ley la limitación y suspensión de derechos (arts. 4.2, 7.2, 9, 12.3, 13.2, 15, 16.2, 21.2, 22.3 y 27). De igual forma, la constituyente limitó el ejercicio de las competencias del



Órgano Ejecutivo que inciden en la limitación o suspensión de derechos fundamentales.

Respecto de lo primero, tal mecanismo se desarrolla mediante la sujeción a la ley. Respecto de lo segundo, teniendo en cuenta, por ejemplo, que la competencia para decretar regímenes de excepción por parte del Consejo de Ministros sólo podría ejercerse cuando la Asamblea Legislativa no esté reunida (Sentencia 29 de 9 de diciembre 2019, controversia 1-2019). 30 Sentencia de inconstitucionalidad 16-98, Sentencia de 23 de enero de 2015, inconstitucionalidad 53-2012.

### **2.3. Afectaciones de derechos constitucionales y humanos durante la pandemia COVID-19**

Fue un hecho notorio que, para la gran mayoría de países latinoamericanos, el fenómeno del COVID-19 evidenció una latente falta de preparación en los efectos materiales de la protección de los derechos de salud de la población y también en la hiperproducción normativa, generalizada como un camino para pretender contener su avance y afectación. El Salvador no fue la excepción y de ahí la declaración de emergencia y estado de excepción, que generó más de 90 cuerpos normativos que incluyen Decretos Legislativos que emanaron de los diferentes órganos del estado.

Bajo ese contexto, no es imprescindible hacer una referencia puntual a todos y cada uno de los decretos, algunos transitorios, los cuales fueron expulsados del ordenamiento jurídico en su momento por los órganos competentes en razón a su incongruencia con la normativa constitucional, en el ejercicio de los controles de dicha naturaleza. Es menester del presente documento hacer referencia a los fenómenos de abusos de hecho y normativos que se realizaron por parte de los cuerpos policiales, bajo el supuesto amparo de una normativa secundaria defectuosa que generó una serie de consecuencias palpables para la población salvadoreña y una sala de lo constitucional, que tuvo que multiplicarse al máximo para

dar cumplimiento a su deber de control normativo constitucional.

Uno de los principales fenómenos que generó esa serie de normativas, la cual inició con el ahora célebre Decreto Ejecutivo No. 12, publicado en Diario Oficial 20 de marzo de 2020, de las Medidas Extraordinarias de Prevención y Contención para Declarar el Territorio Nacional como Zona Sujeta a Control Sanitario, a fin de Contener la Pandemia COVID-19, que imponía una cuarentena domiciliar obligatoria, se tradujo en una constante de abusos (Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/> visto 18/11/2020), cometidos por la policía nacional civil. En pocas semanas fueron arrestadas centenas de personas en cumplimiento de las restricciones impuestas por el gobierno, dichas personas eran trasladadas a “centro de contención”.

Solo durante la noche del domingo 22 de marzo, a nivel nacional, se dio la detención de 269 personas por no acatar la medida de cuarentena domiciliar (visto el 18/11/2020 en <https://elfaro.net/>). En los primeros días de abril, la Procuraduría de Derechos Humanos recibió más de 300 denuncias por abusos de esa naturaleza (visto el 18/11/2020, en <https://www.elsalvador.com/>).

El 26 de marzo, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema (Habeas corpus 148-2020) sentó las bases para resoluciones futuras en las que aquellas medidas de capturas y detenciones arbitrarias no tendrían sustento jurídico en ningún caso por infringir la supuesta cuarentena normativa. Lo anterior no impidió que hasta abril se presentaran más de 4000 detenidos en 87 centros de contención gubernamentales (Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/> visto 18/11/2020). En dicha resolución se determinó que solo se podía confinar a una persona en un centro de contención si se podía determinar objetivamente que había estado expuesta al virus y no simplemente por circular en la vía pública.

Dentro de muchísimas resoluciones dadas bajo el control de constitucionalidad

por la Sala de lo Constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, (Art. 174 Cn), el ente competente de acuerdo a la carta magna salvadoreña para conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7ª del Art. 182 de esta Constitución, mencionaremos las 2 principales claves para revertir el desorden normativo que generó un caos de incertidumbre jurídica tanto a los juristas como a la población común. Lo anterior con el fin de restablecer y tutelar aquellos derechos humanos constitucionalmente protegidos que estaban siendo violentados.

El 8 de junio de 2020 se dio la primera resolución clave, por parte de la SC, para corregir lo que ya se podía determinar como un abuso normativo por parte del ejecutivo y como deficiencias estructurales de los cuerpos legislativos, mediante resolución del proceso referencia 21/23/24/25-2020. En ella se declararon inconstitucionales los decretos ejecutivos N° 5, 12, 14, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 26 y 29, referentes a la cuarentena domiciliaria obligatoria, así como determinaron la Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concretos para Atender la Pandemia COVID-19, y la Ley de Regulación para el Aislamiento, Cuarentena, Observación y Vigilancia por COVID-19. Gracias a la resolución mencionada se puso fin a 80 días de cuarentena y confinamiento a la población en general. De acuerdo con dicha Sala, no se justificaron adecuadamente las razones por las cuales fue necesario suspender los derechos constitucionales y usurpar funciones legislativas por parte del órgano ejecutivo, en lo referente a normar suspensión de derechos y garantías constitucionales, atribución eminentemente legislativa (art 131 y sigs. Cn.)

El 7 de agosto de 2020 se dio la segunda resolución clave por parte de la SC en lo referente a la reactivación económica, dejando sin efecto el decreto ejecutivo No. 32.- Protocolos Sanitarios para Garantizar

los Derechos a la Salud y a la Vida de las Personas, en el Proceso de Reactivación Gradual de la Economía, durante la Pandemia por COVID-19, aplicable en las Zonas Occidental, Central y Oriental de la República de El Salvador, publicado en el Diario Oficial 29 de julio de 2020 (inc.21/23/24/25-2020). La publicación mencionada también contenía la calendarización del plan de reactivación económica e incorporó otros aspectos del manejo de la pandemia del COVID-19, estableciéndose que dicha normativa contradecía parámetros constitucionales relacionados con la suspensión y limitación de derechos fundamentales, afectando manifestaciones importantes del derecho a la libertad y del ejercicio de otros derechos fundamentales. La suspensión de derechos constitucionales sólo puede surgir de un decreto Legislativo que autorice un régimen de excepción y aun en ese caso, muchas manifestaciones del derecho a la libertad no pueden ser suspendidas en un régimen de excepción, mucho menos mediante normativa proveniente del órgano ejecutivo (que es lo que el titular de dicho órgano había realizado y fue objeto de control de la citada sala).

La resolución incluso llegó más allá al indicarle al ejecutivo que, de persistir en emitir a futuro normativas similares, las mismas no producirían efecto jurídico constitucional ni legal alguno.

### **3. CONSTRUCCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO DESDE LAS PREMISAS EXISTENTES**

En este apartado abordaremos brevemente la perspectiva regional, desde Centroamérica, como apuesta de solución a los problemas humanos ocasionados por falta de protección de algunos derechos.

Es necesario replantear libremente la creación de mecanismos de protección universal. La improbabilidad política precisa ser distinguida de la imposibilidad teórica, al punto que la falta de voluntad no limite la libertad de pensar.

Con las premisas existentes sobre protección de los derechos humanos que reconozca un constitucionalismo universal, nos referimos al camino ya recorrido a lo largo de la vida del ser humano. Las premisas son los derechos generalmente reconocidos en tratados sobre derechos humanos universales y regionales. Ambas perspectivas pueden verse enriquecidas mutuamente, por ejemplo, la perspectiva universal de los derechos humanos puede enriquecerse a partir de la experiencia regional de protección de datos personales llevada a cabo en la Unión Europea.

### **3.1. Constitucionalismo Regional en germen desde Centroamérica**

El Sistema de Integración Centroamericana (SICA), fundado por los países de la región (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá) busca asegurar el irrestricto respeto de los derechos humanos, art. 1 del Protocolo de Tegucigalpa. Para ello se realizó una integración para hacer un frente común a los desafíos de similares, mediante la firma de este tratado el 13 de diciembre de 1991. Posteriormente se unió Belice (2000) y República Dominicana (2013).

Los países centroamericanos deben verse como Estados interesados en promover las iniciativas tendientes a reconocer derechos de las personas, porque sus nacionales requieren cada vez más de protección. Las naciones centroamericanas experimentan esa misma realidad: masas de su población se migran a otros países bajo la promesa de encontrar un futuro mejor. Centroamérica ya cuenta con instrumentos para luchar conjuntamente frente a los retos de salud, por ejemplo: Centroamérica compró medicinas conjuntamente para abastecer su sistema de salud Sistema de Integración Centroamericana en el año 2013 (SICA).

Por el contrario, Centroamérica, durante la pandemia COVID-19 no se mostró suficientemente unida. El cierre de fronteras se realizó por cada país en diferentes fechas e intensidades. Lo anterior puede ser entendido históricamente, porque Centroamérica no ha respondido en conjunto

frente a los desafíos de la migración, el comercio exterior, entre otros, tal como lo comenta diáfananamente la doctrina política (Parthenay, p. 7 y 8).

Sin embargo, Centroamérica es conocida como una región resiliente, que siempre busca la manera de integrarse (Parthenay, p. 10).

Cabe mencionar que, de forma paralela, a nivel regional, la Unión Europea, mediante el art. 168 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, establece que la Unión definirá y ejecutará sus políticas para garantizar un alto nivel de protección de la salud humana, y complementará las políticas de cada uno de los Estados nacionales. Asimismo, la Unión fomentará la cooperación entre los Estados miembros de la misma. Sin embargo, durante la primera oleada de la pandemia COVID-19, en la UE, cada país adoptó estrategias diferentes para mitigarla.

Desde América debería de impulsarse un constitucionalismo de derechos de migrantes, que compense la desigualdad que provoca el traslado de la riqueza mediante los tratados de libre comercio. Por ejemplo, el germen de este constitucionalismo se puede encontrar en los tratados bilaterales de reconocimiento de derechos de seguridad social suscritos entre España con países latinoamericanos, los acuerdos por los cuales se ha permitido “cuotas” de migrantes de países suramericanos a territorio español.

### **3.2. Reconocimiento de la protección de derechos humanos desde los tratados y jurisprudencia americana**

El Salvador es un país integrante de lo que en este trabajo llamamos la periferia del mundo, por alusión a la existencia de los países ejes del mundo o potencias mundiales en la economía y otros aspectos del desarrollo humano. El Salvador, al igual que muchos países, está integrado en un sistema jurídico universal y uno regional de respeto y protección de derechos humanos. En el caso de América Latina, basta señalar que por regla general se aplica el sistema universal

de Derechos Humanos que la Organización de las Naciones Unidas promueve y, además, el sistema regional, promovido por la Organización de Estados Americanos. Estos sistemas contienen derechos generalmente reconocidos en el mundo, recogidos en otros tratados similares y en constituciones.

El relanzamiento de los derechos humanos a nivel mundial, repensados a partir de las necesidades actuales, de crisis del COVID-19 constituye una oportunidad para valorarlos y agregar otros, como, por ejemplo, el derecho a recibir “el pan de cada día” o el mínimo vital o la protección de datos personales, entre otros.

La reflexión colectiva de los derechos humanos a escala puede realizarse por los medios de comunicación actuales.

### **3.3. Los medios de comunicación y tecnológicos como instrumento de participación constitucional**

Los medios de comunicación han sido ya utilizados para derrocar gobiernos. La primavera árabe, la manifestación de los indignados en España, entre otras manifestaciones universales han puesto a prueba la reacción de colectivos humanos que exitosamente se han movilizado. Varios medios de comunicación *online* informaron de catástrofes y otros conflictos sociales en Venezuela y Nicaragua. El presidente Trump y otros mandatarios están empleando el Twitter como medio de comunicación oficial y conducen su discurso, volviéndolo unívoco.

El empleo de los medios de comunicación tuvo efectos impredecibles en un primer momento en la primavera árabe, aunque hoy en día pueden serlo mediante el empleo del Big data, mediante la recopilación masiva y análisis constante de datos para predecir el comportamiento humano (Morozov, 2014, p.18). Morozov también critica el papel de los gigantes digitales y al mismo gobierno estadounidense por actuar hipócritamente al permitir el empleo de los medios de internet por gobiernos con credenciales cuestionables.

Millones de seres humanos tienen cuentas en Facebook, Twitter, Instagram y otras redes sociales. En El Salvador, Google ha sido calificado como el buscador por excelencia. Ahora bien, los seres humanos que desean participar de los beneficios de estas redes deben aportar como moneda de cambio sus datos personales. De ahí que el ejercicio de los derechos vitales de poblaciones enteras no depende de primera mano de un estado, sino, también, de la actuación de un gigante tecnológico.

Si una persona desea reportar el robo de su identidad en Facebook debe dirigirse a esta plataforma, y en caso de negativa lo hará el Estado, si es que se encuentra preparado. En España, por fortuna, la Agencia Española de Protección de Datos tiene una línea telefónica de emergencia para solventar asuntos de ciberacoso y otros incidentes similares, aunque si el hecho constituye un delito remiten a la persona a la Policía Nacional para que tome cartas en el asunto. Sin embargo, hay países que ni siquiera tienen legislación de protección de datos personales, este es el caso de El Salvador, el cual está en etapa de construcción.

Sin embargo, no hay que destacar resultados felices con la sola promulgación de una legislación que regule un derecho en un Estado, pues la protección efectiva de los derechos no depende de esto sino de la auténtica fuerza mental y convicción de reconocer los derechos en serio, con esto basta muchas veces para solventar los problemas, aunque carezcan leyes que regulen las prerrogativas a favor de las personas. Sobradamente se conoce que, en Argentina, la jurisprudencia de los jueces en materia de Derecho de familia, entre otras, iba a la vanguardia de la entonces vetusta legislación civil y comercial, hasta la aprobación de la reciente legislación sobre estas materias, que por cierto, constitucionalizó estos derechos. Se sabe que otros estados latinoamericanos promulgan leyes e instauran organismos estatales que no hacen más que engrosar la burocracia e incrementar el presupuesto del Estado, sin proporcionar resultados efectivos por falta

de esta convicción sobre el cumplimiento del deber.

Otro ejemplo reciente es el empleo de medios de comunicación para expresar la parodia como forma de diatriba a la política interna, como voz de grandes masas de la población y al parecer en un gran porcentaje de la diáspora de varios países, entre esos, El Salvador, para expresar su inconformidad con la política tradicional y que constituye otro de las realidades a las que Morozov ya se refería en su obra: “The Net Delusion”. Estos ejemplos, entre muchos otros, constituyen escenarios que validan la idea de que debemos hacer un frente común ante problemas que nos aquejan a todos en el mundo.

#### **4. PUESTA EN PRÁCTICA DEL CONSTITUCIONALISMO UNIFORME DESDE LOS PRINCIPIOS COMUNES (A MANERA DE ESBOZO)**

En este apartado esbozaremos la idea de promover un constitucionalismo basado en principios comunes a todas las naciones y Estados, de modo que dé lugar a reconocer un texto único y por tanto uniforme a todas las naciones, a manera de *soft law*, es decir, de un documento no vinculante jurídicamente y que constituya un antecedente para conformar un documento de *hard law*, mediante un tratado internacional. Un documento de *soft law* podría ser reconocido por la humanidad entera sin pasar por los parlamentos ni por las administraciones públicas de los Estados, bastaría su reconocimiento por redes sociales.

##### **4.1. Mínimo común vital (Alberto Masferrer)**

La renta básica universal es una necesidad humana que recientemente ha sido instalada en España, en plena pandemia, y que Alemania está planeando instaurar también en la presente coyuntura<sup>1</sup>. Al respecto, este

---

1. FERRAJOLI, Luigi; Minuto 1 hora con 4 minutos del video <https://www.youtube.com/watch?v=sPPQjcXLbyo>

apartado busca reivindicar a uno de los pensadores salvadoreños, al profesor Alberto Masferrer, quien escribió su obra titulada: “El *mínimum vital*” en el año 1929, calificada como doctrina de pensamiento reconocida por varios pensadores del siglo pasado.

Masferrer sostenía que todo estaba interconectado, o, más bien, que todos los actos humanos son interdependientes. Ya en aquel entonces Masferrer reconocía la aplicación de la teoría darwinista en las sociedades humanas, donde el más “apto” se come al menos, que muchas veces resulta ser el más egoísta y descorazonado (p.12), que al final de cuentas genera conflictos en la sociedad; y agrega que la humanidad entera se ha afiliado en dos sectores irreconciliables, la de los que padecen y odian así como añoran venganza y la de quienes gozan, atesoran y defienden la realidad con represión (p.13).

Masferrer revela que, en medio de las “horas de lobos”, hay hombres que sí sienten la vida y reivindican espiritualmente el esfuerzo propio en la obtención de riqueza para el rico y dice: “conténtate con que se te dé libertad para convertir en oro el árbol y la piedra, pero no la miseria, no el hombre, no la salud, no la sangre de tus hermanos” (p.14), e incita al trabajador a que edifique su propia fortuna por su propio esfuerzo, contentándose con aquello indispensable para vivir.

Masferrer, al igual que Humboldt, ve interdependencia en toda la naturaleza y el hombre es parte de ella. Ambos autores buscan el equilibrio de las cosas, pues un desequilibrio afecta la existencia de otros.

##### **4.2. El llamado a la intervención externa a solventar conflictos internos**

Se sabe que los ciudadanos desfavorecidos por las medidas de un gobierno en turno, ya sea que pertenezcan a la diáspora o vivan dentro del país, piden o añoran la intervención de un suprapoder externo que tenga injerencia en el gobierno de su país. En el caso de El Salvador, el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional

pidió a la Organización de Naciones Unidas que interviniera en el conflicto armado durante la década de los ochenta y principios de los noventa, esfuerzo internacional que constituyó un ejemplo vendido como solución de otros conflictos sociales internos por dicho organismo.

Los ciudadanos de un país manifiestan su descontento ante un gobierno y piden la intervención de otros para reivindicar sus derechos, por ejemplo, los venezolanos se manifiestan masivamente en las calles de Madrid y lo hacen libremente, porque muchos de ellos cuentan con doble nacionalidad (venezolana y europea).

### **4.3. Un nuevo constitucionalismo desde la ciudadanía cosmopolita**

Las personas quieren trabajar. El trabajo dignifica a las personas. La tierra es de todos y consecuentemente, el género humano debería de vagar libremente si quisiera. Ahora bien, ¿qué conductas deben frenarse para evitar la perturbación de la paz por la libre circulación del género humano? Las delictivas o las que no cumplan un mínimo ético que ponga en riesgo la convivencia.

El ciudadano debería ser del mundo, por lo que en este punto es crucial citar al profesor mexicano (Santiago, p.5 y 6), quien siguiendo a Kant explica que la novedad del proyecto kantiano, ya desde el año 1795, es considerar al hombre como parte de la comunidad mundial, sin limitarlo a fronteras, dotándolo de un carácter universal y acuñando la carta de ciudadanía cosmopolita, además de sostener “La Paz perpetua”, para lo cual deben instaurarse bases de instituciones en el ámbito internacional. Dicha ciudadanía se adecuaría a la Federación de Estados como parte de una estructura encaminada a obtener una paz cosmopolita (Santiago, p. 8).

De este fenómeno derivan hechos como que en El Salvador, al igual que en otros países, se está muy pendiente de las elecciones presidenciales en Estados Unidos de América, por cuanto su resultado tiene una incidencia en la política nacional y es susceptible de condicionar la suerte de al menos al menos un millón de los tres

millones de salvadoreños residentes en este país del norte.

Coincidimos con la doctrina latinoamericana de que es posible, hoy en día, configurar una ciudadanía mundial “o cosmopolita planteando un tipo de ciudadanía a medio camino entre lealtades distintas”, entre la que se deba al estado nacional de origen y a otra adquirida posteriormente (Santiago, p. 16). Ello le sucede a los más de tres millones de salvadoreños que conforman la diáspora en todo el mundo, datos que solamente recogen desde el año 1990 al 2019, a lo que habría que sumar las migraciones sucedidas en los años 70 y 80. La mayoría de emigrantes pertenecen al género masculino, en un 99.3 %, aunque hay excepciones por destino, entre los que se encuentran Costa Rica, México y España, con predominio del género femenino (CEPAL, p. 3).

### **4.4. Servicios sociales de confianza a disposición de la diáspora**

Los poderes públicos centroamericanos podrían ponerse de acuerdo para ofrecer servicios sociales a favor de los centroamericanos que vivan dentro de sus fronteras o fuera de ellas. Es posible perfilar, fácilmente, los lugares de destino de la migración centroamericana y con ello proveerles servicios de apoyo para solventar sus problemas tanto jurídicos, de salud, educativos, entre otros.

El triste e igualmente célebre caso de los niños y niñas del triángulo norte centroamericano, conformado por los países de Guatemala, El Salvador y Honduras, que viajan con destino a Estados Unidos de América, los nicaragüenses y hondureños, seguidos de salvadoreños que viven en Europa, Canadá, Australia y Suecia. Los ciudadanos centroamericanos tienen al menos una identidad regional que los vuelve más iguales y por tal motivo, ante la orfandad de asistencia de sus propios gobiernos acuden a los consulados de otros países centroamericanos, asistencias que se han visto hasta para realizar festividades con motivo de la independencia de los españoles.

El ideal de una patria centroamericana ha sido incluido literalmente en la Constitución salvadoreña en su art. 89. Sabido es que hermanos hondureños y nicaragüenses han disfrutado con regularidad de servicios de educación y salud, entre otros en suelo salvadoreño, sin que las distancias no despreciables entre su lugar de residencia y el de asistencia haya constituido motivo para rechazar la calidad del servicio salvadoreño, proporcionado sin reparo alguno, incluso gratuitamente. Es decir, los servicios de salud han sido prestados como si fuesen prestaciones universales a nacionales de otros estados centroamericanos. Entre 2013 y 2017, El Salvador prestó 91, 000 consultas a extranjeros, y el 97% de estos son hondureños y guatemaltecos (Plaza Pública, 2018).

La protección social constituye un elemento fundamental para una estrategia de desarrollo, así se reconoce en un estudio financiado por la Unión Europea, enfocado precisamente en cuatro países centroamericanos: El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. El sistema de protección social debe ser integrado y sostenible, ya que la seguridad social ha sido incapaz de proporcionar cobertura a la población total, pues básicamente da cobertura a empleados formales asalariados y urbanos, excluyendo al informal y rural que forman la mayor parte de estos países (Mesa-Lago y De Franco, 2010, p. 63 y 64).

La Comunidad internacional de donantes juega un papel importante en el quehacer de apoyo en la lucha contra la pobreza, lo que puede servir de base para sufragar los costos de la concreción de los derechos de una ciudadanía cosmopolita.

#### **a) Servicios de notariado**

Convendría iniciar este constitucionalismo desde un plano regional con miras a universalizarlo. Por ejemplo, en el caso de Centroamérica, precisamente en el marco del SICA, existen valores que indican el reconocimiento de intereses humanos comunes reconocidos a nivel político que, llevados a la práctica, pueden traducirse en beneficios más palpables para

los centroamericanos. Por ejemplo, tanto El Salvador como Costa Rica permiten el ejercicio del notariado en el extranjero. Lo anterior representa un beneficio para los salvadoreños que residen en el exterior, ya que pueden acceder a servicios jurídicos sin tener que traspasar las barreras culturales que supone vivir en el extranjero.

#### **b) Convenios multilaterales de seguridad social**

A pesar de las limitantes ya esbozadas en cuanto a la garantía de los costos de salud de los ciudadanos de los cuatro países centroamericanos, se han promovido convenios bilaterales y multilaterales de seguridad social entre países iberoamericanos.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y su Acuerdo de Aplicación constituyen un instrumento por el cual se busca coordinar las relaciones en materia de seguridad social en la región iberoamericana, para proporcionar cobertura social a los trabajadores de los Estados involucrados. El convenio está vigente en España desde el año 2011 y está abierto a toda la Comunidad Iberoamericana. A la fecha son once Estados los que lo aplican, entre estos, España, El Salvador, Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Paraguay, Perú, Portugal y Uruguay (Instituto de la Seguridad Social, Gobierno de España, 2017).

Otros Estados iberoamericanos pueden sumarse a este esfuerzo multilateral.

## **CONCLUSIONES**

Ahora más que nunca los habitantes de este mundo estamos interconectados. Las acciones u omisiones de algunos repercuten en otros, lo cual quedó evidenciado en los orígenes y manejo sectorizado de la pandemia del COVID-19. La tierra es un recurso que compartimos como especie, y la vida en la misma se está reorganizando, y dentro de esta cabe meditar seriamente en que debemos ser cada día más responsables y consecuentes como colectivo, lo cual supone que reconozcamos nuestra humanidad. El desarrollo individual debe ser compatible

con el colectivo. Los humanos en el mundo tenemos herramientas de comunicación que permiten entrelazar nuestras ideas y encontrar puntos en común con otros.

Estas ideas en común pueden incluir el relanzamiento de derechos humanos y su ejecución mediante mecanismos de cooperación entre personas, empresas y Estados. Las asociaciones entre Estados pueden incluir mecanismos de distribución de los beneficios que se generan con la riqueza obtenida mediante el trabajo concienzudo. Un aspecto clave en el reconocimiento de una nueva constitución es la educación integral en valores de derechos humanos.

Es preciso reconocer más derechos humanos, fundamentales para desempeñar una vida digna en el planeta, lo cual no debe quedar como un esfuerzo superfluo normativo, sino que goce del debido acompañamiento en su aplicación.

La pandemia nos ha enseñado y sigue enseñando cómo valorar más la vida, la

salud y otros derechos. Muchas generaciones en el mundo no conocían el significado del riesgo de perder la vida en un instante, lo que en algunos lugares del mundo se vive cotidianamente. El reconocimiento de los derechos humanos mínimos, a nivel global, debe constituir una reflexión constante en un mundo en cambio permanente.

Los Estados ubicados en la periferia del mundo experimentan los efectos de las acciones producidas en Estados ubicados en el “centro del mundo”, donde se toman las decisiones que inciden mundialmente. Los costos sociales que derivan de este mecanismo constituyen una de las razones por las cuales, desde la periferia, las necesidades se pueden convertir en reivindicaciones, y las migraciones constituyen una de estas manifestaciones.

En fin, hay muchos temas que valorar y discutir, las redes sociales y los medios informáticos pueden constituir instrumentos para exponer nuestras ideas, sin pretender tener la última palabra al respecto.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » CEPAL. (2013). Migrantes salvadoreños en el exterior: Tendencias, perfiles, mé-todos de estimación. Resumen ejecutivo. Recuperado el 01 de octubre de 2020 de: [file:///Users/elenaconde/Downloads/Informaci%C3%B3n\\_sobre\\_SAI\\_219-2019\\_\(1\)\\_Resumen\\_Ejecutivo.pdf](file:///Users/elenaconde/Downloads/Informaci%C3%B3n_sobre_SAI_219-2019_(1)_Resumen_Ejecutivo.pdf)
- » Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades. (s.f.) Recuperado el 03 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/5zlb7>
- » Constitución de la República de El Salvador. (1983).
- » Diario Oficial de la Unión Europea. (2010). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Recuperado 25 de octubre de 2020 de:  
<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>
- » EL FARO (El Salvador). (s.f.). Recuperado el 08 de octubre de 2020 de: (<https://elfaro.net/>)
- » EL SALVADOR (El Salvador) ( s.f.). Recuperado el 09 de octubre de 2020 de: en (<https://www.elsalvador.com/>)
- » El PAÍS. (2020) Luigi Ferrajoli, filósofo: Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata. Recuperado el 02 de noviembre de 2020 de: <https://n9.cl/uzph7>
- » Expansión. Datosmacro.com. (s.f.) Recuperado el 21 de octubre de 2020 de:



<https://datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/emigracion>

- » Fernández García, Antonio. (2000). La controversia sobre Pío XII y el holocausto. *Cuadernos de Historia Contemporánea*, (22), 359 - 374.
- » Ferrajoli, L. (s.f.) Conversatorio con Luigi Ferrajoli: la esfera pública post covid-19.
- » Recuperado el 25 de octubre de 2020 de: <https://www.youtube.com/watch?v=sPPQjicXLbyo>
- » Human Rights Watch. (s.f.). Recuperado el 18 de octubre de 2020 de: <https://www.hrw.org/>
- » Imprenta Nacional. (2020) Recopilación de Decretos Covid 19 El Salvador. (24 de agosto de 2020). Recuperado el 23 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/owyl>
- » Mayor Ferrándiz, T. Ma. (2011). El silencio de las iglesias católica y protestantes ante el holocausto. *Revista de Claseshistoria* (s.n.): 1 - 31. Recuperado el 26 de octubre de 2020 de: <http://www.claseshistoria.com/revista/index.html>
- » Masferrer, A. (1968). *El MINIMUN VITAL*. San Salvador: Ministerio de Educación. Recuperado el 26 de octubre de 2020 de: [http://biblioteca.utec.edu/siab/virtual/libros\\_PDF/Minimun\\_vital.pdf](http://biblioteca.utec.edu/siab/virtual/libros_PDF/Minimun_vital.pdf)
- » Mesa-Lago, C. y De Franco, M. (2010). Estudio sobre la protección social en Centroamérica. Volumen I. Informe General (El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua). IBF International Consulting; BAA (España), Unión Europea. Recuperado del 15 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/ro6f>
- » Ministerio de trabajo, migraciones y seguridad social. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Gobierno de España. (2017). Convenios Bilaterales y multilateral iberoamericano de seguridad social 2017. Recuperado el 06 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/9wc08>
- » Morozov, E. (s.f.) "The internet, Politics, and the Politics of Internet." En *Ch@nge 19 key essays on how Internet is changing our lives*. BBVA. Recuperado 12 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/fmn0m>
- » Morozov, E. (2011) *The Net Dilusion. How not to Liberate the World*. Recuperado 6 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/dc9n6>
- » Parthenay, K. (2020). El regionalismo centroamericano ante el nuevo orden mundial: entre pragmatismo y crisis. *Análisis Carolina*, (6), 1 - 12. ISSN: 2695-4362
- » [https://doi.org/10.33960/AC\\_6.2020](https://doi.org/10.33960/AC_6.2020).
- » Plaza Pública. (2018). Miles de guatemaltecos y hondureños acuden a El Salvador por servicios de salud. Recuperado el 06 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/7temf>
- » SICA (Sistema de Integración Centroamericana). (1991). *PROTOCOLO DE TEGUCIGALPA A LA CARTA DE LA ORGANIZACION DE ESTADOS CENTROAMERICANOS (ODECA). XI CUMBRE DE PRESIDENTES CENTROAMERICANOS*. Recuperado 8 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/tvodj>
- » SICA (Sistema de Integración Centroamericana). (2013). La compra conjunta de medicamentos, un avance en los sistemas de salud en Centroamérica. Recuperado 8 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/k3wl>
- » Santiago, J. R. (2009). Ciudadanía cosmopolita y globalización. Una revisión del

pensamiento kantiano. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (9): 5 – 20. Recuperado 15 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/hdhex>

- » Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2001). Sentencia de 23 de marzo de 2001, inconstitucionalidad 8-97
- » Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2015) Sentencia de 17 de noviembre de 2015, inconstitucionalidad 105-2014.
- » Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2009). Sentencia de 20 de enero de 2009, inconstitucionalidad 84-2006.
- » Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2001). Sentencia de Inc. 17-2001.
- » Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2020). Habeas corpus 148-2020, del 16 de mayo 2020,
- » Sala de lo Constitucional de El Salvador. (2020). Inconstitucionalidad 21/23/24/25-2020, del 7 de junio y 8 de agosto del 2020.



# Dos efectos de la COVID-19 en Colombia: profundización de la desigualdad y retorno al hiperpresidencialismo

*Two effects of COVID-19 in Colombia: deepening inequality  
and a return to hyperpresidentialism*

Autor: Pedro Javier Barrera Varela

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12158>

**Para citar este artículo:**

Barrera Varela, P. J. (2020). Dos efectos de la COVID-19 en Colombia: profundización de la desigualdad y retorno al hiperpresidencialismo. *Revista Derecho y Realidad*, 18, (36), 59-88.



## **DOS EFECTOS DE LA COVID-19 EN COLOMBIA: PROFUNDIZACIÓN DE LA DESIGUALDAD Y RETORNO AL HIPERPRESIDENCIALISMO\***

*Two effects of COVID-19 in Colombia: deepening inequality and a return to hyperpresidentialism*

*Dois efeitos do COVID-19 na Colômbia: aumento da desigualdade e um retorno ao hiperpresidencialismo*

**Pedro Javier Barrera Varela<sup>a</sup>**  
pjabogado26@gmail.com

Recepción: 12 de octubre 2020  
Aceptación: 02 de noviembre 2020

### **RESUMEN**

El presente artículo tiene como objeto analizar desde una postura crítica, con soporte teórico y fáctico, los cambios que ha sufrido el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la declaratoria del Estado de excepción. La investigación propone como tesis que el excesivo incremento normativo en cabeza del legislador excepcional arrojó dos nefastas consecuencias para la sociedad colombiana: profundización de la desigualdad y retorno al hiperpresidencialismo. Así, para sustentar la tesis anteriormente mencionada, se

desarrollaron tres argumentos. Primero, se plantea que en el contexto colombiano persisten dos constantes: desigualdad y exclusión. Para defender esta premisa fueron analizadas algunas sentencias proferidas por las altas cortes y datos estadísticos que la confirman. También, se presenta la radiografía del derecho a la salud, la cual pone en evidencia que el sector padece la enfermedad de la corrupción sistémica. Segundo, se analiza el diseño constitucional colombiano para concluir que, en el escenario actual, los distintos poderes han sido cooptados por el presidente de la

---

\* Artículo de reflexión. Agradezco la ayuda de mi amigo y estudiante de derecho, Luis Miguel Farfán Miranda, para la búsqueda y sistematización de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio de control automático de constitucionalidad. Asimismo, agradezco los aportes del colega y economista Jhon Cote que me permitieron aclarar dudas frente al Decreto Legislativo 444 "Creación del FOME".

a. Candidato a doctor en derecho por la Universidad Externado de Colombia. Magíster en derecho administrativo y especialista en derecho constitucional. Profesional Especializado grado 33 de la Sección Primera del Consejo de Estado de Colombia. Docente de posgrados en áreas del derecho público.

república. Tercero, se realiza una valoración crítica de los decretos legislativos expedidos en el marco del Estado de excepción, y se concluye que, por lo menos, 34 decretos eran innecesarios, inconvenientes o inconstitucionales. Lo más crítico del último argumento fue evidenciar el débil papel de la Corte Constitucional en su ejercicio de control automático de constitucionalidad.

### **PALABRAS CLAVES**

Desigualdad; exclusión; diseño constitucional colombiano; cooptación del poder; decretos legislativos; hiperproducción normativa y control automático de constitucionalidad.

### **ABSTRACT**

The purpose of this article is to analyze, from a critical position, with theoretical and factual support, the changes that the Colombian legal system has undergone since the declaration of the State of Emergency. The research proposes, as a thesis, that the excessive normative increase at the head of the exceptional legislator produced two dire consequences for Colombian society: a deepening of inequality and a return to hyper-presidentialism. Thus, to support the above-mentioned thesis, three arguments were developed. First, we propose that in the Colombian context two constants persist: inequality and exclusion. To defend this premise, we analyzed some sentences issued by the high courts and statistical data that confirms them. We also presented an X-ray of the right to health, which shows that this sector suffers from the disease of systemic corruption. Second, we analyzed the Colombian constitutional design and concluded that, in the current scenario, the different powers have been co-opted by the president of the republic. Third, we conducted a critical assessment of the legislative decrees issued under the state of emergency, and concluded that at least 34 decrees were unnecessary, inconvenient, or unconstitutional. The most critical aspect of the last argument was to highlight the weak role of the Constitutional Court in its exercise of automatic control of constitutionality.

### **KEYWORDS**

Inequality; exclusion; Colombian constitutional design; co-optation of power; legislative decrees; normative hyperproduction and automatic control of constitutionality.

### **RESUMO**

O objetivo deste artigo é analisar a partir de uma postura crítica, com suporte teórico e factual, as mudanças por que passou o ordenamento jurídico colombiano desde a declaração do Estado de Exceção. A investigação propõe como tese que o excessivo aumento regulatório à frente do excepcional legislador teve duas consequências terríveis para a sociedade colombiana: aprofundamento da desigualdade e retorno ao hiperpresidencialismo. Assim, para embasar a referida tese, três argumentos foram desenvolvidos. Em primeiro lugar, propomos que duas constantes persistem no contexto colombiano: desigualdade e exclusão. Para defender esta premissa, foram analisadas algumas sentenças proferidas pelos tribunais superiores e dados estatísticos que a confirmam. Também é apresentada a radiografia do direito à saúde, que mostra que o setor sofre com a doença da corrupção sistêmica. Em segundo lugar, analisa-se o desenho constitucional colombiano para concluir que, no cenário atual, os diferentes poderes foram cooptados pelo presidente da república. Terceiro, é feita uma avaliação crítica dos decretos legislativos emitidos no âmbito do estado de exceção, e conclui-se que pelo menos 34 decretos foram desnecessários, inconvenientes ou inconstitucionais. O mais crítico do último argumento foi mostrar a fragilidade do papel do Tribunal Constitucional no exercício do controle automático da constitucionalidade.

### **PALAVRAS-CHAVE:**

Desigualdade; exclusão; desenho constitucional colombiano; cooptação de poder; decretos legislativos; hiperprodução normativa; controle automático da constitucionalidade.

## SUMARIO

Introducción.

1. El contexto colombiano en tiempos de COVID-19.

2. Equilibrio de poderes en la Constitución Política de Colombia: La pandemia en tiempos de desbalance institucional.

3. Estado de excepción en Colombia: hiperproducción normativa del Ejecutivo vs débil control constitucional.

Conclusiones.

Referencias bibliográficas.

## INTRODUCCIÓN

*Parece que a Iván Duque no le basta ser presidente, que es un cargo poderoso, ni tampoco ser un duque, que es un prestigioso título de nobleza; parece que quisiera ser una especie de monarca absoluto, como Luis XIV, que pudiera decir “el Estado soy yo”, por cuanto está copando las funciones y los poderes del Estado. Con una diferencia no menor: que Luis XIV supo siempre rodearse de excelentes ministros: algo va de su legendario ministro de finanzas Colbert a... Carrasquilla.  
Rodrigo Uprimny*

1. En el Estado social de derecho colombiano no existe posibilidad de que el presidente de la república se reelija. En teoría, sería una manera efectiva de evitar excesos en un gobierno presidencialista que, mediante un sistema de reelección, podría generar una fractura en el diseño institucional y recaer en una forma hiperpresidencialista. Sin embargo, se cree que el exceso de concentración de poder en cabeza del gobierno del presidente Duque, y su habilitación constitucional para expedir decretos con fuerza material de ley para conjurar la pandemia, justifican la tesis del retorno al hiperpresidencialismo. La presente investigación responde a la pregunta: ¿cuáles fueron los excesos del Gobierno Nacional en su función de legislador excepcional durante los dos estados de excepción declarados en Colombia?

2. Esa excesiva concentración del poder por parte del presidente de la república genera otro efecto perverso: la profundización de la desigualdad. El artículo intenta demostrar que un gran número de decretos legislativos no eran necesarios para conjurar la situación de crisis causada por la COVID-19. Por el contrario, en varios de estos decretos se puede observar cómo las decisiones del Gobierno Nacional buscan privilegiar sectores específicos o grandes capitales sin que tengan un alcance real sobre la población más vulnerable. Por lo anterior, con apoyo en la teoría crítica, que permite valorar la realidad social colombiana, se analizara la grave crisis constitucional que vive el país. Existe pleno convencimiento de que el nuevo coronavirus, en Colombia, sirvió de excusa para degenerar en una forma de gobierno hiperpresidencialista.

3. Para lograr dicho propósito, es necesario exponer, en primer término, la crisis de desigualdad que caracteriza al Estado colombiano y su impacto en el sistema de salud. En segundo término, es imperativo abordar la conformación y diseño institucional del poder público en Colombia. En tercer término, se analizarán los poderes legislativos del Gobierno Nacional en el marco del estado de excepción, y se sustentará la tesis según la cual se incurrieron en excesos por parte del legislador excepcional. Por último, se realizará una conclusión sobre el débil papel de la Corte Constitucional en su ejercicio de juez controlador de los poderes excepcionales del Ejecutivo.

## 1. EL CONTEXTO COLOMBIANO EN TIEMPOS DE COVID-19

### a. Dos constantes: desigualdad y exclusión

4. Amartya Sen recuerda que la lucha contra la injusticia no es un tema que cobre gran relevancia. Sin embargo, recalca que existen injusticias tan extremas que no pueden pasarse por alto, y que frente a ellas se debe tomar algún tipo de acción (Sen, 2011). De igual manera, la pandemia de la COVID-19 genera en algunos países un tipo de inequidades e injusticias que serían tolerables. Pero en otras naciones

que estaban acostumbradas a una extrema desigualdad e injusticia, la COVID-19 se convierte en un detonador que amplía la ya existente brecha social. Al hacer referencia a Colombia, se advierte que se trata de uno de los países cuya desigualdad es profunda. La desigualdad en el país se observa en los distintos ámbitos: ingreso, educación, salud, vivienda, movilidad, alimentación y servicios públicos domiciliarios.

5. El escenario desigual queda representado a partir de 4 casos recientes en los que los altos tribunales colombianos han tenido que amparar los derechos de: i) vivienda digna a una comunidad residente en un barrio del sur de Bogotá, ii) educación de unos niños que estudiaban en una escuela rural y no tenían accesibilidad al centro educativo, iii) acceso al servicio de la internet de una escuela del sector rural como garantía del derecho a la educación y iv) asistencia humanitaria a una comunidad indígena en el Estado de emergencia.

6. En el primer caso, la Corte Constitucional, mediante sentencia del 14 de enero de 2019, amparó el derecho a la vivienda digna de 14 familias. Se trata de habitantes del sector “Villa Cali II” de la localidad de Bosa, ubicada al sur de Bogotá, quienes habían construido unas viviendas sin contar con la respectiva licencia urbanística. Por lo anterior, la Alcaldía Local de Bosa, previa actuación administrativa, ordenó la demolición de las viviendas y solicitó a las empresas prestadoras que se les suspendieran los servicios públicos domiciliarios. El tribunal constitucional ordenó a esta alcaldía local la suspensión de estas órdenes. Además, solicitó a esta dependencia que se realizara un estudio técnico para verificar la estabilidad y habitabilidad de las 14 viviendas. Y, que, en caso, de ser necesaria la reubicación debería ofrecer un albergue temporal a las familias que estuviesen expuestas a un *riesgo no tolerable*. (Corte Constitucional, 2019).

7. Según el informe de déficit habitacional del Departamento Nacional de Estadística (en adelante DANE), presentado en abril de 2020, con base en el Censo Nacional

de Población y Vivienda 2018, de un total de 14'060.645 hogares colombianos<sup>1</sup> distribuidos en 11'118.577 en cabeceras municipales y 2'942.068 en centros poblados y rurales dispersos, existe un déficit habitacional promedio del 36,6%. El promedio total se obtiene de sumar el déficit cuantitativo<sup>2</sup> del 9.8% y el cualitativo<sup>3</sup> de un 26.8%. En las cabeceras municipales el déficit cuantitativo es del 6.1% y el cualitativo 18.7%, mientras que en los centros poblados y rurales dispersos el déficit cuantitativo es del 23,7% y el cualitativo del 57,2% (DANE, Déficit habitacional, 2020) Así, se llama la atención a los tres aspectos principales del fallo en cuestión y del contexto de déficit habitacional en nuestro país.

8. Primero, lo reciente de la sentencia, de enero de 2019. Su cercanía temporal implica que no se trata de hechos pasados, sino del presente de muchas familias colombianas que se encuentran en condiciones de insatisfacción de su derecho fundamental a la vivienda. Segundo, que no se trata de una población vulnerable, sino de colombianos que de alguna manera podrían tener acceso a vivienda propia. Tercero, resulta relevante que la situación de vulneración no se presente en uno de los municipios periféricos del país, sino en su ciudad capital. En consecuencia, queda demostrado el alto déficit de desprotección de un derecho fundamental que adquiere mayor peso en tiempos de pandemia, el derecho a la vivienda digna. En época de aislamiento obligatorio, el sitio de residencia se convierte, para millones de colombianos, no solo en el lugar de habitación, sino también de trabajo, educación y recreación. No cabe duda, la pandemia trata a las personas de manera desigual, dependiendo qué tan satisfecho se encuentre el derecho fundamental a la vivienda.

---

1. La cifra no incluye grupos étnicos.

2. Dentro del déficit cuantitativo se encuentran las siguientes condiciones: tipo de vivienda, materiales de las paredes exteriores, cohabitación y hacinamiento no mitigable.

3. Dentro del déficit cualitativo se encuentran las siguientes condiciones: hacinamiento mitigable, material de los pisos, cocina y servicios públicos.



9. En el segundo caso, la Corte Constitucional amparó el derecho a la educación de los estudiantes de la escuela de la vereda San José de Campo de Lajas del municipio de Sardinata, Norte de Santander. Los niños y niñas que estudian en dicho centro educativo han tenido dificultades para acudir a su escuela, debido a que el puente “La hamaca” que habilita el cruce del río Nuevo Presidente se quebró. Los infantes que estudian allí arriesgan su vida a diario para poder gozar del derecho a la educación. En el río hay presencia de caimanes, lo que pone en alto riesgo la vida de estos infantes. La tutela fue declarada improcedente en primera instancia, pero, finalmente, la Corte tuteló el derecho fundamental a la educación “dado que los niños, niñas y adolescentes de la vereda de San José de Campo Lajas enfrentan barreras de acceso desproporcionadas para llegar a la Institución Educativa San Luis Beltrán” (Corte Constitucional T-209, 2019).

10. Sin embargo, no se comparte la orden que se desprendió del amparo al derecho fundamental. El alto tribunal, en lugar de emitir una orden directa a las autoridades accionadas, municipio de Sardinata y departamento de Norte de Santander, propuso un proceso de *interacción significativa* entre las autoridades accionadas y la comunidad. El objeto de la decisión fue buscar un consenso bajo el cual se diera solución a la vulneración de derechos. En la parte resolutive no se determinaron plazos ciertos para realizar ese diálogo o interacción significativa, e incluso se dejó la labor del seguimiento al juez de instancia que había declarado improcedente la acción de tutela. Por el contrario, el autor considera que la Corte debió haber pronunciado una orden directa con unos plazos ciertos<sup>4</sup> que permitieran solucionar el déficit de protección que tenía esta comunidad frente al derecho a la educación. La metodología de *interacción significativa* en las órdenes de una sentencia judicial puede ser de

gran utilidad en casos de gran impacto. Por ejemplo, en los amparos estructurales. En estos procesos, el juez se encuentra en graves aprietos para construir órdenes precisas y directas en su fallo. Por esta razón, se reitera que, en el presente caso, donde la orden saltaba a la vista “reconstrucción del puente”- incluso la obra se cuantificó por el departamento accionado en 30 millones COP-, no resultaba necesario acudir a esta metodología y prolongar la situación de vulneración del derecho<sup>5</sup>.

11. En el tercer caso, el tribunal constitucional amparó el derecho a la educación y ordenó a la Gobernación de Antioquia que adoptara las medidas necesarias para mitigar el impacto de la falta de prestación del servicio de internet en una escuela rural ubicada en el municipio de Jericó, Antioquia (Corte Constitucional, T-030, 2020). El fallo refleja la realidad y desigualdad del sistema educativo en Colombia. En tiempos de pandemia las clases presenciales han sido reemplazadas por las sesiones virtuales. Este cambio implica tener acceso a unos mínimos: plan de internet, equipo de cómputo, y un lugar en casa que se pueda destinar para las jornadas de estudio. En esta medida, en Colombia, la conectividad, condición necesaria para la educación virtual, sólo sigue siendo privilegio de unos pocos. Ligarreto, apoyándose en el DANE, informa que en las zonas urbanas la conectividad alcanza un 89% mientras que en zonas rurales solo llega a un 26% (2020). El DANE, en el informe sobre la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, con base en el censo de 2018, estableció que la cobertura de internet en viviendas con jefatura de estas comunidades es de tan solo el 26,9%, mientras el total nacional es del 43.3%. (DANE, 2019a). En el informe sobre población indígena de Colombia se determinó que la cobertura de Internet en viviendas con hogares de jefatura indígena es de tan solo el 6.4%. (DANE, Población indígena en Colombia, 2019).

---

4. En la sentencia se determinó un plazo de 3 meses para que las autoridades informaran de los avances de las obras y compromisos a los que se hubiesen llegado. Como se advierte, dicho plazo no debe interpretarse como un término perentorio para dar solución a la problemática.

---

5. La magistrada Diana Fajardo aclaró su voto en el sentido de no apoyar la metodología implementada en las órdenes del fallo de tutela.

12. En el cuarto caso, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 2 de julio de 2020, amparó los derechos fundamentales a la vida, alimentación e integridad física y cultural de los seis resguardos que integran la etnia indígena Yukpa. Este pueblo indígena tiene la particularidad de gozar de protección especial constitucional por su *condición de nómada, seminómada y agricultor itinerante*. La Corte Constitucional, en el auto 004 de 2009, proferido en el marco del seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, “advirtió su riesgo de exterminio físico y cultural”. Con ocasión de la crisis sanitaria generada por la COVID-19, su situación de vulneración se vio agravada, pues se requieren ayudas para 1.790 familias que componen su comunidad. Además, por su condición de nómadas requieren desplazamiento constante, lo cual se ha visto limitado por los decretos de aislamiento preventivo obligatorio dictados por el Gobierno. Por esta razón, han tenido que estar confinados en pequeños resguardos en los que escasea el alimento y los insumos sanitarios esenciales. En primera instancia, el Tribunal Administrativo del Cesar negó el amparo solicitado. Por su parte, el Consejo de Estado revocó parcialmente la decisión y ordenó que en un término máximo de 5 días se hicieran las gestiones para el transporte y entrega de las ayudas humanitarias en los territorios donde se encuentran las familias indígenas de esta comunidad. Esta ayuda humanitaria deberá entregarse a los seis resguardos que componen el pueblo indígena Yukpa y deberá mantenerse mientras dure la emergencia sanitaria en el país. (Consejo de Estado, 2020)

13. Los grupos étnicos en Colombia se caracterizan por tener una mayor condición de vulnerabilidad que el resto de la población. Según el estudio del DANE ya mencionado, mientras el 76.6% de la totalidad de hogares colombianos tienen cobertura de alcantarillado en sus viviendas, la cobertura para la población indígena es del 23,0%. El servicio de gas natural solo tiene cobertura del 15,3% en las viviendas indígenas frente al 66.8% del total nacional. En relación con la cobertura de recolección de basuras en viviendas con hogares de jefatura indígena solo se alcanza a un 25.5%, en tanto que en el

total nacional es del 81.6% (DANE, Población indígena en Colombia, 2019). De acuerdo con estas cifras, resulta fehaciente la advertencia que hace Murillo frente al grave riesgo de extinción que padecen los grupos étnicos, pues son más de 40 pueblos indígenas los que cuentan con menos de 500 integrantes, y de estos 100 tienen población menor a 100 personas. La población indígena ronda la cifra de 2 millones, y se advierte que en su mayoría “no cuentan con acceso a agua potable en sus casas” (Murillo, 2020). Por lo tanto, si una de las medidas efectivas para combatir la COVID-19 es el constante lavado de manos, esta medida no es accesible para las comunidades indígenas que no cuentan con sistemas de alcantarillado en sus hogares.

14. A esto debe sumarse, tal y como lo plantea la facultad de economía de la Universidad de los Andes, que las unidades de cuidados intensivos, UCI, “se encuentran más alejadas para las comunidades indígenas y negras que para el resto del país”. En promedio las UCI se ubican a 198,53 km para la población indígena y a 81.49 km para las comunidades negras. Además, se presenta un difícil acceso desde los territorios étnicos a los centros hospitalarios por la falta de carreteras y de medios que faciliten el transporte fluvial. El estudio pone de relieve el hecho de que cinco departamentos amazónicos, a julio del 2020, no tuviesen ni una sola UCI, estos son: Amazonas, Vaupés, Vichada, Guainía y Guaviare, a pesar de las altas tasas de contagio presentadas allí. En suma, la facultad de economía señala la necesidad de implementar políticas diferenciales bajo las cuales se puedan mitigar los graves efectos de la pandemia en los grupos étnicos (Bermúdez, 2020).

15. Los cuatro casos judiciales demuestran que la COVID-19, por una parte, afecta con mayor agresividad a los sectores más vulnerables de la sociedad, y, por la otra, aumenta la brecha de exclusión y desigualdad. Recientemente, la facultad de economía de la Universidad de los Andes publicó un estudio sobre los graves efectos de la pandemia en los segmentos socioeconómicos más vulnerables. El informe

se centró en el caso de Bogotá y se soportó en los datos sobre contagios, hospitalizaciones y muertes por estrato social. Se concluyó, por ejemplo, que alguien del estrato 1 tiene 10 veces más probabilidades de ser hospitalizado o morir por el virus, si se le compara con una persona del estrato 6. A 27 de julio, las hospitalizaciones por COVID-19 en los estratos arrojaban los siguientes resultados: 1: 93.03, 2: 56.39, 3: 27.82, 4:11.57, 5:9.16, y 6:7.98. La investigación descarta las hipótesis de que los estratos más bajos tengan mayores problemas de salud o reciban menor atención médica que los estratos más altos. Por el contrario, la hipótesis que defienden que en los estratos más bajos existe mayor exposición al contagio, bien sea porque no pueden quedarse en casa pasando el aislamiento, o bien por su baja percepción sobre el riesgo de la enfermedad. (Andes, 2020). En suma, la COVID-19 en Colombia está dejando en evidencia la gran deuda que tiene el Estado en materia de mínimos de satisfacción de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales con sectores específicos de la población.

#### **b. Radiografía del derecho fundamental a la salud: corrupción sistémica**

16. Gañán recoge la crisis sistémica del derecho a la salud en su tesis doctoral: “Los muertos de la Ley 100<sup>6</sup>” (Gañán, 2010). En Colombia, el derecho a la salud fue incluido por la constituyente dentro de los denominados derechos sociales, económicos y culturales. Tal inclusión, propició intensos debates en relación con la exigibilidad, vía tutela, de este derecho. El tribunal constitucional diseñó diferentes criterios, bajo los cuales se podría hacer efectivo el amparo del derecho a la salud. Uno de estos criterios es el de conexidad, que consiste en demostrar un nexo causal entre un derecho fundamental, vida, dignidad humana, integridad física, y el derecho a la salud. No obstante, el referido criterio terminó siendo reemplazado, pues, a juicio de la Corte, el derecho a la salud debe catalogarse como un derecho fundamental autónomo (Corte

Constitucional, 2008). La sentencia fue producto de un amparo estructural ordenado por el alto tribunal, ante la necesidad de intervenir la política pública de salud, debido a las reiteradas y graves afectaciones a este derecho. Finalmente, el reconocimiento como “derecho fundamental autónomo e irrenunciable” fue plasmado en la Ley 1751 de 2015.

17. Se considera que el cambio de nombre del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico no es suficiente. El sistema de salud colombiano continúa padeciendo una grave crisis. Dos razones sirven de apoyo para sustentar esta tesis. En primer lugar, de un total de 812.908 acciones presentadas en todo el territorio nacional, dentro del período comprendido de enero de 2019 a marzo de 2020, 240.821 fueron por el derecho de salud. Sólo el derecho de petición superó el número de acciones impetradas. Los casos más reiterativos siguen siendo los mismos cuando aún no entraba en vigencia la ley estatutaria que le reconoció el carácter de derecho fundamental. Barrera, citando a la relatoría de la Corte Constitucional, informó que las tutelas más recurrentes en el sector salud se presentan por: i) práctica oportuna de procedimiento médico, ii) entrega oportuna de medicamentos o insumos, iii) tratamiento integral, iv) asignación de citas médicas; v) transporte y viáticos para recibir atención en salud y vi) valoración y diagnóstico médico (Barrera, 2020).

18. En segundo lugar, el derecho a la salud no ha sido ajeno al flagelo de la corrupción. En los últimos años se han descubierto los grandes cárteles de la salud: el cartel de la hemofilia, el cartel del VIH y la crisis de la salud en San Andrés, por ejemplo. Frente al primero, la Contraloría General de la República dictó fallos fiscales contra algunas autoridades de los departamentos de Córdoba, Bolívar y Caquetá que ascienden a la suma de 85.000<sup>7</sup> millones de pesos colombianos. Con ocasión del mencionado cartel se convirtió al departamento de Córdoba como el territorio con el mayor

---

6. La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia.

---

7. La cifra indicada equivale a 22 millones de dólares aproximadamente.

número de pacientes hemofílicos por tasa de habitantes en el mundo. En el desfalco a los recursos del sistema de salud participaron senadores de la región, mandatarios locales, gobernadores y secretarios departamentales, y empresas particulares prestadoras de los servicios de salud (CGR, 2018). Frente al segundo, también en el departamento de Córdoba, el procurador general de la nación denunció un cartel cuyo objeto era apropiarse de los dineros destinados para la atención de pacientes con VIH-SIDA. Se cobró por lo menos un monto de 500 millones de pesos colombianos por pacientes inexistentes (Defensoría, 2019). Frente al tercero, la Defensoría Regional de San Andrés estaba al tanto de las constantes quejas por falta de profesionales en salud, insumos básicos, infraestructura y no pago de salarios ni de seguridad social al personal de salud. Deficiencias en la contratación del operador de los servicios de salud han motivado que la Superintendencia Nacional de Salud adelante investigaciones en contra de los prestadores del servicio. De igual modo, se trasladaron hallazgos a la contraloría y procuraduría por presuntas fallas fiscales (Ibid.). Por último, debe advertirse que algunas de las más grandes empresas que prestan los servicios de salud, Coomeva, Medimás, entre otras, han sido intervenidas por la Superintendencia Nacional de Salud ante el gran número de denuncias, quejas y acciones de tutela presentadas en su contra.

19. Se debe llamar la atención sobre otro aspecto de la crisis. Las condiciones laborales del personal de salud. Los profesionales de la salud tienen que acudir a acciones constitucionales, en plena pandemia, para reivindicar sus derechos laborales. Una trabajadora que desempeñaba el cargo de auxiliar administrativo en el Hospital San Vicente de Arauca acudió a la acción de tutela para que se le cancelara su salario de los meses de octubre a diciembre de 2019 y marzo de 2020. Aunque el Consejo de Estado declaró la carencia actual de objeto porque en sede de impugnación del fallo de primera instancia le fueron cancelados los salarios a la tutelante, hubo solicitudes de proferir una decisión *inter comunis* para que se ampararan los derechos de todos

los trabajadores a quienes el Hospital accionado les adeudaba salarios. La falta de pago es un hecho de conocimiento público, advirtió el fallo. Sin embargo, el alto tribunal no extendió los efectos porque no había certeza probatoria que permitiera individualizar a los trabajadores que se encontraran en la misma situación. En la decisión se resolvió mantener el amparo a los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y trabajo de la accionante. También, por un lado, instó al Hospital para que en caso de adeudar salarios u honorarios a sus servidores y contratistas realizara todas las gestiones necesarias para el pago. Y, por el otro, instó al Ministerio de Salud y Protección Social para que se realicen todos los trámites que permitan el pago efectivo de las entidades promotoras de salud al Hospital San Vicente de Arauca (Consejo de Estado, 2020).

20. Esta acción de tutela no se trata de un caso aislado, sino de una constante del talento humano que trabaja en el sector salud. La Superintendencia Nacional de Salud, durante los días 26 y 27 de mayo de 2020, realizó 28 visitas a diferentes Instituciones Prestadoras de Salud, IPS, para verificar tres aspectos: i) pago de salarios y honorarios, ii) entrega de elementos de protección personal y iii) disponibilidad de equipos biomédicos. La Superintendencia encontró que en 15 instituciones visitadas se incumple con por lo menos alguno de los tres criterios materia de revisión. Producto de esta labor de verificación y control se remitieron 68 denuncias al Ministerio del Trabajo por no pago de salarios (Supersalud, 2020). Existen continuas quejas del personal de salud, pues ante condiciones laborales precarias su situación de vulnerabilidad se incrementa ante la crisis pandémica.

21. Del anterior contexto, se puede asegurar que, en Colombia, antes de la llegada de la COVID-19, el sistema de salud ya se encontraba en cuidados intensivos. El alto número de acciones de tutela, 240.000 en el último año, los carteles que se han conformado para desangrar los dineros de la salud, las constantes quejas del personal de salud por falta de insumos

necesarios y retrasos en el pago de salarios y/o honorarios, la deficiente prestación de servicios por parte de las principales empresas promotoras de salud y el bajo número de UCI disponibles ponen en un grave riesgo a la población colombiana ante la pandemia. Es decir, por la fragilidad del sector salud, Colombia encabezará la lista de los países con consecuencias más gravosas para su población. En particular, número de contagios y número de muertes por 1.000 habitantes.

### c. La COVID-19 en Colombia

22. Como se dijo, Colombia adolece de un sistema de salud eficiente y que se encuentra en cuidados intensivos. Ante esta débil capacidad de respuesta del sector salud, el Gobierno adoptó como estrategia de mitigación de los efectos de la pandemia, un prolongado aislamiento preventivo obligatorio. Esta es una medida de intensidad fuerte que se justifica ante la fragilidad institucional en la garantía del derecho a la salud. Según informó la facultad de Economía de los Andes, para finales de mayo, nuestro país contaba con 6.364 camas UCI (Bermúdez, 2020). Las fuertes medidas de aislamiento fueron exitosas para demorar la llegada del pico de la pandemia. Sin embargo, se cuestionan decisiones contradictorias como las jornadas sin IVA en momentos en que el número de contagios comenzaba a expandirse entre los colombianos. Prácticamente, se ordenaron cuarentenas de manera ininterrumpida desde el 22 de marzo y hasta el 31 de agosto. Estas medidas también causaron efectos devastadores en la economía. Según el DANE, en julio de 2020 la tasa de desempleo alcanzó la cifra del 24,7%. Si se compara con el mes de julio de 2019 el desempleo alcanzaba un 10,3%. (DANE, Principales indicadores del mercado laboral, 2020)

23. Colombia registra, a 2 de septiembre, 624 mil personas contagiadas, de las cuales 470 mil se han recuperado y 20.052 han fallecido (MinSalud, 2020). Estas cifras lo ubican en el séptimo país con mayor número de contagios a nivel global y en el décimo con mayor número de muertes. Además, se puede proyectar que nuestro país siga escalando

posiciones en este escalafón, pues Sudáfrica está a una diferencia de 7.000 contagios y Perú a una diferencia de 26.000. Incluso, de mantenerse en alto número de contagios diarios, nuestro país podría llegar a superar a Rusia, aun así a la fecha existe una diferencia de 343 mil contagios. El referido escenario, aunque parezca demasiado pesimista, no está alejado de la realidad. A partir del 1 de septiembre las medidas de cuarentena se flexibilizaron, pues de un escenario de aislamiento obligatorio se pasó a uno de aislamiento selectivo. Con la reapertura de las vías terrestres, fluviales y aéreas, y con la reactivación de los diferentes sectores de la economía, el virus seguirá en incremento.

24. Dentro de las justificaciones que se tuvieron para flexibilizar las medidas, están las de haber alcanzado el pico de la pandemia y el descenso en el número de contagios frente al número de pacientes recuperados. Sin embargo, de acuerdo con los registros del Ministerio de Salud, sorprende que el número de pruebas practicadas esté disminuyendo. Se toma como referencia la fecha en que se registró un mayor número de pruebas practicadas en lo corrido de la pandemia. El viernes 24 de julio se tomaron 40.110 pruebas. El viernes 31 de agosto 32.839 y el viernes 14 de agosto 29.682<sup>8</sup>. El 2 de septiembre se registraron 28.452 pruebas procesadas. Entonces, si a la fecha se presenta una pequeña reducción en el número de contagios por día, debe advertirse que también ha caído el número de pruebas realizadas. A 2 de septiembre el total de pruebas realizadas en Colombia asciende a 2.676.154 (Salud, 2020). Sin embargo, se resalta que, en la región, Colombia<sup>9</sup> es el tercer país con mayor número de pruebas realizadas por 1.000.000 de habitantes. Sólo es superado por Chile y Panamá.

---

8. La comparación se realizó dejando el mismo día en la semana, viernes, pues los fines de semana la tendencia es una disminución considerable del número de pruebas practicadas.

9. Chile tiene un total de 128.437, Panamá: 78571 y Colombia: 52.563. El número de pruebas se calcula en la proporción de 1.000.000 de habitantes. Tomado de: <https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/coronavirus-pcr.aspx>. Visto: 2/09/2020. Hora: 08:51 pm.

25. En conclusión, el panorama en Colombia no es muy esperanzador. Por una parte, a pesar de que su población apenas supera los 50 millones de habitantes, presenta un alto número de contagios y, por la otra, el número de muertes diarias desde hace algunas semanas comienza a rondar las 300 por día. En la fecha, 2 de septiembre, se reportaron 296 fallecidos<sup>10</sup>. En el contexto regional sólo es superado ampliamente por Brasil, en parte debido a la gran diferencia poblacional, y por un estrecho margen por Perú.

## **2. EQUILIBRIO DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. LA PANDEMIA EN TIEMPOS DE DESBALANCE INSTITUCIONAL**

26. El artículo 1 de la Constitución Política de 1991 define a Colombia como un “Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales”. La forma de gobierno que adoptó la Constitución fue, y ha sido por tradición, la forma presidencialista. Sin embargo, no se trata de un presidencialismo puro, aunque sí se conservan sus principales características. El presidente de la república se elige por voto popular directo de los ciudadanos, al igual que el vicepresidente de la república. Bajo este modelo, el presidente ejerce como jefe de gobierno, jefe de Estado y suprema autoridad de la administración (Constitución Política de Colombia, artículo 189). Esto significa que, en nuestra forma de gobierno, el legislativo no cuenta con mecanismos para otorgarle o retirarle su confianza al presidente.

27. El presidente de la República de Colombia es elegido por un período de 4 años<sup>11</sup>, y no existe posibilidad de reelección.

Sin embargo, durante el mandato de Álvaro Uribe Vélez se reformó el texto constitucional para permitirle ser candidato por segunda vez. En esa ocasión la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1040 de 2005, declaró ajustada a la Constitución el Acto Legislativo 02 de 2004. Una vez Uribe ejercía su segundo mandato como presidente, se intentó una reforma constitucional vía referendo, para habilitar su tercera candidatura presidencial. No obstante, la Corte Constitucional, en sentencia C-141 de 2010, declaró que esta reforma sustituía el texto constitucional. En particular, se sustituía el principio de separación de poderes. Es decir que para 2010 se mantuvo la posibilidad de reelección por una única vez.

28. Con posterioridad se expidió el Acto Legislativo 02 de 2015, reforma de equilibrio de poderes, en el cual se puso fin a la posibilidad de reelección. El referido acto reformó el artículo 197 constitucional para prohibir la reelección, pero, además, le dio un carácter pétreo a esta cláusula. Se aclara que el constituyente colombiano no incorporó un listado expreso de cláusulas insustituibles en la carta política. Sin embargo, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha determinado aquellos elementos esenciales que no pueden ser objeto de sustitución constitucional<sup>12</sup>. El carácter pétreo de esta disposición contenida en el artículo 197 deriva del hecho de que únicamente podrá ser reformada la prohibición de reelección “mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente”. Se hace especial énfasis en que es el único enunciado normativo de la Constitución Política que tiene el reconocimiento expreso de un procedimiento más agravado de reforma. En otras palabras, todas las disposiciones constitucionales pueden ser reformadas a través de tres mecanismos: referendo de

---

balotaje propia de un sistema semi presidencialista como el francés.

10. Tomado de: <https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/coronavirus-pcr.aspx>. Visto: 2/09/2020. Hora: 08:51 pm.

11. El artículo 190 de la Constitución Política establece que el presidente será elegido por una mayoría absoluta, pues se exige la mitad más 1 de los votos. En caso de que ninguno de los candidatos obtenga esta mayoría en primera vuelta, se realizará una segunda vuelta o

12. Ver, entre otras las sentencias: C-551 de 2003, C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C-141 de 2010, C-249 y C-1056 de 2012. En dichas providencias la Corte Constitucional determinó que principios como: separación de poderes, igualdad en el acceso a los cargos públicos y moralidad administrativa, entre otras, son elementos axiales del Estado social de derecho que no pueden ser materia de reforma constitucional.

iniciativa popular; asamblea constituyente y acto legislativo, salvo este enunciado del artículo 197 que no puede ser objeto de reforma por el Congreso a través de acto legislativo.

29. La rama del poder legislativo en Colombia está conformada por un Congreso bicameral: Senado y Cámara de Representantes. El Congreso es elegido por voto popular directo de los ciudadanos para un período constitucional de 4 años. El Senado tiene una circunscripción nacional y está integrado por un total de 108 senadores. 100 son elegidos por la circunscripción nacional y 2 por la circunscripción nacional especial indígena, (Constitución Política, artículo 171, 1991) además, con carácter transitorio<sup>13</sup> hay 5 curules para los ex combatientes de las Farc. La última curul puede otorgarse, en caso de que la acepte, para el candidato que obtuvo la segunda votación más alta en la elección presidencial (Ley 1909, 2018). La Cámara de Representantes se elige por circunscripción territorial y está integrada por 171 miembros. 161 elegidos por las circunscripciones territoriales, 4 de circunscripciones especiales: 2 por las comunidades afrodescendientes, 1 por las comunidades indígenas y 1 por la circunscripción internacional (Constitución Política, artículo 176, 1991); 5 curules<sup>14</sup>, con carácter transitorio, para los excombatientes de las Farc, y 1 curul para el segundo candidato más votado al cargo de vicepresidente, en caso de que sea aceptada (Ley 1909, 2018). Las dos cámaras, en relación con el procedimiento legislativo, cumplen funciones idénticas. Esto significa, que los proyectos de ley pueden iniciar su trámite de manera indistinta ante el Senado o la Cámara de Representantes.

30. La rama judicial en el sistema colombiano está integrada por distintas jurisdicciones. Las altas cortes conforman organismos de cierre en su jurisdicción sin que exista una jerarquía entre estas

corporaciones judiciales. Es decir que en Colombia no existe un solo órgano judicial que esté en la cima de la rama judicial. Así, el constituyente diseñó un modelo de 4 cortes. La jurisdicción ordinaria que tiene como cabeza a la Corte Suprema de Justicia está integrada por 23 magistrados. La jurisdicción contenciosa administrativa tiene como máximo tribunal al Consejo de Estado, integrado por 27 consejeros que cumplen función judicial y 4 consejeros que componen la Sala de Consulta y Servicio Civil. A los magistrados, tanto de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, se les elige por un sistema de cooptación (Constitución Política, artículo 231). Esto significa que ninguna otra rama del poder u organismo autónomo interviene en la elección de estos funcionarios judiciales, pues a partir de un listado que envía el Consejo Superior de la Judicatura cada Corporación elige de manera interna la plaza de magistrado que se encuentre vacante. A pesar de las fuertes críticas que pueda tener ese sistema decimonónico de elección, pues no garantiza el derecho político de igual acceso a los cargos públicos en una justa carrera meritocrática, es una manera de cuidar la independencia y autonomía judicial respecto a las demás ramas y órganos del poder público.

31. La jurisdicción constitucional tiene como cabeza a la Corte Constitucional que está integrada por 9 magistrados. Esta corporación fue creada por la Constitución Política de 1991 y debido a su función principal de control de constitucionalidad tiene un sistema de elección diferente. Las nueve plazas se eligen por el Senado, previo a la conformación de ternas. El presidente de la república postula los candidatos para 3 ternas, el Consejo de Estado otras 3 ternas, y las restantes son propuestas por la Corte Suprema de Justicia (Constitución Política, artículo 239). Como se ve, en la elección de estos 9 magistrados intervienen las 3 ramas del poder público. Sin embargo, el mecanismo indicado ha sido muy criticado por la politización que se puede dar de estos importantes cargos, fenómeno que no solo se predica de la elección del Senado sino también ante la ausencia de criterios

---

13. Durante 2 períodos constitucionales: 2018 y 2022.

14. Al igual que en el Senado estos escaños tienen un carácter transitorio.

objetivos, en la confección de las ternas por el presidente de la república y las otras altas cortes.

32. El Acto Legislativo 02 de 2015, equilibrio de poderes, deslindó el organismo de cierre de la jurisdicción disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Es decir, previo a esta reforma, el Consejo Superior estaba integrado por la Sala Administrativa y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Ahora, esta última sala fue reemplazada por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Aunque no ha entrado en funcionamiento, esta Comisión estará integrada por 7 magistrados. Estos funcionarios judiciales serán elegidos por el Congreso en pleno de 4 ternas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura y 3 por el presidente de la república (Constitución Política, artículo 257A). Según indica el texto constitucional, las ternas se deberán confeccionar previa convocatoria pública reglada. No obstante, estas convocatorias no están regidas por criterios objetivos, y, por lo general, el mecanismo que precede a la selección es una entrevista a los aspirantes. Esta sería una oportunidad para que se definan criterios objetivos en la confección de estas ternas, de tal manera que se garantice, por una parte, la imparcialidad de los ternados, y por la otra, las mejores cualidades de los aspirantes al cargo. El Consejo Superior de la Judicatura tiene como principal función el gobierno y administración de la rama judicial. Está integrado por 6 magistrados que se eligen: 2 por la Corte Suprema de Justicia, 1 por la Corte Constitucional y 3 por el Consejo de Estado (Constitución Política, artículo 254). Todos los magistrados de altas cortes en Colombia se eligen por un período constitucional de 8 años.

33. La Fiscalía General de la Nación también integra la rama judicial. La entidad es dirigida por el fiscal general de la nación, quien se elige para un período constitucional de 4 años por el pleno de la Corte Suprema de Justicia de terna conformada por el presidente de la república (Ibid., artículo 249). Su planta de personal es de 24.000 funcionarios, aproximadamente, de los cuales 17.000 cargos, en promedio, son ocupados en

provisionalidad<sup>15</sup>. La ausencia de concurso de méritos desde hace una década y media pone en grave riesgo la independencia e imparcialidad del organismo investigador.

34. Como se observa, aunque el constituyente de 1991 quiso dotar de independencia y autonomía a la rama judicial, es un hecho que el presidente de la república ejerce una injerencia directa en el nombramiento del fiscal general de la nación, en 3 de los 9 magistrados de la Corte Constitucional y en 3 de los 7 magistrados de la Comisión de Disciplina Judicial. Ahora, el Senado es quien elige a la totalidad de miembros de la Corte Constitucional y el Congreso en pleno todos los magistrados de la Comisión de Disciplina Judicial. Y, aunque la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se eligen por el sistema de cooptación, dicho mecanismo no tiene como fundamento criterios objetivos para la elección. Esta ausencia de parámetros objetivos y reglamentados también ocurre en la elección que hacen las altas cortes de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura. En conclusión, el diseño constitucional colombiano no brinda elementos que garanticen la imparcialidad e independencia de los altos cargos de la rama judicial.

35. En otra orilla, sin que implique la configuración de una cuarta rama del poder público, se encuentran los organismos de control. La Contraloría de la República y el Ministerio Público conforman estos órganos independientes que tienen a su cargo la vigilancia y control de los diferentes organismos y entidades que conforman el Estado colombiano. A su vez, el Ministerio Público está integrado por la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo. El contralor general de la república tiene a cargo la vigilancia fiscal sobre los recursos públicos del orden nacional

---

15. La información fue presentada por la accionante y corroborada por la Fiscalía General de la Nación en la acción de cumplimiento que se formuló con el objeto de que se convoquen a concurso los cargos que se encuentran ocupados en provisionalidad en la entidad. Sentencia de primera instancia proferida el 4 de marzo (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2020).



y se elige por un período de 4 años, sin posibilidad de reelección, por el Congreso en pleno, por mayoría absoluta. Su período coincide con el del presidente de la república. Y, para su elección se debe integrar una lista de elegibles producto de convocatoria que realiza el mismo Congreso<sup>16</sup> (Ibid., artículo 267). El procurador general de la nación ejerce la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos, vigila el cumplimiento del ordenamiento jurídico, protege los derechos humanos, con el auxilio del defensor del pueblo, y defiende los intereses de la sociedad (Ibid., artículo 277). El alto funcionario es elegido por el Senado para un período de 4 años de terna enviada por el presidente de la república, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado (Ibid., artículo 276). El Defensor del Pueblo, quien tiene a su cargo la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos (Ibid., artículo 282), es elegido por la Cámara de Representantes de terna elaborada por el presidente de la república (Ibid. Artículo 281).

36. Los organismos de control tampoco están a salvo de la injerencia de las cabezas de las ramas del poder público. El presidente de la república propone la terna para elegir defensor del pueblo, y uno de los ternados para el cargo de procurador general de la nación. El Congreso en pleno tiene a su cargo la elección del contralor general de la república, su cámara alta elige al procurador y su cámara baja al defensor. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado envían un ternado para que se elija al procurador general. Esto implica que las cabezas de los órganos de control accedan al cargo por criterios políticos más que por criterios técnicos. Se insiste en el carácter técnico de estas entidades, en consecuencia, su elección no debería estar supeditada a las decisiones discrecionales o políticas del presidente de la república, Congreso o altas corporaciones. El sistema mencionado debilita el principio democrático, pues las cabezas de dichas entidades son elegidas por un órgano derivado y no por el constituyente

---

16. La Ley 1904 de 2018 reguló el procedimiento de selección del Contralor General de la República.

primario. De acuerdo con lo anterior se encuentra que el Estado colombiano ha relegado a un segundo plano a la Comisión Nacional del Servicio Civil, órgano creado por la Constitución del 91, en relación con la elección de los altos funcionarios. Quizás un mejor mecanismo para garantizar la independencia y autonomía de los magistrados de las altas cortes y de las cabezas de los órganos de control sea el concurso de méritos. Por tal razón, la CNSC debería tener un rol principal, pues fue la entidad que la Constitución creó para liderar los procesos de selección objetiva en nuestro país.

37. En tiempos de pandemia, el Estado colombiano está pagando un alto precio por esas ligerezas constitucionales en relación con la elección de los altos funcionarios. El presidente, Iván Duque, comenzó su período presidencial el 7 de agosto de 2018. El contralor general de la república inició su período el 1 de septiembre del mismo año, y aunque hubo una convocatoria pública para su elección, fue decisivo el respaldo político de las bancadas de gobierno<sup>17</sup>. Incluso, es un funcionario que siempre ha estado ocupando altos cargos, a los que se accede por razones políticas, mas no técnicas<sup>18</sup>. El fiscal general de la nación comenzó a ejercer su cargo a partir del 13 de febrero de 2020 (Fiscalía General de la Nación, 2020). Francisco Barbosa es del círculo cercano del presidente Duque, y fue alto consejero presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales de su gobierno. El defensor del pueblo, Carlos Camargo, inició su período el 01 de septiembre de 2020 (Espectador, 2020). El alto funcionario, al igual que el contralor, venía de ocupar el cargo de director de la Federación de Departamentos y para

---

17. “[...] Córdoba, luego de ser elegido este lunes en votación del Congreso, ingresó al recinto antecedido por el expresidente y líder del Partido Liberal, César Gaviria, quien le abrió paso para que lograra avanzar entre el cúmulo de senadores que se ubicaron a lo largo del pasillo central para recibirlo y felicitarlo. El nuevo Contralor, una vez llegó al atrio, agradeció a Gaviria, Pastrana, Vargas Lleras y a Uribe por el apoyo que le brindaron en el proceso para su elección [...]” (El Tiempo, 2018).

18. Córdoba viene de ocupar el cargo de director ejecutivo de la Federación Nacional de Departamentos (FND) (Portafolio, 2018).

materializar su aspiración logró consolidar apoyos de diferentes fuerzas políticas en la Cámara<sup>19</sup>. Por último, el pasado 27 de agosto, el Senado eligió como procuradora general de la nación a Margarita Cabello (El Tiempo, 2020). La procuradora electa ocupó el cargo de ministra de justicia hasta el 18 de agosto de 2020 (El Espectador, 2020). En síntesis, Colombia se encuentra sumida en una crisis de institucionalidad, pues el presidente Duque ha logrado influenciar de manera directa en la elección de las cabezas de los organismos de control y de la Fiscalía General de la Nación.

38. Bajo este contexto, nuestro país atraviesa no solo la crisis de la emergencia sanitaria causada por la COVID-19, sino también se ve enfrentado a una crisis institucional sin precedentes que genera un desbalance en el equilibrio de poderes. Dicha conclusión también es compartida por Transparencia Internacional - Capítulo Colombia. Según el mentado organismo existe “profunda preocupación por la creciente concentración del poder en el Presidente de la República”. Premisa sustentada en la cercanía del gobierno con las mayorías del Congreso, las facultades como legislador transitorio en el Estado de excepción, el debilitamiento de las autoridades locales frente al gobierno central, acciones cuestionables frente a la afectación de libertades de expresión, participación ciudadana y acceso a la información y la pérdida de autonomía de los órganos de control. Hace especial énfasis en la elección de “personas cercanas al gobierno para dirigir la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo” (Transparencia por Colombia, 2020).

39. En razón de lo anterior, es posible considerar que el Estado de excepción que vive Colombia, que justamente coincidió

---

19. “[...] La elección de Camargo ya estaba más que cantada. Esta semana los representantes del Partido Liberal, Conservador, Cambio Radical y Centro Democrático y sus alianzas de gobierno con Colombia Justa Libres y Mira, habían manifestado su respaldo a Camargo. El día de ayer, La U concertó que sus 25 representantes también lo apoyarían. Con esto ya estaba más que segura su elección [...]” (Semana, 2020).

con un año en el que se han elegido 3 altos funcionarios (fiscal general de la nación, procurador general de la nación y defensor del pueblo) altera el equilibrio de poderes al punto de transitar de un presidencialismo hacia un hiperpresidencialismo, por lo menos, de carácter transitorio. No obstante, preocupa la cooptación que ha hecho el Ejecutivo de los jefes de los organismos de control y de la Fiscalía General de la Nación, pues esto podría ser un indicador de una prolongación del hiperpresidencialismo. Es decir que esa visa expansiva de poderes del Ejecutivo no solo estaría sujeta a la duración del Estado de emergencia, sino que con personas cercanas al presidente en los altos cargos podría presentarse durante todo el mandato. De tal modo, el autor sostiene que un gobierno hiperpresidencialista no solo se produce por una reforma constitucional que amplíe el período presidencial, pues como se dijo Colombia estaría a salvo de esta modalidad (párrafo 28), sino también por la exacerbada concentración de poder dentro de un solo mandato presidencial.

### **3. ESTADO DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA: HIPERPRODUCCIÓN NORMATIVA DEL EJECUTIVO VERSUS DÉBIL CONTROL CONSTITUCIONAL**

#### **a. Los estados de excepción en el ordenamiento constitucional**

40. El constituyente colombiano de 1991 determinó el contenido básico de los tres estados de excepción que pueden ser declarados. En consecuencia, estableció la posibilidad para que el presidente de la república, con la firma de todos los ministros, pueda declarar los estados de excepción de: guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social y ecológica. Estos escenarios de excepcionalidad tienen algunas diferencias sustanciales entre sí. El Estado de guerra exterior se justifica para “defender la soberanía y atender los requerimientos de la guerra”. En dicho evento, el Gobierno puede cumplir función legislativa transitoria que implica la suspensión de aquellas leyes que sean incompatibles con el Estado de guerra

(Constitución Política, artículo 212). El Estado de conmoción interior se justifica en “la grave perturbación del orden público que tenga la fuerza de atentar de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana”. De igual forma, se señaló la posibilidad de que el Gobierno tenga facultades para expedir decretos legislativos, los cuales podrán suspender aquellas leyes que sean incompatibles con la conmoción interior. Además, para este caso, el constituyente impuso un límite temporal de 90 días, prorrogable hasta por dos períodos iguales (Constitución Política, artículo 213).

41. El tercer estado de excepción podrá ser declarado cuando se vea amenazado en “forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico”. En este escenario, el límite temporal se fijó en un período de 30 días, con la posibilidad de ser prorrogado por dos períodos más. En vigencia del estado de excepción, el presidente, con la firma de todos los ministros, podrá dictar decretos con fuerza material de ley, cuyo propósito sea conjurar la situación de crisis. La actividad legislativa de excepción deberá guardar “relación directa y específica con el Estado de emergencia”. Dentro de estas competencias, incluso, se podrán crear o modificar tributos con carácter transitorio. El Congreso realizará un examen de la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas y de las causas que motivaron el estado de emergencia. El constituyente señaló de manera expresa la prohibición de desmejora de los derechos sociales de los trabajadores por las medidas legislativas adoptadas por el Gobierno (Constitución Política, artículo 215).

42. Con sujeción al marco constitucional, una vez se declara el estado de excepción, mediante decreto firmado por el presidente y todos los ministros del Gobierno Nacional, se desprende la función de control jurisdiccional de la actividad legislativa y reglamentaria de carácter excepcional. Por una parte, a la Corte Constitucional le corresponde adelantar el control automático de constitucionalidad sobre los decretos legislativos dictados en el marco del estado

de excepción (Constitución Política, artículo 241-7). La competencia referida incluye la revisión del decreto que declara el Estado de excepción<sup>20</sup>. Y, por la otra, la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene la competencia para realizar el control inmediato de legalidad sobre la actividad reglamentaria expedida con fundamento en los decretos legislativos dictados en el marco del Estado de excepción (Ley 137 de 1994). Al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado conocerá de aquellos actos que emanen de “autoridades nacionales” y los tribunales administrativos de los actos expedidos por “autoridades territoriales” (Ley 1474 de 2011).

43. Los estados de excepción son, por naturaleza, una fuente que desequilibra el principio de frenos y contrapesos, pues permite una ampliación de las competencias del Ejecutivo. Bajo tal premisa, el control jurisdiccional emerge como un mecanismo eficaz para controlar ese superávit normativo dictado en desarrollo del Estado de excepción. En la práctica, es como si se colocara un gran paréntesis al ordenamiento jurídico infra constitucional que sea contrario a los efectos jurídicos derivados de la normativa propia del estado de excepción. Por esta razón, tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado y los tribunales administrativos desempeñan un papel protagónico para evitar el desquicio del sistema de fuentes del derecho.

## **b. Hiperproducción normativa del Ejecutivo colombiano vs débil control constitucional**

44. El Gobierno nacional declaró el Estado de emergencia social, económica y ecológica mediante el Decreto 417 del 17 de marzo 2017. Esta declaratoria estuvo vigente por el término de 30 días. Además, dictó una

---

20. En la Corte Constitucional ha sido pacífica la línea jurisprudencial, según la cual contra el decreto que declare el Estado de excepción procede el control automático de constitucionalidad. La sentencia C-004 de 1992 declaró constitucional el Decreto 333 de 1992 “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”. En vigencia de la Constitución Política de 1991, este caso se registra como el primer control de constitucionalidad a un decreto declaratorio del Estado de excepción.

prórroga del Estado de excepción mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, de igual forma, por el término de 30 días. Dentro de estos dos estados de excepción, el poder Ejecutivo Nacional expidió 115 decretos legislativos. Como se indicó *supra*, estos decretos tienen la fuerza para suspender la legislación ordinaria. Asimismo, el Ministerio de Salud y Protección Social ha declarado la emergencia sanitaria en tres ocasiones. La primera, con Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 con una vigencia al 30 de mayo. La segunda, con Resolución 844 del 26 de mayo con una vigencia al 31 de agosto. Y, la tercera, con Resolución 1426 del 26 de agosto con vigencia hasta el 30 de noviembre. Por último, y en uso de sus facultades constitucionales ordinarias, el presidente de la república ha dictado diversos decretos por los cuales se ha ordenado el aislamiento preventivo de carácter obligatorio. El primero de estos decretos fue el 457 del 22 de marzo de 2020.

45. Vale la pena tener en cuenta la reflexión que hace el profesor Uprimny frente al excesivo número de decretos legislativos. Según él, los 115 decretos expedidos en tan solo dos meses equivalen, aproximadamente,

a una tercera parte de la totalidad, 386, de decretos legislativos expedidos en 20 años (Uprimny, 2020). Los decretos legislativos expedidos por el Gobierno han versado sobre diversas materias. Por lo tanto, es posible considerar que un gran número de estos decretos no eran necesarios o no guardaban relación directa con la situación de crisis causada por el virus COVID-19. Para sustentar esta premisa, a continuación, se presentarán aquellos decretos los cuales reflejan ese carácter hiperpresidencialista por abuso de las facultades legislativas durante el Estado de excepción.

46. En la siguiente tabla figuran 34 decretos legislativos que, bajo esta lógica, representan un abuso de las facultades del legislador excepcional. Se aclara que las razones sustentadas son independientes de la decisión adoptada por la Corte Constitucional, pues en la mayoría de los casos los decretos se declararon ajustados a la Constitución. Sin embargo, en varios de los decretos analizados se comparten algunos argumentos expuestos en los salvamentos de voto que, se reitera, no representan la decisión mayoritaria del alto tribunal.

**Tabla 1. Análisis decretos legislativos**

N°.	D.L. <sup>a</sup>	OBJETO – DECISIÓN CORTE CONSTITUCIONAL	RAZONES DE ABUSO NORMATIVO POR PARTE DEL LEGISLADOR EXCEPCIONAL
1	439 del 20/03	Suspensión desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano, de pasajeros procedentes del exterior por vía aérea.  EXEQUIBLE C-157	A pesar de que es una medida que responde a la finalidad del actual estado de excepción, dichas facultades ya se contemplaban en el ordenamiento jurídico ordinario. La Ley 12 de 1947 “Convención sobre Aviación Civil internacional de 1944” (artículos 13 y 14) y la Ley 9 de 1979 (artículo 489) le otorgan al Ministerio de Salud las competencias como autoridad para realizar la vigilancia y controles epidemiológicos. En los salvamentos parciales de voto de la sentencia, los magistrados Fajardo, Pardo y Rojas hacen mención a la falta de necesidad jurídica, es decir, que con la normativa ordinaria se podría haber reglamentado la materia. (Corte Constitucional, C-157, 2020).

a. Decreto Legislativo.

N°.	D.L. <sup>a</sup>	OBJETO – DECISIÓN CORTE CONSTITUCIONAL	RAZONES DE ABUSO NORMATIVO POR PARTE DEL LEGISLADOR EXCEPCIONAL
2	444 del 20/03	Creación del fondo de mitigación de emergencias FOME.  <b>EXEQUIBLE C-194</b>	El FOME se financia con recursos de dos fondos: FONPET (Fondo de Pensiones Territoriales) y FAE (Fondo de Ahorro y Estabilización). No es clara la relación de conexidad con el Estado de excepción, pues pareciera que no resuelve una problemática del sector salud, sino que busca asegurar liquidez en la economía nacional a través de colocación de dinero y préstamos a bancos comerciales. Esto genera tres graves problemas. El primero, en relación con la vulneración de la autonomía del banco central, en virtud del artículo 371 superior, porque la función de “prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito” está en cabeza del Banco de la República. Por lo tanto, se estaría suplantando la función del banco emisor. El segundo: esta medida no responde de manera inmediata a conjurar la crisis económica. No inyecta recursos ni al sector salud ni a la población que resultó más afectada. Así, resulta ser una medida con propósitos a mediano y largo plazo, incluso en favor de sectores económicos que no eran vitales para la atención de la crisis, como el financiero. Quizás la renta básica hubiese sido una medida más eficiente para conjurar la crisis. El tercero, no se exploraron otras vías, como la utilización de reservas internacionales, que para agosto de 2020 ascienden a 57.184 millones de dólares (Banrep, 2020), lo cual hubiese evitado el aumento de deuda pública. Además, en la sentencia se presentaron salvamentos de voto que apoyaban la tesis de declaratoria de inexecutable del decreto. La magistrada Cristina Pardo hizo especial énfasis en la contradicción con el inciso 5 del artículo 48 constitucional, toda vez que no se podían utilizar los recursos de la seguridad social para fines diferentes a ella. De igual modo, se desconoce la autonomía territorial de las entidades. El magistrado Rojas consideró que el decreto desconoce derechos como el de seguridad social, prohibición de regresividad de los derechos sociales y las reglas específicas sobre modificaciones presupuestales en los estados de excepción, como también el principio de autonomía territorial (Corte Constitucional C-194, 2020).
3	461 del 22/03	Autorización temporal a gobernadores y alcaldes para reorientación de rentas y reducción de tarifas de impuestos territoriales.  <b>EXEQUIBLE C-169</b>	Se da una fuerte injerencia en el principio de autonomía territorial, en especial, en las facultades de las asambleas departamentales y concejos municipales, pues son los organismos que tienen asignada esta competencia en virtud de las disposiciones constitucionales. En la sentencia que resolvió el control automático de constitucionalidad, los magistrados Diana Fajardo, Cristina Pardo y Alberto Rojas salvaron su voto. Este último, lo hizo de manera parcial (Corte Constitucional, C-169, 2020).
4	476 del 25/03	Prevención, diagnóstico y tratamiento del COVID-19.  <b>INEXEQUIBLE PARCIAL artículos 1 y 2. C-155</b>	En relación con el otorgamiento de facultades al Ministerio de Salud y Proyección Social y al Invima, la Corte Constitucional determinó que dichas competencias ya se encontraban previstas en el ordenamiento ordinario (Corte Constitucional, C-155, 2020). Por lo tanto, no era necesario incorporar las referidas medidas reglamentarias en un decreto legislativo. Los magistrados Carlos Bernal y José Fernando Reyes salvaron su voto frente a la declaratoria de inexecutable parcial de la sentencia.
5	482 del 26/03	Medidas servicio público transporte e infraestructura.  <b>EXEQUIBLE C-185</b>	La presente investigación comparte los argumentos expresados en los salvamentos de voto de los magistrados Diana Fajardo y Alberto Rojas, quienes consideraron que las medidas no superan el juicio de necesidad, por cuanto podían derivar del ordenamiento jurídico ordinario. En consecuencia, el legislador excepcional excedió sus límites al dictar una normativa que no era necesaria (Corte Constitucional, C-185, 2020).

N°.	D.L. <sup>a</sup>	OBJETO – DECISIÓN CORTE CONSTITUCIONAL	RAZONES DE ABUSO NORMATIVO POR PARTE DEL LEGISLADOR EXCEPCIONAL
6	492 del 28/03	Se establecen medidas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías.  EXEQUIBLE C-200	No era necesario expedir un decreto con fuerza material de ley, pues el presidente podía hacer estos traslados a través de sus facultades ordinarias, previstas en el artículo 189 de la Constitución Política. El magistrado Alberto Rojas solicitó la declaratoria de inexecutable de la totalidad del decreto en su salvamento de voto a la sentencia (Corte Constitucional, C-200, 2020).
7	507 del 01/04	Se adoptan medidas para favorecer el acceso de los hogares más vulnerables a productos básicos.  EXEQUIBLE C-178	Aunque es una medida que guarda conexidad con la crisis por la paralización de varios sectores de la economía, en especial, aquellos hogares colombianos que viven del diario, no era necesario expedir una legislación de carácter extraordinario. Tal y como lo plasmaron los magistrados Diana Fajardo, Cristina Pardo y Alberto Rojas en sus salvamentos de voto el decreto no supera el juicio de necesidad jurídica, por tanto, en el ordenamiento ordinario el presidente ya contaba con estas facultades (Corte Constitucional, C-178, 2020).
8	512 del 02/04	Se autoriza a los gobernadores y alcaldes para realizar movimientos presupuestales.  EXEQUIBLE C-186	Aplican los mismos argumentos del Decreto 461 (casilla 3 de la tabla 1). Se vulnera el principio de autonomía territorial, en especial, las facultades de las asambleas departamentales y concejos municipales. De nuevo, los magistrados Diana Fajardo, Cristina Pardo y Alberto Rojas hicieron esta salvedad frente a la decisión mayoritaria (Corte Constitucional, C-186, 2020).
9	513 del 02/04	Proyectos de inversiones públicas susceptibles de ser financiadas con recursos del Sistema General de Regalías.  EXEQUIBLE C-254	Del decreto mencionado se declararon inexecutable una expresión del inciso único del artículo 5 y el parágrafo 2 de este mismo artículo, toda vez que hacían relación al pago del servicio de alumbrado público con recursos del Sistema General de Regalías. El autor considera razonable la declaratoria de inexecutable que se sustentó en la falta de conexidad con los motivos que llevaron a declarar la crisis, y el de contradicción directa con las disposiciones constitucionales que señalan el principio de autonomía territorial. El magistrado Carlos Bernal salvó el voto respecto de la declaratoria de inexecutable (Corte Constitucional, C-254, 2020).
10, 11, 12, 13	519 del 05/04 522 del 06/04 571 del 15/04 572 del 15/04	Se adiciona el Presupuesto General de la Nación Vigencia fiscal y efectúa liquidación.  EXEQUIBLE PARCIAL C-170, C- 212, C-215 y C-206.	La Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos 3°, 4° y 5°, liquidación del presupuesto, por no superar el juicio de necesidad jurídica. La referida declaratoria aplica para todos los decretos legislativos que se expedieron sobre el presupuesto general. Al igual que la posición mayoritaria de la Corte, el autor considera que dicha liquidación se podía hacer como desarrollo de las facultades ordinarias del presidente, sin necesidad de expedir una legislación de carácter extraordinario. Los magistrados Carlos Bernal, Luis Guillermo Guerrero, y Antonio Lizarazo salvaron su voto, porque consideraron que el decreto era executable en su totalidad. (Corte Constitucional, C-170, C-212 y C-215, 2020).
14 y 15	537 del 12/04 y 440 del 20/03	Se adoptan medidas en materia de contratación estatal.  EXEQUIBLES C- 162 y C-181	Aunque estos decretos fueron declarados executable en su totalidad (Corte Constitucional, C-162 y C-181, 2020), a juicio del investigador la medida contemplada en el artículo 7 “contratación de urgencia” no superaba el juicio de necesidad jurídica. El ordenamiento ordinario, Ley 80 de 1993 artículo 42, contempla los presupuestos bajo los cuales se puede adelantar la contratación por urgencia manifiesta. Dentro de dichos presupuestos, uno de ellos corresponde a una declaratoria del Estado de excepción. En suma, para realizar la contratación bajo esta modalidad, solo bastaba con la expedición del decreto que declarara el Estado de excepción, es decir, no era necesaria una norma adicional incluida en un decreto legislativo.

N°.	D.L. <sup>a</sup>	OBJETO – DECISIÓN CORTE CONSTITUCIONAL	RAZONES DE ABUSO NORMATIVO POR PARTE DEL LEGISLADOR EXCEPCIONAL
16	552 del 15/04	Fondo de Riesgos Laborales prestará a la Nación hasta el 80% de su saldo acumulado, en la medida en que vayan siendo requeridos por el FOME. <b>EXEQUIBLE C-240</b>	Se reiteran los argumentos expuestos frente al decreto 444, (casilla 2), pues contradice el artículo 48 constitucional. Los magistrados Cristina Pardo y Alberto Rojas expresaron las mismas razones para salvar su voto en relación con la sentencia que declaró la exequibilidad de la creación del FOME, decreto 444 (Corte Constitucional, C-240, 2020).
17	554 del 15/04	Nuevos porcentajes mínimos de programación nacional.  <b>EXEQUIBLE PARCIAL C-247</b>	La Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 1 del referido decreto, porque i) aunque la pandemia impedía el desarrollo de nuevos productos de televisión, no impedía la transmisión de programas nacionales, ii) el 20% como cuota de pantalla nacional no se justificó, iii) reducir la cuota de pantalla nacional afectaba los derechos a la identidad y cultura nacional. Los magistrados Carlos Bernal y Antonio Lizarazo salvaron su voto respecto de la declaratoria parcial de inconstitucionalidad (Corte Constitucional, C-247, 2020).
18	558 del 15/04	Medidas en el ámbito del Sistema General de Pensiones, para brindar mayor liquidez a los empleadores y trabajadores y proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado, que reciben un SMLV.  <b>INEXEQUIBLE C-258</b>	La Corte Constitucional declaró inexecutable el decreto por las siguientes razones: i) desmejora los derechos sociales de los trabajadores con expectativa de pensiones superiores a un salario mínimo, ii) dispone de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas, y iii) no asegura la sostenibilidad financiera del sistema en relación con el reconocimiento de las semanas correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año, para efectos de la pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Los magistrados Luis Guillermo Guerrero y Alejandro Linares salvaron su voto y el magistrado Carlos Bernal presentó salvamento parcial de voto, pues, a su juicio, era executable la primera parte del decreto (Corte Constitucional, C-258, 2020).
19	559 del 15/04	Subcuenta temporal para la contención y mitigación de la emergencia para financiar la provisión de bienes, servicios y obras requeridas para contener, mitigar y evitar la extensión de los efectos adversos derivados de la pandemia. <b>EXEQUIBLE C-210</b>	La referida normativa creó una burocracia innecesaria. Por una parte, ya existía un marco normativo, Ley 1523 de 2012, que regula la gestión del riesgo en Colombia. Y, por la otra, y tal como lo expresó el magistrado Alberto Rojas en su salvamento de voto, esto genera una duplicidad de funciones frente a una misma tarea (Corte Constitucional, C-210, 2020). En este orden de ideas, el decreto no satisface el juicio de necesidad jurídica, toda vez que la normativa de gestión del riesgo permite actuar en situaciones que requieren respuestas urgentes e inminentes. A pesar de la declaratoria de exequibilidad que profirió nuestro Tribunal Constitucional, los magistrados Alberto Rojas y Cristina Pardo salvaron su voto. Esta última solo de manera parcial, en relación con el parágrafo 1 del artículo 3 del Decreto 559 de 2020.
20	567 del 15/04	Facultades a las procuradurías judiciales de familia como autoridades jurisdiccionales para adopción de menores.  <b>INEXEQUIBLE C-193</b>	En opinión del investigador el decreto contradice el artículo 116 de la Constitución, pues constitucionalmente no se otorga la posibilidad para que un órgano de control, como la Procuraduría General de la Nación, asuma ciertas competencias jurisdiccionales. La Corte Constitucional declaró la inexecutable de la totalidad del decreto, por no superar los juicios de: i) motivación suficiente, ii) ausencia de arbitrariedad, iii) incompatibilidad, iv) necesidad, v) proporcionalidad y vi) arbitrariedad. Los magistrados Carlos Bernal y Alejandro Linares salvaron su voto. (Corte Constitucional, C-193, 2020).

b. Con contadas excepciones, *inter alia*, el Procurador General de la Nación y de la Universidad Externado de Colombia quienes solicitaron la declaratoria de exequibilidad del decreto. Resulta interesante como este decreto suscitó el interés ciudadano con el alto número de intervenciones, esto sin duda contribuye a la deliberación en el marco de un proceso de constitucionalidad.

N°.	D.L. <sup>a</sup>	OBJETO – DECISIÓN CORTE CONSTITUCIONAL	RAZONES DE ABUSO NORMATIVO POR PARTE DEL LEGISLADOR EXCEPCIONAL
21	568 del 15/04	<p>Por el cual se crea el impuesto solidario en razón a la emergencia del COVID-19.</p> <p><b>INEXEQUIBLE parcial C-293</b></p>	<p>El mentado decreto creó un impuesto solidario por un término de 3 meses para conjurar la crisis económica causada por la pandemia, que tenía como sujeto pasivo al universo de funcionarios públicos, contratistas del Estado y pensionados cuyo ingreso mensual fuese superior a 10 millones de pesos. Excluyó algunos funcionarios como los trabajadores de la salud y las fuerzas militares y Policía Nacional. La medida indicada fue muy cuestionada por diferentes sectores sociales, lo que se refleja en el alto número de intervenciones ciudadanas durante el trámite del control automático de constitucionalidad. Cerca de 200 intervenciones se presentaron y el común denominador fue el de la declaratoria de inexequibilidad<sup>b</sup>. La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del impuesto, y sólo dejó a salvo lo relacionado con el aporte voluntario. A su juicio, existen unos límites constitucionales al poder impositivo extraordinario del Gobierno nacional durante los estados de excepción. En concreto, no se superaron los siguientes juicios: i) No contradicción específica (generalidad y equidad e igualdad tributaria), impuesto directo que confundió el concepto de capacidad tributaria con el ingreso, ii) No discriminación, iii) No acreditó presupuesto de motivación suficiente, iv) Juicio de necesidad fáctica, v) Juicio de no contradicción específica. Los magistrados Carlos Bernal, Diana Fajardo y Luis Guillermo Guerrero salvaron su voto. Antonio Lizarazo presentó salvamento de voto parcial (Corte Constitucional, C-293, 2020).</p>
22	569 del 15/04	<p>Amplia el término de operación del Centro de Logística y transporte y adopta medidas sobre el transporte de pasajeros de carga y aéreo en el marco de las restricciones movilidad y del aislamiento.</p> <p><b>EXEQUIBLE C-239</b></p>	<p>El referido decreto no era requerido dentro de las facultades extraordinarias del Gobierno Nacional, ya que es un asunto que podía desarrollarse dentro de las competencias ordinarias de la Aeronáutica Civil, como ente rector de la materia. El magistrado Alberto Rojas presentó salvamento parcial de voto frente a la declaratoria de constitucionalidad del decreto en cuestión (Corte Constitucional, C-293, 2020).</p>
23	574 del 15/04	<p>Medidas en materia de minas y energía, en el marco del Estado de excepción</p> <p><b>EXEQUIBLE C-241</b></p>	<p>Dicho decreto merece especial atención, pues es lamentable que haya sido declarado exequible en su totalidad sin el menor reparo frente a diversas disposiciones que resultan inconstitucionales. Sin embargo, se destacan los oportunos salvamentos parciales de voto de los magistrados i) Diana Fajardo, para quien el artículo 9 debió ser declarado inconstitucional y el 10 que debió condicionarse en su interpretación; ii) Gloria Ortiz, quien consideró que el artículo 2 debió declararse exequible siempre y cuando se incluyera a la población más vulnerable del sector minero: la minería artesanal; y, el artículo 5 que debió ser declarado inexequible; iii) Cristina Pardo, para quien el párrafo del artículo 4 y el artículo 10 no supera el juicio de conexidad, pues son medidas que nada tienen que ver con la declaratoria del Estado de excepción; iv) Alberto Rojas, que consideró la inconstitucionalidad del artículo 2, por no superar los juicios de no discriminación y proporcionalidad, artículo 9 por ser inconexo y no contar con motivación suficiente, necesidad y proporcionalidad por las vastas facultades al Ministerio de Minas y Energía, y el artículo 10 que debió condicionarse frente a la vigencia de la medida. Es decir, únicamente mientras dure el Estado de excepción (Corte Constitucional C-241, 2020). Además de los argumentos expresados en los salvamentos parciales de voto, es necesario llamar la atención sobre el hecho infortunado de que la Corte Constitucional avale la disposición que concede una facultad tan amplia al Ministerio de Minas y Energía para declarar la emergencia eléctrica en el país (artículo 9). Dicha normativa no tiene parangón ni antecedente en el ordenamiento jurídico.</p>



N°.	D.L. <sup>a</sup>	OBJETO – DECISIÓN CORTE CONSTITUCIONAL	RAZONES DE ABUSO NORMATIVO POR PARTE DEL LEGISLADOR EXCEPCIONAL
24	575 del 15/04	Se adoptan medidas en sector infraestructura y transporte para mitigar efectos negativos a la economía.  <b>EXEQUIBLE PARCIAL C-294</b>	Artículos 9 y 10 inexecutable. El primero porque el cambio del sistema de avalúo de predios requeridos para los proyectos de infraestructura no satisface el juicio de conexidad externa frente a los hechos que motivaron la declaratoria de la crisis. El segundo está relacionado con una causal que se agregó a los actos contrarios a la libre competencia sobre el incumplimiento de un pago de obligación dineraria por un contratista de infraestructura de transporte, por falta de conexidad externa con el Estado de excepción. El magistrado Carlos Bernal salvó su voto. (Corte Constitucional C-294, 2020).
25	580 del 15/04	Se dictan medidas en temas de servicios públicos  <b>INEXEQUIBLE C-256</b>	El decreto consignaba medidas fundamentales para aliviar la carga del pago de servicios públicos de los estratos 1, 2 y 3 fue declarado inexecutable por un vicio de forma en que incurrió el Gobierno (Corte Constitucional, C-256, 2020). El decreto debía ser firmado por el presidente y todos los ministros. Sin embargo, faltaron las firmas de los ministros de Salud y Protección Social y de la ministra de Ciencia, Tecnología e Innovación.
26	637 del 06/05	Por el cual se declara un Estado de emergencia Económica, Social y Ecológica.  <b>EXEQUIBLE C-326</b>	Este es el segundo decreto que declara el Estado de excepción. Aunque el decreto fue declarado executable en su totalidad, hubo dos aclaraciones de voto en las que se hicieron precisiones importantes. Por un lado, el magistrado José Fernando Reyes consideró que la Corte debió ejercer un control más riguroso que el planteado sobre el decreto que declaró el primer estado de excepción. A su juicio, las circunstancias urgentes ya no son sorprendidas, y, por tanto, no puede extenderse la competencia legislativa al Gobierno Nacional. Además, debe tenerse en cuenta que el Congreso ya se encuentra sesionando de manera virtual, por lo que ya no existe un vacío legislativo. Y, por el otro, el magistrado Alberto Rojas consideró que la Corte ha omitido la tarea de realizar el control de constitucionalidad a los decretos que ordenaron el aislamiento preventivo obligatorio (Corte Constitucional C-326, 2020). Estos decretos, a pesar de ser los más restrictivos en relación con los derechos fundamentales, no fueron materia de control por el tribunal constitucional.
27	659 del 13/05	Autoriza la entrega de una transferencia monetaria no condicionada, adicional y extraordinaria en favor de los beneficiarios de los programas Familias en Acción, Protección Social al Adulto Mayor- Colombia Mayor y Jóvenes en Acción.  <b>No se ha proferido sentencia</b>	Sobre este decreto aún no se ha dictado la sentencia correspondiente por parte de la Corte Constitucional. Sin embargo, se quiere destacar la intervención de Dejusticia y la Universidad Nacional, quienes consideran que el referido decreto, a pesar de buscar una finalidad loable que es conexas a la crisis económica generada por la pandemia, debe condicionarse para que la medida adoptada sea suficiente para lograr los cometidos propuestos. En otras palabras, el decreto sólo será constitucional si la transferencia asignada garantiza los gastos de: alimentación adecuada, vivienda digna y acceso a servicios públicos domiciliarios. En este orden de ideas, la medida es insuficiente porque el monto asignado no alcanza a representar el valor señalado como umbral de pobreza (2018: \$257.433). De acuerdo con la Resolución 928 de 2020 del Departamento para la Prosperidad Social, reglamentaria del decreto legislativo, la suma asignada es por valor de \$145.000 mensual, la cual debe sumarse con el monto otorgado en los diferentes programas: i) Familias en Acción: cuyo monto máximo (familia con un menor de 6 años) es de \$160.000, ii) Adulto Mayor: \$80.000 y Jóvenes en Acción: \$184.000 (con destino a gastos de educación). En consecuencia, sumados estos valores con la transferencia a que se refiere el Decreto Legislativo 659, no se alcanza a superar el umbral de pobreza.

N°.	D.L. <sup>a</sup>	OBJETO – DECISIÓN CORTE CONSTITUCIONAL	RAZONES DE ABUSO NORMATIVO POR PARTE DEL LEGISLADOR EXCEPCIONAL
28	774 del 03/06	<p>Adiciona el Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020 y se efectúa su correspondiente liquidación.</p> <p><b>EXEQUIBLE PARCIAL C-351</b></p>	<p>La Corte mantuvo su posición jurisprudencial de declarar inexecutable los artículos 3, 4 y 5 que se refieren a la liquidación del presupuesto. La liquidación se puede hacer con las normas de carácter ordinario, sin que se retire de la intervención del legislador excepcional. Los magistrados Luis Guillermo Guerrero y Antonio Lizarazo salvaron parcialmente su voto frente a la declaratoria de inconstitucionalidad (Corte Constitucional, C-351, 2020).</p>
29	770 del 03/06	<p>Crea y determina las condiciones de acceso del Programa de Apoyo para el Pago de la Prima de Servicios – PAP.</p> <p><b>EXEQUIBLE C-324</b></p>	<p>Quizás, este sea el decreto que contiene mayor número de medidas por la extensión de su articulado. 30 artículos distribuidos en 5 capítulos. El capítulo I establece la medida de protección al cesante, el capítulo II Medidas alternativas respecto a la Jornada de Trabajo, el capítulo III alternativas para el primer pago de la prima de servicios, el capítulo IV programa de apoyo para el pago de la prima de servicios-PAP, y el capítulo V programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual. Como se ve, todas son medidas laborales que regulan diferentes contenidos. Sin duda, algunas de ellas son necesarias. No obstante, como es un paquete tan amplio de medidas laborales, fácilmente se puede desconocer la prohibición de desmejora de los derechos de los trabajadores contenida en el artículo 215 constitucional y en el 50 de la Ley Estatutaria de los estados de excepción. Así lo plasmó la magistrada Cristina Pardo en su salvamento de voto, en relación con los artículos 2 y 3, pues implican una modificación a la normativa ordinaria para excluir del programa de protección al cesante a los afiliados a las cajas de compensación familiar categorías C y D, y, además, redujo el término del beneficio de 6 a 3 meses. De igual manera, el inciso primero del artículo 6 debió condicionarse porque otorga la posibilidad de llegar a acuerdos sobre el pago diferido de la prima, incluso a los empleadores que no resultaron afectados económicamente por la pandemia. El magistrado Alberto Rojas también señaló que la Corte no debió flexibilizar la interpretación de los artículos 215 y 50 de la LEEE, respecto a la desmejora de derechos salariales, pues en los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 20 se evidencia una fuerte merma de estos derechos de los trabajadores. La decisión mayoritaria de la Corte fue la de declarar la exequibilidad total del decreto, salvo el párrafo 1 del artículo 5 y una expresión contenida en los artículos 10, párrafo 3, y artículo 22, en los cuales se condicionó la exequibilidad (Corte Constitucional, C-324, 2020).</p>
30	797 del 04/06	<p>Medidas transitorias en materia de arrendamiento de locales Comerciales.</p> <p><b>Aún no se ha publicado la sentencia</b></p>	<p>La Corte declaró la inexecutable del decreto, toda vez que afecta la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual, tratándose de comerciantes. El alto tribunal señaló que el decreto no era necesario en el marco del Estado de Emergencia y estimó que el Código Civil y el Código de Comercio tenían diversos instrumentos para superar circunstancias imprevisibles en el desarrollo de la voluntad contractual. (El Espectador, 2020).</p>
31	802 del 04/06	<p>Modificación al Dto. 558 de 15 de abril</p> <p><b>INEXEQUIBLE C-308</b></p>	<p>El decreto fue declarado inconstitucional en su totalidad. No se satisfacen los juicios de conexidad, necesidad ni motivación suficiente. Básicamente, la descapitalización del régimen pensional de Ahorro Individual no guarda relación directa con los efectos económicos derivados de la COVID-19, sino que obedecen a un problema estructural del que fueron advertidos desde el surgimiento de dicho régimen privado. De igual manera, el Gobierno Nacional no logró demostrar la insuficiencia de la legislación ordinaria para afrontar la crisis del sistema pensional., la Corte consideró que el problema estructural del régimen pensional de carácter privado requiere de la mayor deliberación democrática en el Congreso, aspecto que no se satisface por el legislador excepcional (Corte Constitucional. C-308, 2020).</p>

N°.	D.L. <sup>a</sup>	OBJETO – DECISIÓN CORTE CONSTITUCIONAL	RAZONES DE ABUSO NORMATIVO POR PARTE DEL LEGISLADOR EXCEPCIONAL
32	805 del 04/06	<p>Apoyo económico para todas las Notarías del país, por el término de cuatro (4) meses, con cargo a los recursos del Fondo Cuenta Especial del Notariado</p> <p><b>No se ha proferido sentencia</b></p>	<p>Ala fecha de elaboración de la presente investigación no se ha proferido la respectiva sentencia. Sin embargo, el autor sostiene que la motivación del Gobierno Nacional para priorizar en el grupo de trabajadores en cuestión es insuficiente. En primer lugar, en la parte motiva del decreto se muestran las cifras de la afectación económica en los diferentes sectores sin que se ofrezca un panorama sobre dicha merma o disminución en las notarías del país. La conclusión es bastante especulativa, pues a raíz de la grave afectación en diferentes sectores económicos se justificó la necesidad de apoyar a los trabajadores de las notarías. En segundo lugar, el apoyo que incluye a la totalidad de notarías del país es bastante amplio. Dentro de los requisitos exigidos por el artículo 3 no se incluyó el de la demostración de la disminución de ingresos, por lo menos de manera sumaria. Es un beneficio bastante amplio que carece de un soporte o estudio mínimo que avale esa necesidad de incluir a todas las notarías nacionales. Además, debe tenerse en cuenta que los notarios de las ciudades más importantes del país pueden percibir un ingreso mensual que está 10 o hasta 15 veces por encima del que perciben los altos cargos públicos en Colombia, como presidente de la república, congresistas y magistrados de altas cortes. En consecuencia, las notarías bien podrían superar la contingencia y asegurar el salario de sus empleados, sin perjuicio de una disminución de ingresos para el notario público. Es diferente si el apoyo se dirigiera exclusivamente para las notarías con menores ingresos que están en los círculos más pequeños y de menores recursos. En últimas, pareciera que con el referido decreto se privilegió un grupo que tiene la posibilidad de realizar presión y lobby ante el Gobierno, por la misma condición de quienes ostentan el cargo de notario público, pero no por la inminencia de rescatar o aliviar un sector que haya sido golpeado por la crisis de la pandemia.</p>
33	811 del 04/06	<p>Medidas relacionadas con la inversión y la enajenación de la participación accionaria del Estado.</p>	<p>El decreto 811 es una clara manifestación de privatización de los activos nacionales. Por un lado, los artículos 7 y 8 señalan un procedimiento ágil bajo el cual se permita la venta de los activos estratégicos nacionales. De entrada, las disposiciones son contrarias al ordenamiento constitucional, en particular a los artículos 60, “democratización de la titularidad de la participación estatal en las empresas”, y el artículo 150-9 que exige la autorización del Congreso para que el Gobierno pueda enajenar bienes nacionales. Y, por el otro, la Ley 226 de 1995 ya establecía un procedimiento para enajenación de la propiedad accionaria estatal. De tal modo que no se supera el juicio de necesidad jurídica, y tampoco el de conexidad con la declaratoria del Estado de excepción, pues la determinación de un procedimiento fast track para venta de la participación accionaria no implica una respuesta idónea para la atención de la crisis sanitaria causada por el Coronavirus. En los medios de comunicación se anunció que la Corte declaró la inexecutable de este decreto.</p>
34	813 del 04/06	<p>Modifica el Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020 y se efectúa su correspondiente liquidación.</p>	<p>La Corte declaró la inexecutable de los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 que se refieren a la liquidación del presupuesto, y moduló sus efectos de manera retroactiva, esto es, a partir de la expedición del decreto. El alto tribunal mantuvo su precedente frente a los diferentes decretos expedidos en el marco del Estado de excepción y que se refieren a materias presupuestarias. En todos los casos se ha declarado la inexecutable de los artículos que versan sobre la liquidación. Los magistrados Antonio Lizarazo y Luis Moreno(E) salvaron su voto respecto a la declaratoria de inconstitucionalidad.</p>

Fuente: Elaboración propia

47. Como se observa, es posible concluir que hay un abuso de las facultades excepcionales del Ejecutivo, porque los decretos expedidos se enmarcan dentro de alguno de los siguientes supuestos: i) las medidas habían podido ser adoptadas con fundamento en el ordenamiento ordinario, ii) las medidas no guardan conexidad alguna con los hechos que sirvieron de fundamento para declarar la crisis, o iii) las medidas adoptadas son abiertamente inconstitucionales.

48. En el primer grupo se encuentran las medidas sobre suspensión de desembarque, prevención, diagnóstico y tratamiento de la COVID-19, servicio público de transporte e infraestructura, fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías, acceso de hogares más vulnerables a productos básicos, liquidación del Presupuesto General de la Nación, creación de una subcuenta para la gestión del riesgo, operación del Centro de Logística y transporte (filas 1, 4-7, 10-13, 19, 22, 28 y 34). Si bien un buen número de las medidas eran necesarias para conjurar la crisis declarada, no se requería de la expedición de decretos legislativos, toda vez que el Gobierno pudo haber hecho uso de las facultades ordinarias que ya se encontraban previstas en el ordenamiento jurídico. Debe advertirse que con ocasión de los estados de excepción resulta vital adoptar medidas que ayuden a conjurar la crisis. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que todas las medidas deban ser de carácter extraordinario, pues el mismo ordenamiento prevé facultades a las que pueden acudir sin que implique la necesidad de expedir normativa de tipo extraordinario. En suma, se reprocha esa intención del ejecutivo de inflar el ordenamiento jurídico.

49. En el segundo grupo se encuentran las medidas que versan sobre las siguientes materias: financiamiento de proyectos de inversiones públicas con recursos del Fondo de Regalías, sector infraestructura y transporte, descapitalización del régimen pensional y apoyo económico para las notarías (filas 9, 24, 31-32). Las medidas mencionadas no guardan relación con los hechos que sirvieron de fundamento para

declarar el Estado de emergencia. Por ejemplo, no se comprende la razón por la cual se decide brindar un apoyo económico a las notarías del país, o cómo el financiamiento de proyectos de inversiones públicas con recursos de regalías pueda ayudar a conjurar la situación de crisis declarada. Estas son acciones que no ayudan o alivian las graves consecuencias causadas por la pandemia. En conclusión, el Gobierno no estaba facultado para dictar normas con fuerza material de ley sobre estos asuntos.

50. En el tercer grupo se expidieron medidas que versan sobre las siguientes materias: creación del fondo de mitigación de emergencias, autorización a gobernadores y alcaldes para reorientación de rentas, reducción de tarifas de impuestos y realización de movimientos presupuestales, contratación estatal, préstamos del Fondo de Riesgos Laborales para el FOME, porcentajes de programación nacional, Sistema General de Pensiones, funciones de adopción de menores a procuradores judiciales, impuesto solidario, minas y energía, transferencia monetaria, arrendamiento de locales comerciales y enajenación de participación accionaria estatal (filas: 2, 3, 8, 14-15, 16, 18, 20, 27, 30 y 33). Como se señaló, estos decretos legislativos contravienen disposiciones constitucionales, razón por la cual, el legislador excepcional no tiene facultades para expedir normas que sean contrarias a la Constitución.

51. Sumado a lo anterior, es necesario llamar la atención sobre tres aspectos. En primer lugar, el Decreto 580 (fila 25), que si bien consignaba una medida sobre subsidios a los servicios públicos, la cual resulta indispensable para la población más vulnerable<sup>21</sup>, fue declarado inexecutable por vicios de forma. En el caso indicado, por no contar con la firma de todos los ministros del Gobierno Nacional. Cabe resaltar que este fue el único decreto en el que el Gobierno Nacional no incluyó todas

21. Según el artículo primero de este decreto, los subsidios de acueducto, alcantarillado y aseo serían asignados hasta 31 de diciembre de 2020 hasta un máximo del 80% para el estrato 1, 50% para el estrato 2 y 40% para el estrato 3.

las firmas de los ministros. En segundo lugar, sobre el Decreto 637 que ordenó el segundo estado de excepción, vale la pena preguntarse si era absolutamente necesario ordenar un nuevo estado de emergencia, pues la inminencia y urgencia ya se habían mencionado en la primera declaratoria. El Decreto 637 se expide casi dos meses después de haberse decidido declarar el Estado de excepción por los graves efectos de la COVID-19, lo que implica que estos hechos ya no resultaban sorprendidos en el contexto nacional. El Gobierno pudo explorar otros mecanismos que no cercenaran el principio de deliberación política. Por ejemplo, pudo optar por mensaje de urgencia que reduce de manera considerable los tiempos que tarda un proyecto de ley en el Congreso de la República. Lo anterior sólo refleja el débil papel del legislativo durante la grave crisis generada por la pandemia, convertido en un convidado de piedra.

52. En tercer lugar, es materia de preocupación el hecho de que en Colombia no se haya realizado el control automático de constitucionalidad frente a los decretos que más tensión generaban con la posible afectación de derechos y libertades individuales. Por ejemplo, los decretos que ordenaron el aislamiento preventivo obligatorio, y que de manera consecutiva mantuvieron a la ciudadanía colombiana en cuarentenas desde el 22 de marzo y hasta el 31 de agosto de 2020. Sin duda, Colombia encabeza la lista de países con cuarentena de mayor duración. La referida normativa no se expidió bajo la forma de “decretos legislativos”, sino que se hizo mediante las facultades ordinarias del presidente de la república. Un grupo de juristas de Dejusticia solicitaron a la Corte Constitucional que asumiera de oficio el control de constitucionalidad frente a estos decretos apelando al concepto material, es decir, que a pesar de que las medidas se adoptaran en decretos ordinarios, materialmente se trataba de una ley, pues limitaba el ejercicio de algunos derechos fundamentales (Dejusticia, 2020).

53. La tesis *supra* no fue acogida por la Corte Constitucional, y ni siquiera suscitó

pronunciamiento alguno. Únicamente el magistrado Alberto Rojas dejó consignado este aspecto en sus salvamentos de voto a las sentencias que declararon la exequibilidad de los decretos 417 y 637, que declararon el Estado de excepción. y a pesar de que dichos decretos pudieran ser revisados por el Consejo de Estado mediante los medios de control de carácter ordinario, Palacios es partidario de la tesis propuesta (Palacios, 2020), el suscrito está convencido del gran desacierto que cometió la Corte al no asumir la competencia bajo el proceso de control automático de constitucionalidad. Sin duda alguna, mantener cuarentenas prolongadas puede traspasar el lindero de la limitación y ubicarse en terrenos de la “suspensión” de algunos derechos fundamentales. A juicio del investigador, es una discusión de gran relevancia constitucional que por su aspecto material debió conocer el Tribunal Constitucional.

54. Ahora bien, la Corte Constitucional ha tenido un débil papel frente a su labor de juez controlador de la actividad legislativa del Ejecutivo Nacional. De los 115 decretos legislativos, el tribunal ha proferido cerca de 90 sentencias en las que tan solo en 6 casos se ha declarado la inexequibilidad total del decreto. Además, resulta importante que en 16 casos se ha proferido una decisión mixta, es decir, algunas disposiciones se declaran inexecutable y otras executable. Sin embargo, cabe resaltar los esfuerzos de los magistrados Alberto Rojas, Cristina Pardo y Diana Fajardo, quienes en sus salvamentos de voto presentaron argumentos razonables y suficientes para declarar la inconstitucionalidad de varias de las medidas ordenadas por el Gobierno Nacional. También se puede apreciar la corriente contraria, es decir, la de la defensa de la exequibilidad de los decretos legislativos, por parte de los magistrados Carlos Bernal, Luis Guillermo Guerrero y Antonio Lizarazo. Se observa que dicha corriente defendió de manera consistente las facultades del legislador de excepción, pues, incluso, en aquellas sentencias en que la decisión mayoritaria era la de declarar inexecutable total o parcialmente un decreto, había un salvamento por parte de este grupo

de magistrados. De los tres, Carlos Bernal fue quien más salvamentos de voto presentó frente a las declaratorias de inexequibilidad parcial que se hicieron en un buen número de decretos legislativos.

## CONCLUSIONES

55. Desde el 2015 se eliminó la reelección presidencial en Colombia. Sin embargo, con tan solo la mitad del período constitucional, el presidente Duque ha logrado que nuestro país se sumerja en una ola de desbalance institucional. Su gobierno tiene plenos poderes en todas las ramas. Expedió 115 decretos con fuerza material de ley en tan solo 60 días, cuenta con mayorías en el Congreso que le permiten aprobar su agenda legislativa, y ha cooptado los principales órganos de control con sus principales allegados. Incluso, cooptó la Fiscalía General de la Nación. Por el contrario, el legislativo pasa por uno de sus peores momentos. Se encuentra muy debilitado. De esta manera, la Corte Constitucional, que podría nivelar el desbalance y evitar el monopolio de la ley en cabeza del Ejecutivo, desempeña un papel bastante tímido. El juez prudente o minimalista no puede ser el modelo a seguir por el alto tribunal en un Estado de excepción. El Estado social de derecho está siendo defendido por una minoría de magistrados quienes a través de los “salvamentos de voto” consignan los graves desaciertos de la jurisprudencia constitucional.

56. La defensa a ultranza que hace el Gobierno de la clase dominante se puede apreciar en las decisiones que en materia económica se han tomado para mitigar los efectos dejados por la pandemia. Poner dinero al servicio de la banca o gravar exclusivamente a los trabajadores del sector

público con determinado salario evidencia una posición política de protección al sector financiero y los grandes capitales, en contraste con el menosprecio por la clase media trabajadora de nuestro país. Ramírez ofrece unas claves para entender el neofascismo del siglo XXI. Se comparte el interrogante que plantea el autor: “¿cómo puede un régimen de propensión democrática conservar la credibilidad popular que debería alimentarlo cuando, en su nombre se inclina tan nítidamente la balanza de poder hacia el 1 por 100 de la población?” (Ramírez, 2019). Colombia reúne algunas de las características de aquellos modelos que mutilan el Estado de derecho y se inclinan más por un autoritarismo libertario.

57. Por último, la COVID-19 en Colombia está ampliando aún más la brecha de desigualdad en uno de los países más desiguales del mundo. Sin embargo, la profunda desigualdad social no es un asunto que se encuentre en la agenda del actual gobierno. Así como lo plantea Ferrajoli, se considera que el principio dinámico de igualdad jamás será realizado plenamente, pues por naturaleza es imperfectamente realizable (Ferrajoli, 2019). Más aún, se censura el hecho de que aquellas desigualdades económicas y materiales, que la COVID-19 está incrementando, y limitan el ejercicio de los derechos no sean combatidas por el Gobierno colombiano. Se tiene absoluto convencimiento de que la constitucionalización del principio de igualdad material en el ordenamiento colombiano implica la obligación de que las autoridades actúen y propendan por la reducción de la desigualdad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Andes, M. U. (2020). El patrón socioeconómico del Covid. El caso de Bogotá. *Nota Macroeconómica*, (23), 1-5.
- » Banrep. (22 de septiembre de 2020). *Banco de la República*. Obtenido de [https://totoro.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&Path=%2Fshared%2FSeries%20Estad%3%ADsticas\\_T%2F1.%20Reservas%20internacionales%2F1.1%20Serie%20hist%3%B3rica&NQUser=publico&NQPassword=publico123&lang=es&Options=rdf](https://totoro.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&Path=%2Fshared%2FSeries%20Estad%3%ADsticas_T%2F1.%20Reservas%20internacionales%2F1.1%20Serie%20hist%3%B3rica&NQUser=publico&NQPassword=publico123&lang=es&Options=rdf)

- » Barrera, P. (2020). COVID-19 en Colombia. Una oportunidad para el posicionamiento de los derechos sociales, económicos y culturales. En Altavilla, C. y Villegas, C. (Dir.), *Los desafíos del Derecho frente a la Pandemia COVID-19. Mirada del Derecho Argentino con aportes del Derecho Comparado*(pp.221-228). Buenos Aires: Universidad Siglo 21 – IJ Editores
- » Bermúdez, A. y. (2020). La cara étnica de la pandemia en Colombia. *Nota Macroeconómica*, 1-8. Obtenido de file:///C:/Users/USUARIO/Desktop/C%3%A1tedras%202020/Crisis%20del%20constitucionalismo/Nota%20macroecon%3%B3mica%2024.%20La%20cara%20%3%A9tnica%20de%20la%20pandemia%20en%20Col.pdf
- » CGR. (2018). *Grandes hallazgos*. Bogotá: Contraloría General de la República.
- » CIDH. (16 de septiembre de 2020). *OEA*. Obtenido de [www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/219.asp](http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/219.asp)
- » Congreso de la República de Colombia. (1994) Ley 137 de 1994.
- » ----. (2011). Ley 1474 de 2011.
- » ----. (2018). Ley 1909 de 2018.
- » Consejo de Estado. (2 de julio de 2020). 2020-00183-01
- » Consejo de Estado. (18 de junio de 2020). 2020-00067-01
- » Constitución Política de la República de Colombia. (1991).
- » Corte Constitucional. (31 de julio de 2008). Sentencia T-760. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- » ----. (14 de enero de 2019). Sentencia T-002 [Cristina Pardo Schlesinger].
- » ----. (17 de mayo de 2019). Sentencia T-209. [M.P. Carlos Bernal Pulido].
- » ----. (28 de mayo de 2020). Sentencia C-155. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].
- » ----. (24 de julio de 2020). Sentencia C-194. [M.P. Carlos Bernal Pulido].
- » ----. (8 de julio de 2020). Sentencia C-241. [M.P. Carlos Bernal Pulido].
- » ----. (5 de agosto de 2020). Sentencia C-294. [M.P. Alejandro Linares Cantillo].
- » ----. (19 de agosto de 2020). Sentencia C-326. [M.P. Richard S. Ramírez Grisales].
- » ----. (3 de junio de 2020). Sentencia C-157. [M.P. Diana Fajardo Rivera].
- » ----. (4 de junio de 2020). Sentencia C-162. [M.P. Alejandro Linares Cantillo].
- » ----. (10 de junio de 2020). Sentencia C-169. [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo].
- » ----. (10 de junio de 2020). Sentencia C-170. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- » ----. (17 de junio 2020). Sentencia C-178. [M.P. Antonio Jose Lizarazo Ocampo].
- » ----. (17 de junio de 2020). Sentencia C-181. [M.P. Alejandro Linares Cantillo].
- » ----. (01de julio de 2020). Sentencia C-212. [M.P. Carlos Bernal Pulido].
- » ----. (02 de julio de 2020). Sentencia C-215. [M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez].
- » ----. (13 de junio 2020). Sentencia C-185. [M.P. Alberto rojas Ríos].
- » ----. (17 de junio de 2020). Sentencia C-186. [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo].
- » ----. (24 de junio de 2020). Sentencia C-193. [Gloria Stella Ortiz Delgado].

- » ----. (25 de junio de 2020). Sentencia C-200. [M.P. Diana Fajardo Rivera].
- » ----. (1 de julio de 2020). Sentencia C-210. [M.P. Diana Fajardo Rivera].
- » ----. (8 de julio de 2020). Sentencia C-240. [M.P. Jose Fernando Reyes Cuartas].
- » ----. (15 de julio de 2020). Sentencia C-247. [M.P. Carlos Bernal Pulido].
- » ----. (22 de julio de 2020). Sentencia C-254. [M.P. Alejandro Linares Cantillo].
- » ----. (23 de julio de 2020). Sentencia C-256. [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- » ----. (23 de julio de 2020). Sentencia C-258. [M.P. Alejandro Linares Cantillo].
- » ----. (5 de agosto de 2020). Sentencia C-293. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger].
- » ----. (12 de agosto de 2020). Sentencia C-308. [M.P. Alejandro Linares Cantillo].
- » ----. (19 de agosto de 2020). Sentencia C-324. [M.P. Antonio Jose Lizarazo Ocampo].
- » ----. (26 de agosto 2020). Sentencia C-351. [M.P. Richard S. Ramírez Grisales].
- » ----. (29 de enero de 2020). Sentencia T-030. [M.P. Diana Fajardo Rivera].
- » DANE. (2019). *Población indígena en Colombia*. Bogotá: DANE.
- » ----. (2019a). *Población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera*. Bogotá: DANE.
- » ----. (2020). *Déficit habitacional*. Bogotá: DANE.
- » ----. (31 de agosto de 2020). *Principales indicadores del mercado laboral*. Recuperado 6 de septiembre de 2020 de <https://n9.cl/0rjx>
- » Defensoría. (2019). *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2018*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- » Dejusticia. (30 de junio de 2020). *Dejusticia*. Recuperado 6 de septiembre de 2020 de: <https://n9.cl/xbt52>
- » *El Espectador*. (18 de agosto de 2020). Duque acepta renuncia de minjusticia Margarita Cabello. Recuperado 12 de septiembre de 2020 de: <https://n9.cl/tx94v>
- » ----. (01 de septiembre de 2020). Carlos Camargo se posesionó como defensor del Pueblo. Recuperado 21 de septiembre de 2020 de: <https://n9.cl/ykb0>
- » ----. (17 de septiembre de 2020). Corte Constitucional tumba decreto sobre arrendamientos comerciales en la pandemia. Recuperado 2 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/tx94v>
- » *El Tiempo*. (20 de agosto de 2018). Con 203 votos, Felipe Córdoba fue elegido como Contralor General. Recuperado 20 de septiembre de 2020 de: <https://n9.cl/6k1r>
- » *El Tiempo*. (27 de agosto de 2020). Margarita Cabello, elegida nueva procuradora general de la nación. Recuperado 21 de septiembre de 2020 de: <https://n9.cl/ykb0>
- » Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta.
- » *Fiscalía General de la Nación*. (04 de septiembre de 2020). Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/el-fiscal/>



- » Gañán, J. (2010). *Los muertos de la Ley 100*. Bogotá: Externado .
- » Ligarreto, R. 2. (20 de mayo de 2020). *Universidad Javeriana. Pesquisa*. Obtenido de Educación virtual: realidad o ficción en tiempos de pandemia: <https://www.javeriana.edu.co/pesquisa/educacion-virtual-realidad-o-ficcion-en-tiempos-de-pandemia/>
- » MinSalud. (02 de Septiembre de 2020). *Covid19*. Recuperado el 3 de octubre de 2020 de: <https://covid19.minsalud.gov.co/>
- » Murillo, D. (20 de abril de 2020). *DEJUSTICIA*. Grupos étnicos en la pandemia: sin agua para comer o para lavarse las manos. Recuperado el 5 de junio de 2020 de: <https://n9.cl/w3h6>
- » Palacios, A. (30 de Junio de 2020). Sin cuarentena en el control abstracto de constitucionalidad. *Revista Derecho de Estado*. Recuperado el 2 de agosto de 2020 de: <https://n9.cl/a3eh3>
- » Potafolio. (20 de agosto de 2018). Carlos Felipe Córdoba es el nuevo Contralor General de la República. *Portafolio*. Recuperado el 25 de agosto de 2020 de: <https://n9.cl/aamov>
- » Ramírez, F. (2019). La pendiente neoliberal: ¿Neo-fascismo, postfacismo, autoritarismo libertario? En A. y. Guamán, *Neofascismo. La bestia neoliberal* (págs. 19-38). Madrid: Siglo XXI.
- » Salud, I. N. (02 de septiembre de 2020). *Instituto Nacional de Salud*. Obtenido de <https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/coronavirus-pcr.aspx>
- » Semana. (14 de agosto de 2020). Carlos Camargo, elegido como nuevo defensor del Pueblo. *Semana*. Recuperado el 30 de agosto de 2020 de: <https://n9.cl/oinf>
- » Sen, A. (2011). *La idea de la justicia*. Buenos Aires: Taurus.
- » Supersalud. (2020). *Informe de Gestión Supersalud Agosto2019-junio2020*. Bogotá: Supersalud.
- » *Transparencia por Colombia*. (03 de septiembre de 2020). Alarmante concentración del poder en el ejecutivo en Colombia. Obtenido de <https://n9.cl/4m97>
- » Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2020-00185 (2020).
- » Uprimny, R. (07 de septiembre de 2020). *Dejusticia*. Obtenido de <https://www.dejusticia.org/column/un-duque-que-quiere-reinar/>

# Presidencialismo en tiempos de pandemia: Ecuador

## *Presidentialism in times of pandemic: Ecuador*

Autor: Ángel Eduardo Torres Maldonado

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12159>

**Para citar este artículo:**

Torres Maldonado, Á. E. (2020). Presidencialismo en tiempos de pandemia: Ecuador. *Derecho y Realidad*, 18, (36), 89- 109.



## PRESIDENCIALISMO EN TIEMPOS DE PANDEMIA: ECUADOR

*Presidentialism in times of pandemic: Ecuador*

*Presidencialismo em tempos de pandemia: Equador*

**Ángel Eduardo Torres Maldonado<sup>a</sup>**

angeltm63@hotmail.com

Recepción: 05 de octubre 2020

Aceptación: 09 de noviembre 2020

### RESUMEN

Los Estados Latinoamericanos, herederos tradicionales del sistema de gobierno presidencial, con ciertas combinaciones de figuras propias de sistemas parlamentarios, incorporan enunciados normativos de división de poderes, aparente en algunos casos. Las reformas constitucionales de los últimos años refuerzan las capacidades de acción y decisión del ejecutivo, como medida encaminada a superar las crisis democráticas e inestabilidad de los regímenes políticos. Las constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008 incorporan un vasto reconocimiento de

derechos y sus garantías, además, atribuyen amplias competencias a la Función Ejecutiva, en detrimento de la Función Legislativa. El sutil diseño institucional previsto en la Constitución ecuatoriana de 2008 se orienta a consolidar un sistema hiperpresidencial, concentrador del poder político. Este artículo pretende: (i) reflexionar sobre el sistema de gobierno presidencial en tiempos de pandemia; (ii) evidenciar que la Constitución ecuatoriana del 2008, desborda las características esenciales del sistema de gobierno presidencial; y (iii) proponer

---

\* Artículo de reflexión.

a. Máster en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar (Quito-Ecuador). Máster en Economía, Universidad de las Américas (Quito-Ecuador). Profesor de Introducción al derecho, Teoría del Estado y la Constitución, Clínica constitucional y Fundamentos del derecho en la Universidad de las Américas (Quito, Ecuador) y juez principal del Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador.

Contacto: angel.torres@udla.edu.ec, ORCID ID: 0000-0002-8905-8887.

medidas para prevenir la preocupante crisis moral aflorada en tiempos de pandemia.

## **PALABRAS CLAVES**

Concentración de poder; pandemia; corrupción.

## **ABSTRACT**

The Latin American states, traditional heirs to the presidential system of government, with certain combinations of figures typical of parliamentary systems, incorporate normative statements of division of powers. The constitutional reforms of recent years strengthen the executive's capacities for action and decision-making as a measure to overcome the democratic crises and the instability of political regimes. The Ecuadorian constitutions of 1998 and 2008 incorporate a vast recognition of rights and their guarantees, in addition, they attribute broad competencies to the Executive Function, to the detriment of the Legislative Function. The subtle institutional design provided for in the Ecuadorian Constitution of 2008 is aimed at consolidating a hyper-presidential system that concentrates political power. This article aims to: (i) reflect on the presidential system of government in times of pandemic; (ii) show that the Ecuadorian Constitution of 2008 goes beyond the essential characteristics of the presidential system of government; and (iii) propose measures to prevent the worrying moral crisis that has arisen in times of pandemic.

## **KEYWORDS**

Concentration of power, pandemic, corruption.

## **RESUMO**

Os Estados latino-americanos, herdeiros tradicionais do sistema presidencialista de governo, com certas combinações de figuras típicas dos sistemas parlamentaristas, incorporam declarações normativas de divisão de poderes. As reformas constitucionais dos últimos anos reforçam a

capacidade de ação e decisão do Executivo, como medida que visa superar a crise democrática e a instabilidade dos regimes políticos. As constituições equatorianas de 1998 e 2008 incorporam um amplo reconhecimento dos direitos e de suas garantias, além disso, atribuem amplos poderes ao Poder Executivo, em detrimento do Legislativo. O sutil desenho institucional previsto na Constituição equatoriana de 2008 visa consolidar um sistema hiperpresidencialista, concentrando o poder político. Este artigo tem como objetivos: (i) refletir sobre o sistema de governo presidencialista em tempos de pandemia; (ii) mostrar que a Constituição equatoriana de 2008 supera as características essenciais do sistema de governo presidencialista; e (iii) propor medidas para prevenir a preocupante crise moral que emergiu em tempos de pandemia..

## **PALAVRAS-CHAVE:**

Concentração de poder; pandemia; corrupção.

## **SUMARIO**

Introducción.

1. Contexto de la realidad Ecuatoriana.

2. Sistema de gobierno presidencial.

2.1. Tipos de sistemas presidenciales.

2.2. Diseño hiperpresidencial en la Constitución ecuatoriana de 2008.

3. Relaciones institucionales para enfrentar la crisis sanitaria en Ecuador.

3.1. Rol de la Corte Constitucional: control de la actividad normativa de excepción.

3.2. Actividad legislativa en el marco de la pandemia.

4. Medidas para prevenir la corrupción.

Conclusiones.

Referencias bibliográficas

## **INTRODUCCIÓN**

Bajo el principio de unidad e indivisibilidad del poder, el Estado se fracciona en funciones a las que, la Constitución, les atribuye competencias y facultades específicas, orientadas a alcanzar sus fines. La Constitución ecuatoriana

incorpora, además de las funciones tradicionales: Ejecutiva, Legislativa y Judicial, a la Electoral y de Participación Ciudadana y Control Social.

Para definir el tipo de sistema de gobierno imperante en un país, interesa conocer la relación entre dos de las funciones del Estado: Ejecutivo-Legislativo. La denominación del sistema concuerda con aquella que ejerce mayor influencia social; así, cuando el peso dominante se asienta en la Presidencia de la República se llama presidencial; mientras que, cuando ese mayor peso recae en el parlamento, se denomina parlamentario.

La Constitución ecuatoriana, aprobada mediante referéndum realizado en septiembre de 2008, confiere amplias facultades y deberes al presidente de la república, en desmedro del legislativo, lo cual, hace que su diseño sea hiperpresidencial, concentrador del poder político, con riesgo de afectar valores democráticos y derechos de las personas opuestas; no obstante, si los poderes contextuales no acompañan al gobernante, se inscribe en el sistema de gobierno presidencial moderado, como se explica más adelante.

El amplio catálogo de facultades presidenciales permite adoptar medidas extraordinarias para enfrentar crisis, como la sanitaria provocada por el virus SARS-CoV-2 denominada COVID-19, en el marco del control constitucional sobre la justificación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas de suspensión de derechos, a cargo de la Corte Constitucional; del control político de las actuaciones de la administración pública, a cargo de la Asamblea Nacional; y, la actuación jurisdiccional sobre actos y contratos indebidos, con lo cual se engrana el equilibrio del poder.

A más de la crisis sanitaria, la compleja situación económica del Ecuador es afectada por la paralización de la actividad productiva, comercial y financiera; así como, las actividades extractivas que generan fuertes implicaciones culturales, a lo que se suma una

crisis moral en el sector público, evidenciada en contrataciones con altos sobrepuestos en la ejecución de obras, y adquisición de bienes y servicios relacionados con la salud y alimentación; lo cual, hace imperativa la necesidad de planificar y ejecutar programas de concientización social sobre ética pública y compromiso ciudadano, con el objeto de superar la deteriorada economía y promover el desarrollo social en un ambiente cultural sano.

El presente trabajo contiene un análisis crítico descriptivo, con metodología deductiva. Tiene como objetivo general conceptualizar el sistema de gobierno presidencial; siendo sus objetivos específicos: (i) evidenciar el diseño hiperpresidencial en la Constitución ecuatoriana de 2008; (ii) analizar las relaciones institucionales para enfrentar la crisis sanitaria y económica provocada por el coronavirus; y, (iii) ensayar propuestas orientadas a prevenir comportamientos socialmente reprochables: la corrupción, con énfasis en el sector público.

En este contexto, si bien no es objeto de análisis en este estudio, no se puede obviar el impacto causado por la movilización de indígenas, obreros y otros sectores sociales, realizada en octubre de 2019, en especial en la ciudad de Quito, donde se puso en evidencia fáctica la creciente crisis económica y de gobernabilidad en el Ecuador.

En primer lugar, el texto describe el contexto general de la situación económica y sanitaria del Ecuador como preámbulo para definir al sistema de gobierno presidencial e identificar sus rasgos característicos, cuyo propósito persigue responder la pregunta: ¿qué es y cómo se diferencia el presidencialismo? Asimismo, se define y analiza la clasificación del sistema de gobierno presidencial: impotente, débil, moderado y fuerte.

Se discute en forma dialógica las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo en el proceso de formación normativa de carácter económico urgente, el control constitucional

a los decretos de estado de excepción a cargo de la Corte Constitucional ecuatoriana y una breve relación con las actividades de los gobiernos autónomos descentralizados, dentro del marco general de las políticas y orientaciones emanadas del Comité de Operaciones de Emergencia (COE)<sup>1</sup> Nacional.

Por último, se trata de sostener la tesis según la cual, los comportamientos contrarios a los valores y principios éticos y morales son generalizados en la sociedad y no exclusivos de quienes ejercen actividades políticas o de servicio público, se proponen medidas de formación en valores y legislativas encaminadas a prevenir actos de corrupción, sin perjuicio de las actuaciones de juzgamiento de tales hechos.

## 1. CONTEXTO DE LA REALIDAD ECUATORIANA

El Ecuador tiene 283.560 km<sup>2</sup> de extensión territorial y, según proyecciones del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), al año 2020 somos 17'510.643 habitantes; de los cuales: 8'665.937 son hombres y 8'844.706 mujeres, ubicados en 24 provincias; de la Costa (8'631.859), Sierra (7'847.136), Oriente (956.699), Islas Galápagos (33.042) y en zonas no delimitadas (41.907). Después de la separación de la Gran Colombia, y de suscrita el Acta de la Asamblea de Guayaquil de 1830, previa convocatoria de Juan José Flores, se reúne la Asamblea Constituyente de Riobamba y se forma el Estado del Ecuador, integrado por los departamentos de Azuay, Guayas y Quito (Avilés, 2020).

Desde su creación, el Ecuador adoptó la forma de Estado unitario y centralizado, con sistema de gobierno presidencial. La Constitución de 2008 declara que el Ecuador se gobierna de manera descentralizada, en cuya virtud define competencias exclusivas para cada nivel de gobierno: central,

---

1. El Comité de Operaciones de Emergencia es un órgano del Sistema Nacional para Emergencias y Desastres, encargado de planificar, promover y mantener la coordinación, y operación conjunta entre los diferentes niveles de gobierno e instituciones involucradas en la atención y respuesta a eventos de emergencia provocados por desastres naturales o antrópicos.

regional<sup>2</sup>, provincial, municipal y parroquial. Así como la participación de los gobiernos autónomos descentralizados en los ingresos permanentes y no permanentes del Estado central, con excepción de los provenientes del endeudamiento público<sup>3</sup>; además, de sus propios ingresos, destinados a cumplir sus competencias exclusivas, concurrentes y adicionales (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Entre las competencias exclusivas, atribuidas al Estado central, se encuentran las políticas de salud (art. 261.6), en cuya virtud, el sistema nacional de salud es responsabilidad del Gobierno central; mientras que la planificación, construcción y mantenimiento de la infraestructura física y los equipamientos de salud están atribuidos a los gobiernos municipales o metropolitanos (art. 264.7). Transcurridos más de once años de vigencia constitucional, tal competencia sigue bajo responsabilidad del gobierno central, en contra de la prescripción constitucional. Por el contrario, en diciembre de 2015 se publicaron las enmiendas que pretendieron prescribir, dicha competencia, como actuación optativa, siempre que el órgano rector autorice, enmienda declarada inconstitucional por la forma, mediante sentencia de la Corte Constitucional No. 018-18-SIN-CC, del 1 de agosto de 2018.

La pandemia provocada por la COVID-19 puso en evidencia la fragilidad del sistema de salud ecuatoriano, hasta llegar al colapso en la provincia del Guayas. Hasta el 31 de mayo de 2020, las cifras oficiales dan cuenta de 39.098 casos confirmados

---

2. Las provincias amazónicas intentaron formar la región amazónica, pero la incorporación de limitar la extensión territorial de las regiones, incorporada en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, impidió su concreción y, hasta la fecha, no se ha creado ninguna región, como nivel de gobierno.

3. El artículo 271 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que la participación, de los gobiernos autónomos descentralizados, en los ingresos permanentes no sea menor al quince por ciento y los no permanentes al cinco por ciento; en tanto que, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización precisa que los ingresos permanentes correspondan al veintiuno por ciento y los no permanentes al diez por ciento correspondientes al Estado central, excepto los de endeudamiento público.

**Tabla 1. Mitigación frente a la IA aplicada a los Sistemas de Justicia**

PROVINCIA	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO
El Oro	224	240	533	546
Guayas	1700	4853	10945	2350
Los Ríos	286	257	624	426
Manabí	530	485	1342	1017
Pichincha	1143	1080	1249	1507

Fuente: Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación de Ecuador, al 31 de mayo 2020.

de personas contagiadas; 3.358 personas fallecidas, previa verificación de contagio, y 2.154 muertes probables por COVID-19 (El Universo, 2020). Sin embargo, se puede aseverar que tanto el número de personas contagiadas, como el de fallecidas es mayor a las cifras oficiales. La afirmación sobre personas fallecidas se aprecia al comparar los registros de defunciones inscritas en el Registro Civil, durante los meses de: febrero, marzo, abril y mayo de 2020 en las provincias más afectadas, tales como: El Oro, Guayas, Los Ríos, Manabí y Pichincha.

El cuadro precedente evidencia la marcada diferencia en el número de personas inscritas en el Registro Civil de Ecuador como fallecidas, antes y durante la pandemia. Así, por ejemplo: en la provincia del Guayas, en febrero fueron registradas 1.700 personas, en tanto que, en abril 10.945 y en mayo 2.350. En Manabí se registran: en febrero 530 personas fallecidas, mientras que en abril 1.342 y en mayo 1.017. Esta información del órgano público facultado para inscribir nacimientos, matrimonios y fallecimientos, difiere en forma significativa respecto a la información oficial en cuanto al número de personas fallecidas por COVID-19 en el Ecuador.

La propagación del coronavirus evidenció la crisis del sistema sanitario público y privado ecuatoriano, aparentemente fortalecido en los últimos años. La

organización del sistema, cuanto los equipos, materiales y herramientas resultaron insuficientes para prevenir y afrontar una pandemia tan agresiva como es la COVID-19. Al punto que, en abril los hospitales de la provincia del Guayas colapsaron, la recolección y depósito de cadáveres en los cementerios ocurrió con retrasos, generó angustia y desesperación entre los familiares de las personas contagiadas, el gobierno tuvo que organizar una ardua labor para recoger los cadáveres en la ciudad de Guayaquil, y garantizar así el derecho a la dignidad humana durante la muerte de las personas.

Quito, la ciudad capital del Ecuador, también presentó altos índices de personas contagiadas, en buena medida, debido a frecuentes aglomeraciones motivadas en razones laborales y, de relaciones sociales, si bien, el número de fallecidos no resulta alarmante, pero, no por ello es indiferente, la preocupación ciudadana se mantiene álgida debido a la manifiesta dificultad para controlar la propagación del virus.

Todas las provincias fueron ubicadas en un primer momento en semáforo rojo por parte del Comité de Operaciones de Emergencia (COE) Nacional; Sin embargo, la decisión de cambiar al color amarillo o verde<sup>4</sup> corresponde adoptar, en primer

4. El Comité de Operaciones de Emergencia adoptó el sistema de semaforización por provincias y cantones; en virtud del cual, el semáforo en rojo implica alto riesgo

lugar, a cada COE Cantonal presidido por el alcalde del respectivo cantón y ratificada por el COE Nacional, una especie de consulta y responsabilidad compartida.

Por otra parte, la crisis económica ecuatoriana, existente desde antes de la pandemia, se acrecentó debido a la paralización de las actividades económicas y productivas dado el confinamiento obligatorio. La pérdida de empleos públicos y privados es el resultado de la drástica reducción de los ingresos tributarios y petroleros en el sector público, y de las ventas en el sector privado.

Ecuador es uno de los países latinoamericanos más afectados en su economía, debido al gasto público superior a los ingresos, el excesivo endeudamiento interno y externo; así como la eliminación y consumo de los ahorros provenientes del fondo petrolero, lo que impidió la atención satisfactoria de las necesidades originadas durante la crisis sanitaria. La abatida economía nacional se agrava por la disminución de la actividad productiva y comercial en el sector privado.

El Fondo Monetario Internacional (FMI) aprobó una línea de crédito flexible para Colombia por el valor de 10.800 millones de dólares, 11.000 millones para el Perú y 23.930 millones para Chile, mientras que para el Ecuador fue de 643 millones de dólares. La diferencia entre los valores monetarios se sustenta en el grado de confianza en el manejo de las finanzas públicas y la cantidad disponible de fondos ahorrados por cada país.

Desde el 16 de marzo hasta el 31 de mayo de 2020, el confinamiento ha ocasionado pérdidas acumuladas de USD 15.863 millones de dólares, de los cuales, una parte sufrió el sector productivo privado paralizado en un

setenta por ciento, en especial el comercio, seguido de servicios y manufactura. También, fue afectado el sector petrolero debido a la rotura de dos oleoductos y la baja del precio del barril de petróleo. La agricultura, agroindustria, exportaciones y medicinas también fueron afectadas, pero, en menor medida, esto es, en un cuatro por ciento en conjunto (El Comercio, 2020).

Además de la crisis sanitaria y económica descritas, durante la pandemia, se evidenció otra crisis: la ética dentro del servicio público en colusión con empresas privadas. Los actos de corrupción en la adquisición de insumos médicos, alimentos e infraestructura hospitalaria descubiertos por periodistas de investigación, motivaron la auditoría a cargo de la Contraloría General del Estado (CGE) e investigaciones de la Fiscalía General del Estado (FGE). Tales conductas provocan una sensación generalizada de desconfianza en las instituciones públicas, lo cual amerita prontas y pertinentes medidas legislativas y de política pública, conforme se analizará más adelante.

Frente a la escalada de actos de corrupción denunciados durante la vigencia del estado de excepción decretado el 16 de marzo de 2020, el 01 de junio de 2020 la FGE hizo pública la decisión de conformar una fuerza de tarea multidisciplinaria, con el propósito esencial de fortalecer las capacidades técnicas, investigativas y operativas de la Unidad Nacional de Transparencia y Lucha contra la Corrupción. Los resultados fueron inmediatos. Bajo la dirección de aquella fuerza de tarea, la FGE allanó domicilios, detuvo a un expresidente de la república, un prefecto provincial, un asambleísta en funciones, entre otros funcionarios públicos procesados penalmente.

En el marco de este desolador contexto nacional, se presentó esta investigación analítica sobre el diseño y coordinación institucional, las decisiones legislativas y el control de la Corte Constitucional a las actuaciones para enfrentar la crisis sanitaria, económica y social en el Ecuador; para concluir con propuestas de ensayo encaminadas a prevenir, más que a sancionar,

---

a la salud debido a la contaminación del coronavirus, se mantienen suspendidas las actividades públicas y privadas, la movilización es restringida, entre otras medidas extremas; el color amarillo, consiste en que el riesgo es mediano, por tanto se autorizan ciertas actividades públicas y privadas, disminuye la restricción a la movilidad; y, el color verde, implica que el peligro está superado y retornan las actividades a la normalidad.



actos reñidos con la moral pública: la corrupción.

## 2. SISTEMA DE GOBIERNO PRESIDENCIAL

El sistema de gobierno presidencial surge en la Constitución de los Estados Unidos de América, aprobada por los constituyentes de Filadelfia el año de 1787<sup>5</sup>, el mismo que se expandió por toda América, con matices que los diferencian. El Ecuador adoptó este sistema desde su constitución como Estado, en el año 1830 (Oyarte, 2014, 293). Por tanto, resulta pertinente analizar variables del sistema presidencial, con énfasis en el Ecuador.

La república surge y se consolida a partir de la Revolución Francesa de 1789. Se accede al poder político mediante elección popular; por períodos fijos y alternados. Por regla general el gobierno es descentralizado y delimitado por el ordenamiento jurídico al que se subordinan gobernados y gobernantes, estos últimos, tienen la obligación de rendir cuentas de sus actos y son responsables por las acciones u omisiones durante su gestión.

La república es una forma de gobierno, caracterizada por la división de las funciones del Estado y su régimen político de elección, representación, participación, alternancia y responsabilidad (Borja, 2010, 97). Es la antítesis de la monarquía absoluta, del viejo régimen, en la cual el poder es hereditario y vitalicio, todas las facultades las concentra el gobernante, su voluntad es superior al ordenamiento jurídico. El gobernante toma el nombre de rey o monarca.

En el sistema presidencial, el jefe del Estado es al mismo tiempo jefe de Gobierno, elegido por el pueblo, en forma directa o indirecta, para un período predeterminado; nombra o sustituye libremente a los miembros del gabinete y dirige el Ejecutivo; por tanto, el acceso y permanencia en el ejercicio del poder político no dependen de

la mayoría parlamentaria (Sartori, 2003, 98). También, se define como el sistema en el cual el presidente es siempre jefe del Ejecutivo, elegido por votación popular directa o indirecta y, su período -igual que el fijado para los legisladores- es fijo (Mainwaring y Shugart, 2002). En consecuencia, tanto el presidente como los legisladores tienen origen democrático, elegidos mediante sufragio universal, directo y secreto.

La elección indirecta ocurre en los Estados Unidos de América. Consiste en que los electores, mediante sistema de representación por mayoría, eligen grandes electores en igual número que senadores y representantes por cada Estado, encargados de elegir al presidente y vicepresidente de la federación. Por lo general, quien obtiene mayoría de votos populares alcanza el mayor número de grandes electores, con excepción de los años 1876, 1888 y 2000, en que el Colegio Electoral superó al número de votos alcanzados por la organización política triunfante (Oyarte, 2014, 304).

En América Latina, la elección indirecta combinada con voto censitario prevaleció durante el siglo XIX. Para entonces, los encargados de designar autoridades eran quienes obtenían la condición de electores: pequeños grupos de personas adineradas e influyentes, con quienes el candidato debía consensuar para obtener el apoyo de la mayoría absoluta que para entonces imperaba. El Ecuador aplicó ese procedimiento hasta el año 1852. Los ciudadanos de cada parroquia, reunidos en asamblea parroquial, escogían electores del cantón, quienes conformaban la asamblea provincial para designar a los diputados provinciales; finalmente el Congreso Nacional elegía al presidente de la república y en algunos casos, calificaba la elección de nuevos diputados y senadores (Grijalva, 1998, 61).

En la actualidad, la mayoría de países de América, eligen presidente en forma universal, directa y secreta. Es decir los ciudadanos empadronados consignan su voto por el candidato de su preferencia, entre los propuestos por las organizaciones

---

5. Al respecto el artículo 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América determina que "Se deposita el poder ejecutivo en un presidente de los Estados Unidos de América".

políticas competidoras, y no a través de grandes electores.

Entre los elementos característicos que distinguen al sistema de gobierno presidencial, en términos generales y adecuados a nuestra realidad, destacan los siguientes:

**a)** El presidente de la república es electo por el pueblo en forma directa o indirecta, para un período fijo. La legislatura no interviene en su elección o conclusión de funciones. Tanto el acceso como la permanencia en el poder no dependen de la voluntad legislativa.

**b)** La potestad ejecutiva es responsabilidad del presidente de la república, dotado de facultades propias de jefe de Estado y jefe de Gobierno.

**c)** El presidente nombra y remueve a los ministros-secretarios de Estado, cuya permanencia no requiere de la confianza del parlamento.

**d)** Tanto el presidente como sus ministros-secretarios de Estado no pueden ser legisladores, debido a la incompatibilidad con la facultad fiscalizadora.

**e)** El presidente no puede disolver la Función Legislativa, pero ésta puede censurar y destituir al jefe del Ejecutivo, en los casos previstos en la Constitución.

**f)** El presidente participa en el proceso de formación normativa. Tiene iniciativa legislativa, sanciona o veta las leyes; y, puede convocar a consulta popular.

Con fundamento en las características anotadas se puede afirmar que el principio de división de funciones, o equilibrio de poderes tiende a ser más claro en el sistema presidencial, en especial por la independencia de funciones originada en que, tanto el presidente como los legisladores, son electos por el pueblo para un período fijo y gozan de legitimidad democrática; pero, entre ellas deben existir necesarios vínculos de colaboración y cooperación para alcanzar los fines esenciales del Estado.

Tales características se oponen a las del sistema de gobierno parlamentario, en el que predomina el parlamento. La jefatura de Estado la ejerce un monarca o la persona

elegida por el pueblo; mientras que la jefatura del Gobierno la cumple quien cuente con apoyo de la mayoría parlamentaria que interviene en la formación del gabinete. En cuyo caso, el acceso y permanencia del jefe de Gobierno y del gabinete dependen del apoyo de la mayoría parlamentaria. El tiempo de permanencia en el poder es indeterminado.

Las condiciones óptimas para la eficacia del gobierno en un sistema presidencial es un gobierno unido; que cuente con el apoyo de la mayoría parlamentaria, sin embargo, cuando carece de respaldo, la indisciplina en los partidos políticos facilita llegar a acuerdos para aprobar leyes, lo que se convierte en una válvula de seguridad del presidencialismo (Sartori, 1999).

El gobernante del Ecuador desde el año 2008<sup>6</sup> hasta el 2017 contó con suficiente apoyo parlamentario para aprobar las leyes de su interés, cuya relación entre Ejecutivo y Legislativo es discutible debido a los rasgos de subordinación antes que, de coordinación, bajo la justificación del interés superior de realizar el proyecto político en marcha.

La débil relación de poder entre el Ejecutivo y el Legislativo conlleva a la búsqueda de acuerdos necesarios sobre temas de carácter legislativo. Por desgracia, no escapan acuerdos económicos indeseables, atentatorios a la ética y la moral pública, cuyos escándalos de corrupción constituyen poderosas armas contra el sistema democrático y sus instituciones. Ecuador, no está exento de esa lamentable realidad.

## 2.1 Tipos de sistemas presidenciales

Así como existen distintos tipos de sistemas de gobierno: presidencial, parlamentario, semipresidencial, el sistema presidencial tiene distintas clasificaciones

---

6. Si bien, el gobierno del expresidente Rafael Correa Delgado inició el 15 de enero del año 2007, al no haber postulado candidatos al Congreso Nacional no tuvo representación parlamentaria, sino a partir de la Asamblea Constituyente de Montecristi, cuando inició la tarea de redactar una nueva Constitución, el 29 de noviembre de 2007 y concluyó el 25 de octubre de 2008.

según los autores. Karl Loewenstein diferenció entre presidencialismo puro, atenuado y parlamentarismo aproximado (Loewenstein, 1949). Por su parte, Carpizo distingue, desde una perspectiva de la realidad político-constitucional, entre presidencialismo hegemónico, equilibrado y débil (Carpizo, 2007, 194). En tanto que, según la tipología propuesta por Basabe y seguida por Salgado, el presidencialismo se integra por dos dimensiones analíticas: la primera, según la capacidad política derivada de las competencias y facultades atribuidas al presidente; y la segunda, se relaciona con los poderes contextuales (Valdivieso y Rivera, 2015, 144).

El mayor o menor poder político atribuido al presidente de la república es visto como motivador de estabilidad. En esencia, se refiere a la capacidad para ejecutar la agenda política o programa de gobierno, es lo que Shugart y Carey llaman poderes legislativos y no legislativos (Shugart y Carey, 1991). Mientras que, los poderes contextuales consisten en la legitimidad o apoyo popular y parlamentario a la gestión presidencial que le permite mayor o menor capacidad de maniobra sobre los actores críticos al régimen.

Los gobiernos con poco respaldo popular hacen concesiones, a veces contrarias a su propuesta de gobierno; se ven forzados a preocuparse no solo por cumplir sus deberes, sino de mantenerse en el poder. En tanto que, los gobiernos con amplio respaldo popular reducen las protestas, gozan de capacidad para minimizar los impactos de la opinión pública crítica y, como consecuencia, tienen mayor capacidad para aprobar leyes y ejecutar su plan de gobierno.

El conjunto de poderes políticos y contextuales, desde la perspectiva de Basabe, Valdivieso y Rivera (Valdivieso y Rivera, 2015), permite clasificar al sistema de gobierno presidencial en: presidencialismo impotente, débil, moderado y fuerte, este último denominado también hiperpresidencial.

Al presidencialismo impotente le caracterizan diseños institucionales con pocas herramientas para la gestión, además de contar con escaso respaldo legislativo y mínimo apoyo popular; el gobernante necesita negociar los contenidos legislativos y ceder espacios de poder a la oposición política o social. El escaso margen de actuación gubernamental debido a las pocas facultades y competencias previstas en la Constitución limitan la capacidad para prestar servicios públicos y sociales considerados primordiales en beneficio de los habitantes del territorio nacional.

El resultado es la inestabilidad política e incoherencia de las políticas públicas. En el gobierno impotente, los gobernantes se preocupan más por mantener el poder, que por gobernar. Así, el tipo de gobierno impotente resulta indeseable debido a la ineficacia para promover mejoras económicas y sociales, en especial de las personas más pobres, carentes de autosuficiencia para acceder a la educación, salud, vivienda, alimentación; es decir, a condiciones mínimas de vida digna.

El sistema presidencial débil ofrece diseños institucionales con suficientes herramientas de gestión gubernamental, pero con mínimo respaldo legislativo y baja aceptación popular; es decir, si bien cuenta con poderes políticos adecuados, carece de los contextuales, tiene dificultad para aplicar su plan de gobierno si no considera los problemas sociales y económicos predominantes en la coyuntura. El escaso apoyo legislativo dificulta aprobar las leyes, el deterioro del respaldo popular genera conflictos, con la consecuente inmovilidad y bloqueos que impiden ejercer un buen gobierno.

Antes del año 2007, el Ecuador enfrentó conflictos sociales, huelgas de trabajadores, movilizaciones indígenas y otras formas de protesta acompañadas de alta inestabilidad política, cuyo resultado fue que tres presidentes de la república, electos democráticamente, en forma sucesiva, no concluyan el período de gobierno. En octubre de 2019 se produjo un fuerte y violento

levantamiento indígena, acompañado de transportistas y trabajadores, con intentos desestabilizadores que no concluyó con el derrocamiento del presidente.

En el presidencialismo moderado pueden coexistir varias combinaciones: (i) gobierno con amplio respaldo popular, con mayoría legislativa, pero pocas herramientas formales para gobernar; (ii) gobierno con amplias competencias y facultades, poco respaldo legislativo y amplio respaldo popular; y (iii) gobiernos con amplias capacidades formales para actuar, suficiente respaldo legislativo, pero impopular. Por tanto, debe sortear dificultades. Los gobiernos tienden a ceder a sectores políticos y sociales afines, sin considerar a los opuestos, si carecen de apoyo legislativo gobiernan por decreto o acuden a la consulta popular para legitimar decisiones o para aprobar leyes.

El actual presidente del Ecuador cuenta con amplias facultades determinadas en la Constitución. Al acceder al poder, el 24 de mayo de 2017, obtuvo mayoría legislativa, sin embargo, las diferencias con el gobierno que le precedió, provocaron la división del bloque oficialista. Por lo que, el gobierno, con cierta dificultad, ha concertado acuerdos políticos y textos legislativos con bancadas independientes y de otras fuerzas políticas para aprobar las leyes de su iniciativa y evitar enjuiciamientos políticos.

Con referencia al apoyo popular, según la encuestadora Cedatos-Gallup, al iniciar el cuarto y último año de gobierno, el nivel de aprobación del presidente equivale al 18.7% y su credibilidad al 14.7% (El Universo, 2020); mientras que, la encuestadora Click Report, en febrero de 2020, aseguró que el 7.99% de la población calificó de buena gestión y el 7.72% cree en la palabra del presidente (Expreso, 2020), el apoyo popular es escaso.

El alto endeudamiento interno y externo heredado y acentuado, la escasa inversión privada nacional y extranjera, así como los bajos precios del barril de petróleo, entre otras causas influyentes en los escasos ingresos del Presupuesto General del Estado,

tienen incidencia directa en el bajo nivel de aprobación y credibilidad del presidente de la república y su gobierno.

Por lo expuesto, se puede afirmar que el gobierno ecuatoriano mantiene: a) amplias competencias y facultades constitucionales; b) carece de mayoría legislativa del partido gobernante, pero, aún con dificultad, sus propuestas legislativas son aprobadas; y, c) las encuestas evidencian poco respaldo popular; en cuya virtud necesita hacer concesiones; tal es el caso de la eliminación de la tabla de contribuciones de los servidores públicos y aportes de las empresas privadas para que pase el proyecto de Ley de Apoyo Humanitario, calificado de económico urgente, tramitado durante la crisis sanitaria. Esta realidad permite afirmar que se trata de un gobierno moderado.

En tanto que, en el gobierno fuerte, denominado hiperpresidencial, coexisten tres condiciones favorables: a) amplio catálogo de competencias y facultades formales para actuar; b) mayoría legislativa favorable al gobierno; y, c) vasto respaldo popular, que le permite materializar el plan de gobierno sin mayor dificultad, los bloqueos políticos o sociales se reducen a su mínima expresión. Basta acordar al interior del partido o partidos gobernantes para aprobar y ejecutar las leyes y las políticas públicas.

Estos gobiernos, frecuentemente se niegan a escuchar las voces de sectores políticos o sociales disímiles, se dan casos de persecución o limitación de las opiniones críticas al gobierno; y, los sectores políticos, sociales, económicos o de cualquier naturaleza, nacionales o extranjeros, contradictorios son blanco de ataques o exclusiones, con el riesgo frecuente de caer en la intolerancia política, hasta llegar a desgastar el apoyo popular (Valdivieso y Rivera, 2015, 145).

La concentración de poderes jurídicos y fácticos en el primer mandatario de una nación, en menoscabo de la función Legislativa, Judicial y de los gobiernos locales, por lo que, resulta necesario agrupar

un conjunto de instituciones políticas relacionadas, directa o indirectamente, con la intervención del Ejecutivo producen, como efecto característico, un sistema político hiperpresidencial (Nino, 2013, 570).

El gobierno del Ecuador, desde el 2008 hasta el 2017 contó con amplios poderes políticos y contextuales descritos en líneas anteriores, por lo que, claramente se inscribe en el tipo de gobierno fuerte o hiperpresidencial.

## **2.2 DISEÑO HIPERPRESIDENCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008**

La Constitución de la República del Ecuador 2008 mantiene la tradición ecuatoriana y americana al prever un sistema de gobierno presidencial. Se inscribe en sus características esenciales al prescribir que “La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública”<sup>7</sup>.

Las atribuciones y deberes constitucionales (art. 147 y 418) fijados para el presidente de la república, relativas a la definición de la política exterior, suscripción y ratificación de instrumentos internacionales; el ejercicio de la máxima autoridad de las Fuerzas Armadas; velar por la soberanía e independencia del Estado; y, dirigir la defensa nacional, son inherentes a la condición de jefe de Estado.

Además, tiene facultad para definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva; proponer el Plan Nacional de Desarrollo para su aprobación; dirigir la administración pública en forma desconcentrada; crear, modificar o suprimir ministerios y entidades públicas; nombrar y remover a los ministros-secretarios de Estado y otros funcionarios; y, velar por

el orden y seguridad son inherentes a la condición de jefe de Gobierno.

De la misma forma, los artículos: 135, 138, 139, 140, 147 y 148 de la Constitución le confieren competencias en materia legislativa: a) iniciativa legislativa general y exclusiva para crear, modificar o suprimir impuestos, aumentar el gasto público o modificar la división político-administrativa del país; b) sancionar o vetar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional; c) declarar la urgencia de ciertos proyectos en materia económica; d) ejercer potestad reglamentaria derivada y autónoma; e) convocar a períodos extraordinarios de sesión de la Asamblea Nacional para que trate asuntos específicos; y, f) expedir decretos-leyes de urgencia económica, previo control de constitucionalidad, cuando haya resuelto disolver la Asamblea Nacional.

Conforme a los artículos: 147.14, 441, 442 y 444, *ibidem*, el presidente puede convocar a consulta popular sobre temas de interés nacional que estime conveniente o para enmendar la Constitución, mediante referéndum directo o ratificatorio de un proyecto de reforma parcial o para integrar una asamblea constituyente que tenga como finalidad proponer un nuevo texto constitucional.

Según los artículos 208.10 y 434 de la Constitución, también interviene indirectamente en la designación del procurador general del Estado y superintendentes, mediante ternas definidas con criterio de especialidad y mérito, seleccionados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Las Superintendencias son órganos de vigilancia, supervisión y control, creados por la ley. Además, presenta candidatos para integrar la Corte Constitucional.

Como resultado de haber destituido -al margen de la Constitución- a tres presidentes elegidos democráticamente, en menos de una década, los artículos 130 y 148 de la Constitución, buscan equilibrar el poder mediante la muerte cruzada. Es decir, si la Asamblea Nacional puede destituir al

---

7. Así prevé el artículo 141 de la Constitución de la República del Ecuador, elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente y que, sometida a referéndum, obtuvo el respaldo del 63.93% de los votantes. Se encuentra publicada en Quito: Registro Oficial Nro. 449, del 20 de octubre de 2008.

presidente, el jefe de Estado puede disolver la Asamblea Nacional, cuyas causales son: arrogación de funciones, grave crisis política y conmoción interna, para la disolución legislativa se añade la obstrucción reiterada e injustificada de la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo por parte de la Función Legislativa.

El artículo 147.18 de la Constitución le atribuye, en materia judicial: indultar, rebajar o conmutar penas privativas de libertad. El indulto incide en la remisión o perdón de la pena, la rebaja implica disminuir el tiempo de privación de la libertad resuelta por el juez; la conmutación consiste en modificar o cambiar la sanción impuesta. En cualquier caso, afecta o modifica la decisión judicial. El presidente debe ofrecer razones justificativas excepcionales, aunque la Constitución no determine limitaciones.

Una vez descritas, en términos generales, las competencias y facultades que la Constitución ecuatoriana de 2008 atribuye al presidente de la república, y al compararlas con las aprobadas en 1979 y 1998, según la tabla de puntuaciones definida por Valdivieso y Rivera, que por razones de espacio no se desarrollan en este aporte, se concluye que las aprobadas en 1979 y 1998 corresponden al tipo de presidencialismo moderado; en tanto que, las del 2008 al presidencialismo fuerte o hiperpresidencial.

### **3. RELACIONES INSTITUCIONALES PARA ENFRENTAR LA CRISIS SANITARIA EN ECUADOR**

Conforme a los artículos 3.1, 32 y 261.6 de la Constitución y los artículos 6 y 9 de la Ley Orgánica de Salud, corresponde al Estado central, por intermedio del Ministerio de Salud Pública, ejercer la competencia para definir la política nacional y prestar los servicios de promoción y atención integral de salud, observando los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficacia, eficiencia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional, por tanto, al Estado le corresponde garantizar, sin discriminación alguna, el derecho a la salud.

El primer caso verificado de coronavirus en el Ecuador, fue diagnosticado el 28 de febrero de 2020 e informado a la ciudadanía mediante cadena nacional, al día siguiente. La primera paciente fue una mujer adulta mayor ecuatoriana, quién llegó a la ciudad de Guayaquil, proveniente de España, el 14 de febrero del mismo año. El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), por intermedio de su director general declaró al brote del coronavirus como pandemia global y solicitó a los países intensificar las medidas preventivas para mitigar su propagación, proteger a las personas, trabajadores de la salud y para salvar vidas humanas.

La ministra de Salud Pública, mediante Acuerdo Ministerial No. 00126-2020, de 11 de marzo de 2020, declaró el estado de emergencia sanitaria en todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud, para prevenir un posible contagio masivo en la población. Ordenó que la Red Pública de Salud priorice los recursos económicos, de talento humano y adopte las medidas necesarias para afrontar la emergencia. Las circunstancias obligaron a adoptar medidas preventivas para evitar la propagación de contagios, proteger la salud y la vida de las personas contagiadas por el coronavirus, tales como la cuarentena obligatoria o aislamiento social (Acuerdo Ministerial, 2020).

En cuanto a la potestad para declarar el estado de emergencia sanitaria, existe una aparente contradicción entre el numeral 11 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Salud, que faculta al Ministerio de Salud para solicitar la declaratoria de tal estado, sin determinar qué autoridad tiene facultad para tal efecto, con la disposición prevista en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que faculta al ministro de Estado para “emitir resolución motivada que declare la emergencia”.

El propósito de declarar la situación de emergencia radica en contratar de manera directa, rápida, inclusive con empresas extranjeras sin exigir el requisito de domiciliación y bajo la responsabilidad de

la máxima autoridad, las obras, los bienes y servicios estrictamente necesarios para superar la causa que la origina, en este caso, la crisis sanitaria, amenazante de los derechos a la salud y la vida, para lo cual, las instituciones del Estado pueden modificar el presupuesto para fijar los recursos económicos, materiales y talento humano necesario.

Conforme al artículo 24 del Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, el 13 de marzo de 2020, se activó el (COE), que opera bajo el principio de descentralización subsidiaria previsto en el artículo 390 de la Constitución; esto es, que la gestión de riesgos implica la responsabilidad directa de las instituciones dentro de su ámbito geográfico (Reglamento 2010).

Los gobiernos municipales, en uso de la facultad legislativa atribuida en el artículo 240 de la Constitución, expidieron ordenanzas para obligar a usar mascarillas, mantener una distancia de dos metros entre sí, regular la circulación vehicular urbana, acceder a mercados y centros de abasto, suspender actividades no esenciales, entre otras. La inobservancia conlleva a sanciones pecuniarias, clausura de negocios y a otras acciones, para asegurar la eficacia normativa.

Conforme consta en el contexto de este artículo, el COE Nacional definió cambiar la orden de aislamiento total hacia el distanciamiento social con base en un mecanismo de semaforización: rojo, amarillo y verde, cuya decisión de fijar el color, con sus efectos predeterminados, corresponda a los COE cantonales presididos por el alcalde, tal capacidad decisoria se sustenta en el conocimiento cercano de la realidad viviente de cada localidad, además de contar con información técnica proporcionada por las autoridades, en el ámbito de sus competencias, decisión que debe ser refrendada por el COE Nacional para efectos de la necesaria coordinación interinstitucional e intersectorial.

### **3.1 ROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: CONTROL DE**

## **LA ACTIVIDAD NORMATIVA DE EXCEPCIÓN**

El presidente, en uso de la facultad conferida en el artículo 164 constitucional, el 16 de marzo de 2020 expidió el Decreto Ejecutivo No. 1017, en el cual declaró el estado de excepción por calamidad pública en el territorio nacional, dados los casos de coronavirus confirmados y la declaratoria de la pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que advierten alto riesgo de contagios que causarían efectos adversos a los derechos a la vida, salud y convivencia pacífica, por un período de sesenta días.

Dicho Decreto dispone: a) la movilización institucional para coordinar esfuerzos en el marco de sus competencias; b) la suspensión del ejercicio del derecho a la libertad de tránsito, así como al de asociación y reunión, cuyas restricciones deban ser reguladas por el COE Nacional para prevenir la generación de contagios en el desarrollo de actividades habituales; c) declara el toque de queda en los términos que disponga el COE Nacional; d) restringe la libertad de tránsito y movilidad a nivel nacional, con excepción de los sectores que contribuyan a mitigar los efectos de la pandemia: proveer de alimentos, medicamentos, combustibles y la prestación de servicios públicos; e) suspende la jornada presencial de trabajo y de estudios en todos los niveles; entre otras órdenes.

El estado de excepción, al que se conoce con la denominación: estado de emergencia, estado de sitio, facultades extraordinarias con las diferencias que caracterizan en cada caso “es la institución creada para enfrentar lo que Jean Rivero denomina “hipótesis de peligro público” y que autoriza a concentrar poderes en una autoridad, limitar ciertos derechos o, en general, adoptar medidas que no se admiten en circunstancias normales” (Aguilar, 2010, 61).

Por su parte, la Corte Constitucional ecuatoriana, sostiene que “El estado de excepción... implica un mecanismo o medio que contempla el propio Estado constitucional para afrontar una circunstancia extraordinaria que desborda

la normalidad, superando a las alternativas de implementación y a los mecanismos de intervención que el ordenamiento jurídico prevé de manera ordinaria” (Dictamen No. 1-20-EE/20, par. 7).

La limitación de derechos no es total sino relativa. Así, la disposición de quedarse en casa no equivale a privar la libertad, sino que existen excepciones: a) para adquirir alimentos o medicinas puede salir una persona por familia; b) para cumplir actividades laborales relacionadas con sectores estratégicos, prestación de servicios públicos esenciales y otras similares, las personas pueden movilizarse dentro de horarios restringidos. La prohibición de mantener reuniones fue desatendida, al punto que el 25 de mayo los trabajadores y estudiantes realizaron manifestaciones públicas, contra las medidas legislativas y económicas, en varias ciudades del país.

Precisa destacar que las condiciones económicas de las familias de escasos recursos económicos impiden mantener el confinamiento por un tiempo prolongado. Dada la carencia de medios necesarios y suficientes para atender elementales necesidades para su subsistencia, en especial las personas dedicadas al trabajo informal o de subempleo, se vieron compelidas a salir a la calle, siendo esa su única opción.

El 17 de marzo de 2020 ingresa a la Corte Constitucional, el Decreto Ejecutivo No. 1017 para el control de constitucionalidad conforme a los artículos 166 y 436.8 de la Constitución, a fin de evitar actuaciones desmedidas que afecten derechos. La Corte, mediante dictamen No. 1-20-EE/20, de 19 de marzo de 2020, justificó la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, emitió dictamen favorable de constitucionalidad y dispuso que el Estado dicte medidas para proteger a los ciudadanos en condición de riesgo y observe las limitaciones pertinentes para evitar excesos.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1052, de 15 de mayo de 2020, se renueva el estado de excepción por treinta días adicionales; y, la Corte Constitucional, mediante Dictamen No.

2-20-EE/20, de 22 de mayo de 2020, emitió dictamen favorable de constitucionalidad, con exhortos y disposiciones jurisdiccionales para garantizar los derechos a: la salud, educación y conectividad, al trabajo, de los pueblos indígenas, de personas en situación de movilidad humana, de personas privadas de libertad, de protección por violencia contra mujeres; además, resalta la necesidad de observar la transparencia en los procesos de contratación pública y advierte la responsabilidad de los servidores públicos por acciones u omisiones dolosas, en las que incurran durante la vigencia del estado de excepción.

### **3.2 ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN EL MARCO DE LA PANDEMIA**

El presidente presentó dos proyectos de ley calificados de económico-urgentes, denominados: Ley de Apoyo Humanitario y Ley de Ordenamiento de las Finanzas Públicas. La primera tiene por fin dotar, a la administración pública, de los instrumentos normativos para combatir la crisis sanitaria; y, la segunda, ofrecer herramientas jurídicas para regular los ingresos públicos, el gasto, los préstamos gubernamentales y las tarifas de bienes y servicios.

Precisa destacar que, conforme al artículo 135 del texto constitucional, el presidente tiene iniciativa legislativa privativa cuando se trate de crear, modificar o suprimir impuestos, o para aumentar el gasto público. Además, el artículo 140 *ibidem* le autoriza enviar, a la Asamblea Nacional, proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica a ser aprobados, modificados o negados en el plazo máximo de treinta días contados desde su recepción. La calificación de urgencia puede hacerse a un proyecto mientras se discute en la Asamblea Nacional, excepto en casos de estado de excepción. Si la Asamblea Nacional no lo aprueba, ni niega el proyecto, en el referido plazo, corresponde promulgar como decreto-ley y publicar en el Registro Oficial.

La Asamblea Nacional aprobó, con dificultades y la cantidad mínima de votos favorables, los dos proyectos de ley referidos que, se espera, permitan mejorar



las condiciones económicas y sanitarias del país. Cabe destacar que tanto las comisiones legislativas, cuanto el pleno de la Asamblea Nacional, sesionan de manera regular vía telemática, para cumplir los plazos fijados en la Constitución y para tratar otros temas de su agenda, tal como resolvió el Consejo Administrativo de la Legislatura mediante Reglamento para la implementación de las sesiones virtuales y el teletrabajo emergente en la Asamblea Nacional.

La gravedad de la crisis económica obliga al Gobierno central a reducir el tamaño del Estado mediante fusión o eliminación de instituciones y empresas públicas, no renovar contratos de servicios ocasionales, terminar nombramientos provisionales y suprimir puestos en el sector público. Asimismo, la paralización de la actividad productiva y baja del precio del petróleo reduce los ingresos permanentes y no permanentes del Presupuesto General del Estado, por lo que reducirán asignaciones a los gobiernos autónomos descentralizados y otras entidades.

Reducir el gasto público no será suficiente para equilibrar las finanzas públicas; por tanto, el Estado requiere acudir a más endeudamiento con organismos multilaterales de crédito y gobiernos amigos; así se anunció que, en uso de la facultad constitucional, dispondrá el pago anticipado del impuesto a la renta por parte de personas con ingresos mensuales superiores a cinco mil dólares y las empresas privadas no afectadas durante la pandemia, a fin de obtener ingresos para cubrir parte del déficit presupuestario; y, mediante Decretos Ejecutivos 1041 y 1947 dispuso el aporte equivalente al cincuenta por ciento de la remuneración mensual del presidente (USD 5.072 a 2.536), vicepresidente de la república (USD 4.869 a 2.434), ministros (USD 4.436 a 2.231) y viceministros hasta el 24 de mayo de 2021, fecha en la que termina el período de su mandato.

El Ecuador enfrenta una constante afectación a los recursos económicos del Estado. Si bien los procesos de contratación de obras o adquisición de bienes cumplen

las formalidades previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamentación, existen frecuentes denuncias por irregularidades en el valor contratado, mala calidad de los productos o no recepción de lo contratado y pagado con fondos públicos.

El Tribunal Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el caso denominado “sobornos 2012-2016”, el 7 de abril de 2020 dictó sentencia condenatoria a ocho años de prisión e indemnización por el valor de USD 14'745.297,00, no ejecutoriada, contra un expresidente, un exvicepresidente, varios exministros-exsecretarios de Estado, exfuncionarios de alto nivel gubernamental y contratistas privados. Por otros casos, relacionados con actos de corrupción en PETROECUADOR EP, se encuentran privados de libertad el mismo exvicepresidente, un exministro, exgerentes de PETROECUADOR EP y más exfuncionarios públicos.

Durante la crisis generada por la pandemia, varios hospitales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) se encuentran intervenidos y la Fiscalía General del Estado (FGE) investiga posibles adquisiciones irregulares de medicinas e insumos médicos. Hospitales del Ministerio de Salud se encuentran bajo investigación por presuntos actos de corrupción denunciados en procesos de contratación de obras (Hospital básico de Pedernales), compra de fundas o bolsas plásticas para personas fallecidas e insumos médicos. La Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos (SNGR) también enfrenta una investigación por sobrepagos en la adquisición de alimentos destinados a personas de escasos recursos económicos.

Dependencias municipales de Quito, Guamote, Milagro y otros, así como de las prefecturas de Guayas y Pichincha, además de domicilios de funcionarios y exfuncionarios, incluido otro expresidente, también fueron allanados o se encuentran en etapa de investigación por parte de la FGE, debido a denuncias públicas por presuntos sobrepagos en la adquisición de pruebas para detectar contagios del coronavirus,

mascarillas y otros insumos destinadas a la protección ciudadana frente a la pandemia.

Según un estudio de Transparencia Internacional, difundido en enero de 2020, el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), en Ecuador fue de 32 y se ubica en el puesto 11 de los 18 países latinoamericanos y 93 de los 180 analizados (El Telégrafo, 2020). Por tanto, la percepción sobre la corrupción en Ecuador es preocupante.

Los hechos relacionados con actos de corrupción, cometidos antes y durante la pandemia, causan la impresión de que se trata de un mal generalizado y forma parte del sistema político y de gestión pública; en el modelo de Estado constitucional, la promoción y protección de derechos es prioridad del Estado. La corrupción, además de constituir delitos, afecta a la democracia y violenta derechos humanos, dado que, incide en la mala calidad de gestión, incrementa costos de bienes y servicios y el riesgo de impedir que los ciudadanos accedan a servicios sociales como la atención médica, con calidad y calidez.

Por lo expuesto, es indispensable adoptar medidas para prevenir actuaciones indebidas en las instituciones del Estado y en el sector privado que interviene en procesos de contratación pública. A continuación, se esbozan propuestas encaminadas a mitigar el cáncer social de la corrupción que pueden ser aplicadas en Ecuador y otros países con similares comportamientos humanos.

#### **4. MEDIDAS PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN**

Si aceptamos que, tanto los administradores públicos cuanto los electos por el pueblo, para ejercer cargos o dignidades de representación política son parte de una sociedad con altos índices de inseguridad en relación a sus bienes, así como prácticas cotidianas como saltarse la fila, copiar en exámenes u obtener beneficios indebidos, además de actividades relacionadas con el narcotráfico, debemos admitir que la corrupción es un fenómeno social; por tanto, no basta la amenaza de sanciones por duras que sean, sino que para

mitigarla es necesario adoptar medidas preventivas. Es un problema de conciencia colectiva.

En forma de ensayo, se proponen medidas encaminadas a prevenir actos inmorales que afectan a los recursos económicos y materiales, así como a los servidores públicos, en especial los encargados de procesos de selección de proveedores del Estado; y, de los servidores públicos en general, con especial énfasis en las personas relacionadas con el manejo de las relaciones de poder, la economía y la gestión del Estado. Eso, sin perjuicio de sanciones efectivas cuando incurran en delitos contra el Estado y las personas.

##### **a) Formación ética y conciencia ciudadana**

El artículo 3 de la Constitución prescribe que el Estado tiene el deber primordial de garantizar la ética laica como sustento del quehacer público, así como a vivir en una sociedad democrática, libre de corrupción. Además, el artículo 234 ibidem obliga al Estado a garantizar la formación y capacitación continua de los servidores públicos, mandato constitucional que merece la acción prioritaria de las autoridades de todos los niveles de gobierno y de las funciones e instituciones públicas y privadas, estatales y no estatales.

Para cumplir este deber, las instituciones públicas y privadas de educación primaria, media y superior, entidades de derecho público y empresas privadas, organizaciones políticas, colegios profesionales y organizaciones sociales en general deben planificar y ejecutar programas regulares de formación ética y conciencia ciudadana respecto a la importancia de observar comportamientos moralmente aceptables para la convivencia ciudadana, el orden, la paz y el desarrollo económico y social, libre de corrupción.

El Ministerio de Educación y el Consejo de Educación Superior diseñarán programas de formación ética y conciencia ciudadana sobre la importancia de la rentabilidad de la ética y la práctica permanente de valores, para ser

ejecutados en cada ciclo de estudios. Tales programas deben ser ejecutados anualmente en todas las funciones e instituciones del Estado, públicas y privadas; sin perjuicio de lo cual, se realicen campañas masivas a través de medios de comunicación colectiva.

### **b) Control posterior en los contratos públicos**

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé varios tipos de procedimientos contractuales, según la cuantía. El procedimiento a cargo de cada entidad contratante puede ser objeto de control posterior de la Contraloría General del Estado (CGE) mediante examen de auditoría interna o externa, lo cual, no es suficiente. De manera general, las irregularidades son identificadas por periodistas de investigación y difundidas por redes sociales, antes que por las instituciones responsables del control.

Las instituciones del Estado, independientemente del tipo y monto de contratación, deben remitir el expediente completo, dentro de los quince días posteriores a la suscripción del contrato, a la CGE para que un área técnica especializada verifique la legalidad del procedimiento, analice los precios unitarios, comparando tanto con los fijados en contratos similares y los costos del mercado; y, en caso de encontrarse irregularidades remita la documentación respectiva a la Fiscalía General del Estado (FGE) para su inmediata investigación.

La Fiscalía, al contar con suficientes elementos probatorios, hará públicos los hechos y la identificación de las personas presuntamente responsables, lo cual se espera tenga como resultado que, de una parte, se abstengan de manipular los precios y, de otra, identificar irregularidades con prontitud para ser sometidos a investigación de la FGE, como órgano del poder público autónomo, y al escrutinio público.

La mayoría de personas, y más las expuestas al escrutinio público, tienen legítima preocupación por mantener incólume su imagen, honor y dignidad

personal como familiar, lo cual debe ser protegido, con tal propósito la Fiscalía tiene el deber de hacer públicos los hechos, al contar con pruebas suficientes para acreditar, en juicio, la responsabilidad penal de los involucrados. Al mismo tiempo, los ciudadanos accederán al derecho constitucional de ser debidamente informados sobre las actuaciones de sus gobernantes.

### **c) Selección de servidores de carrera y ocasionales**

Las unidades de talento humano de cada entidad son responsables de planificar el talento humano, es decir, determinar la necesidad de incorporar o prescindir de personal, suficiente para alcanzar los fines y objetivos institucionales; además, seleccionan nuevos servidores públicos previo concurso de méritos y oposición para cargos permanentes o sin aquel concurso en casos de servicios ocasionales o profesionales, y los de libre nombramiento y remoción o de confianza que lo hace la autoridad administrativa institucional.

Si bien el artículo 228 de la Constitución ecuatoriana dispone que el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción se realicen mediante concursos de méritos y oposición, con excepciones, la burocracia en el Ecuador es poco profesional, a menudo carente de independencia e imparcialidad, tiende o es forzada a manifestar su apoyo político para acceder o permanecer en un cargo público y, no es extraño que sean obligados a actuar en forma indebida. Una autoridad carente de valores y principios éticos y morales puede sentir el derecho a maltratar o acosar a sus subalternos para alcanzar propósitos indeseables. Lo contrario, una autoridad ética y profesional respeta y apoya a sus subalternos, facilita las actividades laborales para obtener resultados óptimos.

El acceso al servicio público basado en el clientelismo: favores, amistad o presiones de cualquier naturaleza, afecta a la profesionalidad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el ejercicio de la función pública. Urge encontrar salidas a esta larga crisis nada novedosa.

Para superar las dificultades existentes, se propone que las unidades de talento humano se limiten a planificar el talento humano. La selección por concurso de méritos y oposición para cargos permanentes, ocasionales o profesionales, con excepción del de libre nombramiento y remoción, debe estar a cargo de un instituto técnico especializado, independiente y autónomo de todas las funciones e instituciones del Estado, es más, se debe prohibir expresamente la injerencia directa o indirecta de las autoridades requirentes. A su vez, los servidores públicos así seleccionados deben gozar de estabilidad plena, para tal efecto, la legislación debe impedir la cesación arbitraria de funciones mediante mecanismos como la compra de renuncia obligatoria con indemnización o la terminación anticipada de contratos ocasionales.

Al alejar la facultad de intervenir, por si o por interpuesta persona, a las autoridades de elección popular o de libre designación, en la selección de personal administrativo, técnico, de servicios u obreros, el resultado esperado es menos populismo político y clientelismo electoral, menor número de personas enroladas en instituciones públicas; mayor eficiencia, eficacia y efectividad, así como la recuperación de la confianza ciudadana en las instituciones públicas.

Las personas seleccionadas por méritos propios sentirán que no deben favor alguno, sabrán que la única forma de ingresar al sector público es mediante la formación académica y desarrollo de capacidades para triunfar en un concurso por sus méritos, valores y capacidades; y, en consecuencia, responderán al interés general de la sociedad.

Es decir, se espera promover una burocracia profesional, técnica, imparcial y comprometida con el interés público e institucional, como mecanismo eficaz para prevenir actos de corrupción. Los cambios no serán inmediatos, pero, no será posible alcanzarlos si se empieza en un determinado momento.

## 5. CONCLUSIONES

La crisis económica del Ecuador, agravada por la crisis sanitaria por el coronavirus, influye en el decrecimiento económico en el año 2020, entre el 7.3 y 9.6% del Producto Interno Bruto (PIB), según estimaciones anunciadas por el Banco Central del Ecuador. Para mitigar los impactos, el gobierno tiene la responsabilidad de adoptar medidas económicas estructurales, previamente concertadas con actores económicos, sociales y políticos.

La pandemia evidenció que el sistema integral de salud del Ecuador es deficitario en su capacidad de respuesta apropiada y oportuna para prevenir y sanar enfermedades complejas como el coronavirus, por lo que, amerita revisar políticas, la estructura, los equipamientos, el talento humano, los procesos de adquisición y en general, todos los aspectos relacionados con la prevención y protección del derecho a la salud humana, física y mental.

La amplitud de atribuciones que el ordenamiento jurídico ecuatoriano confiere a la Función Ejecutiva permite al gobierno adoptar medidas emergentes y coordinar acciones en respuesta a la diversidad de situaciones excepcionales que se presentan, bajo el control jurisdiccional de la Corte Constitucional y político de la Asamblea Nacional, para evitar excesivas restricciones a los derechos constitucionales y proteger a grupos humanos expuestos a riesgos de mayor intensidad. El control de las medidas debe ser permanente, a fin de evitar excesos y verificar la temporalidad, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos.

El diseño institucional ecuatoriano es claramente hiperpresidencial que pone en riesgo del equilibrio de poderes, de anular contrapesos, de afectar los principios democráticos, libertades y la transparencia en la gestión pública. Sin embargo, si los poderes contextuales no son favorables al gobernante, se inscribe en el sistema de gobierno presidencial moderado cuyo efecto

político es el de limitar posibles excesos en el ejercicio del poder público.

Cualquiera sea el tipo de sistema de gobierno presidencial, la escasa práctica social de valores éticos y morales conlleva a que autoridades y funcionarios con poder político influyan en procesos de contratación pública e incorporación de servidores públicos para aprovechar, en forma indebida, de los fondos públicos u obtener prebendas en su beneficio o de terceros. Por tanto, es urgente adoptar medidas estructurales para que la sociedad viva valores éticos y morales

y así, lograr que la administración pública sea profesional, técnica, imparcial, eficiente y confiable, mediante procesos de selección por méritos, absolutamente alejados de todo tipo de influencias perniciosas.

Ninguna medida política o jurídica será suficiente para mejorar la economía y los comportamientos sociales sin una sociedad comprometida culturalmente con los valores democráticos, éticos y morales deseables para alcanzar el éxito por mérito propio, sin afectar a terceras personas, públicas o privadas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Aguilar, J. P. (2010). Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: La Corte Constitucional y los Estados de excepción. *Iuris dictio*, 10 (13), 59-89.
- » Avilés, E. (s.f.) Historia del Ecuador. En *Enciclopedia del Ecuador*. Disponible en <https://n9.cl/5s96>. Consultado el 20 de mayo de 2020.
- » Borja, R. (2010). *Sociedad, cultura y derecho*. (3ra Ed). Quito: Planeta.
- » Carpizo, J. (2007). *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- » Grijalva, A. (1998). *Elecciones y representación política*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- » Loewenstein, K. (1949). The Presidency outside the United States: A study in comparative political institutions. *Journal of Politics*, 11 (3), 22-27.
- » Mainwaring, S. y Shugart, M. (2002). *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós.
- » Nino, C. S. (2013). *Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* (Cuarta reimpresión). Buenos Aires: Astrea.
- » Oyarte, R. (2014). *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- » Sartori, G. (1999). *La ingeniería constitucional y sus límites. Teoría y realidad constitucional*. (3), 79-87. Disponible en: <https://n9.cl/bux8o>. Recuperado el 25 de mayo de 2020.
- » Sartori, G. (2003). *Ingeniería contitucional comparada* (Tercera ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- » Shugart, M. y Carey, J. (1991). *Presidents and assemblies, constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- » Valdivieso, P. y Rivera, L. (2015). *Presidencialismo fuerte en Ecuador (1979/1998/2008)*. En: *Derecho constitucional e instituciones políticas. Derechos*

*humanos y justicia constitucional: ensayos en honor del prof. Hernán Salgado Pesantes.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

### **Legislación**

- » Acuerdo Ministerial 00126-2020. Registro Oficial No. 160, Quito, 12 de marzo de 2020.
- » Asamblea Nacional del Ecuador. (19 de marzo de 2020). *Reglamento para la implementación de las sesiones virtuales y el teletrabajo emergente en la Asamblea Nacional expedido por el Consejo Administrativo.* Recuperado de <https://n9.cl/h7xdo>.
- » Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, Quito, 20 de octubre de 2008.
- » Decreto Ejecutivo No. 1017. Registro Oficial Suplemento No. 163, Quito, 20 de marzo de 2020.
- » Decreto Ejecutivo No. 1052. Registro Oficial Suplemento No. 209, Quito, 22 de mayo de 2020.
- » Ley Especial de Descentralización y Participación Social. Registro Oficial No. 169, Quito, 8 de octubre de 1997.
- » Ley Especial de Distribución del 15% del Presupuesto del Gobierno Central para los Gobiernos Seccionales. Registro Oficial No. 27, Quito, 20 de marzo de 1997.
- » Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado. Registro Oficial Suplemento No. 486, Quito, 30 de septiembre de 2010.

### **Casos judiciales**

- » Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 1-20-EE-20, de 19 de marzo de 2020.
- » Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 2-20-EE-20, de 22 de mayo de 2020.

### **Documentos**

- » Casos de Coronavirus en Ecuador: 39098 confirmados, 3358 fallecidos. (31 de mayo de 2020). *El Universo.* Recuperado el 6 de junio de 2020 de <https://n9.cl/qibx0>
- » Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2020). *Proyecciones de la población ecuatoriana, por años calendario. Período 2010-2020.* Recuperado el 1 de octubre de 2020 de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/proyecciones-poblacionales/>.
- » Lenín Moreno inicia último año presidencial con 14% de credibilidad. (24 de mayo de 2020). *El Universo.* Recuperado el 05 de junio de 2020 de: <https://n9.cl/5a0d5>.
- » Montenegro, J. (6 de febrero de 2020). Encuestadora: la popularidad de Lenín Moreno toca fondo. *Expreso.* Recuperado el 20 de mayo de 2020 de: <https://n9.cl/gvfl>.
- » Orozco, M. (31 de mayo de 2020). USD 15863 millones suman pérdidas causadas por pandemia en Ecuador. *El Comercio.* Recuperado el 06 de junio de 2020 de: <https://n9.cl/59mr>.
- » Quezada, A. (14 de mayo de 2020). Corrupción en tiempos del Covid-19. *El Telégrafo.* Recuperado el 15 de junio de 2020 de: <https://n9.cl/icwu>.



# Constitucionalismo, hiperpresidencialismo y desequilibrio de poderes en Brasil en tiempos de la pandemia de COVID-19

*Constitutionalism, hyper-presidentialism and imbalance of powers in Brazil at the time of the COVID-19 pandemic*

Autor: Graça Maria Borges de Freitas

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12160>

**Para citar este artículo:**

Freitas, G. M. B. (2020). Constitucionalismo, hiperpresidencialismo y desequilibrio de poderes en Brasil en tiempos de la pandemia de COVID-19. *Derecho y Realidad*, 18, (36), 111- 137.





## Constitucionalismo, hiperpresidencialismo y desequilibrio de poderes en Brasil en tiempos de la pandemia de COVID-19\*

*Constitutionalism, hyper-presidentialism and imbalance of powers in Brazil at the time of the COVID-19 pandemic*

*Constitucionalismo, hiper-presidencialismo e desequilíbrio de poderes no Brasil em tempos de pandemia COVID-19*

**Graça Maria Borges de Freitas<sup>a</sup>**

gmariabfreitas@gmail.com

Recepción: 05 de octubre 2020

Aceptación: 20 de octubre 2020

### RESUMEN

La pandemia del coronavirus es fruto de un modelo político y económico que genera degradación ambiental, económica y social lo que, a su vez, agrava las crisis que él mismo genera, en un círculo vicioso. Su ocurrencia reveló problemas estructurales de la política y de la economía y sirve para explicitar los grandes desafíos que la humanidad, en general, y América Latina, en particular, necesitan enfrentar para la superación del modelo vigente. Brasil representa un caso paradigmático para discutir los efectos perversos del modelo político y económico para la democracia y la efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en un país cuyo diseño institucional de los tres poderes y la cultura jurídica y política no favorecen la protección de los derechos fundamentales,

lo que quedó evidenciado por la forma como se dio el enfrentamiento de la pandemia por un gobierno de perfil autocrático y por las dificultades de los demás poderes para contener los efectos perversos de las prácticas abusivas del dirigente de ocasión.

### PALABRAS CLAVES

Constitucionalismo; neoliberalismo; capitalismo financiero; hiperpresidencialismo abusivo; desequilibrio de poderes; COVID-19.

### ABSTRACT

The coronavirus pandemic is the result of a political and economic model that generates environmental, economic and social degradation, which at the same time,

---

\* Artículo de reflexión.

a. Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, en cotutela internacional y doble titulación con la Universidad Federal de Minas Gerais. Magistrada Laboral en Brasil, desde 1997.

aggravates the crises it generates, producing a vicious circle. Its occurrence revealed structural, political and economic problems, which explained the great challenges that humanity, in general, and Latin America, in particular, need to face in order to overcome the current model. Brazil represents a paradigmatic case for discussing the perverse effects of the political and economic model on democracy and the effectiveness of economic, social, cultural, and environmental rights (ESCR). This is especially true in a country whose institutional design of the three powers and legal culture do not favour the protection of fundamental rights. This is evidenced by the way in which the pandemic was confronted by an autocratic government. In addition to the difficulties of the powers that be to contain the perverse effects of the abusive practices of the former leader.

## KEYWORDS

Constitutionalism; neoliberalism; financial capitalism; abusive hyper-presidentialism; imbalance of powers; COVID-19.

## RESUMO

A pandemia do coronavírus é resultado de um modelo político e econômico que gera degradação ambiental, econômica e social, que, por sua vez, agrava as crises que ele mesmo gera, em um círculo vicioso. Sua ocorrência revelou problemas estruturais da política e da economia e serve para explicitar os grandes desafios que a humanidade, em geral, e a América Latina, em particular, precisam enfrentar para superar o modelo atual. O Brasil representa um caso paradigmático para discutir os efeitos perversos do modelo político e econômico para a democracia e a efetividade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) em um país cujo desenho institucional dos três poderes e a cultura jurídica e política não favorecem a proteção dos direitos fundamentais, o que ficou evidenciado pela forma como a pandemia foi enfrentada por um governo autocrático e pelas dificuldades dos demais

poderes em conter os efeitos perversos das práticas abusivas do atual dirigente.

## PALAVRAS-CHAVE:

Constitucionalismo; neoliberalismo; capitalismo financeiro; hiper-presidencialismo abusivo; desequilíbrio de poderes; COVID-19.

## SUMARIO

1. Brasil en números durante la pandemia.
2. Antecedentes de la crisis actual – El constitucionalismo neoliberal financiero se impone por medio de reformas constitucionales y legales y de gobiernos autocráticos.
3. Autoritarismo, exclusión de las minorías, subalternidad y desequilibrio de poderes - la herencia colonial, los escombros de la dictadura y la incompleta transición democrática de Brasil - desafíos urgentes a superar.
4. La resistencia democrática y las lecciones de la crisis – el papel del congreso y del tribunal constitucional ante un hiperpresidencialismo abusivo – elementos para entender los desafíos de la protección de los derechos fundamentales y de la democracia participativa y sustantiva en Brasil.

Consideraciones finales – a propósito de buscar salidas para las crisis.

Referencias bibliográficas.

## 1. BRASIL EN NÚMEROS DURANTE LA PANDEMIA

Brasil es el país más grande de América Latina, en extensión territorial y en población. Según los últimos datos compilados por el IBGE<sup>1</sup>, la población estimada del país supera hoy la marca de 211 millones de habitantes, distribuidos, desigualmente, en un territorio

---

1. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – Datos disponibles en < [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)>.

de más de ocho millones y medio de kilómetros cuadrados. Apenas el Estado de São Paulo posee una población de más de 46 millones de habitantes, superior a la de muchos países de la región, como es el caso de Argentina.

A pesar de las dimensiones del país, los números de la pandemia en Brasil no impresionan solamente por los datos absolutos. Al contrario, son objeto de críticas negativas por su desproporción con relación a los promedios mundial y regional, especialmente, en cuanto a las muertes por miles de habitantes y la afectación de algunos grupos específicos, como los indígenas, los profesionales de salud, mujeres embarazadas o puérperas víctimas fatales de la enfermedad.

En el momento en que este artículo es escrito<sup>2</sup>, Brasil recién ultrapasó el número oficial de 100.000 (cien mil) muertes por COVID-19. Es probable que cuando salga a la luz, en dos o tres meses más, el número de muertes sea equivalente al doble del número actual, si nada cambia en la conducción de la política sanitaria<sup>3</sup>.

La COVID-19 es la principal causa de mortalidad en el país y superó, en seis meses, por ejemplo, el número de muertes por SIDA durante los últimos nueve años (Paraguassu y Fonseca, 2020). Las cifras oficiales indican que las muertes diarias por COVID-19 superan, inclusive, aquellas procedentes de cánceres y enfermedades cardiovasculares (Kruse, 2020), que eran las causas predominantes de decesos en el país antes del pico de la pandemia. Además, por la afectación sistémica que el virus SARS-CoV-2 causa en el cuerpo humano<sup>4</sup>, muertes no investigadas - inclusive por infarto -, pueden enmascarar los números de la pandemia.

---

2. Los datos contenidos en ese artículo fueron colectados entre 09 y 31.08.2020. Al final del mes de agosto el número de muertos era de 120.000 personas.

3. Alerta que hizo Jessem Orellana, epidemiólogo de la Fundación Osvaldo Cruz (Valery, 2020).

4. El Instituto del Corazón, en Brasil, analiza la relación entre COVID-19 e infartos y otras complicaciones cardíacas para evaluar los impactos de la enfermedad sobre ese órgano (Colucci, 2020).

A propósito de lo anterior, un análisis global de los datos sobre el perfil de las muertes ocurridas en el país en el año de 2020 revela indicios de subnotificación de los casos de COVID-19. Eso, debido al aumento de muertes por “causas naturales” en comparación con los años anteriores y, también, por el número de muertes por enfermedades respiratorias, como, por ejemplo, la SRAG (Síndrome Respiratoria Aguda Grave)<sup>5</sup>, cuyos números, en 2020, son muy superiores al promedio de los años anteriores, con una parte significativa de casos todavía no diagnosticados.

Por otro lado, hay inconsistencia entre los datos oficiales del Ministerio de Salud y las causas mortis indicadas en los certificados de defunción del país, estos últimos con número superior de muertes confirmadas o sospechas por COVID-19, en más de tres mil casos, tomándose por base la mayor fecha común de datos compilados y disponibles en línea<sup>6</sup>.

Detrás apenas de los Estados Unidos en los casos mundiales, el número total de muertes por COVID-19 en Brasil tiene algunas similitudes con los números de aquel país, pero lo que los aproximan no son los aspectos relacionados a las características geográficas o poblacionales de los países, sino aquellos relativos a la gestión de la pandemia, conducida, por ambos, sin políticas estrictas de aislamiento social, sin un adecuado acuerdo a nivel nacional de la política de salud e inadecuado enfrentamiento de los efectos sociales y económicos de la crisis para la protección de los más vulnerables.

---

5. Las páginas web más fiables para acompañar los datos de la pandemia en Brasil son: <<https://painel.covid19br.org>> y <<https://bigdata-covid19.icict.fiocruz.br/>>.

6. En 04.08.2020, los datos del Ministerio de Salud, compilados en la plataforma “Painel Covid-19” (<https://painel.covid19br.org/#/brasil>), indicaban 96.153 muertes, mientras la página de la transparencia de las notarías de registro civil indicaba el total de 99.394 muertes por sospecha o confirmación de la enfermedad (<https://transparencia.registrocivil.org.br/especial-covid>). Los datos de las notarías contienen un retraso de hasta diez días con relación a los datos diarios de muertes, debido al plazo legal para comunicación del evento, pero, a pesar de eso, sus números son mayores que las muertes oficiales.

El papel de los alcaldes y de los gobernadores de Estado, en ese escenario, fue fundamental para mitigar los efectos perversos de la crisis. El modelo federativo, por tanto, se mostró relevante, inclusive, en Brasil, para evitar, al menos en parte, falencias de la gestión nacional de la crisis sanitaria y social y reveló los riesgos de la excesiva concentración de competencias en el ámbito de la Unión. También fue relevante la actuación del Congreso Nacional y del Tribunal Constitucional para evitar algunos abusos de poder o discriminación de minorías, aunque se considere que tal actuación no haya impedido efectos negativos graves de las políticas practicadas por el Poder Ejecutivo, lo que revela la insuficiencia de los mecanismos de control público y de los frenos y contrapesos existentes en el país, como se analizará.

Por otro lado, con un número superior de personas pobres y que viven en condiciones precarias de habitación y saneamiento básico, Brasil no tuvo un número de muertes mayor, pues, al contrario de lo que ocurre en los Estados Unidos, el país está dotado de un sistema público y universal de salud, que, a pesar de las falencias de la gestión nacional, está siendo capaz de ofrecer atendimento básico y complejo, de modo totalmente gratuito, a las personas que se encuentran en el territorio nacional<sup>7</sup>.

Los problemas ocurridos en Brasil en el control de la pandemia, sin embargo, al contrario de lo informado por algunos medios de comunicación, no pueden ser considerados apenas “errores”<sup>8</sup>. Fueron, en

parte, acciones deliberadas, determinadas por un sistema económico creador de desigualdades, que, combinado con los déficits históricos de protección social y las preferencias políticas del dirigente de ocasión, impusieron una agenda “neoliberal”, “antinacionalista” (a pesar de que se diga lo contrario) y “excluyente”; todo eso por encima de la Constitución “Democrática” y “Social” vigente en el país y que prevé el respeto a los derechos fundamentales, así como regula el orden económico basado en la función social y ecológica de la propiedad.

El neoliberalismo aplicado a la gestión de los Estados, literalmente, mata<sup>9</sup>. Impone el brutalismo<sup>10</sup> en la relación con las personas y con el planeta y está afectando, particularmente, a los más pobres, los trabajadores, los grupos étnicos y poblaciones tradicionales que, durante la pandemia, estuvieron aún más expuestos o desasistidos<sup>11</sup>. Tal conducta exigió la actuación de los otros poderes en la protección de los grupos más vulnerables, en particular, con relación a los indígenas, además de provocar denuncias en contra del presidente de la república, ante el Tribunal Penal Internacional de la Haya, por crímenes contra la humanidad.

Entre los denunciados estuvieron representados los profesionales de salud, que ya suman más de 370 enfermeros<sup>12</sup> y más

---

más pobres”.

9. Según Max Neef, mata más que todos los ejércitos del mundo juntos (Florios, 2016).

10. Aquille Mbembe (2020) habla de “Brutalismo”, como la marca de ese modelo económico.

11. Políticas capaces de ser catalogadas bajo criterios filosóficos, sociológicos o económicos, respectivamente, como tanatopolítica (Agamben, 2004), necropolítica (Mbembe, 2006) o economía del exterminio (Cárdenas, 2019), pues, por acción u omisión, revela la forma como los cuerpos ajenos son tratados, con mayor incidencia de violencia u omisión de cuidados sobre cuerpos negros, pobres, indígenas, LGBTQI, de ocupantes de territorios disputados por el capital o de portadores de modos de vida que el modelo económico quiere eliminar. En el caso de Brasil, nisiquiera los recursos destinados a políticas específicas previstos para tales grupos, especialmente, para los indígenas, fueron ejecutados.

12. El observatorio de enfermería recopila los datos sobre contaminación y muertes de estos profesionales de salud por la COVID-19 y los publica en su sitio web: <<http://observatoriodaenfermagem.cofen.gov.br/>>.

---

7. Hubo sobrecarga del SUS en algunas regiones, revelando falencias y desigualdades regionales anteriores a la pandemia, pero la falta de cotización o el desempleo no impiden el acceso de cualquier persona al sistema, lo que incluye inmigrantes y extranjeros de paso por el país.

8. Materia de la BBC News Brasil (*Mota et al.*, 2020) relata los supuestos 09 “errores” de Brasil en el combate a la pandemia: “1: Ausencia de preparo para la pandemia”, “2: No haber un plan nacional contra el coronavirus”, “3: Bolsonaro haber minimizado la pandemia”, “4: No hacerse testes masivos”, “5: el aislamiento social insuficiente”, “6: La publicidad de la cloroquina hizo mucha gente exponerse al virus”, “7: Los hospitales de campaña se tornaron un ‘problema’”, “8: No se logró proteger a los indígenas”, “9: No se logró proteger a los

de 210 médicos<sup>13</sup> fallecidos por COVID-19, revelando precarias condiciones de protección en el ambiente de trabajo. Brasil también es “poseedor del record” en número de mujeres embarazadas o púerperas víctimas de la enfermedad<sup>14</sup>, con más de 200 casos en total, lo que sirve de señal de alerta. Este dato (mortalidad materna) resulta clave para evaluar la calidad del sistema de salud de un país, de modo que tal número indica la probable mala gestión de los ejes específicos de atención médica básica durante la pandemia.

En el campo político, Brasil tiene problemas con el diseño institucional y el equilibrio de poderes, lo que dificulta el control democrático de los actos de un gobierno con perfil autocrático, así como el control recíproco entre los poderes, situación agravada, de un lado, por la cultura política autoritaria del país, incluido el mal interpretado papel constitucional de las fuerzas armadas en una democracia.

De otro lado, también dificulta la solución de los problemas del país su posición geopolítica históricamente subalterna y, por ello, con poco esfuerzo de blindaje de los intereses estratégicos propios en contra de los efectos perversos del capitalismo global, aspecto que también necesita ser considerado al ser pensadas las soluciones para las crisis (sanitaria, social, política, económica y ambiental) que asolan el país, evidenciadas o agravadas por la pandemia, lo que se analizará a continuación.

## **2. ANTECEDENTES DE LA CRISIS ACTUAL Y SUS ORÍGENES – EL CONSTITUCIONALISMO NEOLIBERAL FINANCIERO SE IMPONE POR MEDIO DE REFORMAS**

---

13. No hay datos seguros sobre muertes de médicos por COVID-19 en Brasil, pero noticia publicada en la página web del Sindicato de Médicos de São Paulo indicaba la ocurrencia de 217 casos, hasta el 07.08.2020. Recuperado de: <<https://simesp.org.br/noticiassimesp/numero-de-medicos-mortos-por-covi-19-chega-a-217-no-dia-nacional-de-luta-e-luto/>>

14. Más de 70% de los casos de muertes de púerperas y embarazadas por COVID-19 en el mundo ocurrieron en Brasil.

## **CONSTITUCIONALES Y LEGALES Y DE GOBIERNOS AUTOCRÁTICOS**

Las crisis por las cuales pasa actualmente Brasil son consecuencia de un proceso político-económico que tiene origen en la profundización del neoliberalismo financiero, el mismo modelo económico que provocó la crisis financiera mundial de 2008, pero que, a partir de ahí, no cambió su ruta de expansión, sino, al contrario, está imponiendo su hegemonía en América Latina, está por detrás de los llamados “golpes políticos” en la región y se refleja, en el caso de Brasil, en una serie de políticas regresivas de derechos, en la superexplotación ambiental y en el debilitamiento del capital productivo local, a fin de favorecer el capital financiero e internacional; lo que ocurrió, especialmente, a partir del *impeachment* de la presidenta Dilma Rousseff.

Tal modelo político-económico es incompatible con el fortalecimiento de la soberanía nacional, la industrialización, la inversión en ciencia y tecnología, la generación de empleos dignos y la efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Apenas para mencionar algunos cambios ocurridos en Brasil, a partir de 2016, que fragilizaron la fiscalidad, el patrimonio público y privado nacionales y los derechos ciudadanos, podemos citar: (i) la aprobación de la Enmienda Constitucional 95/2016, que congeló, por veinte años, los gastos públicos con políticas sociales; (ii) la privatización de la reserva de petróleo denominada “pré-sal”, responsable por el “fondo social” creado para financiar salud y educación en el país; (iii) el perdón (reducción significativa) de débitos tributarios de grandes bancos privados, en 2017, a pesar de ser el sector con más rentabilidad en el país; (iv) las reformas regresivas en el campo laboral, en el sistema de pensiones y en el orden económico, por medio de leyes o reformas constitucionales, como las leyes 13467/2017 y 13874/2019, la Enmienda Constitucional 103/2019 y diversas medidas provisorias (MP)<sup>15</sup>

---

15. Especie de decretos presidenciales expedidos en casos de urgencia y relevancia, con fuerza de ley,

restrictivas de derechos, inclusive, durante la pandemia.

Sin embargo, en el período no ocurrieron únicamente cambios normativos. También sucedieron cambios de postura del gobierno con relación a políticas públicas de protección a los DESCA, de fomento a la política cultural, de financiación de la ciencia y tecnología, de implementación del acceso a la tierra, de protección a las comunidades indígenas y afrodescendientes, de preservación ambiental y de fomento a las políticas de inclusión de género. Ese cambio se dio, inclusive, en el campo de las relaciones internacionales, con el inédito alineamiento de Brasil, en el ámbito de la ONU, a países defensores de agendas conservadoras o negacionistas de evidencias científicas y de conquistas históricas en los campos antes mencionados.

Compatible con esa postura, Brasil suprimió de la estructura gubernamental los Ministerios de Trabajo, de Cultura y de Industria y Comercio y, en el ámbito del Ministerio de Economía, trabaja prevalentemente para el fortalecimiento de la agenda financiera del país y para la privatización de empresas estatales. No hay incentivo a la industria nacional y se opera el desmonte de órganos de fomento a la industria cultural, como la Agencia Nacional de Cine, por medio de recorte de presupuesto o censura a películas relacionadas con temas de la “guerra cultural” conservadora vigente en el país, como las cuestiones políticas y de género.

En el campo ambiental y de la ciencia y tecnología, se boicotean acciones de fiscalización ambiental de los órganos de policía, de investigación o de protección ambiental, como el IBAMA (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), el ICMBio (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade) y el INPE (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais). Los órganos de

protección a minorías, como la FUNAI (Fundação Nacional do Índio), responsable por la política indigenista, y la Fundação Cultural Palmares, responsable por la protección y promoción de los derechos de las comunidades afrodescendientes, a su vez, están haciendo políticas o declaraciones contrarias a los grupos que deberían proteger; lo que también es motivo de judicialización de la política.

El Ministerio de Educación promovió recorte de recursos para la enseñanza e investigación y el Ministerio de Salud eliminó programas de atención primaria a la salud, como el Programa “Mais Médicos”, que contrataba profesionales de salud, incluidos extranjeros, para actuar en ciudades con déficit de profesionales brasileños, especialmente, ciudades pequeñas o lejanas del Centro-Sur del país, además de promover recortes de personal en el Programa de Salud de la Familia y en los gastos con el SUS.

Hubo eliminación de consejos ciudadanos integrantes de la administración pública federal y restricción de la participación popular en los consejos remanentes, responsables por la elaboración o coordinación de políticas públicas específicas, como la política ambiental, de salud, de educación, de seguridad pública, de derechos humanos y de igualdad racial. Tal cuestión fue objeto de judicialización ante el STF, que mitigó el acto presidencial en cuanto a la eliminación de consejos previstos en ley, pero no evitó su vaciamiento. Las políticas de acceso a la información también sufrieron restricciones y fueron objeto de demanda ante el STF.

En lo que se refiere a la gestión de la política de salud, el Ministerio de Salud fue ocupado, durante la pandemia<sup>16</sup>, por un ministro interino, militar de carrera, que retiró de cargos estratégicos los especialistas que actuaban en el órgano, nombrando militares en su lugar. Se realizó

---

relativos a materias sujetas a la reserva legal, pero con validez temporal y posibilidad de ratificación o no por el Congreso.

---

16. El General Eduardo Pazuello fue nombrado el 15.05.2020 y sigue ocupando el cargo. Según información de periódicos, por lo menos 13 militares fueron nombrados por él para ocupar cargos de gestión en su Ministerio.

la producción en exceso de medicamento ineficaz (hidroxicloroquina), mientras hubo insuficiente provisión de otros esenciales para el tratamiento de la COVID-19, como los usados en las UCIs<sup>17</sup>, lo que revela una actuación del Ministerio sin base en opiniones técnicas de expertos y epidemiólogos, contrariando recomendaciones de la CIDH y del CDESC, en sus resoluciones sobre la pandemia y la Observación General N° 25 del CDESC sobre el derecho humano a que las políticas públicas sean basadas en evidencias de la ciencia.

La militarización del gobierno<sup>18</sup>, así como la discontinuidad de políticas públicas que protegen los derechos ciudadanos, el medio ambiente y las minorías, concomitante al desmonte de los órganos responsables por elaborar y ejecutar las políticas relacionadas a esas áreas, por tanto, no son apenas “errores”, sino acción deliberada que revela un proyecto político contrario al fortalecimiento de una democracia constitucional, participativa e igualitaria.

La literatura reciente con respeto a cómo las democracias mueren, demuestra que las prácticas vigentes en Brasil no son aleatorias.

Levitsky y Ziblatt (s.f., posición 469/492) destacan, en su análisis, el papel central de la conducta del dirigente autoritario para la muerte de las democracias contemporáneas. Los autores llaman la atención sobre cuatro comportamientos que se repiten en distintos escenarios, lo que pasa en Brasil en el actual gobierno: “1. Rechazo a las reglas democráticas del juego (u compromiso débil con ellas); 2. Negación de la legitimidad de los oponentes políticos; 3. Tolerancia u estímulo a la violencia; 4. Propensión a

restringir libertades civiles de oponentes, inclusive los medios de comunicación”.

Ginsburg y Huq (2018, p.115-116), también preocupados con el tema, revelan que las democracias actuales no necesariamente mueren abruptamente o por golpes militares, como ocurría en el siglo pasado. Hay estrategias que llevan al mismo resultado, por medio de la “erosión” de esa forma de gobierno. Eso se da, por ejemplo, apelando a los temas de seguridad nacional para restringir derechos; con la eliminación de opositores en las instituciones del Estado, como en tribunales o fuerzas armadas (purgas, destituciones, intimidaciones, etc); por medio de ataques a la sociedad civil y a la prensa por oponerse a “valores” defendidos por el gobierno; por el debilitamiento de la autoridad de la ciencia, con la falta de fondos o la politización de los debates científicos, a fin de favorecer la prevalencia de una agenda negacionista o anti derechos humanos:

The use of democratic, constitutional forms to achieve antidemocratic ends is nothing new. But the anti-democrat's tool kit has become increasingly sophisticated of late. A careful review of available case studies suggests how a rough playbook for would-be illiberal democrats works in practice. First, run a populist platform, in which the majority is portrayed as victimized and the old order elitist. Such was the strategy of, for example, Orbán in Hungary and Erdoğan in Turkey. Emphasize threats to national security or the purity of the homeland. Next, find ways to undermine opponents in state institutions, such as the judiciary or military, through a combination of appointments, purges, patronage, and even intimidation. Perhaps use the courts to repress criticism via libel suits or the like. Critically, do not forget to manipulate the electoral institutions so as to ensure that future competition is limited. Then, attack civil society as foreign-funded elite carriers of globalist ideas that do not comport with national values. Ensure that the free media are intimidated, or diluted, so as not to provide an independent check: This is particularly

---

17. Desde el mes de mayo noticias variadas indican la falta de medicamentos usados en UCIs en Brasil (G1, 2020). Recuperado de: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/06/25/estoque-de-medicamentos-usados-em-utis-esta-zerado-em-21-estados-e-no-df-diz-levantamento.ghtml>>.

18. Son más de 6.000 cargos ocupados por militares, conforme apuración del Tribunal de Cuentas de la Unión (Camarotto, 2020), incluidos 09 Ministerios. La militarización también atinge la educación, con la expansión de colegios militarizados (escuelas cívico-militares) en todo el país.

easy to do in an era of privatization in which the press can literally be bought. Finally, undermine academic authority through underfunding or outright politicization. The effect of these measures is cumulative; even if one alone is insufficient to raise concerns about democratic erosion, when sufficiently numerous, they should be viewed with alarm. (Ginsburg y Huq, 2018, p.115-116).

Observando los cambios mencionados, llegamos a la conclusión de que, si para la expansión global de los mercados, a partir del período posguerras del siglo pasado, la democracia liberal parece haber sido el modelo elegido e incentivado por las potencias capitalistas, actualmente, para profundizar la agenda financiera, la importancia de ese modelo está siendo relativizada. Esto, debido a la sistemática imposición de recortes de gastos públicos relacionados a las políticas sociales protectoras de los derechos fundamentales y la violación a los principios de no regresividad y de aplicación de lo máximo de recursos disponibles.

Wolfgang Streeck (2017), al examinar críticamente el modelo capitalista actual, indica que el neoliberalismo financiero opera una completa inversión de paradigmas con relación a los modelos de Constitucionalismo Liberal y Social y, a partir de él, se pasa a pensar la misión del Estado como siendo la de favorecer y garantizar el capital financiero e internacional en las transacciones internacionales.

Streeck (2017, p. 154) describe la aplicación del modelo a partir de lo que ocurre en Europa, pero los mismos paradigmas están presentes en el modelo aplicado en América Latina, como lo destacado por Freitas (2020). En ese sentido, hay predominancia de: (i) lo “internacional”, con relación a lo “nacional”; (ii) los “inversores”, con relación a los “ciudadanos”; (iii) las “reclamaciones contractuales”, con relación a los “derechos civiles”; (iv) los “acreedores”, con relación a los “votantes”; (v) las “subastas bursátiles (continuas)”, con

relación a las “elecciones (periódicas)”, y (vi) el “servicio de la deuda”, con relación a los “servicios públicos”.

No es casual, por tanto, que los Estados en el mundo más afectados por la pandemia no fueron, necesariamente, los pequeños y más pobres, sino, exactamente, aquellos cuyos dirigentes de ocasión eran defensores del ultraliberalismo financiero, como es el caso de Estados Unidos, Brasil, Inglaterra e Italia. Tampoco es casual que la concentración de riqueza haya seguido su curso de expansión durante la pandemia y que los bancos sigan siendo los principales beneficiados por las políticas económicas en el país.

Pero la situación es todavía más grave cuando ese modelo alcanza y afecta a América Latina, pues, además de fragilizar los derechos ciudadanos, históricamente débiles en la región, también compromete el futuro de los países por inviabilizar proyectos autónomos de desarrollo nacional o regional. Eso se da, especialmente, ante la imposición, en la división internacional del trabajo, de una agenda de producción de bienes primarios, con alto impacto ambiental y bajo valor agregado que, además, perjudica la soberanía y la seguridad nacional con relación al suministro de bienes manufacturados, inclusive los esenciales para el tratamiento de la COVID-19, como dispositivos médicos, medicamentos y equipos de protección individual para los trabajadores del sector de salud (Setipa, 2020).

Por lo expuesto, la pandemia no es causa de la crisis económica actual, sino consecuencia del modelo económico global, que genera pérdida de hábitats y de biodiversidad y, por tanto, desequilibrio ambiental, con aumento de los riesgos de enfermedades transmitidas por virus. También provoca el aumento de la pobreza y, con ello, el aumento o retorno de enfermedades evitables relacionadas a problemas estructurales (vivienda precaria; falta de acceso al agua potable y a saneamiento básico), que necesitan ser superados también de modo estructural. Esos mismos problemas también están



en la raíz del aumento de las muertes por COVID-19 en zonas más pobres del país.

Los impactos de la crisis, por tanto, serán mucho más fuertes si no se cambia el modelo de desarrollo económico, social y ambiental, que está en su origen, especialmente, por la necesidad de evitarse nuevas pandemias, de reducir las desigualdades sociales y de promover la protección ambiental y el acceso a derechos, bienes y servicios básicos, lo que no se ve en el horizonte político de corto plazo de la región, que sigue sometida a intereses geopolíticos y neocoloniales contrarios a los intereses y necesidades de su pueblo, lo que se necesita superar.

### **3. AUTORITARISMO, EXCLUSIÓN DE LAS MINORÍAS, SUBALTERNIDAD Y DESEQUILIBRIO DE PODERES - LA HERENCIA COLONIAL, LOS ESCOMBROS DE LA DICTADURA Y LA INCOMPLETA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA DE BRASIL - DESAFÍOS URGENTES A SUPERAR**

Como ha destacado Fernandes (2005), la sociedad brasileña, desde la época colonial, se caracterizó por el aislamiento de su entorno regional, la dependencia de intereses externos y las desigualdades extremas entre los grupos que componían su población. Tales grupos (blancos terratenientes y sus descendientes, afrodescendientes e indígenas) son, hasta hoy, la base de las clases sociales existentes en el país, las cuales espejan la desigualdad social y el racismo estructural todavía vigentes (Freitas, 2020).

La forma “señorial” de la propiedad de la tierra, como lo resaltan Souza (2017) y Comparato (2017), contribuyó al sometimiento abusivo de la población negra e indígena a los colonizadores, pues, además de la concentración de la propiedad, los dueños de la tierra tenían poderes absolutos en los límites de su posesión, ante la ausencia de instituciones de mediación política, las cuales tardaron a ser implantadas en Brasil y nunca fueron verdaderamente permeables a los intereses del pueblo, especialmente, de los grupos étnica y socialmente excluidos.

Russel-Wood (1998) registra que la colonia de Brasil era vista por Portugal apenas como una fuente de riquezas (especialmente, para cobro de impuestos y fornecimiento de materias primas). La metrópoli, además, ejercía una administración excesivamente centralizadora. Brasil no podía procesar su riqueza y sufría una restricción total a la implementación de manufacturas en su territorio.

Por otro lado, la corona también desarrollaba una política de “imperialismo cultural” (Russel-Wood, 1998) y sistemáticamente negaba la autorización para creación de universidades en el territorio brasileño, prohibía la prensa, cerraba las imprentas que intentaban instalarse y censuraba previamente las publicaciones destinadas a circular en el país, lo que marcó una tendencia anti-ilustración y de ausencia de prioridad de inversión en educación pública (Freitas, 2020). Lo anterior explica, hasta hoy, los constantes retrocesos en los campos de la ciencia y de la educación, así como la persecución política a educadores comprometidos con la educación popular y la escuela pública<sup>19</sup>.

El acceso a la tierra era restringido y lo siguió siendo tras la independencia, debido a la Ley de Tierras de 1850 (Ley 601,1850)<sup>20</sup>, que determinaba que la compra era el único modo de su adquisición, impidiendo el acceso a ella por parte de los antiguos esclavos, quienes no fueron beneficiados por ninguna política compensatoria para la superación de su condición social, al contrario de lo que ocurrió con los inmigrantes blancos, traídos de Europa como parte de una

---

19. Se cita, a título de ejemplo, Anísio Teixeira, Paulo Freire, Florestan Fernandes y Darcy Ribeiro, internacionalmente reconocidos por sus obras en el campo de la sociología, antropología y educación y perseguidos o banidos por regímenes autoritarios del país, inclusive, en el presente.

20. Además de dividir las tierras de la colonia entre las familias blancas indicadas por el colonizador (sistema de capitanías hereditarias), con el fracaso de tal forma de ocupación, las políticas de tierras en el Brasil colonial favorecieron la acumulación de tierras por los blancos, al no permitir la distribución de tierras a los grupos económicamente excluidos, ya que la Ley de Tierras de 1850 exigía su “compra” como forma exclusiva de adquisición.

política “eugenista” de blanqueamiento de la población y que recibieron tierras para cultivo, otro factor que explica el perfil racial de la pobreza y de la desigualdad en Brasil, donde los indígenas siguen siendo objeto de exterminio, y los afrodescendientes, víctimas preferentes del racismo y de la violencia institucionalizados<sup>21</sup>.

El movimiento que determinó el fin de la monarquía tampoco tuvo participación popular. Tal movimiento se aceleró con el fin de la esclavitud legalizada, en 1888, y se dio mediante un golpe de Estado militar, con apoyo oligárquico, que expulsó la familia real del país, sin promover cambios significativos en la estructura social o en la relación de sumisión del país a intereses externos, que, en aquel entonces, eran, prevalentemente, ingleses.

Los hechos históricos mencionados influyen la cultura jurídica y política de Brasil hasta hoy. Fernandes (2005) destaca los rasgos de la relación entre “derechos humanos y la cultura jurídica brasileña”, o cómo se da, según él, la “producción legal de la ilegalidad”, al afirmar que:

Estados que apresentem uma cultura jurídica com esses dois traços (o isolacionismo e o desrespeito aos direitos humanos), quando integrem tratados de direitos humanos, tenderão a reduzir a efetividade desses tratados, mesmo quando as Constituições nacionais com eles se harmonizem (nesse caso, também o direito constitucional terá pouca efetividade). Poderá ocorrer que a própria eficácia formal desses tratados seja negada; ou que sejam interpretados de forma a gerar efeitos contrários à sua finalidade (Fernandes, 2005, p. 9).

Eso explica la facilidad con que políticas regresivas se instalan en el país y denuncia la urgencia de promover cambios culturales en el sentido de fortalecer el constitucionalismo de perfil transformador y de promover la efectividad de la democracia y de la aplicación de los derechos humanos.

Las resistencias a los avances democráticos también marcaron el proceso constituyente. Freitas (2020) destaca que la apertura del régimen militar (o civil-militar<sup>22</sup>) fue gradual, pero sin propiciar un efectivo proceso de transición, especialmente, por la ausencia de punición de los abusos cometidos durante la dictadura. Tal modelo de apertura restringió la discusión política acerca del papel de las fuerzas armadas en un régimen democrático, favoreciendo la presencia de la sombra del régimen autoritario durante el proceso constituyente y la tolerancia de sus defensores hasta los días de hoy.

La transición política limitada tras el fin de la dictadura dio lugar a la interrupción de diversos procesos relevantes para la consolidación de la democracia participativa e igualitaria en el país. En primer lugar, a pesar de la intensa movilización social por elecciones directas para presidente de la república (movimiento “Directas Ya”), el Congreso Nacional no aprobó esa propuesta<sup>23</sup>, siendo realizadas, de modo indirecto, las primeras elecciones presidenciales, en 1985.

El candidato elegido para el cargo de presidente (Tancredo Neves) se enfermó y murió antes de la posesión. Su sucesor, José Sarney, político de perfil conservador y vinculado al grupo político que antes apoyaba el régimen militar, mantuvo el compromiso de cambiar la Constitución,

21. El mapa del encarcelamiento revela que el 60 % de la población carcelaria de Brasil está compuesta por jóvenes mestizos y negros, y que cerca de 2/3 de las muertes violentas, causadas, incluso, por la policía, son de jóvenes negros. Ver el mapa del encarcelamiento de Brasil (Presidencia de la República. Secretaria Geral, 2015b) y el índice de vulnerabilidad juvenil a la violencia y la desigualdad racial (Presidencia de la República. Secretaria Geral, 2015a). Tales índices se encuentran en grado de empeoramiento con las restricciones de las políticas sociales y la persecución ideológica a las minorías.

22. Hoy se dice que la dictadura brasileña (Silva Filho, 2011), así como otras del Cono Sur, fueron dictaduras civiles-militares, y que recibieron apoyo de diversas empresas nacionales y multinacionales instaladas en los respectivos países. Elio Gaspari (2017) menciona la colaboración material de empresas nacionales y multinacionales como Ford, Volkswagen, Ultragaz y Supergel con los aparatos de la represión militar, con el incentivo de la Federación de las Industrias de São Paulo.

23. Enmienda Dante de Oliveira, propuesta presentada por el Diputado Federal de mismo nombre. Las elecciones indirectas fueron realizadas por el Congreso Nacional.

pero, conforme acuerdo político previo, convocó una **Asamblea Constituyente Congresual**, que fue aprobada por la Enmienda Constitucional No 26, de 1985, norma que también amnistió a los militares por los crímenes de la dictadura.

Sarmiento (2009, pp. 9-10) registra que:

A fórmula adotada foi objeto de fortes críticas entre os setores mais progressistas da sociedade, que preferiam a convocação de uma Assembleia Constituinte exclusiva, que não cumulasse os seus trabalhos àqueles da legislatura ordinária, e que se dissolvesse assim que concluída a sua obra. Contestava-se, ademais, a presença, na Assembleia Constituinte, dos senadores biônicos, eleitos indiretamente em 1982, cujos mandatos expirar-se-iam apenas em 1990. A nomeação da Comissão de “notáveis” presidida por Afonso Arinos também foi objeto de críticas de setores à esquerda, que não aceitavam o protagonismo do Presidente da República na definição da agenda da Constituinte. O modelo adotado parece ter resultado de um compromisso com as forças do regime autoritário, travado ainda antes do óbito de Tancredo Neves, pois estas temiam que uma Assembleia Constituinte exclusiva pudesse resvalar para o “radicalismo”, ou até para o “revanchismo” contra os militares – leia-se, a sua responsabilização pelas violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura, como já estava então ocorrendo na Argentina (Sarmiento, 2009, pp. 9-10).

D’Araújo (2012) relata que la influencia política militar se mantuvo intocada y esa categoría actuaba “como veto *player* siempre que se intentó volver a discutir o revisar la Ley de Amnistía de 1979”, lo que también ayuda a explicar la influencia militar en la política y la ambigua interpretación que se da al artículo 142 de la Constitución de Brasil, que pretende legitimar la narrativa conservadora que atribuye a las fuerzas armadas un papel moderador en caso de crisis institucionales,

poder este incompatible con una democracia constitucional.

La ausencia de una Asamblea Constituyente exclusiva, por otro lado, también dificultó la realización de cambios en la estructura de acceso al poder, especialmente, al poder Legislativo, ya que las mismas fuerzas políticas interesadas en la materia fueron las responsables por crear las reglas del juego político-electoral. En ese sentido, la afirmación genérica de Gargarella (2014) de que las nuevas constituciones latinoamericanas tienen “dos almas”, por tener una parte orgánica conservadora y una parte dogmática con amplio catálogo de derechos, se aplica bien al caso brasileño, aunque se discuta si esa conclusión es válida para otros países de la región.

Debido, todavía, al papel doble de la Asamblea Constituyente, el STF, era el órgano responsable por el control de constitucionalidad de los actos practicados por el congreso en sus funciones ordinarias y, en calidad de actor político, terminó por ejercer influencia en el mantenimiento de su propia estructura y composición, lo que se logró tanto en la Comisión Afonso Arinos<sup>24</sup> como en el texto final de la Constitución<sup>25</sup>.

En ese sentido, todas las propuestas de creación de una Corte Constitucional exclusiva, de instituir mandatos para los miembros de la Corte, de alterar la forma de nombramiento de sus miembros, entre otras, fueron rechazadas. Hubo un aumento de la competencia de la Corte en reformas sucesivas, sin alteración de su estructura, lo que contribuyó para el aumento del desequilibrio de poderes (Freitas & Bustamante, 2017).

---

24. Comisión de notables designada por el presidente elegido y que elaboró un anteproyecto constitucional. Ese proyecto no fue formalmente considerado por la asamblea constituyente, aunque pudo haber influenciado los debates y propuestas.

25. Koerner y Freitas (2013) indican que se consideró la creación de un Tribunal Constitucional propuesta por el constitucionalista José Afonso da Silva, pero la comisión, al final, atendió a las “demandas y presiones” de los magistrados del STF.

Las medidas de participación popular implementadas fueron limitadas y, además, son poco estimuladas. Los requisitos exigidos para aprobar leyes de iniciativa popular son muy rigurosos y, cuando son presentados, no reciben prioridad en la agenda del parlamento, siendo pocos los casos de leyes aprobadas a partir de ese mecanismo. También es rara la realización de plebiscitos y de referendos.

Codato (2005, p.101) concluye que el autoritarismo brasileño es compatible con la agenda neoliberal, claramente antidemocrática, motivo por el cual la participación popular tampoco avanzó durante los primeros gobiernos elegidos después del fin de la dictadura, cuando se dio el auge de la primera ola de reformas liberalizadoras en la región.

Los problemas de diseño institucional no fueron corregidos por las posteriores reformas políticas y electorales, de modo que no se logró mejorar la legitimidad del Congreso, cuyo sistema de elecciones proporcionales, con alianzas de bloques de partidos políticos, termina por conformar un organismo en el cual, casi la totalidad de los diputados son elegidos *sin votos propios*<sup>26</sup>, lo que favorece el poder económico, que puede financiar muchos candidatos de fachada para elegir a políticos de partidos tradicionales.

Además, no hay límites para reelección, cuotas para afrodescendientes o minorías étnicas, régimen de inhabilidades para ocupación de cargos públicos en el poder ejecutivo durante el mandato, impedimentos para votar leyes conflictivas con sus intereses personales, para contratar con el poder público o para nombramiento de parientes para ocupar cargos públicos, avances que, por ejemplo, Colombia logró aprobar o que puso en la agenda del debate público.

El aumento de la competencia del STF, especialmente para decidir acciones de control concentrado de constitucionalidad

26. En las últimas elecciones apenas 27 de los 513 diputados elegidos tuvieron votos propios suficientes para elegirse, lo que representa 5,26% de lo total de miembros de la Cámara (Vivas, 2018).

y para emitir jurisprudencia con carácter vinculante, amplió su influencia sobre los otros tribunales del país y sobre la agenda política. Por otro lado, el poder individual de sus magistrados para emitir decisiones provisionales<sup>27</sup>, surgido en los últimos años por razones pragmáticas, fragiliza la competencia de la sala plena, lo que es motivo de preocupación en el momento presente, cuando será nombrado un nuevo integrante de la Corte. Esa preocupación está relacionada al papel esencial que tiene la Corte en la protección de los derechos fundamentales y en el control constitucional de los actos de los agentes públicos, lo que puede ser afectado negativamente si un magistrado individualmente practica algún acto que pueda generar bloqueo del Tribunal Pleno<sup>28</sup>.

La preocupación anterior está relacionada a la competencia exclusiva del presidente de la república para nombrar funcionarios de cargos relevantes, a ejemplo de los Magistrados del STF y del Procurador General de la Nación, dos órganos centrales en el control de la agenda política y ciudadana. Es ahí donde se revela la cara principal del hiperpresidencialismo de Brasil: el poder de nombrar, con amplio margen de discrecionalidad, una gama enorme de funcionarios públicos y, por otro lado, de influenciar en el perfil o en la gestión de diversos órganos que cumplen funciones esenciales en la administración pública, lo que puede empeorar se aprobada reforma administrativa que fragiliza, todavía más, las carreras del funcionalismo público.

Cuando la función presidencial es ejercida de modo abusivo, las interferencias indebidas son mayores, especialmente, en órganos

27. Los magistrados del STF deciden, individualmente, los pedidos relativos a las tutelas provisionales y someten el proceso a la sala plena para ratificar o no el orden provisional. No hay plazo para tal apreciación por la Sala Plena, de modo que una decisión "monocrática" puede hacer efecto durante mucho tiempo.

28. Estudiosos del STF (Arguelhes & Ribeiro, 2018, p. 21) apuntan por lo menos 03 formas de un magistrado individualmente bloquear la sala plena: 1) no liberar el ponente el caso para decisión plenaria; 2) uno de los miembros de la Corte pedir vista del caso; y 3) el presidente del Tribunal no incluir el proceso en la agenda para deliberación plenaria.

que no tienen garantías funcionales<sup>29</sup>. Aun así, no es inusual la burla de las mismas garantías. Hay poco blindaje de órganos que hacen el control de los gastos públicos (como contralorías y tribunal de cuentas), de los que fiscalizan actividades económicas (caso de las agencias reguladoras) o que tienen la misión de garantizar los derechos fundamentales (policías administrativas, defensorías públicas, auditoría fiscal del trabajo) lo que facilita su intencional vaciamiento, especialmente por medio de cortes presupuestarios y de personal, mecanismos típicos de erosión de las democracias contemporáneas, como advierten Ginsburg y Huq (2018).

Cabe destacar, por otro lado, que ni siquiera el cargo de presidente de la república goza de suficientes garantías democráticas en Brasil. Hay una enorme fragilidad relacionada a la preservación del mandato electivo, pues el juicio político presidencial no ofrece garantías sustantivas suficientes para que el acusado pueda defenderse de los crímenes que le fueron atribuidos y, en los últimos casos ocurridos en el país, se observó que el factor preponderante para la separación del presidente de su cargo, no fue la gravedad de los actos practicados, sino la pérdida de apoyo de la mayoría del Congreso.

Además, las reglas de sucesión presidencial en caso de *impeachment* tampoco ofrecen blindaje al mandato electivo, ya que no se convocan nuevas elecciones, ni hay reglas de transición para el ejercicio del cargo presidencial por el sucesor. En ese sentido, ni siquiera durante el trámite del juicio político hay límites de competencia para el presidente interino, lo que le permite tomar decisiones que crean hechos consumados, como sucedió, por ejemplo, durante la tramitación del juicio político de la presidenta Dilma Rousseff, que no renunció al cargo y que por tanto, podría volver a ocuparlo, a diferencia del caso anterior (*impeachment* del presidente Collor de Mello).

---

29. Como, por ejemplo, autonomía administrativa, mandato electivo de sus dirigentes, organización y competencia fijada en ley.

La pandemia reveló, por tanto, que la lección de casa relativa a la transición para la democracia en Brasil no fue suficientemente cumplida por la Constitución de 1988 y, ante un gobierno autocrático, el mal diseño de la casa de máquinas del Estado brasileño fragiliza y puede victimar las propias instituciones que no se dejaron reformar, lo que se debe evitar.

Así las cosas, se necesita pensar en reformas políticas para perfeccionar los diseños institucionales de los tres poderes, pero, también, para mejorar el control sobre las prácticas institucionales, con el fin de ampliar los mecanismos de transparencia, confianza institucional y participación ciudadanas. En tiempos autoritarios, las auto reformas pueden ser la salida, especialmente, para el parlamento y el STF, en caso de que se quiera proteger su institucionalidad democrática.

Además, su actuación efectiva exige la comprensión de que la protección de los derechos y de los servicios esenciales no se da apenas por medio de leyes sustantivas, sino por su efectiva implementación. Para tal fin, además de exigirse que los planes de acción de los gobiernos retiren los derechos del papel, es necesario instituir y respetar las garantías de los derechos fundamentales (libertad de asociación y de expresión; acceso a la justicia y la información; debido proceso administrativo y legal, etc) y promover el fortalecimiento de los órganos responsables por fiscalizarlos e implementarlos.

En ese sentido, se destacarán ejemplos de cómo se dio, en Brasil, la protección de los derechos fundamentales y sus garantías durante la pandemia y los problemas enfrentados para su efectividad, lo que será examinado en el marco de la protección de la democracia sustantiva y participativa, ante un hiperpresidencialismo que se ejerce de modo "abusivo"<sup>30</sup>.

---

30. Landau (2013) conceptúa el constitucionalismo abusivo como el uso de mecanismos de cambio constitucional (enmienda o reemplazo constitucional) para socavar la democracia, aquí se demuestra como la falta de institución de mecanismos de protección a los servicios públicos que garanten la implementación de

#### **4. LA RESISTENCIA DEMOCRÁTICA Y LAS LECCIONES DE LA CRISIS – EL PAPEL DEL CONGRESO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE UN “HIPERPRESIDENCIALISMO ABUSIVO” – ELEMENTOS PARA ENTENDER LOS DESAFÍOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y SUSTANTIVA EN BRASIL**

La falta de coordinación del Poder Ejecutivo Nacional entre sus ministerios y entre los órganos ejecutivos de deferentes niveles ocasionó una sobrecarga en los otros poderes cuanto a las funciones de control o de implementación de políticas públicas para contener las crisis ocasionadas por la pandemia, lo que no se dio no solo a causa de omisiones del poder ejecutivo, sino, también, por las políticas discriminatorias o abusivas, con efectos negativos, especialmente, para los más vulnerables.

Para examinar algunas de las más importantes medidas tomadas por los tres poderes y comprender como actuaron los mecanismos de frenos y contrapesos en el enfrentamiento de la pandemia serán mencionadas decisiones relevantes relacionadas a los siguientes aspectos: a) Medidas de enfrentamiento económico y sanitario de la pandemia; b) Medidas de combate al racismo estructural o de protección a minorías vulnerables; c) Medidas de protección a los derechos fundamentales y sus garantías.

En lo que se refiere al Poder Judicial, la coordinación de las acciones fue más efectiva, pues, además de la existencia de un órgano nacional de autogobierno (el Consejo Nacional de Justicia - CNJ), cada rama de la Justicia tiene sus propios consejos o órganos

---

derechos permiten que la competencia administrativa del presidente sea usada, de modo abusivo, en contra de las funciones que esos mismos órganos deben cumplir, de modo a socavar la democracia igualitaria y participativa.

de control interno, que establecieron las medidas administrativas de aislamiento social y atendimento al público. Además, fue facilitada, por el CNJ, una plataforma virtual para celebración de los juicios en todo el país.

Hay poco perjuicio en la tramitación de los procesos ya decididos en primer grado, pues los expedientes judiciales en Brasil, especialmente, en el ámbito laboral, son, en su casi totalidad, electrónicos. El perjuicio es mayor con relación a los actos que necesitan ser cumplidos presencialmente y con relación a la celebración de juicios virtuales de las partes o testigos que no tienen acceso a los medios electrónicos necesarios. En ese sentido, la pandemia reveló la brecha digital existente en el país, con limitado acceso a la internet por los más pobres y con escasos servicios de internet pública.

Para conocer las medidas de los principales tribunales se puede visitar las páginas web con repositorios de jurisprudencia y de decisiones administrativas sobre la COVID-19<sup>31</sup>. Algunas de las decisiones más importantes del STF serán mencionadas abajo, de modo integrado con las medidas de los demás poderes, conforme los temas seleccionados para análisis. Se dará destaque a las decisiones proferidas en sede de control concentrado de constitucionalidad, por su importancia y destaque entre las muchas decisiones proferidas<sup>32</sup>.

---

31. Principales páginas web del Poder Judicial con informaciones sobre el control de la pandemia: CNJ: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19>>; STJ: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/STJ-no-Combate-ao-Coronavirus.aspx>>; TST: <<http://www.tst.jus.br/coronavirus>> y <<https://sites.google.com/view/covidleistrabalhistas/>>; STF: <[https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app\\_processo\\_covid19/index.html](https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html)>.

32. El STF de Brasil, con su competencia originaria y revisora, de control difuso y concentrado de constitucionalidad, puede recibir 52 tipos de acciones. Sobre la COVID-19, más de 5.000 decisiones fueron proferidas, siendo más de 3.000 habeas corpus. Entre las decisiones más importantes, destacadas por la propia Corte, se encuentran 15 tipos diferentes de medidas, una parte significativa en acciones de control concentrado de constitucionalidad.

Cabe resaltar que hubo convergencia entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial en cuanto a la necesidad de tratamiento urgente de la pandemia. Fueron atendidas las medidas de urgencia requeridas por el Poder Ejecutivo y concedida seguridad jurídica a este para hacer los gastos extraordinarios, sin preocuparse con los límites presupuestales o con la infracción de normas de responsabilidad fiscal ordinariamente aplicables.

No se puede decir, en Brasil, por tanto, que el Poder Ejecutivo haya sufrido bloqueos institucionales para enfrentar la pandemia y, si hubo ineficiencia, esta se dio por los problemas en la planeación y/o ejecución de las medidas de responsabilidad del propio Poder Ejecutivo, algunas de ellas, objeto de control legislativo o judicial, lo que se pasa a analizar.

#### **4.1. Medidas de enfrentamiento económico y sanitario**

El Congreso Nacional declaró Estado de Calamidad Pública, el 20.03.2020, por medio del Decreto Legislativo No. 6 de 2020, conforme solicitud presidencial, limitando los efectos de la declaración al art. 65 de la Ley Complementar No 101/2000, por tanto, apenas a los efectos fiscales y de suspensión de la limitación de gastos públicos previstos en la referida ley, con validez hasta el 31.12.2020, lo que puede ser prorrogado.

En todos los demás aspectos, el funcionamiento de los tres poderes siguió normal, sin la concesión de ningún poder extraordinario al presidente de la república, que ya tiene competencia constitucional para expedir Medidas Provisorias (en adelante, MP), con efecto de ley, en caso de urgencia y relevancia, estas, con validez limitada y sujetas a ratificación o no por el Congreso.

La autorización para ampliar los gastos públicos para contención de la pandemia también fue objeto de decisión preliminar, proferida en Medida Cautelar (en adelante MC) incidental a la Acción Directa de Inconstitucionalidad (en adelante, ADI) No. 6.357 MC/DF, que desobligó al presidente

de la república de cumplir el techo de gastos públicos en ese campo particular.

La principal medida para contener la crisis económica fue el pago de un auxilio de emergencia en el valor de R\$ 600,00 (seiscientos reales) mensuales (poco más de cien dólares) por persona, hasta el límite de dos personas por familia, por tres meses, prorrogados por dos más, lo que atendió a más de sesenta millones de personas sin empleo formal, con prórroga hasta diciembre de 2020, con valor probable de la mitad del pago anterior, conforme a propuesta de la Presidencia de la República.

Hay problemas para el cobro del beneficio por personas muy pobres, como los habitantes de calle, debido a los requisitos exigidos para inscripción (documento individual fiscal regular y acceso a internet). La medida abrió el debate sobre la necesidad de inclusión digital, implementación de una renta básica permanente y tributación de grandes fortunas, temas que encuentran resistencia en el actual gobierno.

La autorización del gasto extraordinario para el pago de ese auxilio se dio por medio de la MP 937/2020, complementada por otras sucesivas. El beneficio fue aprobado por la Ley 13.982/2020, que aumentó el valor del auxilio, con relación al inicialmente negociado por el gobierno, que era de una tercera parte del valor aprobado (menos de 40 dólares). Fue uno de los primeros resultados del contrapeso del Congreso en una negociación en torno al enfrentamiento de la pandemia.

En lo que se refiere a las actividades económicas, diversas medidas provisionales dieron la concesión de créditos extraordinarios a diferentes ministerios para la adquisición de equipos o implantación de programas de crédito y estímulo a la economía, aspectos relacionados a la aviación civil y transporte terrestre, suspensión del ajuste anual de precio de los medicamentos, suspensión temporal de pagos de tributos, suspensión de las clases presenciales y adecuación del calendario escolar, flexibilización de los contratos

laborales y concesión de créditos para apoyo a empresas, entre otras.

Al respecto, las principales leyes de la materia son la Ley Complementar 173/2020, relativa a la limitación de gastos públicos, inclusive con la contratación de funcionarios públicos durante la pandemia. También la Ley 14.019/2020, sobre higienización pública y uso obligatorio de protección facial en espacios públicos, con relación a la cual fue derribado el veto presidencial al uso obligatorio de mascarilla en “*establecimientos comerciales e industriales, templos religiosos, establecimientos de enseñanza y demás locales cerrados en donde haya reunión de personas*”, siguiendo la recomendación de las autoridades sanitarias.

Otra norma relevante fue la Ley No. 14.010 de 2020, que dispone sobre el régimen jurídico de emergencia y transitorio de las relaciones jurídicas de derecho privado durante la pandemia, con relación a la cual fue derribado el veto presidencial al artículo que prohibía la concesión de decisión liminar para despejo durante la pandemia, salvo situaciones excepcionales, restableciendo la prohibición.

Además, el STF, en el ámbito de la Impugnación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (en adelante, ADPF, conforme sigla en portugués) ADPF No. 672 y de una Reclamación (en adelante, RCL), la RCL 39976, reconoció la competencia concurrente de los entes federativos para adopción de medidas de enfrentamiento a la pandemia, lo que pudo hacer que medidas como el uso de mascarillas y las medidas de aislamiento social fueran determinadas por alcaldes y gobernadores, mucho antes de la Ley Nacional, ante a la resistencia del presidente con relación a tal materia. Por otro lado, el STF también intervino en la regulación del pacto federativo para deferir la entrega de ventiladores comprados por gobernadores, ante a actos expropiatorios de la Unión (Acción Civil Originaria, en adelante, ACO, de números 3398/RO y 3385/MA).

En la Medida Cautelar incidental a la ADI 6341-DF, fue concedida autorización

preliminar al presidente de la república para decidir sobre servicios esenciales, observadas las competencias de cada esfera, en la forma de la Constitución, de modo que, salvo si hay decisión contraria inferior en el límite de cada competencia, las actividades esenciales pueden funcionar a partir de decretos presidenciales que suelen dar interpretación elástica al concepto de servicio esencial.

Por otro lado, la Medida Cautelar concedida en la ADI 6421-DF (y, en el mismo sentido, en las ADIs 6422/DF, 6424/DF, 6425/DF, 6427/DF, 6428/DF y 6431/DF), dio interpretación conforme a la Constitución en cuanto al art. 2º de la MP 966/2020 estableciendo que el “error grosero” no exime de la responsabilidad que tiene el dirigente con relación a los actos practicados para la contención de la pandemia, determinando la observancia de los criterios técnicos e científicos, especialmente, las recomendaciones de las organizaciones nacional e internacionalmente reconocidas y los principios constitucionales de precaución y prevención; lo que está acorde a la Resolución No. 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Hubo iniciativa legislativa para concesión de beneficio a algunos grupos específicos, como el apoyo al sector cultural, por medio de la Ley 14.017/2020, denominada Ley Aldir Blanc, en homenaje a importante músico brasileño víctima de la COVID-19, y el Proyecto de Ley 735/2020, que beneficia trabajadores del campo con una ayuda económica similar al auxilio de emergencia, con duración total de cinco meses, pero vetado por el presidente de la república en cuanto a la mayoría de los artículos, inclusive, con relación al pago del auxilio de emergencia, lo que será reexaminado por el Congreso.

En este momento, el país está sumergido en el dilema de como avanzar en algunos programas de incentivo económico y, al mismo tiempo, no abandonar la agenda neoliberal que disminuye la intervención del Estado en la economía y recorta gastos públicos, dos medidas ineficaces para



contener las consecuencias de una crisis de gran proporción.

Además de las privatizaciones, siguen siendo cogitadas reformas tributarias regresivas y más destitución de derechos laborales, desconsiderándose que el aumento de la pobreza y del desempleo aumentará la demanda por asistencia social y económica del Estado, lo que es incompatible con la pretensión de reducir los gastos públicos con servicios sociales.

La ideología neoliberal y la intencional exclusión de sectores o temas sociales de la agenda gubernamental traban la aplicación hasta mismo de los valores autorizados por el Congreso, de modo que la no ejecución del presupuesto aprobado en materia de protección a los DESCA y a los grupos vulnerables es otra estrategia utilizada para recortar gastos de políticas sociales en Brasil<sup>33</sup>.

#### **4.2. Medidas de combate al racismo estructural o de protección a las minorías vulnerables y al medio ambiente**

Tres grupos vulnerables fueron objeto de acciones de control específicas, durante la pandemia, a razón de omisión y/o discriminación del Poder Ejecutivo: los encarcelados, los indígenas y las comunidades predominantemente formadas por afrodescendientes, todos ellos víctimas de racismo estructural, con efectos perversos durante la pandemia, pues los tornó aún más vulnerables a las muertes por COVID-19.

La Ley 14.021/2020 instituyó medidas específicas de combate a la pandemia entre los indígenas y otros grupos vulnerables, como los migrantes, las comunidades de remanentes de esclavos (quilombolas), pescadores artesanales y otros grupos o comunidades tradicionales, pero sufrió

varios vetos presidenciales, algunos derribados, como, por ejemplo, la obligación de fornecimiento de agua potable, limpieza y desinfección de resguardos indígenas, el fornecimiento de lechos hospitalarios, UCIs y ventiladores para atendimento a esa población en el subsistema de salud a ella aplicable (SasiSUS)<sup>34</sup>.

Además, en la ADPF 709-DF, el STF reconoció que la actuación del Estado para proteger a los indígenas durante la pandemia es insuficiente, de modo que determinó la aplicación de las siguientes medidas en sede cautelar:

“1. SALA DE SITUACIÓN: Que el gobierno federal instale Sala de Situación para gestión de acciones de combate contra la pandemia con relación a los pueblos indígenas aislados o de contacto reciente, con participación de las comunidades, por medio de la APIB, de la Procuraduría General de la República y de la Defensoría Pública de la Unión. Los miembros deberán ser designados en 72 horas a partir de la ciencia de la decisión, y la primera reunión virtual debe ser convocada en 72 horas después de la indicación de los representantes;

2. BARRERAS SANITARIAS: Que en 10 días, a partir de la ciencia de la decisión, el gobierno federal escuche la Sala de Situación y presente un plan de creación de barreras sanitarias en tierras indígenas;

3. PLAN DE ENFRENTAMIENTO DE LA COVID-19: Que el gobierno federal elabore en 30 días, a partir de la ciencia de la decisión, con la participación de las comunidades y del Consejo Nacional de Derechos Humanos, un Plan de Enfrentamiento de la COVID-19 para los Pueblos Indígenas Brasileños. Los representantes de las comunidades

---

33. Los medios de comunicación destacaron, durante la pandemia, la ausencia de ejecución del presupuesto para contención de los cambios climáticos, de protección indígena, para combate a la pandemia (adquisición de medicamentos, ventiladores, equipos médicos) del Ministerio de salud, entre otros.

---

34. Conforme consta en la página web específica, la Secretaria Especial de Salud Indígena (SESAI) es la responsable por coordinar y ejecutar la Política Nacional de Atención a la Salud de los Pueblos Indígenas y todo el proceso de gestión del Subsistema de Atención a la Salud Indígena (SasiSUS) en el Sistema Único de Salud (SUS).

deberán ser definidos en 72 horas a partir de la ciencia de la decisión;

4. **CONTENCIÓN DE INVASORES:** Que el gobierno federal incluya en el Plan de Enfrentamiento y Monitoreo de la COVID-19 para los Pueblos Indígenas medida de contención y aislamiento de invasores con relación a tierras indígenas. Destacó, todavía, que es deber del gobierno federal elaborar un plan de desintrusión y que se nada fuera hecho, volverá al tema.

5. **SUBSISTEMA INDÍGENA:** Que todos los indígenas en resguardos tengan acceso al Subsistema Indígena de Salud, independiente de la homologación de las tierras o resguardos; y que los que no viven en resguardos también accedan al subsistema en la falta de disponibilidad del SUS general<sup>35</sup>.

La decisión está bajo seguimiento por el STF, pero otras violaciones siguen ocurriendo en contra de esa población, como los intentos de reconocimiento de títulos propietarios de tierras en tierras indígenas no homologadas; el retraso deliberado en las demarcaciones y homologaciones de los títulos de tierras y la persistente ocupación de esas tierras por minería ilegal y madereros, con apoyo tácito del gobierno, al impedir que medidas de desocupación de las tierras sean cumplidas por los funcionarios encargados de la protección ambiental.

Por la similitud con lo que está ocurriendo en otros países de la región, se nota el intento neocolonial de expulsar a los indígenas de sus resguardos por disputa de tierras o de los recursos existentes en el suelo y subsuelo, lo que, en la práctica, configura política de exterminio de esa población.

En otra Medida Cautelar incidental propuesta para protección de grupos vulnerables, en el ámbito de la ADPF 635-RJ, el STF prohibió la realización de operaciones policiales en favelas de Rio de Janeiro

35. Traducción libre de la autora a partir del texto literal de la decisión.

durante la pandemia. Eso se dio después de la muerte de un adolescente en su casa durante una operación policial realizada sin protocolos de seguridad. Las muertes por “bala perdida” o por “desaparición forzada”, especialmente, en Rio de Janeiro y São Paulo, son una realidad que afecta, todos los años, a diversas personas, inclusive, a niños y niñas. Las operaciones violentas y descuidadas en barrios pobres es otro ejemplo de racismo estructural persistente en Brasil<sup>36</sup>.

Con relación a la protección de los encarcelados, medidas de urgencia fueron requeridas en las acciones ADPF 684-DF y ADPF 347-DF y, mientras no se decide la cuestión de fondo, hubo recomendación del STF, en la ADPF 347- DF, para que los jueces de ejecución penal concedan los siguientes beneficios a los encarcelados:

- a) libertad condicional a encarcelados con edad igual o superior a sesenta años, en los términos del art. 1º de la Ley No. 10.741, de 1º de octubre de 2003;
- b) régimen domiciliario a los seropositivos para VIH, diabéticos, portadores de tuberculosis, cáncer, enfermedades respiratorias, cardíacas, inmunosupresoras u otras susceptibles de agravamiento a partir del contagio por COVID-19;
- c) régimen domiciliario a las gestantes y lactantes, en la forma de la Ley No. 13.257, de 8 de marzo de 2016 – Estatuto de la Primera Infancia;
- d) régimen domiciliario a reclusos por crímenes cometidos sin violencia o grave amenaza; e) sustitución de la prisión provisoria por medida alternativa a

36. La omisión de los poderes públicos en actuar para proteger esas poblaciones generó muchos ejemplos de auto organización para combatir la COVID-19, como ocurrió en las favelas de Paraisópolis, em São Paulo, y Rocinha, en Rio de Janeiro. El Atlas de la violencia del año de 2020 revela que los negros son la principal víctima de la violencia en Brasil, más de 70% de las muertes por la policía, que siguen aumentando en comparación al asesinato de blancos en el mismo período < <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/> >

razón de delitos practicados sin violencia u grave amenaza;

f) medidas alternativas a presos en flagrante ante el cometimiento de crímenes sin violencia u grave amenaza;

g) progresión de pena a quien, atendiendo el criterio temporal, aguarda el examen criminológico;

y h) progresión anticipada de la pena a los presos sometidos al régimen semi abierto<sup>37</sup>.

Muchos *habeas corpus*, inclusive, colectivos, fueron concedidos para alterar el régimen de cumplimiento de pena y uno de los más recientes trata del hacinamiento en institución socioeducativa (institución destinadas a internación de menores en conflicto con la ley), en la cual fueron determinadas medidas para su contención, inclusive, con la posibilidad de conversión de la internación institucional en domiciliaria (Habeas Corpus, en adelante, HC, No 143998- ES).

Esas medidas actúan apenas en los efectos nocivos superficiales del modelo económico vigente, pues, tanto la ausencia de foco en políticas de generación de trabajo, empleo y renta dignos, cuanto la ausencia de inversión en políticas públicas de inclusión y seguridad sociales, aumentan los problemas que el Poder Judicial es llamado a resolver.

### 4.3. Medidas de protección a los derechos fundamentales y sus garantías

La MP 927/2020 instituyó diversas medidas flexibilizadoras en el ámbito laboral, pero la Medida Cautelar concedida en la ADI 6.342-DF suspendió dos de sus artículos, el que impedía el reconocimiento de la COVID-19 como enfermedad ocupacional y el que impedía la actuación punitiva de la auditoría fiscal del trabajo durante la pandemia en caso de ilícitos laborales

específicos, incluido el registro del empleado. Estas fueron dos importantes medidas para proteger la salud de los trabajadores y evitar abusos laborales, incluido el trabajo forzoso, frecuentemente encontrado en Brasil, inclusive, durante la pandemia.

En otras Medidas Cautelares concedidas en la ADI 6.351-DF y en la ADPF-DF, fue suspendida la eficacia del art. 6º-B de la Ley 13979/2020, incluido por la MP 928/2020, que suspendía plazos de la Ley de acceso a la información durante la pandemia y para obligar al ministro de salud a que mantuviera la difusión de los datos epidemiológicos relativos a esta, inclusive en la página web del Ministerio de Salud, con información de los datos acumulados de las ocurrencias relativas a la enfermedad.

El derecho a la privacidad fue protegido en la ADI 6387/DF y otras (ADIs 6388-DF, 6389-DF, 6390-DF y 6393-DF), para conceder Medida Cautelar suspendiendo la eficacia de la MP 954/2020, que autorizaba la transferencia de datos de empresas de comunicación o de servicios telefónicos para el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) por considerarse que la violación no era justificada, por el riesgo de mal uso de las informaciones obtenidas así.

Otras medidas fueron tomadas en los últimos años por el STF para mantener otros derechos políticos básicos, como el derecho a la libre reunión, libertad de expresión y de manifestación del pensamiento, inclusive, en contra del propio STF (Petición, en adelante, PET, No 8830 MC/DF).

Para preservar el comando constitucional que asegura la democracia participativa y las atribuciones constitucionales del Poder Legislativo, en la ADI 6121 MC/DF se suspendió la eficacia de la extinción de Consejos previstos en Ley, con la siguiente determinación:

Concedo parcialmente la medida preventiva para, suspendiendo la eficacia del § 2º del artículo 1º del Decreto Nº 9.759/2019, en la redacción dada por el Decreto Nº 9.812/2019, apartar, hasta el

---

37. ADPF 347- DF, MP Marco Aurelio. Traducción libre de la autora de trecho de la decisión.

examen definitivo de esta acción directa de inconstitucionalidad, la posibilidad de extinción, por acto unilateralmente editado por el Jefe del Poder Ejecutivo, de colegiado cuya existencia encuentre mención en ley en sentido formal, aún que ausente expresa referencia “sobre la competencia u la composición”. Por conexión, suspendo la eficacia de actos normativos posteriores que promuevan, en la forma del artículo 9º del Decreto Nº 9.759/2019, la extinción de los órganos.

Recientemente, en Medida Cautelar requerida en la ADPF 722MC/DF el STF también dictó sentencia que protege las libertades públicas al prohibir órgano de inteligencia del gobierno de elaborar informes en contra de funcionarios públicos, inclusive, profesores, por motivación de opinión política. En el caso, 579 funcionarios públicos, identificados como “antifascistas”, fueron investigados por sus opiniones políticas, en conducta similar a las prácticas de “caza a las brujas” de la dictadura militar.

A pesar de los diversos problemas identificados en la conducta presidencial, hay resistencia del Congreso en procesar alguno de los 56 pedidos de *impeachment* en contra del actual presidente (Jiménez, 2020). Estudiosos del tema apuntan diversos actos que podrían ser tipificados como crimen de responsabilidad<sup>38</sup>, lo que refuerza el anterior análisis acerca de los problemas de aplicación de tal instituto en Brasil.

## **CONSIDERACIONES FINALES – A PROPÓSITO DE BUSCAR SALIDAS PARA LAS CRISIS**

En el caso brasileño, como se vio, la gestión de las crisis sanitaria y económica impuso más pérdida de DESCAs y restricciones a derechos civiles y políticos que propiamente restricción al derecho de ir y venir.

38. Hubner (2019) apunta, en agosto de 2019, 17 crímenes de responsabilidad ya cometidos por el presidente de la república hasta aquel entonces. Todos los hechos comentados en este artículo son posteriores a tal análisis, lo que revela que otros tantos actos que podrían ser tipificados como crímenes de responsabilidad fueron practicado desde entonces.

El elevado número de vidas perdidas y la prorrogación de los efectos económicos de la pandemia son consecuencia de la falta de coordinación nacional y de las medidas inadecuadas adoptadas por el Poder Ejecutivo, agravadas por el veto a algunas de las medidas propuestas por el Poder Legislativo y por el retraso en cumplir políticas aprobadas y decisiones judiciales.

La ineficacia de las políticas propuestas en el plan nacional refleja, por otro lado, compromiso con valores del ideario neoliberal que terminan por sobreponer la protección económica del mercado a la protección de las personas.

Eso impone al Poder Judicial una sobrecarga de trabajo inalcanzable para contener los efectos nocivos de decisiones políticas que caracterizan violaciones sistemáticas de derechos fundamentales. A la par de lo anterior, las limitaciones existentes en el diseño institucional de los tres poderes generan desequilibrios que impiden una adecuada protección de la democracia sustantiva y participativa en Brasil.

Además, considerando que la agenda de reformas económicas tuvo vía libre durante la pandemia, se observa que la calamidad pública terminó por transformarse en un verdadero estado de excepción, que facilita las conductas antidemocráticas, violatorias y destituyentes de derechos, sin suficientes debates, justo cuando la sociedad no puede participar plenamente de la agenda pública y, por tanto, no logra movilizarse o defenderse adecuadamente de los ataques a sus derechos.

Por fin, se entiende que la comprensión histórica de los problemas estructurales del país, acompañada de una escucha plural, pueden ayudar a romper la cultura autoritaria vigente y enfrentar los problemas de modo estructural.

Las prácticas dialógicas necesitan ser incorporadas en el ámbito de los tres poderes, observando los métodos deliberativos aplicables en el campo de los derechos humanos, que exigen inclusión, no

discriminación, transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana.

La decisión tomada en la ADPF 709-DF es un experimento relevante durante la pandemia. Tal tipo de decisión exige seguimiento competente y reconocimiento de las formas sutiles usadas actualmente para erosionar la democracia. Se debe reconocer que son los funcionarios públicos los que, de hecho, ejecutan las políticas que retiran las leyes del papel y que para proteger algunos derechos es necesario proteger ciertas garantías, incluidas, algunas instituciones públicas en contra de la injerencia indebida y del vaciamiento de su estructura y competencias, lo que se aplica a las instituciones de protección a los pueblos

indígenas de Brasil, entre otras.

Hay un espacio abierto para las instituciones democráticas auto reformarse y eso es urgente para contrarrestar los efectos de un hiperpresidencialismo abusivo. Para tanto, es necesario percibir la importancia de implementar cambios en la cultura institucional a fin de superar los vacíos de aplicación de las normas de protección a los derechos humanos (nacionales e internacionales) y de sus garantías, así como para que se empiecen a adoptar, de modo institucionalizado, prácticas que mejoren la confianza institucional y aseguren la inclusión, no discriminación, participación plural, transparencia y la rendición de cuentas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Libros, capítulos de libros y artículos de periódicos especializados

- » Agamben, G. (2004). *Homo Sacer. O poder soberando e a vida nua I*. Belo Horizonte, UFMG.
- » Codato, A. N. (2005). Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. *Revista Sociologia Política*, (25), 83-106. Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31113.pdf>
- » Comparato, F. K. (2017). *A oligarquia brasileira: visão histórica*. São Paulo: Editora Contracorrente. Kindle book.
- » D'Araújo, M. C. (2012). O estável poder de veto Forças Armadas sobre o tema da anistia política no Brasil. *Varia História*, 28 (48), 573-597. Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/vh/v28n48/06.pdf>
- » Freitas, G. M., & Bustamante, T. R. (2017). Separação e equilíbrio de poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988. Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF. *Cadernos Adenauer*, XVIII (1), 193-216. Recuperado de <http://www.kas.de/wf/doc/23078-1442-5-30.pdf>
- » Koerner, A. & Freitas, L. B. (2013). O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, (88), 141-184. Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a06n88.pdf>
- » Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *University of California, Davis*, 47 (189): 189-260.
- » Levitsky, Steven; Ziblatt, Daniel. (2018) Como as democracias morrem (Locais do Kindle 4-8). Zahar. Edição do Kindle.
- » Mbembe, A. (2020). *Brutalisme*. Paris: La Découverte.
- » Mbembe, A. (2006). Necropolitique. In: *Raisons politiques*, (21), 29-60. Presses de Sciences Po. Recuperado de <https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques->

2006-1-page-29.htm

- » Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución*. Buenos Aires: Katz.
- » Gaspari, E. (2017). *Coleção ditadura*. Río de Janeiro: Intrínseca. Kindle book.
- » Ginsburg, T.; Hug, A.Z. (2018) *How to Save a Constitutional Democracy*. University of Chicago Press. Edição do Kindle.
- » Orbeogo, B. V. (2015). *Colombia no es una isla. Una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- » Russel-Wood, A. J. (1998). Centros e periferias no mundo luso-brasileiro, 1500-1808. *Revista Brasileira de História*, 18. Recuperado de [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-01881998000200010&lng=não&nrm=não&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000200010&lng=não&nrm=não&tlng=pt)
- » Sarmento, D. (2009). 21 anos de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. *DPU*, 6 (30), 7 - 41.
- » Silva Filho, J. C. M. (2011). O terrorismo de Estado e a ditadura civil-militar no Brasil: direito de resistência não é terrorismo. The Third Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era. Beijing. *Anais do Congresso*: 50 - 75. Recuperado de [http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11337/2/O\\_Terrorismo\\_de\\_Estado\\_e\\_a\\_Ditadura\\_Civil\\_Militar\\_no\\_Brasil\\_Direito\\_de\\_Resistencia\\_nao\\_e\\_Terrorismo.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11337/2/O_Terrorismo_de_Estado_e_a_Ditadura_Civil_Militar_no_Brasil_Direito_de_Resistencia_nao_e_Terrorismo.pdf)
- » Souza, J. (2017). *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Río de Janeiro: Leya.
- » Streeck, W. (2017). El ascenso del Estado consolidador europeo. En: W. Streeck, *¿Cómo terminará el capitalismo? Ensayos sobre un sistema en decadencia* (pp. 142-173). Madrid: Traficantes de sueños.

### **Tesis**

- » Fernandes, P. (2005). *A produção legal da ilegalidade: os direitos humanos e a cultura jurídica brasileira*. USP. São Paulo. Recuperado de <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ea000233.pdf>.
- » Freitas, G.M.B. (2020) *Protección a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), cultura jurídica y constitucionalismo dialógico. Modelo deliberativo de aplicación e implementación de los DESCA a partir del estudio de caso del derecho al agua en Colombia y de los desafíos para su aplicación en Brasil*. Universidad Externado de Colombia y Universidad Federal de Minas Gerais. Bogotá/Belo Horizonte.

### **Notícias, informes y artículos de periódicos**

- » Camarotto, M. (17 de julio de 2020). Número de militares no governo mais do que dobra com Bolsonaro. Recuperado de: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/07/17/numero-de-militares-no-governo-mais-do-que-dobra-com-bolsonaro.ghtml>
- » Cárdenas, J. (22 de marzo de 2019). El país. Economía del exterminio. Recuperado de <https://elpais.com/internacional/2019/01/22/colom>

bia/1548120869\_653877.html

- » Colucci, C. (14 de abril de 2020). Covid-19 gera inflamação no coração e pode levar a infarto. Sociedade de Cardiologia monta registro nacional de complicações cardíacas para avaliar o impacto. Recuperado de <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/covid-19-gera-inflamacao-no-coracao-e-pode-levar-a-infarto.shtml>>
- » Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020). Resolución 1 de 2020 [CIDH, Resolución 1, 2020]. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Recuperado de <<http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>>
- » Florios, D. (14 de enero de 2016). A economia neoliberal mata mais que todos os exércitos do mundo. Recuperado de <<https://www.greenme.com.br/informarse/green-economy/2736-a-economia-neoliberal-mata-mais-que-todos-os-exercitos-do-mundo/>>
- » G1. Jornal Nacional. (25 de junio de 2020). Estoque de medicamentos usados em UTIs está zerado em 21 estados e no DF, diz levantamento. Recuperado de <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/06/25/estoque-de-medicamentos-usados-em-utis-esta-zerado-em-21-estados-e-no-df-diz-levantamento.ghtml>>
- » Hubner, C. (22 de agosto de 2019). 17 crimes de responsabilidade. Bolsonaro tem fé na impunidade que catapultou sua trajetória. Época. Recuperado de <<https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/17-crimes-de-responsabilidade-23894352->>
- » Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA). (2020). Atlas da Violência. Recuperado de <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>>
- » Jiménez, C. (11 de agosto de 2020). El país. Movimentos negros apresentam 56º pedido de impeachment de Bolsonaro, por negligência com a pandemia. Recuperado de <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-11/movimentos-negros-apresentam-56-pedido-de-impeachment-de-bolsonaro-por-negligencia-com-a-pandemia.html>>
- » Kruse, T. (20 de mayo de 2020). O Estado de São Paulo. Coronavírus supera câncer e enfarte; por dia já é a primeira causa de morte no país. Recuperado de <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,coronavirus-supera-cancer-e-enfarte-por-dia-ja-e-a-1-causa-de-mortes-no-pais,70003309136>
- » Lisandra, A.; Fonseca, P. (08 de agosto de 2020). Com 100 mil mortes, Covid mata em menos de 6 meses mesmo número de brasileiros que HIV matou em 9 anos. Recuperado de <https://www.msn.com/pt-br/news/brasil/com-100-mil-mortes-covid-mata-em-menos-de-6-meses-mesmo-n-c3-bamero-de-brasileiros-que-hiv-matou-em-9-anos/ar-BB17HMgp>.
- » Mota, C.V.; Guimarães, L.; Alvim, M.; Barifouse, R.; Lemos, V. (08 de agosto de 2020). Coronavírus: 9 erros que levaram às 100 mil mortes no Brasil (e 1 lição que a pandemia deixa até agora). Recuperado de <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53703044>.
- » Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (17 de abril de 2020). Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado de <<https://undocs.org/es/E/C.12/GC/25>>
- » Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (30 de

abril de 2020). Observación General No. 25, relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado de < <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/25> >

» Paraguassu, L.; Fonseca, P. (07 de agosto de 2020). Covid iguala em 6 meses mesmo nº de mortes da HIV em 9 anos. Recuperado de <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/covid-igual-a-em-6-meses-mesmo-n-de-mortes-da-hiv-em-9-anos,f188da9a02f5d0398dcc143addab6eb40o2x6tzm.html>

» Presidencia de la República. Brasil. Secretaria General (2015a). Índice de vulnerabilidade juvenil à violência e desigualdade racial 2014. Brasília: Presidência da República. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002329/232972POR.pdf>.

» Presidencia de la República. Brasil. Secretaria General (2015b). Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil. Brasília: Presidência da República. Recuperado de [http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0010/1092/Mapa\\_do\\_Encarceramento\\_-\\_Os\\_jovens\\_do\\_brasil.pdf](http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0010/1092/Mapa_do_Encarceramento_-_Os_jovens_do_brasil.pdf).

» Setipa, J. (19 de mayo de 2020). Como resolver a escassez de equipamentos no combate à pandemia. Recuperado de <<https://saude.abril.com.br/blog/com-a-palavra/como-resolver-a-escassez-de-equipamentos-no-combate-a-pandemia/>>

» Tajra, A. (11 de agosto de 2020). Covid: Defensorias públicas de 16 estados pedem liberdade a presas grávidas. Recuperado de <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/08/11/mulheres-gravidas-presas-sp-relatos-covid-19.htm>>

» Varely, G. (07 de agosto de 2020). Brasil tem novo dia com mais de mil mortos pela covid-19. Fiocruz alerta: em três meses, serão 200 mil. Recuperado de <<https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2020/08/brasil-tem-novo-dia-com-mais-de-mil-mortos-pela-covid-19-fiocruz-alerta-em-3-meses-serao-200-mil/>>.

» Vivas, F. (09 de octubre de 2018). De 513 deputados eleitos na Câmara, só 27 dependeram dos próprios votos para se eleger. Recuperado de <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/09/de-513-deputados-eleitos-na-camara-so-27-dependeram-dos-proprios-votos-para-se-eleger.ghtml>>

### **Medidas Provisorias, Leyes y Decisiones judiciales**

» Câmara dos Deputados, Brasil. (18 de marzo de 2020). Ley nº 735. [Proyecto de Ley 735 de 2020]. Recuperado de <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=E1F7104384761F7FDD406BF424063B8E.proposicoesWebExterno2?codteor=1867396&filename=PL+735/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E1F7104384761F7FDD406BF424063B8E.proposicoesWebExterno2?codteor=1867396&filename=PL+735/2020)>

» Congreso Nacional, Brasil. (04 de mayo de 2000). Ley Complementar nº 101. [Ley Complementar 101 de 2000]. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm)>

» Congreso Nacional, Brasil. (27 de mayo de 2020). Ley Complementar nº 173. [Ley Complementar 173 de 2020]. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp173.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp173.htm)>

» Congreso Nacional, Brasil. (06 de febrero de 2020). Ley nº 13.979. [Ley 13.979 de 2020]. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm)>



- » Congresso Nacional, Brasil. (02 de abril de 2020). Ley nº 13.982. [Ley 13.982 de 2020]. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L13982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13982.htm)>
- » Congresso Nacional, Brasil. (10 de julio de 2020). Ley nº 14.010. [Ley 14.010 de 2020]. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm)>
- » Congresso Nacional, Brasil. (29 de junio de 2020). Ley nº 14.017. [Ley 14.017 de 2020]. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14017.htm)>
- » Congresso Nacional, Brasil. (02 de julio de 2020). Ley nº 14.019. [Ley 14.019 de 2020]. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14019.htm)>
- » Congresso Nacional, Brasil. (07 de julio de 2020). Ley nº 14.021. [Ley 14.021 de 2020]. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l14021.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14021.htm)>
- » Presidência da República. Brasil. (20 de marzo de 2020). Decreto n.º 6. [Decreto 6 de 2020]. DOU: 20.03.2020. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm)>
- » Presidência da República. Brasil. (22 de marzo de 2020). Medida Provisória nº 927. [Medida Provisória 927 de 2020]. DOU: 22.03.2020. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm)>
- » Presidência da República. Brasil. (23 de marzo de 2020). Medida Provisória nº 928. [Medida Provisória 928 de 2020]. DOU: 23.03.2020. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm)>
- » Presidência da República. Brasil. (17 de abril de 2020). Medida Provisória nº 954. [Medida Provisória 954 de 2020]. DOU: 17.04.2020. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm)>
- » Presidência da República. Brasil. (13 de mayo de 2020). Medida Provisória nº 966. [Medida Provisória 966 de 2020]. DOU: 14.05.2020. Recuperado de <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>
- » Supremo Tribunal Federal. (19 de junio de 2020). Medida Cautelar (MC) en ACO 3398MC/RO. [M.P. Luís Roberto Barroso] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547646&ext=.pdf>
- » Supremo Tribunal Federal. (20 de abril de 2020). Tutela Provisoria (TP) en ACO 3385TP/MA. [M.P. Celso de Mello] Recuperado de <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342938537&ext=.pdf>
- » Supremo Tribunal Federal. Sala Plena. (13 de junio de 2019). Medida Cautelar (MC) en ADI 6121MC/DF. [M.P. Marco Aurélio] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341826697&ext=.pdf>
- » Supremo Tribunal Federal. (24 de marzo de 2020). Medida Cautelar (MC) en ADI 6341MC/DF. [M.P. Marco Aurélio] Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>
- » Supremo Tribunal Federal. Sala Plena. (29 de abril de 2020). Medida Cautelar (MC) en ADI 6342MC/DF, refrendada en parte por la Sala Plena. [M.P. Alexandre de Moraes] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880968>

- » Supremo Tribunal Federal. Sala Plena. (30 de abril de 2020). Medida Cautelar (MC) en ADI 6351MC/DF, refrendada por la Sala Plena. Voto conjunto de las ADIs 6347, 6351 e 6353. [M.P. Alexandre de Moraes] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344001246&ext=.pdf>
- » Supremo Tribunal Federal. (29 de marzo de 2020). Medida Cautelar (MC) en ADI 6357MC/DF. [M.P. Alexandre de Moraes] Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>
- » Supremo Tribunal Federal. Sala Plena. (21 de maio de 2020). Medida Cautelar (MC) en ADI 6321MC/DF. Voto conjunto ADI 6344/DF, 6346/DF, 6348/DF, 6349/DF, 6352/DF y 6354/DF [M.P. Luís Roberto Barroso] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>
- » Supremo Tribunal Federal. Sala Plena. (07 de mayo de 2020). Medida Cautelar (MC) en ADI 6387MC/DF, refrendada por la Sala Plena. [M.P. Rosa Weber] Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/resumocovid/anexo/paginador.pdf>
- » Supremo Tribunal Federal. (17 de marzo de 2020). Medida Cautelar (MC) en ADPF 347/DF. [M.P. Luís Roberto Barroso] Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>
- » Supremo Tribunal Federal. (08 de abril de 2020). Decisión Liminar en ADPF 672/DF. [M.P. Alexandre de Moraes] Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>
- » Supremo Tribunal Federal. (08 de julio de 2020). Medida Cautelar (MC) en ADPF 709/DF. [M.P. Luís Roberto Barroso] Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>
- » Supremo Tribunal Federal. Sala Plena. (20 de agosto de 2020). Medida Cautelar (MC) en ADPF 722/DF. [M.P. Carmem Lúcia] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5967354>
- » Supremo Tribunal Federal. Sala Plena (05 de agosto de 2020). Decisión Liminar en ADPF 635/RJ. [M.P. Edson Fachin] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>
- » Supremo Tribunal Federal. Segunda Sala. (25 de agosto de 2020). Habeas Corpus (HC) 143998/ES. [M.P. Edson Fachin] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5189678>
- » Supremo Tribunal Federal. (07 de maio de 2020). Medida Cautelar (MC) en Petición PET 8830/DF. [M.P. Celso de Mello] Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet8830decisao.pdf>
- » Supremo Tribunal Federal. (30 de abril de 2020). Reclamação (RCL) 39976/SP. [M.P. Luiz Fux] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342994525&ext=.pdf>



# Del Ulises desatado al Ulises extraviado: la crisis sanitaria en el contexto de la crisis constitucional chilena

*Ulysses unbound? The Covid-19 public health emergency in the context of Chile's constitutional crisis*

Autor: Antonio Morales Manzo

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12161>

**Para citar este artículo:**

Morales Manzo, A. (2020). Del Ulises desatado al Ulises extraviado: la crisis sanitaria en el contexto de la crisis constitucional chilena. *Derecho y Realidad*, 18, (36), 139- 160.



## DEL ULISES DESATADO AL ULISES EXTRAVIADO: LA CRISIS SANITARIA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS CONSTITUCIONAL CHILENA\*

*Ulysses unbound? The Covid-19 public health emergency in the context of Chile's constitutional crisis*

*De Ulysses desencadeado a Ulises extraviado: a crise da saúde no contexto da crise constitucional chilena*

**Antonio Morales Manzo<sup>a</sup>**  
antoniomoralessmanzo@gmail.com

Recepción: 20 de octubre 2020  
Aceptación: 13 de noviembre 2020

### RESUMEN

El presente artículo ofrece un análisis de la reacción institucional a la pandemia de COVID-19 en el caso chileno, centrándose en el rol de los poderes ejecutivo y legislativo, así como en el impacto que el contexto actual ha tenido en las dinámicas de interacción entre ambos poderes del Estado. Las formas de control de la crisis sanitaria encuentran un antecedente directo en las formas de control implementadas para reaccionar a la crisis social iniciada en octubre de 2019. Dado lo anterior, el escrito detecta las continuidades e interrupciones identificables en las respuestas a ambas crisis, analizando qué representa la trayectoria institucional del último año para el presidencialismo chileno en tanto cultura política y forma jurídica de gestión del poder público. La evaluación del caso chileno se realiza a partir de la tensión

entre dos modelos de análisis para estudiar la vigencia actual del principio de separación de poderes: por un lado, la propuesta del ejecutivo desatado, desarrollada por Posner y Vermeule; por otro lado, el modelo deliberativo expuesto por Ginsburg y Versteeg. El artículo concluye brindando una perspectiva propia a modo de diagnóstico de la situación actual, analizando elementos de diseño institucional que resultan relevantes para el proceso constitucional actualmente en curso en el país.

### PALABRAS CLAVES

Presidencialismo; poder ejecutivo; crisis constitucional; pandemia; derechos fundamentales.

---

\* Artículo de reflexión.

a. Abogado y magíster en derecho con mención en derecho público, Universidad de Chile. Profesor de filosofía del derecho y derecho constitucional, Universidad Adolfo Ibáñez.

## ABSTRACT

The paper provides an analysis of Chile's institutional reaction to the COVID-19 pandemic. The article focuses on the role played by the executive and the legislative branches in the current sanitary emergency and how the present context has affected the interaction between both branches. In dealing with the sanitary crisis, public authorities have adopted measures that resemble some of the policies implemented to confront the social crisis taking place in the country since October 2019. Therefore, this essay observes the continuities and interruptions registered in the institutional response to those crises. The aim of such analysis is to shed light on the meaning of such responses for Chilean presidentialism, understood both as a political culture and as a legal approach to public management. In order to assess the current pertinence of the separation of powers doctrine in the Chilean case, two conflicting theoretical perspectives are used, namely the administrative-state approach provided by Posner & Vermeule and the deliberative model suggested by Ginsburg & Versteeg. The paper concludes by offering a differentiated perspective on the current situation, centring the analysis on some aspects relevant to the ongoing process of creating a new constitution for the country.

## KEYWORDS

Presidentialism; executive power; constitutional crisis; pandemic; fundamental rights.

## RESUMO

Este artigo oferece uma análise da reação institucional à pandemia COVID-19 no caso chileno, enfocando o papel dos poderes executivo e legislativo, bem como o impacto que o contexto atual teve na dinâmica de interação entre os dois poderes do Estado. As formas de controle da crise de saúde encontram um antecedente direto nas formas de controle implementadas para reagir à crise social iniciada em outubro de 2019. Diante do exposto, o documento detecta continuidades e interrupções identificáveis

nas respostas às crises, analisando o que a trajetória institucional do último ano representa para o presidencialismo chileno como cultura política e forma jurídica de gestão do poder público. A avaliação do caso chileno é feita a partir da tensão entre dois modelos de análise para estudar a vigência atual do princípio da separação de poderes: de um lado, a proposta do executivo desencadeado, desenvolvida por Posner e Vermeule; por outro lado, o modelo deliberativo exposto por Ginsburg e Versteeg. O artigo conclui apresentando uma perspectiva própria como diagnóstico da situação atual, analisando elementos de desenho institucional relevantes para o processo constitucional em curso no país.

## PALABRAS CLAVE

Presidencialismo; poder ejecutivo; crise constitucional; pandemia; direitos fundamentales.

## INTRODUCCIÓN

En menos de 12 meses, la sociedad chilena ha experimentado dos de las crisis más severas de sus últimos 40 años de historia. A partir de octubre del 2019, el país se ha encontrado ante una crisis social que derivó posteriormente en una crisis también político-institucional, la cual continúa hasta el momento en que se escribe este ensayo. Adicionalmente, desde marzo de 2020, Chile vive una crisis sanitaria a consecuencia de la variante de coronavirus que actualmente afecta a la población humana a través de la enfermedad COVID-19. Como consecuencia de los procesos indicados previamente, el país comienza también a experimentar los efectos materiales de un cúmulo de eventos que convergen hacia una situación micro y macroeconómicamente adversa, anticipando con ello una crisis de carácter económico para los meses y años que se avecinan.

Como se desprende del párrafo anterior, quizá el concepto que mejor permite captar el espíritu de esta época es el de crisis. La superposición de crisis actualmente observable en la sociedad ha tensionado su estructura institucional para el procesamiento y resolución de conflictos.

El tensionamiento institucional ocurre en un escenario de creciente complejidad, donde los distintos códigos de interacción social están mutando hacia dinámicas hasta hace pocos años inexistentes. El uso masificado de nuevas tecnologías, en particular, ha alterado las formas en que la comunicación se produce en la sociedad contemporánea. En un fenómeno de alcances globales, el procesamiento centralizado y abiertamente asimétrico de la información, característico de la irrupción de los *mass media* en el siglo XX, ha dado paso a una progresiva descentralización en el acceso y producción de información (Riles, 2018). En sociedades tradicionales como la chilena, este proceso de corrección de asimetrías de información ha causado alteraciones significativas en su *habitus* político (Bourdieu, 1977), originando un progresivo descentramiento de la política como forma de interacción social. En lo que puede ser descrito como una ironía de la historia, la introducción a través de mecanismos de mercado de tecnologías que desconcentran y descentralizan el tráfico de información, ha venido de la mano con un cuestionamiento a los mecanismos de mercado como vía constitutiva y variable dominante de la interacción social.

¿Cómo se relaciona la reflexión anterior con el derecho? La coyuntura social actual sitúa al derecho como institución ante un desafío de relevancia histórica: ¿cómo puede reaccionar el sistema jurídico ante el cambio en las dinámicas sociales, para canalizar las crisis en desarrollo y estabilizar con ello a la sociedad? ¿Es posible que el rol potencialmente estabilizador del derecho se concrete sin que el sistema jurídico se modifique a sí mismo, adecuándose al entorno cambiante dentro del cual adquiere operatividad? En otras palabras, ¿puede el derecho estabilizar a la sociedad, procesando sus múltiples crisis, sin antes desestabilizarse a sí mismo?<sup>1</sup>

---

1. Sobre la posibilidad de entender el derecho como sistema estabilizador de la interacción social, especialmente en contextos donde los códigos de la economía se han expandido a ritmos acelerados, irritando con ello a otros sistemas y sus respectivos códigos de comunicación, véase Kjaer (2011), Amtutz (2011), Teubner (2011).

El presente escrito tiene como objetivo analizar de manera acotada la reacción institucional del Estado de Chile ante las crisis registradas a partir de octubre del año 2019, con el objeto de disponer de una hipótesis que permita comprender el rol del derecho en el desarrollo (y eventual superación) de las crisis descritas. El análisis será acotado, porque se restringirá a proveer una visión global acerca de la reacción de algunas instituciones del Estado ante la crisis sanitaria provocada por la enfermedad COVID-19 a partir de marzo de 2020, contrastando dicha experiencia con la reacción institucional ante la crisis social y política iniciada en octubre de 2019. Este ejercicio comparativo permitirá perfilar las instituciones bajo estudio, identificando ciertas tendencias en su comportamiento y sopesando el impacto que las crisis han tenido en sus dinámicas de interacción. Si bien el análisis ofrecerá un perfilamiento general de las instituciones centrales en los periodos abarcados, el estudio se enfocará en la reacción del Poder Ejecutivo y su relación con el Congreso Nacional. Las relaciones entre ambos poderes clásicos del Estado serán analizadas a partir de un marco teórico proporcionado por la exploración que Tom Ginsburg y Versteeg han desarrollado respecto de la crisis sanitaria, desde el punto de vista del derecho comparado. Esta última visión será contrastada con la perspectiva del ejecutivo desatado, desarrollada por Vermeule y Posner, para posteriormente ofrecer un análisis propio respecto de la evolución institucional del sistema jurídico chileno y del carácter del vínculo entre Congreso y Presidencia de la República como parte relevante de dicho sistema.

## **¿ULISES DESATADO Y VUELTO A ATAR? EN BÚSQUEDA DE UN MARCO TEÓRICO PARA COMPRENDER EL CONTEXTO ACTUAL DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**

Una de las características fundamentales de los sistemas políticos latinoamericanos es su tendencia a formas relativa o marcadamente autoritarias de gestión del

poder institucional (Loveman & Davies, 1997; Loveman, 2001). En términos jurídicos, esto se manifiesta en que las circunstancias de normalidad constitucional contienen elementos propios de situaciones de excepcionalidad constitucional, de acuerdo a las categorías de análisis disponibles a nivel dogmático. El reducido rol de los parlamentos *vis à vis* el poder ejecutivo es un ejemplo de lo anterior, en la medida que el carácter ejecutor de la institución presidencial tiende a encontrar mecanismos de control limitados por parte de los órganos congresales de cada país. Como veremos, Chile no es la excepción a esta tendencia regional, en términos de las reglas de derecho positivo que moldean la relación entre ambos poderes del Estado (Huneus, 2018; Escudero, 2018), aun cuando la dinámica política entre el Congreso y el presidente de la república ha registrado modificaciones relevantes dentro de la última década en términos fácticos (mas no normativos), con especial acento en el último año.

Las dinámicas jurídicas y políticas entre los distintos poderes del Estado adquieren particularidades distintivas cuando se produce el tránsito formal hacia un estado de emergencia o excepción constitucional. En una cultura institucional donde las circunstancias de normalidad inclinan la balanza del poder hacia el presidente de la república, la dictación de estados de excepción tiene el potencial de agudizar dichas dinámicas, disminuyendo con ello los escasos frenos y contrapesos existentes para controlar el uso de las distintas competencias que posee el poder ejecutivo. Cuestionando tal suposición, un reciente estudio de derecho comparado elaborado por Tom Ginsburg y Mila Versteeg sugiere una imagen distinta. Enfocándose en la reacción institucional global ante la emergencia sanitaria causada por la enfermedad COVID-19, Ginsburg y Versteeg sostienen que, en general, el poder ejecutivo en distintas partes del mundo ha actuado bajo la constante supervisión y control de las respectivas legislaturas, Cortes de Justicia y gobiernos locales (Ginsburg y Versteeg, 2020). El análisis presentado por ambos autores utiliza evidencia empírica para

afirmar que, incluso en el marco de estados de excepción normativamente declarados, la tendencia observable a nivel comparado es un proceso de contención y no de descontrol respecto del comportamiento del poder ejecutivo en relación a los otros poderes del Estado. Adicionalmente, el enfoque de Ginsburg y Versteeg afirma que la interacción entre el poder ejecutivo y otros órganos del Estado ante la emergencia sanitaria ha promovido, a nivel global, un modelo deliberativo de resolución de eventuales conflictos. La deliberación se produciría porque las instituciones que constriñen o sugieren al ejecutivo modificar su conducta lo hacen a partir de razones ancladas, tanto en la legislación, como en fundamentaciones de carácter técnico. Cuando esto ocurre, la interacción eventualmente generaría un diálogo virtuoso, por medio del cual la directriz política llevada a cabo por el ejecutivo sería perfeccionada en lo referente a su fundamentación normativa y concreción técnica (Ginsburg y Versteeg, 2020).

Junto a ser un trabajo valioso de sistematización de información empírica, el escrito de Ginsburg y Versteeg tiene por objeto ofrecer una lectura crítica a la perspectiva desarrollada por Vermeule y Posner respecto del rol del poder ejecutivo en la realidad institucional estadounidense (y, aparentemente, global) de los últimos 20 años. De acuerdo con Vermeule y Posner, las postrimerías del siglo XX y los comienzos del presente siglo permiten observar la profundización y consolidación de un 'estado administrativo' que desplaza al tradicional ideal de la república madisoniana, predominante durante gran parte del siglo XIX en dicho país. Lo que Vermeule y Posner califican como el ideal madisoniano es básicamente la adaptación estadounidense de la perspectiva que en Francia había sido promovida por el barón de Montesquieu a mediados del siglo XVIII, una generación antes que Madison y los restantes autores de los *federalist papers* (Montesquieu, 2001; Hamilton *et al.*, 1987). El núcleo argumental de dicha visión, calificada como 'liberalismo legalista' por Vermeule y Posner, encuentra en la separación de poderes y en la existencia de frenos y contrapesos en el



ejercicio del poder público a los elementos centrales para garantizar la salud pública de un estado. En la medida en que existan mecanismos normativamente asegurados de control del poder ejecutivo, disponibles tanto para el poder judicial como para la legislatura, entonces el ideal madisoniano podría ser satisfecho, logrando contener con ello la voluntad política del Leviatán y brindando las condiciones institucionales para la pervivencia de la comunidad política organizada en torno a leyes (Posner & Vermeule, 2010).

En el transcurso del siglo XIX, sostienen Vermeule y Posner, el ejecutivo se habría encontrado en un entorno institucional que lo forzaba a rendir cuenta y que tenía la capacidad práctica de frenar el impulso político proveniente de la presidencia. En el caso de la legislatura federal, esta dinámica se observaba no solamente como freno, sino también como la disputa constante por el dominio de la agenda política y por definir quién tendría mayor preponderancia relativa para impulsar las propuestas de reforma normativa que dan forma a la constante evolución del Estado (Posner & Vermeule, 2010). El poder judicial, por otro lado, disponía de atribuciones de control respecto del ejercicio de las potestades del ejecutivo, velando por que el uso de dichas facultades no infringiese el orden constitucional. Pese a que esta última atribución de las Cortes de Justicia fue una competencia auto-conferida a partir de decisiones célebres como la contenida en el caso *Marbury v. Madison*, bien podría afirmarse que el espíritu de dicha modificación institucional representa una continuidad y consolidación a comienzos del siglo XIX de una perspectiva madisoniana, más allá de la figura histórica de este intelectual y político decimonónico.<sup>2</sup>

A fines del siglo XIX, Vermeule y Posner afirman que un giro relevante y de magnitudes históricas comienza a perfilarse en el funcionamiento del estado federal.

---

2. El rol protagónico que el caso *Marbury v. Madison* desempeña en la construcción mítica de la narrativa constitucional estadounidense ha recibido diversas críticas desde el punto de vista de la historia y la teoría política. Véase, por ejemplo, Paulsen (2003).

Paulatinamente, y a través de distintas clases de sucesos políticamente significativos, una nueva dinámica institucional adquiere protagonismo: se trata de lo que ambos autores describen como el tránsito desde un poder ejecutivo constreñido severamente por los otros poderes del estado, hacia un poder ejecutivo expansivo que canaliza su voluntad política a través de una extensión del estado administrativo, por oposición al estado judicial y al estado legislador.<sup>3</sup> La característica fundamental de esta nueva etapa histórica consiste en el declive del principio de separación de poderes, el cual resulta de inviable aplicación en un contexto de progresiva concentración de funciones y poder político en el brazo ejecutivo del estado. Para los autores señalados, el decaimiento e ineficacia de la separación de poderes y sus mecanismos de frenos y contrapesos representa el reemplazo del imperio de la ley por el imperio de la política (Posner & Vermeule, 2010). Esto no significaría un tránsito desde un régimen democrático a un régimen autoritario, sino una transformación del derecho por vía del cambio del sistema político con el cual el derecho interactúa. Lo que antes era un control normativo por vía de las leyes y de la distribución de competencias entre distintos poderes del estado, ahora sería un control político, según la propia normatividad y códigos de comunicación de tal sistema.<sup>4</sup> Utilizando una aproximación metodológica de carácter realista, Vermeule y Posner sostienen que el derecho tal como lo entienden los liberales legalistas ya no

---

3. Otras posturas en torno a esta discusión desarrollan perspectivas divergentes, indicando que el proceso de consolidación de un estado administrativo es previo. Mashaw (2012), por ejemplo, argumenta que desde el inicio de la República el congreso federal delegó amplias atribuciones a la burocracia administrativa para aplicar y crear derecho, otorgándole además competencias para asegurar su cumplimiento.

4. La perspectiva de Vermeule y Posner asume que el sistema de la política se transforma en especialmente gravitante en el marco de la consagración histórica del estado administrativo. Desde perspectivas tales como la teoría de sistemas, este fenómeno implicaría un proceso de desdiferenciación potencialmente nocivo para la estabilidad de la sociedad, en un sentido análogo al efecto desestabilizador que produce la desdiferenciación entre la economía y el derecho (Kjaer, 2020); no obstante, para la posición de Vermeule y Posner esto representa una evolución adecuada a los requerimientos actuales del derecho.

es capaz de describir el funcionamiento del estado. Haciendo un paralelo con la literatura clásica tantas veces empleada en teoría política, Ulises se habría desatado de las cuerdas de la ley; no obstante, ahora la soga de la política rodearía su cuerpo, impidiéndole caer ante la seducción de las sirenas y, eventualmente, destruirse a sí mismo en el intento de concreción de sus deseos. En otras palabras, el ejecutivo que describen Vermeule y Posner es un Ulises desatado de las cuerdas del derecho según lo entienden los liberales madisonianos, pero estabilizado a partir de la soga política que ahora lo rodea y contiene (Posner & Vermeule, 2010).

Desde la perspectiva de Vermeule y Posner, el tránsito hacia un estado administrativo se profundiza y consolida a partir de las distintas variantes de crisis que durante el siglo XX y comienzos del siglo XXI azotan a Estados Unidos y al mundo en general. Los ejemplos más recientes previos a la actual pandemia son la crisis de seguridad nacional activada a partir del atentado a las Torres Gemelas en *New York* el año 2001, y la crisis financiera que alcanzó su punto cúlmine en el año 2008. En estas situaciones de crisis, señalan los autores, el brazo ejecutivo del Estado es el que se encuentra en mejor posición para enfrentar los desafíos que plantean la necesidad de una respuesta rápida y efectiva, orientada a paliar los efectos de situaciones desestabilizadoras y que comprometen la sostenibilidad misma de un modelo de sociedad. En contextos de crisis, por ende, es donde se observa con particular claridad el rol meramente reactivo de la judicatura y del legislador, desplazados en protagonismo debido a la centralidad del ejecutivo, y a las importantes asimetrías en cuanto a dimensiones institucionales y presupuestarias para responder con premura a las circunstancias que las crisis imponen (Posner & Vermeule, 2010).

¿Cómo se produce en concreto el control político al poder ejecutivo liberado de las amarras del legalismo, tanto en contextos de crisis, como en contextos de normalidad? Recurriendo (innecesariamente) a la figura de Carl Schmitt, Vermeule y Posner afirman

que el imperio de la política se canaliza a través de una ciudadanía educada e interesada en la actividad pública, la cual tiene la potestad de confirmar o retirar la confianza en el liderazgo del poder ejecutivo por vía de las elecciones democráticas. En otras palabras, el principal mecanismo para controlar la gestión política del estado administrativo sería aquel que los propios autores califican como característico de una democracia plebiscitaria (Posner & Vermeule, 2010). De esta forma, el pueblo se encontraría en una relación de directa supervisión del liderazgo político a cargo del estado administrativo, evitando instancias de mediación por vía de otras ramas del poder público.

\*\*

La descripción y propuesta de Vermeule y Posner contiene varios aspectos en los que resultaría interesante profundizar, tanto por su impreciso relato desde el punto de vista de la historia de las ideas y de las instituciones políticas, como por su peculiar comprensión de la obra de Carl Schmitt. Sin embargo, debido a que no es el objeto de este trabajo, aquello será dejado para otra ocasión de escritura. Lo interesante de destacar en este artículo es el enfoque propio del *new legal realism* como metodología de investigación jurídica que desarrollan ambos autores. El nuevo realismo jurídico puede ser definido como un rescate de la orientación empirista acerca del derecho, aportada por académicos estadounidenses y por parte de la academia europea (especialmente, la correspondiente a países nórdicos), durante los primeros dos tercios del siglo XX (Schaffer, 2019). A diferencia del realismo jurídico de los años 1950', el nuevo realismo jurídico incorpora una metodología de investigación más robusta y propia de las ciencias sociales para analizar el funcionamiento concreto del derecho. Pese a las diferencias en cuanto al nivel de sofisticación metodológica, tanto el realismo jurídico 'clásico', como el actual, parten de la misma intuición fundamental: el derecho es aquello determinado por la autoridad, no lo que los especialistas socializados en la profesión jurídica delimitan como lo jurídicamente correcto. En las imprecisas categorías utilizadas

por Vermeule y Posner, el ideario 'legalista liberal' o 'madisoniano' resulta insuficiente básicamente porque no logra describir las dinámicas de interacción y funcionamiento de las instituciones públicas de alcance nacional en Estados Unidos. En términos metodológicos, su crítica orientada al "legalismo liberal" bien podría reconducirse a la crítica que, en los años 1950' y 1960', Alf Ross dirigió a perspectivas positivistas como la contenida en la obra de Hans Kelsen. De acuerdo con Ross, una observación epistemológicamente positiva de lo jurídico debería despreocuparse de la continuidad de las distintas fundamentaciones narrativas detectables en el funcionamiento institucional del derecho (Ross, 1970). Las narrativas asociadas a la justificación del derecho son variables, y en ese sentido conforman un cúmulo de ideologías funcionales a momentos determinados de su historia institucional (Wróblewski, 1988). En la medida que quienes participan de la práctica jurídica alteren el set de ideas y creencias que le dan forma, entonces la observación del derecho debe tener en cuenta esa modificación narrativa sin mantener un apego por una clase particular de fundamentación. El error metodológico del positivismo *à la* Kelsen, podría sostenerse a través de Ross, sería entonces apegar a una forma particular de justificación (la correspondiente al positivismo normativo), en lugar de observar cómo de hecho los operadores jurídicos hacen sentido de su participación de la práctica jurídica (Kelsen, 1994). De manera similar, el error metodológico del ideario 'legalista liberal', en términos de Vermeule y Posner, consistiría en apegar a la narrativa de la separación de poderes, en lugar de observar el cambio en las dinámicas institucionales del derecho y el reemplazo de dicho ideario por la práctica y fundamentación propia de un estado administrativo.

¿Tiene sentido aplicar el análisis desarrollado por Vermeule y Posner a realidades institucionales distintas a Estados Unidos? Ginsburg y Versteek responden afirmativamente aquella pregunta, al analizar ordenamientos jurídicos fuera de Estados Unidos para testear dicha

aproximación al funcionamiento del estado contemporáneo. Vermeule y Posner sugieren que su perspectiva sería razonablemente trasladable a realidades comparadas que compartan aspectos fundamentales respecto del diseño institucional estadounidense: básicamente, tratarse de variantes presidencialistas o semi-presidencialistas, mostrándose renuentes a aplicar su análisis a regímenes parlamentarios (Posner & Vermeule, 2010). A continuación, se analizará el diseño institucional del caso chileno a la luz de las tensiones detectables entre las posturas de Vermeule y Posner, por un lado, y las de Ginsburg y Versteek, por otro. Posteriormente, el examen empírico del caso chileno se centrará en dos crisis recientes (la primera inicialmente social y luego política; la segunda, inicialmente sanitaria y luego económica), para detectar las diferencias y continuidades en la reacción institucional de los órganos del Estado ante ambas coyunturas. Finalmente, el análisis de diseño institucional y el examen empírico del caso chileno permitirá extraer algunas conclusiones acerca de cuáles son las dinámicas políticas y jurídicas hoy predominantes a nivel institucional. Esto proveerá, a su vez, un espacio para reflexionar acerca de cómo las tendencias actuales pueden enlazarse con el proceso de cambio constitucional, al menos formalmente en curso en el país.

## **BREVE EXPOSICIÓN DE LA NORMATIVA RELEVANTE PARA ENTENDER LA DINÁMICA DE INTERACCIÓN ENTRE PODER LEGISLATIVO Y PODER EJECUTIVO EN CHILE**

En la distribución de competencias para la creación, modificación y derogación de normas, el orden jurídico chileno otorga una serie de prerrogativas al ejecutivo que fortalecen su posición relativa respecto del poder legislativo. Una de las más relevantes es la habilitación exclusiva al presidente para presentar proyectos de ley que versen sobre la administración financiera o presupuestaria del estado, contenida en el artículo 65 de la Constitución. Por otro lado, el presidente de

la república también dispone de atribuciones para regular la priorización de la agenda legislativa, a través del uso de las urgencias para el despacho de proyectos de ley por parte del Congreso (urgencia simple, suma urgencia y discusión inmediata), tal como se desprende del artículo 74 de la Constitución y de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional. Finalmente, el presidente de la república dispone de la facultad de vetar parcial o totalmente proyectos de ley aprobados por ambas cámaras del Congreso, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución; en el caso de leyes de reforma constitucional, el presidente tiene incluso la facultad de convocar a un plebiscito para hacer valer su voluntad política, ante la eventualidad que el Congreso insista con el proyecto de reforma con un *quorum* de 2/3 de los integrantes de cada cámara legislativa. Este fue, hasta diciembre del año 2019, el único reconocimiento institucional a un mecanismo convencionalmente considerado de “democracia directa” con alcance nacional, y se encuentra a disposición del ejecutivo para intentar bloquear una propuesta legislativa emanada del Congreso.<sup>5</sup>

Las reglas formales antedichas deben complementarse con el carácter rígido, tanto de la Constitución, como de la legislación sobre aspectos estructurales del diseño del Estado y de la sociedad actual. En efecto, de acuerdo con su artículo 127, la Constitución requiere para su reforma de un *quorum* de 3/5, o bien, de 2/3 de los senadores y diputados en ejercicio (el *quorum* en concreto dependerá del capítulo que se busque modificar). Por otro lado, la Constitución chilena contempla un esquema diferenciado de normas de jerarquía legal, respecto de los votos requeridos para su reforma. Así, según el artículo 66 de la Carta Fundamental, las leyes interpretativas de la

Constitución requieren la aprobación de 3/5 de los y las integrantes en ejercicio de ambas cámaras para ser reformadas; las leyes orgánicas constitucionales, por otro lado, exigen 4/7 para su modificación; las leyes de *quorum* calificado, mayoría absoluta (50% más uno de las y los integrantes en ejercicio de ambas cámaras); finalmente, las restantes leyes (denominadas “ordinarias”), requieren mayoría simple de las y los integrantes presentes al momento de la votación.<sup>6</sup>

La interacción entre el poder ejecutivo y el poder legislativo se encuentra también mediada por la existencia de otro órgano, independiente de ambos poderes del Estado: el Tribunal Constitucional. Esta Corte posee extensas atribuciones para controlar, tanto actos del legislativo, como actos del ejecutivo, contenidas en el capítulo VIII de la Constitución. En relación con el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional está facultado para controlar la constitucionalidad de los proyectos de ley antes de su promulgación. Junto a lo anterior, esta Corte tiene atribuciones para controlar las leyes una vez que éstas han entrado en vigencia, tanto respecto a su aplicabilidad a casos particulares (recurso o acción de inaplicabilidad), como en lo concerniente a su eventual nulidad (recurso o acción de nulidad por inconstitucionalidad). Son muchos los aspectos interesantes de analizar en lo referente al diseño y atribuciones del Tribunal Constitucional chileno. No obstante, para efectos de este escrito, lo que corresponde resaltar es que el poder legislativo encuentra limitaciones importantes en el proceso de creación de leyes: por un lado, se encuentra limitado por las atribuciones que la Constitución le concede a la Presidencia de la República en tanto autoridad política; por otro lado, el poder legislativo está limitado por las facultades que la Constitución le concede al Tribunal Constitucional en tanto autoridad (formalmente) técnica.

5. La Constitución también contempla en su artículo 118 el mecanismo del plebiscito comunal, orientado a consultar a la población sobre asuntos vinculados a la gestión de los recursos municipales, planes de desarrollo y planes reguladores en los que tenga competencia la comuna respectiva. En diciembre de 2019, por medio de la ley N°21.200, se incorporó a la Constitución el mecanismo del plebiscito nacional para iniciar el proceso de creación de una nueva Constitución en el país.

6. El Congreso no está autorizado a sesionar oficialmente si no cuenta con un *quorum* de asistencia de 1/3 de sus integrantes en ambas cámaras; por ende, el *quorum* mínimo para la aprobación de una ley ordinaria es en la práctica de 1/6 más uno de sus miembros en ejercicio.

La regulación disponible en el ordenamiento jurídico chileno para situaciones de excepcionalidad constitucional, profundiza el empoderamiento que el poder ejecutivo ostenta respecto del Congreso Nacional en situaciones de normalidad. En efecto, la Constitución chilena regula de manera general cuatro estados de excepción constitucional, los cuales son a su vez normados con mayor detalle en la ley orgánica constitucional respectiva. Como regla general para los cuatro estados de excepción, el artículo 39 de la Constitución establece que los derechos fundamentales contemplados en dicho cuerpo normativo solo podrán ser restringidos una vez que dichas situaciones jurídicas sean declaradas, ante la grave afectación al “normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”. Otro aspecto central que considerar es la regla expresa contenida en el artículo 45 de la Constitución, según la cual los tribunales de justicia no están autorizados para controlar los fundamentos que llevan al presidente de la república a decretar un estado de excepción. Sin perjuicio de lo anterior, los tribunales sí disponen expresamente de la facultad para pronunciarse respecto de medidas concretas de una autoridad pública que vulneren derechos fundamentales, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 45 recién aludido.

Dos son las clases de los estados de excepción decretados en los últimos 12 meses en el país: el estado de catástrofe y el estado de emergencia. El estado de catástrofe procede en caso de calamidad pública, y el presidente de la república dispone de discrecionalidad absoluta para determinar su declaración por un periodo que se puede extender hasta 180 días sin consultar al Congreso. Transcurrido dicho periodo, de acuerdo con el artículo 41 de la Constitución, el legislativo podría dejar sin efecto la declaración de estado de excepción, “si las razones que la motivaron hubieran cesado de forma absoluta”. No obstante, el presidente de la república dispone de la atribución expresa para extender dicho estado de excepción más allá de un año (sin límite temporal explícito

a nivel constitucional), requiriendo para ello contar con la venia del Congreso. El estado de emergencia, en cambio, identifica como causal la “grave alteración del orden público” o el “grave daño para la seguridad de la Nación”. Debe ser declarado por el presidente de la república y tiene una duración inicial de 15 días, pudiendo ser prorrogado por el poder ejecutivo 15 días más; a contar de la segunda prórroga, el presidente debe contar con la anuencia del Congreso para hacer efectiva dicha medida. Como elemento común, tanto el estado de emergencia, como el estado de catástrofe, facultan al presidente de la república para restringir las libertades de reunión y de locomoción.

El conjunto de atribuciones formales señalado en este acápite muestra que, en términos normativos, el Congreso Nacional dispone de limitadas herramientas para hacer valer su voluntad política respecto de la Presidencia de la República. Este diagnóstico formal es confirmado por la evidencia empírica disponible hasta el año 2018, cuando se analiza cómo ambos poderes del Estado interactúan habitualmente en el marco del proceso de creación de leyes; a este respecto, la relación concreta entre ambos brazos del Estado tiende a profundizar, en lugar de corregir, la inclinación de la balanza del poder político efectivo a favor del poder ejecutivo (Escudero, 2018). Esto se aprecia de modo ejemplar en el uso que el Congreso Nacional ha desarrollado respecto de la institución de la admisibilidad de los proyectos de ley, regulada en la ley orgánica del Congreso Nacional, restringiendo por vía interpretativa la iniciativa para presentar proyectos de ley por parte del Congreso, expandiendo correlativamente la iniciativa exclusiva que el presidente de la república tendría para presentar propuestas de reforma sobre ciertas materias de ley (Mancilla & Martínez, 2020).

Desde el punto de vista normativo, los estados de excepción constitucional no solo mantienen este empoderamiento del ejecutivo vis à vis el Congreso; el presidente de la república también adquiere, una vez declarado un estado de excepción, una discrecionalidad política mayor en

comparación a circunstancias de normalidad institucional, al existir escasos mecanismos de control político que contrapesen sus facultades adicionales para restringir derechos fundamentales. En este aspecto resalta, además, la prohibición que impera respecto del poder judicial para controlar la declaración de un estado de excepción y analizar la fundamentación del ejecutivo en relación a esa decisión.

En definitiva, la breve exposición de diseño institucional contenida en este acápite permite afirmar que el caso chileno actual constituye una manifestación de un sistema político formalmente presidencialista, donde el ejecutivo dispone de grados altos de discrecionalidad para llevar a cabo su agenda política durante el transcurso de su mandato presidencial. Esto podría anticipar la descripción de un escenario similar al que permitiría una aproximación como la desarrollada por Vermeule y Posner para sistemas políticos presidencialistas. Si el análisis contenido en este escrito se hubiese desarrollado en algún momento dentro del periodo histórico transcurrido entre 1990 y 2018, la aplicación del enfoque de ambos autores hubiese sido probablemente idónea para darle sentido a la praxis política y jurídica del estado chileno. No obstante, el cúmulo de crisis iniciado en octubre de 2019 ha alterado las tendencias registradas desde el retorno a la democracia en 1990, lo que sugiere una aproximación matizada al tópico en cuestión. A continuación, se expondrán los rasgos principales de la reacción institucional a la crisis social iniciada en octubre de 2019 y a la crisis sanitaria en curso a partir de marzo de 2020, con el objeto de apreciar el contraste entre ambos contextos y el periodo anterior a 2019.

## **LA INTERACCIÓN ENTRE CONGRESO Y EJECUTIVO A PARTIR DE OCTUBRE DE 2019**

En octubre del año 2019, lo que comenzó como una protesta de estudiantes secundarios ante el alza en el precio del transporte público terminó convirtiéndose en la sucesión más relevante de protestas sociales registrada en Chile desde el retorno

a la democracia. Significativamente, una de las frases más repetidas en el marco de estas protestas fue “no son 30 pesos, son 30 años”, haciendo alusión al alza en el precio del transporte y a la cantidad de años transcurridos desde el término de la última dictadura que ha tenido lugar en el país. La difusión masiva del uso de este lema es indicio de un proceso paulatino y sostenido de deslegitimación institucional incubado dentro de los márgenes del periodo democrático iniciado en 1990, no directamente atribuible al legado de la última experiencia dictatorial (Huneus, 2014). Son muchos los factores que inciden en el desarrollo de ese fenómeno y diversas las perspectivas a tener en consideración para captar adecuadamente las dinámicas previas que llevaron a la cadena de eventos que han dominado el debate público en Chile desde entonces; el objeto de este acápite no es analizar las causas y posibles consecuencias de este proceso, sino meramente detenerse en cómo las instituciones públicas que encarnan el ideal clásico de la separación de poderes han procesado esta crisis desde el punto de vista de sus mecanismos habituales de interacción.

El 19 de octubre de 2020, un día después de la masificación de las protestas sociales, el presidente de la república decretó el primer estado de excepción constitucional de emergencia en la provincia de Santiago. Las razones aducidas para tal decisión estaban vinculadas a la pretensión de resguardar el orden público ante la quema de estaciones de transporte subterráneo en la capital, y a la prevención de atentados en contra la propiedad privada y pública a consecuencia de los saqueos que estaban comenzando a producirse en distintas zonas del país.<sup>7</sup> El presidente de la república designó a integrantes de las fuerzas armadas como “jefes de seguridad nacional”, autoridades que en la práctica dispusieron de ámbitos de discrecionalidad para dictar restricciones

7. El decreto supremo N°472 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través del cual se declara estado de emergencia el día 18 de octubre de 2019, puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2019/10/19/42481-B/01/1671764.pdf>

a la libertad de tránsito y reunión por vía del establecimiento de toques de queda. Asimismo, se establecieron limitaciones a la libertad de reunión por medio de restringir las manifestaciones públicas desarrolladas en el contexto de la crisis social; en muchas de esas ocasiones, la policía disolvió las protestas haciendo uso de la fuerza, utilizando medios cuestionados por organizaciones de defensa de los derechos humanos a nivel nacional e internacional.<sup>8</sup> En varias de estas intervenciones de la fuerza pública los agentes del estado actuaron de manera desproporcionada, ilegal y/o arbitraria, a juicio de los tribunales de justicia que resolvieron acciones de protección y acciones de amparo, dos mecanismos de tutela de derechos fundamentales que la Constitución dispone en sus artículos 20 y 21, respectivamente.<sup>9</sup> Lo anterior hizo evidente un problema organizacional relevante dentro

---

8. Diversos informes, actualmente disponibles para el público general, detallan críticamente el uso de la potestad coactiva del estado chileno en el marco del periodo más álgido de las protestas registradas durante el año 2019. Los reportes proceden no solamente de organizaciones de la sociedad civil, sino también de entidades estatales, como es el caso del Instituto de Derechos Humanos, y de instituciones que son parte de la orgánica internacional en el ámbito del derecho internacional público, como es el caso de La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Para una revisión en profundidad, véase *Human Rights Watch* (2019), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2019), Instituto Nacional de Derechos Humanos (2019).

9. A este respecto, destaca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción en el marco de la presentación de una acción de amparo por parte del Instituto Nacional de Derechos Humanos en contra de Carabineros de Chile. El instituto solicitaba que se declarase la ilegalidad y arbitrariedad del uso de sustancias químicas como medio para disolver las protestas, al vulnerar el artículo 19N°7 de la Constitución, junto a infringir tratados internacionales de derecho internacional público firmados y ratificados por el Estado de Chile. La Corte de Apelaciones acogió el recurso, ordenando el no uso de químicos como técnica de disuasión dentro de la región del Bío Bío, mientras no se cuente “con un procedimiento predeterminado y aprobado por la autoridad de salud pública competente, que garantice la vida y la salud de las personas” (véase sentencia en causa rol 242-2019, Corte de Apelaciones de Concepción). En segunda instancia, la Corte suprema confirmó la sentencia apelada (véase sentencia en causa rol 40936-2019 de la Corte Suprema). En el mismo sentido, pero prohibiendo el uso de sustancias químicas tóxicas solamente “en manifestaciones que no tengan el carácter de violentas”, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa rol 37.593-2019 y acumuladas.

de la orgánica del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en referencia al desafío de lograr que la gestión de la potestad coactiva del Estado en términos prácticos sea compatible con los compromisos normativos que el Estado de Chile ha contraído para respetar los estándares correspondientes a un estado de derecho.<sup>10</sup>

En el marco de este primer ciclo de estados de excepción constitucional registrado desde octubre de 2019, los tribunales de justicia adoptaron una posición activa de control de actos del poder ejecutivo. Las Cortes Superiores de Justicia no solo se limitaron a analizar (en ocasiones, críticamente), el uso directo de la fuerza por parte de las policías y las Fuerzas Armadas, sino que también se abocaron a la evaluación de productos normativos emanados del poder ejecutivo, o de autoridades ad-hoc que ostentaban competencias delegadas por el presidente de la república para la gestión del estado de emergencia en distintas zonas del país. Este fue el caso de algunas sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones de distintas regiones, desautorizando el uso de balines como mecanismo de represión o disuasión de manifestaciones públicas en el marco del agitado y activo entorno de protestas sociales;<sup>11</sup> de la misma forma, y también con criterios dispares dependiendo del tribunal, algunas Cortes de Apelaciones decretaron como ilícita la imposición de toques de queda en ciertas zonas, debido a que el poder ejecutivo delegó de manera general y no específica las atribuciones de regulación del orden público a los jefes de seguridad nacional, siguiendo con ello un procedimiento potencialmente incompatible

---

10. Sobre el tópico de la reforma a las policías en Latinoamérica en general, y en el caso chileno en particular, véase Dammert (2019a; 2019b).

11. Véase, por ejemplo, sentencia en causa rol 37.406-2019, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y la sentencia en causa rol 195-2019, dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco. En el mismo sentido, pero decretando medidas de no innovar a través de las cuales se prohíbe provisoriamente el uso de balines como técnica disuasoria ante casos de protesta, véase resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua en causa rol 19.877-2019; fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa rol 8013-2019; fallo dictado por la Corte de Apelaciones de La Serena en causa rol 3681-2019.

con la Constitución, luego de la reforma del año 2005.<sup>12</sup>

En lo concerniente al rol del Congreso, durante este primer periodo de estados de excepción constitucional iniciado en octubre de 2019 es posible identificar ciertos patrones de comportamiento que muestran una alteración en las dinámicas de interacción habituales de este poder del estado con el poder ejecutivo. Lo anterior no solo es interesante respecto a estos dos brazos del Estado, sino también en lo referente al rol del Tribunal Constitucional en el funcionamiento del sistema político. Un caso relevante de este periodo es la discusión legislativa respecto del proyecto que buscaba reducir la jornada laboral de 45 a 40 horas, sin que ello implicase la reducción de los salarios reales de las y los trabajadores. Antes de octubre de 2019, tanto el gobierno como las bancadas oficialistas en el Congreso se habían opuesto a la discusión de este tópico en el Congreso, promovido inicialmente por diputadas del Partido Comunista de Chile y luego respaldado transversalmente por partidos de oposición con representación parlamentaria. En este contexto, diputados de la alianza de gobierno advirtieron de la posible inconstitucionalidad de un proyecto de ley que afectara el gasto público, incluso cuando este impacto fuese indirecto y no directamente una consecuencia del proyecto

de ley. Lo que estaba en juego en dicho debate era el sentido restringido o extensivo de la iniciativa exclusiva del presidente de la república para presentar proyectos de ley que conlleven un mayor gasto público o que incidan en la administración financiera o presupuestaria del Estado, en consonancia a lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución. En este contexto, el ministro del trabajo de la época expresó públicamente su intención de requerir la inconstitucionalidad del proyecto de ley ante el Tribunal Constitucional.<sup>13</sup>

Con posterioridad al 18 de octubre, sin embargo, el tratamiento de la discusión cambió. La alternativa del requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dejó de ser una opción políticamente viable, y algunos parlamentarios y parlamentarias de partidos de gobierno se sumaron al respaldo a la iniciativa, impulsada por la oposición. El proyecto que presentó el gobierno para reemplazar al proyecto promovido por la oposición perdió apoyo, y primó una lectura cautelosa respecto de los efectos que el rechazo a la iniciativa del Congreso podría tener en el curso de las protestas y movilizaciones a nivel nacional. Finalmente, luego de aprobarse en general dentro del mismo mes de octubre de 2019, en noviembre del mismo año el proyecto fue aprobado en particular y remitido al Senado como cámara revisora, donde se encuentra actualmente en tramitación.<sup>14</sup>

En paralelo a la tramitación de proyectos de ley como el recién mencionado, el Congreso adquirió un rol protagonista en la negociación dirigida a lograr un acuerdo para aplacar la intensidad de las protestas. Esta negociación fue realizada entre lo que Max Weber calificaría como políticos profesionales, en un contexto de alta deslegitimación de las instituciones

12. En este sentido, destaca la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena en causa rol 3438-2019, a través de la cual se acoge el recurso de protección presentado en contra del jefe de seguridad nacional para las comunas de La Serena y Coquimbo. La sentencia afirma que decretar toques de queda sin contar con una delegación expresa de facultades por parte del presidente de la república representa un "acto ilegal y arbitrario que perturba, amenaza y vulnera garantías fundamentales del recurrente" (considerando vigésimo). En consecuencia, la Corte ordena al jefe de defensa nacional para las comunas señaladas "abstenerse de decretar toque de queda, en la medida que no cuente con la delegación de facultades respectivas" (considerando vigésimo). A diferencia del caso anterior, la misma Corte de Apelaciones desestimó distintos recursos de amparo presentados en contra de la misma autoridad por la imposición de toques de queda, debido a que los recursos habrían perdido oportunidad ante el levantamiento del estado de excepción y del toque de queda respectivo (causa rol 175-2019 y 176-2019). Es esta misma línea argumentativa se encuentran sentencias dictadas respecto de recursos de amparo por parte de otros tribunales, como la Corte de Apelaciones de Santiago (causa rol 2203-2019 y 2204-2019)

13. Véase nota de prensa en el siguiente enlace: [https://www.camara.cl/prensa/sala\\_de\\_prensa\\_detalle.aspx?prmId=137909](https://www.camara.cl/prensa/sala_de_prensa_detalle.aspx?prmId=137909)

14. Véase el boletín 11179-2013 del Senado de la República de Chile, disponible en el siguiente enlace: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=11179-13](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11179-13)



vinculadas a la democracia representativa y sin la intervención de integrantes de una sociedad civil que carece de mecanismos consolidados de representación. De manera simbólicamente importante, la negociación tuvo lugar en la sede de Santiago del Congreso Nacional, a puerta cerrada y sin la presencia física del presidente de la república. La negociación llevó a la concreción de un “acuerdo por la paz y la nueva constitución” en el mes de noviembre de 2019, por vía del cual se establecían los lineamientos generales para consultar a la ciudadanía acerca de la elaboración de una nueva carta fundamental vía plebiscito.<sup>15</sup> El acuerdo incluía la conformación de una “mesa técnica” para definir sus lineamientos centrales con mayor detalle jurídico, y la tramitación de una ley de reforma constitucional, con el objeto de incorporar el acuerdo a la Constitución vigente. La ley N° 21.200 de reforma constitucional entró en vigor en diciembre de 2019, y contemplaba originalmente la realización del plebiscito el día 26 de abril de 2020. En el contexto que rodeó a este proceso corresponde destacar el rol de los alcaldes, autoridades electas democráticamente en cada uno de las 345 municipalidades actualmente existentes en Chile; un grupo mayoritario y políticamente transversal de alcaldes, antes de la discusión que tuvo lugar en el Congreso, presionó a través de proponer la realización simultánea de plebiscitos comunales en los distintos municipios del país, con la finalidad de consultar a la ciudadanía acerca de la pertinencia de dictar una nueva Constitución y preguntar acerca de sus posibles contenidos. El instrumento del plebiscito comunal, una de las dos instancias plebiscitarias disponibles en la Constitución antes de la reforma de diciembre de 2019, tiene como pretensión general resolver asuntos presupuestarios y discusiones de gestión administrativa de alcance comunal; su uso como herramienta política para intentar estabilizar la situación de crisis social muestra el contexto atípico de la política institucional chilena a partir de

---

15. El documento oficial del acuerdo puede ser consultado en el siguiente enlace: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo\\_por\\_la\\_Paz.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf)

octubre de 2019, en comparación al periodo anterior.

El acuerdo político desarrollado en el Congreso Nacional adquiere relevancia en relación con el tema central de este artículo: se trata probablemente de la acción política más relevante realizada y gestionada por los integrantes del Congreso Nacional desde el retorno a la democracia. Responde, a su vez, a un empoderamiento de sus miembros ante la incapacidad mostrada por la Presidencia de la República para canalizar una solución no violenta ante la sucesión de eventos registrados en el país durante los últimos meses del año 2019. Es, por lo mismo, un caso concreto en el cual la sostenida irrelevancia política del poder legislativo muta hacia una dinámica fortalecida en un contexto de inestabilidad sistémica. Sobre esto y sus implicancias para la interacción entre ambos poderes del Estado se regresará en la parte final de este escrito.

## **PANDEMIA Y REACCIÓN INSTITUCIONAL: LA CRISIS SANITARIA EN EL MARCO DE LA CRISIS CONSTITUCIONAL**

El día 3 de marzo de 2020 fue registrado oficialmente el primer caso de COVID-19 en Chile. Ante la inminencia de la llegada del virus al país, el 8 de febrero del mismo año se publicó el decreto N°4 dictado por el Ministerio de Salud, por medio del cual se declaró alerta sanitaria en todo el territorio de la República. Luego, el 18 de marzo de 2020 se decretó el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, a través del decreto supremo 104 del Ministerio del Interior.<sup>16</sup> A diferencia del estado constitucional de emergencia implementado durante los últimos meses de 2019, el estado constitucional de catástrofe busca formalmente contener el riesgo sanitario al que se encuentra sometida la población; en este sentido, la legislación sectorial sanitaria ha resultado en este

---

16. Dos días después, el 20 de marzo, se promulga el decreto supremo 107 del Ministerio del Interior, a través del cual se declara estado de catástrofe según lo dispuesto en la ley 16.282, sobre disposiciones permanentes para casos de sismos o catástrofes.

caso relevante para elaborar el conjunto de normas jurídicas que el poder ejecutivo ha dictado en el marco de este periodo. Es así como el código sanitario se ha transformado en el cuerpo de normas legales habilitantes para hacer uso de la potestad normativa administrativa ante esta coyuntura. Las competencias que otorga el código sanitario resultan amplias y, en conjunto con el contenido del decreto supremo que declara el estado constitucional de catástrofe, permiten al poder ejecutivo implementar directrices políticas que restringen de manera relevante el ejercicio de la libertad de acción de las personas sometidas a su regulación. En concreto, el artículo 36 del código sanitario permite al presidente de la república dotar al ministro de salud de “facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia”, sin especificar en qué consistirían dichas facultades ni cuáles serían los márgenes de la mentada competencia. Es precisamente a partir de la regulación antedicha que el ministerio de salud dictó la resolución exenta 202, por medio de la cual se dispone un amplio catálogo de medidas sanitarias para abordar el brote de COVID-19. Este instrumento normativo, publicado el día 22 de marzo 2020, contempla en su numeral 7 que “todos los habitantes de la República deberán permanecer, como medida de aislamiento, en sus residencias entre las 22:00 y 05:00”, teniendo dicha medida carácter indefinido “hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su supresión”. Junto a lo anterior, la autoridad sanitaria ha decretado cuarentenas para distintas regiones, ciudades y comunas del país, además de cordones sanitarios y restricciones para el desplazamiento entre distintos puntos geográficos del territorio nacional.

Hasta la fecha en que se escribe este artículo (octubre de 2020), la medida del toque de queda entre los horarios señalados en el párrafo anterior ha tenido un carácter ininterrumpido, transformándose en la restricción a la libre circulación, libertad de reunión y al derecho a manifestación más extensa desde el retorno a la democracia en 1990, tanto en un sentido temporal, como

en un sentido territorial. La imposición de una restricción a la libre circulación de la población con alcance nacional ha suscitado críticas de variados sectores, cuestionándose la pertinencia técnica de aquella determinación desde el punto de vista de la finalidad central del estado de excepción constitucional de catástrofe, declarado formalmente para velar por la salud de la población; coincidentemente, la medida ha levantado críticas en relación al carácter intrusivo y eventualmente desproporcionado de la afectación al derecho a manifestación y a libertad de reunión, en tanto derechos fundamentales de carácter político con consagración constitucional (Cofré, 2020). El balance entre discrecionalidad política y razonamiento técnico-epidemiológico ha sido, de todas formas, complejo en las distintas realidades institucionales en las que se ha enfrentado esta pandemia a nivel comparado. En el caso chileno, el conjunto de medidas implementadas por el ejecutivo no ha logrado evitar que, según datos actualizados hasta el 22 de octubre de 2020, el país registre 495.637 contagios y 13.719 muertes confirmadas. Lo anterior ubica al país en el octavo lugar mundial de fallecidos por cada 100.000 habitantes, con un índice de 73,25, y en el décimo cuarto lugar en lo referente a la cantidad de contagios por país en términos absolutos.<sup>17</sup> ¿Cómo han reaccionado los otros poderes del estado en el caso chileno a las decisiones adoptadas por la autoridad ejecutiva, y al balance entre razones técnicas, políticas y jurídicas para la implementación de tales decisiones? Una breve descripción a este respecto será

17. El cálculo referente a la cantidad de muertes en el país empeora cuando se tiene en consideración el número de muertes probables a causa de la enfermedad COVID-19 (casos a la espera de confirmación por parte de las autoridades sanitarias). Sumando este número, según datos actualizados el 17 de octubre de 2020, el total de muertes ascendería a 18.313 personas (Ministerio de Salud, 2020). Respecto a la sistematización de información para posicionar el caso chileno a nivel internacional, consúltese el análisis del *Center for Systems Science and Engineering at Johns Hopkins University*, disponible en el siguiente enlace: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Adicionalmente, véase el análisis comparado de mortalidad del *Coronavirus Resource Center at Johns Hopkins University*, disponible en el siguiente enlace: <https://coronavirus.jhu.edu/data/mortality>

desarrollada en el acápite siguiente, con especial foco en la reacción del Congreso Nacional, para posteriormente ofrecer un conjunto de consideraciones finales respecto del tópico analizado en el marco de este artículo.

## LA RELACIÓN ENTRE CONGRESO Y EJECUTIVO EN TIEMPOS DE PANDEMIA

El brote de coronavirus tuvo un efecto inmediato en la calendarización del proceso constitucional iniciado en noviembre de 2019. La ley N°21.221 de reforma constitucional, publicada el 26 de marzo de 2020, postergó en la práctica en 7 meses el proceso, estableciendo como fecha oficial para el primer plebiscito constitucional el día 25 de octubre, reemplazando con ello a la fecha anterior (26 de abril). Por otro lado, la pandemia también alteró la forma del trabajo realizado en el Congreso Nacional, introduciéndose a través de la ley N°21.219 una segunda reforma constitucional que permitió a ambas cámaras sesionar de manera telemática, tanto en sala, como en comisión. En estos dos casos, las modificaciones a la Constitución versaron sobre asuntos respecto de los cuales existía consenso entre Congreso y Ejecutivo, y no representaron un desafío a la agenda política promovida por la Presidencia de la República. Asimismo, a partir de marzo de 2020 diversos proyectos de ley vinculados a la crisis sanitaria fueron tramitados y aprobados en el Congreso Nacional, transformándose en leyes de la República.<sup>18</sup> Al igual que en los casos referidos de reforma constitucional, las leyes vinculadas a la gestión de la crisis sanitaria no encontraron resistencia relevante en el Congreso, discutiéndose generalmente aspectos técnicos de la política promovida por el ejecutivo, sin impugnar los

lineamientos políticos a través de una voz mayoritaria y cohesionada desde la vereda opositora. Tampoco es posible identificar, por parte del poder legislativo, intentos efectivos y exitosos para acotar el perímetro difuso e indeterminado de las competencias del ejecutivo en situaciones de excepción. Esto queda en evidencia cuando se analiza la reacción del Congreso ante el uso de la potestad normativa administrativa por parte de la Presidencia de la República: las atribuciones contenidas, tanto en el código sanitario, como en la ley orgánica constitucional de estados de excepción, se han mantenido inalteradas desde el inicio de la pandemia.

La actitud generalmente pasiva del poder legislativo respecto de la agenda política del ejecutivo durante los primeros meses de la pandemia ha sido complementada con la utilización de mecanismos simbólicos de control respecto de la gestión de la crisis. Al igual que en el caso de la crisis social iniciada en octubre de 2019, la oposición política en el congreso ha activado el mecanismo de la acusación constitucional para juzgar la responsabilidad política de ministros de estado. En contraste con la crisis de octubre de 2019, en cambio, el congreso ha omitido hacer uso del mecanismo de la interpelación, canalizando la solicitud de información a través del funcionamiento de las comisiones de ambas cámaras, en el marco de la tramitación de proyectos de ley enfocados en la reacción a la pandemia.

La ausencia de una discusión legislativa con viabilidad política en relación a las potestades del ejecutivo en contextos de crisis, permite sugerir que el presidencialismo como forma de gestión de los asuntos del Estado goza de buena salud entre las y los políticos profesionales que ejercen roles institucionales en el sistema político chileno. Esto respondería, según se ha argumentado en la literatura historiográfica, a una cultura político-institucional ya cercana a cumplir un siglo, luego de la entrada en vigor de la Constitución de 1925, predecesora de la Constitución actual (Correa, 2017). Pese a que la continuidad respecto al presidencialismo

---

18. Véase por ejemplo, la ley N°21.232 sobre seguro de desempleo, disponible en el siguiente enlace <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1146028> ; la ley N°21.230 sobre ingreso familiar de emergencia, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1145400> ; la ley N°21.265 que otorga facultades al Banco Central para para comprar y vender en el mercado secundario instrumentos de deuda emitidos por el fisco, disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1149236>

como cultura política predominante es un hecho institucional innegable, los últimos 12 meses permiten detectar espacios de fractura en la interacción entre el poder ejecutivo y otros órganos del Estado. En el caso del congreso nacional, la dinámica observable en casos como el proyecto de ley referente a la duración de la jornada laboral, ya comentado, encontró otro escenario propicio con la presentación de un proyecto de ley que proponía el retiro del 10% de los fondos de pensiones. En el marco del debate por el financiamiento de medidas para conseguir que la generalidad de la población permaneciera efectivamente en sus residencias durante el período más restrictivo de cuarentenas obligatorias, el ejecutivo adoptó una línea de argumentación propia de la perspectiva económica neoclásica<sup>19</sup>; a través de esta visión, se promovió un gasto focalizado en sectores de menores recursos y se planteó una política de austeridad respecto del gasto público, limitando con ello el desembolso de dinero para apoyar a la generalidad de la población en un contexto de creciente incertidumbre. Para paliar los efectos adversos de la pandemia en términos microeconómicos, diputados de oposición vinculados al centro político presentaron un proyecto de ley de reforma constitucional, orientado a autorizar excepcionalmente el retiro del 10% de los fondos de pensiones por parte de los cotizantes. En términos jurídicos, la argumentación del poder ejecutivo respecto a este proyecto de ley se centró parcialmente en sostener que el poder legislativo estaba obrando fuera de sus atribuciones. El argumento se vinculaba a la regulación contenida en el artículo 65 de la Constitución; en su numeral sexto, dicha disposición sostiene que corresponderá al presidente la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley orientados a “establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”. De acuerdo con la posición promovida por el ejecutivo y parte del oficialismo en el congreso, autorizar el retiro del 10% de los fondos de pensiones vía reforma constitucional representaba

un artilugio para evadir la aplicación de la mentada disposición, siendo por ende contraria a la Constitución.<sup>20</sup>

Pese a la posición del ejecutivo, el proyecto de ley de reforma constitucional siguió su tramitación legislativa, obteniendo no solamente respaldo de la oposición política, sino también de sectores importantes de los partidos de gobierno. Una vez aprobado en ambas cámaras, el ejecutivo se abstuvo de vetar la reforma, evitando también presentar un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Como consecuencia de lo anterior, el ejecutivo sancionó y promulgó el proyecto de ley, añadiendo la disposición transitoria a la Constitución, y permitiendo con ello el retiro del 10% de los fondos de pensiones a los y las cotizantes que quisieran hacerlo.

Más allá de la pregunta dogmática respecto a si el Congreso actuó dentro de sus atribuciones al aprobar el proyecto de ley sobre el retiro de fondo de pensiones, lo interesante de este caso es observar cómo las dinámicas de interacción institucional registran una alteración en la presente coyuntura. La tolerancia ante la conducta del Congreso muestra una flexibilización de las expectativas normativas por parte del Ejecutivo, en la medida en que una zona de penumbra en la interpretación de la regla constitucional es resuelta a favor de las atribuciones del poder legislativo, sin recurrir al Tribunal Constitucional para persistir en la estrategia argumentativa de la Presidencia de la República. Detrás de esta interacción institucional se encuentra un conflicto de economía política referente a cuál debería ser la forma adecuada de enfrentar las necesidades económicas de la población en el escenario actual de incertidumbre; el procesamiento de ese conflicto a partir de la incorporación de una disposición transitoria a la Constitución muestra que la acción política institucional del congreso aborda de manera lateral el problema, evitando un tratamiento directo de la discusión

19. Sobre la vinculación entre escuelas de pensamiento económico y regulación jurídica, véase Morales (2020).

20. Puede consultarse la historia de la ley N°21.248 de reforma constitucional en el siguiente enlace: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7771/>

principal. En resumen, el contexto de estrés institucional al que se encuentra sometido el sistema político por la superposición de distintas crisis lleva a una reacción que, si bien opera dentro de los márgenes que las formas actuales del derecho imponen a los actores políticos, representa una alteración de las dinámicas habituales de interacción entre poderes del estado. Esta novedad, sin embargo, representa una actitud reactiva y no propositiva respecto de la agenda política: pese a que el congreso registra alianzas inusitadas en esta reforma constitucional, hermanando a representantes de partidos de gobierno con partidos de oposición, el poder legislativo sigue reaccionando a la agenda que impone la Presidencia de la República, manteniendo en este sentido una actitud secundaria en relación a las directrices políticas del ejecutivo, pese a coyunturales actos de insubordinación dentro de los canales institucionales actualmente operativos.

El desafío a la voluntad política del ejecutivo no solo proviene del poder legislativo, sino también de los municipios, en tanto gobiernos locales con autonomía constitucional y vinculación directa con la población de cada comuna del país. Durante el inicio de la pandemia, cuando aún las medidas más restrictivas a la libre circulación y libertad de acción de las personas no habían sido impuestas por parte del gobierno central, algunos municipios comenzaron a dictar vía decretos alcaldicios normativas de alcance comunal orientadas a prevenir el aumento exponencial de contagios.<sup>21</sup> Al igual que en octubre y noviembre de 2019, los municipios tomaron una actitud agresiva, presionando para la adopción de medidas con alcance nacional o regional; en este contexto, existió discusión respecto a si los municipios disponían de las competencias para implementar medidas restrictivas de derechos fundamentales a través de normas administrativas de carácter comunal, y no mediante una ley. No obstante las críticas,

---

21. Por su impacto mediático, destaca a este respecto el decreto alcaldicio N° 2343, de 6 abril de 2020, referente a la "Ordenanza Municipal sobre uso de mascarillas en el contexto del brote del COVID-19, en el espacio público de la comuna de Las Condes".

en términos concretos las innovaciones normativas de algunas municipalidades terminaron canalizando medidas que, posteriormente, serían efectivamente implementadas a nivel nacional por parte del poder ejecutivo.

En contraste al rol de los municipios, el poder judicial ha desempeñado hasta ahora un rol restringido como mecanismo de control de los actos del poder ejecutivo en el marco de la actual pandemia. En sentencias de distintos tribunales ha primado una actitud deferente hacia las decisiones adoptadas por el ejecutivo, arguyendo ya sea el carácter de actos de gobierno y la consiguiente discrecionalidad política de aquellas decisiones,<sup>22</sup> o bien, su fundamentación amparada en razones de carácter técnico-científico para hacer uso de la potestad normativa administrativa.<sup>23</sup> La reacción de las Cortes de Justicia ante los actos del Estado ejecutivo luego de la declaración del estado constitucional de catástrofe marca una diferencia considerable en relación a su reacción luego de declarado el estado de excepción constitucional de emergencia, en octubre de 2019. La modificación en la respuesta de las Cortes puede vincularse al carácter técnico-científico de la discusión epidemiológica en el ámbito de la crisis sanitaria (deferencia técnica). Por otro lado, el cambio en la respuesta institucional del poder judicial también puede ser entendido como manifestación de una cultura institucional que tiende a observar un grado de tolerancia mayor a la restricción a la libertad de acción de las personas, cuando existen intereses sanitarios que inclinarían la balanza a favor de la adopción de medidas fuertemente restrictivas de derechos fundamentales.<sup>24</sup>

---

22. Consúltese a este respecto la sentencia de la Corte Suprema dictada en causa rol 39506-2020.

23. Véase, por ejemplo, la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Copiapó en causa rol 97-2019 y acumuladas. En dicha sentencia, la Corte rechaza la acción de protección presentada por municipios de la región de Atacama en contra del ministro de salud y del jefe de seguridad nacional, orientada a lograr la imposición de la medida de cuarentena ante la crisis sanitaria. En un sentido similar, véase sentencia de la Corte Suprema en causa rol 43.768-2020.

24. A nivel comparado, en cambio, es posible apreciar

## CONSIDERACIONES FINALES

Los eventos desencadenados en Chile a partir de octubre de 2019 han operado como un factor irritador del derecho y de la política en el transcurso del último año. El sistema político se ha visto enfrentado a formas de protesta inorgánicas y que no responden a los códigos de comunicación que aquel acostumbra a procesar; las movilizaciones sociales correspondientes a este periodo son un reflejo del descentramiento de la gestión de información en la sociedad, y sus formas de coordinación responden a dicho descentramiento. El estrés institucional en el que se encuentra el sistema político es también constatable cuando el procesamiento de conflictos se canaliza a través de los códigos de comunicación del derecho. Pese a que las formas jurídicas reconocidas como vigentes han tenido continuidad durante este periodo, ciertos patrones atípicos de conducta muestran que dichas formas se han visto coyunturalmente presionadas por las dinámicas de interacción a nivel institucional. Lo anterior se manifiesta en el rol que, tanto el Congreso, como los municipios, han desempeñado en relación con la agenda política promovida desde la Presidencia de la República. ¿Significa esto el fin del presidencialismo en Chile? No, en la medida que la alteración de las dinámicas institucionales corresponde a un fenómeno excepcional, no logrando afectar de manera constante el peso de una cultura política asentada transversalmente entre los actores institucionales ¿Representa el caso chileno, entonces, una variante de presidencialismo desatado? Tampoco, en la medida que las formas jurídicas del presidencialismo son aplicadas en un ecosistema extra-institucional de creciente complejidad, en el cual dicho modo de gestión no encuentra eco en términos operativos. La tensión entre una forma marcadamente vertical de gestión del poder institucional y una creciente horizontalidad de las formas de interacción social podría estar ocasionando una disfuncionalidad cada vez más

---

reacciones institucionales por parte de Cortes de Justicia que escrutan con mayor severidad la fundamentación técnica para imponer restricciones al ejercicio de derechos fundamentales en el marco de la actual pandemia. Véase Ginsburg y Versteeg (2020).

pronunciada en lo referente al modo en que el sistema político canaliza las demandas de la ciudadanía a través de las formas del derecho. Ulises se muestra formalmente desatado, pero sustantivamente extraviado en el uso de sus facultades y atribuciones, sin que el diseño institucional actual permita una vinculación exitosa entre sus expectativas de direccionamiento de la sociedad y la estabilización de esta última por medio del derecho.

El riesgo principal de la coyuntura actual es que el conjunto de instituciones orientadas a procesar problemas de coordinación social termine por desconectarse completamente de la contingencia con la cual pretende interactuar. La disonancia entre formas institucionales y contingencia social es un fenómeno habitual en la periferia de la modernidad (Neves, 2017), y el caso chileno es una manifestación de lo anterior. En este contexto, el proceso constitucional en curso ofrece una ventana de oportunidad para ampliar el grado de inclusión del sistema político, mejorando con ello los deficientes niveles de legitimación institucional hoy observables. La legitimación del derecho por vía de la política se encuentra, de esta manera, en el centro de la crisis constitucional actual. Desde un punto de vista interno a la práctica institucional, la solución a esta crisis será probablemente abordada a través de la distinción presidencialismo/parlamentarismo, asumiendo que en el ajuste de las formas de acoplamiento entre derecho y política se encuentra la llave que resolverá la presente encrucijada histórica. No obstante, es preciso tener en cuenta que esa distinción, interna al sistema político institucionalizado a través del derecho, solo contribuirá a solucionar contingentemente el déficit de legitimación en la medida en que logre crear canales de comunicación y traducción estables con una sociedad crecientemente compleja y plural. La mantención de grados altos de exclusión del sistema político (tanto hacia arriba, en forma de impunidad, como hacia abajo, en forma de no reconocimiento de derechos), podría significar el fracaso de ese intento, y causar un retorno a formas marcadamente autoritarias que disolverían la siempre frágil

diferenciación e interdependencia entre derecho y política. El desafío de la inclusión es, por ende, de grandes proporciones: por un lado, implica dotar de participación real en el poder institucionalizado a grupos marginalizados del sistema político; por otro, conlleva incorporar dentro de los límites del derecho a dinámicas aún no institucionalizadas de poder que tienen un rol preponderante en el funcionamiento de versiones periféricas de la modernidad.

La expansión del derecho “hacia arriba y hacia abajo” para cumplir una función de estabilización social es una tarea difícil en cualquier época histórica, porque supone, parafraseando a Robert Brandom, hacer explícito el poder; este ensayo termina de ser escrito el día del plebiscito constitucional, con la pesimista certeza de mirar la historia latinoamericana hacia atrás, y la optimista incertidumbre de no saber lo que depara el futuro.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » AMSTUTZ, Marc. (2011). Eroding Boundaries: on Financial Crisis and an Evolutionary Concept of Regulatory Reform. In: Poul Kjaer, Gunther Teubner & Alberto Febbrajo (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*. (pp. 223-268). Oxford: Hart Publishing.
- » BARON DE MONTESQUIEU, Charles de Secondat. ([1748] 2001). *The Spirit of Laws (De l'Esprit des Lois)*. Kitchener: Batoche Books.
- » BOURDIEU, Pierre. ([1972] 1977). *Outline of a Theory of Practice (Esquisse d'une théorie de la pratique)*. Richard Nice (trad.). Cambridge: Cambridge University Press.
- » COFRÉ, Leonardo. (2020). *Chile and COVID-19: A Constitutional Authoritarian Temptation. Verfassungsblog*. Recuperado de: <https://verfassungsblog.de/chile-and-covid-19-a-constitutional-authoritarian-temptation/>.
- » CORREA, Sofía. (2017). Desnaturalizar el mítico presidencialismo. En *Integración y Fortalecimiento Institucional en Chile: análisis comparado con Uruguay* (pp. 11-44). Santiago: Progresá.
- » DAMMERT, Lucía. (2019a). Challenges of Police Reform in Latin America. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere, and Tatiana Alfonso (eds.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*. New York: Routledge.
- » DAMMERT, Lucía. (2019b). ¿Reformar sin gobernar? Desafíos institucionales de las policías en América Latina. *Revista IUS*, 13(44), 89-120.
- » ESCUDERO, María Cristina. (2018). El Congreso Nacional: organización y funciones. En: Carlos Huneeus y Octavio Avendaño (eds.), *El sistema político de Chile* (capítulo 3). Santiago: LOM.
- » GINSBURG, Tom & VERSTEEG, Mila. (2020). The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52; U of Chicago, *Public Law Working Paper* (747). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3608974> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608974>
- » HAMILTON, Alexander, JAY, John & MADISON, James. ([1788]1987). *The Federalist Papers*. London/New York: Penguin.

- » HUMAN RIGHTS WATCH. (2019). *Informe Mundial 2020. Chile. Eventos de 2019*. Human Rights Watch. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336397>.
- » HUNEEUS, Carlos. (2014). *La democracia semisoberana. Chile después de Pinochet*. Santiago: Taurus.
- » HUNEEUS, Carlos. (2018). La democracia semisoberana y la representación política tecnocrática. En: Carlos Huneeus y Octavio Avendaño (eds.), *El sistema político de Chile* (capítulo 1). Santiago: LOM.
- » INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. (2019). Informe Anual. Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile en el Contexto de la Crisis Social. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Recuperado de: <https://n9.cl/psgrv>.
- » KJAER, Poul. (2011). Law and Order within and Beyond National Configurations. En Poul Kjaer, Gunther Teubner & Alberto Febbrajo (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation* (pp. 395-430). Oxford: Hart Publishing.
- » KJAER, Poul. (2020). The Law of Political Economy: an Introduction. En Poul Kjaer (ed.), *The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law* (pp. 1-30). Cambridge: Cambridge University Press.
- » KELSEN, Hans. ([1960] 1994). *Teoría Pura del Derecho (Reine Rechtslehre)*. Moisés Nilve (trad.). Buenos Aires: Eudeba.
- » LOVEMAN, Brian & DAVIES, Thomas. (1997). "Military Antipolitics and the Latin American Tradition". En: Brian Loveman & Thomas Davies (eds.), *The Politics of Antipolitics. The Military in Latin America*. Wilmington: Scholarly Resources Inc.
- » LOVEMAN, Brian. (2001). *The Legacy of Hispanic Capitalism*. New York: Oxford University Press.
- » MANCILLA, Laura & MARTÍNEZ, Javiera. (2020). *¿Cuál debe ser el rol del Congreso en el gasto público? Reflexiones y perspectivas para la discusión constitucional*. Ciper. Recuperado de: <https://n9.cl/fj1zc>.
- » MASHAW, Jerry. (2012). *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*. New Haven: Yale University Press.
- » MINISTERIO DE SALUD. (2020). Informe semanal de defunciones por Covid-19 N°18. Santiago: Ministerio de Salud. Recuperado de <https://n9.cl/8e3pf>.
- » MORALES, Antonio. (2020). Mercado, estado y regulación. En Marcos Andrade (ed.), *Teorías especiales del derecho*. Santiago: Tyrant lo Blanch (en prensa).
- » NEVES, Marcelo. (2017). From Constitutionalism to Transconstitutionalism: Beyond Constitutional Nationalism, Cosmopolitan Constitutional Unity and Fragmentary Constitutional Pluralism. En Paul Blokker (ed.), *Sociological Constitutionalism* (pp. 267-312). Cambridge: Cambridge University Press.
- » OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2019). Informe sobre la Misión a Chile: 30 de Octubre – 22 de Noviembre de 2019. ACNUDH. Recuperado de: [https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report\\_Chile\\_2019\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf).
- » POSNER, Eric & VERMEULE, Adrian. (2010). *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*. New York: Oxford University Press.
- » RILES, Annelise. (2018). *Financial Citizenship. Experts, Publics & the Politics of*



*Central Banking*. New York: Cornell University Press.

» ROSS, Alf. ([1953]1970). *Sobre el Derecho y la Justicia* (trad. Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Eudeba.

» SCHAFFER, Gregory. (2019). Legal Realism and International Law. En Jeffrey Dunoff and Mark Pollack (eds.), *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*. Cambridge: Cambridge University Press (forthcoming).

» PAULSEN, Michael S. (2003). The irrepressible Myth of Marbury. *Michigan Law Review*, 101 (8), 2706-2743.

» TEUBNER, Gunther. (2011). A Constitutional Moment? The Logics of 'Hitting the Bottom'. In: Poul Kjaer, Gunther Teubner & Alberto Febbrajo (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation* (pp. 3-42). Oxford: Hart Publishing.

» WROBLÉWSKI, Jerzy. (1988). *Constitución y Teoría General de la Interpretación Constitucional*. Arantxa Azurza (trad.). Madrid: Civitas.

# Hiperpresidencialismo y derechos fundamentales en tiempos de COVID-19. Un análisis del caso paraguayo

*Hyperpresidentialism and fundamental rights in times of COVID-19. An analysis of the Paraguayan case*

Autores: Camilo Filártiga Callizo, Rodrigo Ayala Miret

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12162>

**Para citar este artículo:**

Filártiga Callizo, C. y Ayala Miret, R. (2020). Hiperpresidencialismo y derechos fundamentales en tiempos de COVID-19. Un análisis del caso paraguayo. *Derecho y Realidad*, 18, (36), 161- 180.



## HIPERPRESIDENCIALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DE COVID-19. UN ANÁLISIS DEL CASO PARAGUAYO\*

*Hyperpresidentialism and fundamental rights in times of COVID-19. An analysis of the Paraguayan case*

*Hiperpresidencialismo e direitos fundamentais na época da COVID-19. Uma análise do caso paraguaio*

**Camilo Filártiga Callizo<sup>a</sup>**

cfilartigacallizo@gmail.com

**Rodrigo Ayala Miret<sup>b</sup>**

rodrigoayalamiret@gmail.com

Recepción: 08 de noviembre 2020

Aceptación: 27 de noviembre 2020

### RESUMEN

A lo largo del tiempo, la división clásica de poderes del Estado se ha mantenido fundamentalmente, sin embargo, cambios no menores como el desarrollo progresivo de los derechos, la responsabilidad estatal para la garantía de los mismos — reflejados en el Estado Social de Derecho—, entre otras condiciones y cambios jurídicos, sociales y políticos, han transformado trascendentalmente el funcionamiento, la acumulación de poder y el equilibrio proyectado de los poderes públicos.

Dentro de este contexto, la pandemia de COVID-19 no transformó esta realidad, sino que la ha agudizado, exponiendo de manera más visible la progresiva acumulación de poder en el Ejecutivo. El presente ensayo

tiene por propósito exponer lo señalado anteriormente y, al mismo tiempo, hacer un llamado de atención para cuidar la vigencia continua de un verdadero equilibrio — formal y material— de los poderes del Estado, de manera que los mismos funcionen correcta y coordinadamente para la misión que fueron creados: proteger y garantizar la libertad, la democracia constitucional y los derechos fundamentales.

### PALABRAS CLAVES

Paraguay; Derechos Humanos; Derecho Constitucional; Poder Político; Pandemia; Hiperpresidencialismo; COVID-19.

---

\* Artículo de reflexión.

a. Abogado, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Máster en Estudios Políticos Aplicados. Especialista en Transparencia y Anticorrupción por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Investigador del CONACYT-PARAGUAY y docente universitario. @CamiloFilartiga

b. Abogado, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Universidad de Bologna (Italia). Profesor de Derecho (UC, Asunción).

## ABSTRACT

Over time, the typical separation of powers has essentially been maintained. However, non-minor changes such as the progressive development of rights, the responsibility of the State to guarantee them—reflected in the welfare state—, among other legal, social and political changes and conditions, have transcendently transformed the functioning, the accumulation of power and the designed balance of public power.

Within this context, the Covid-19 pandemic did not transform this reality, but rather, intensified it exposing more clearly the progressive accumulation of power of the Executive Branch. The purpose of this paper is to expose the above mentioned and simultaneously to raise awareness in order to ensure a continuous and real balance of State powers. For these to function correctly and coordinately according to the mission they were designed for: to protect and guarantee freedom, constitutional democracy, and fundamental rights

## KEYWORDS

Paraguay; Human Rights; Constitutional Law; Political Power; Pandemic; Hyper presidentialism; COVID-19.

## RESUMO

Ao longo do tempo, a clássica divisão dos poderes do Estado tem se mantido fundamentalmente, porém, sem pequenas alterações como o desenvolvimento progressivo dos direitos, a responsabilidade do Estado por garanti-los - refletida no Estado Social de Direito - , entre outras condições e mudanças jurídicas, sociais e políticas, transformaram transcendentalmente o funcionamento, a acumulação de poder e o equilíbrio projetado dos poderes públicos.

Nesse contexto, a pandemia COVID-19 não transformou essa realidade, mas a exacerbou, expondo de forma mais visível o acúmulo progressivo de poder no Executivo. O objetivo deste ensaio é apresentar o exposto e, ao mesmo tempo, fazer uma chamada à atenção para zelar pela validade

contínua de um verdadeiro equilíbrio - formal e material - dos poderes do Estado, para que funcionem corretamente e em coordenação. pela missão que foram criadas: proteger e garantir a liberdade, a democracia constitucional e os direitos fundamentais.

## PALAVRAS-CHAVE:

Paraguai; Direitos Humanos; Direito Constitucional; Poder Político; Pandemia; Hiperpresidencialismo; COVID-19.

## INTRODUCCIÓN

La tradición de gobiernos autoritarios en el Paraguay es una característica transversal a toda la historia política del país, tanto así, que estos 31 años desde la caída de la dictadura de Alfredo Stroessner son los de mayor tiempo vividos en un régimen de libertades y de democracia ininterrumpidas.

El artículo presenta un recorrido sucinto del desarrollo político y constitucional en el Paraguay hasta nuestros días, describiendo aspectos fundamentales del diseño constitucional de 1992 y cómo ese diseño quiebra formalmente los modelos de Estado previstos en las constituciones anteriores, consagrando a su vez, un catálogo ambicioso de libertades, derechos, garantías e instituciones democráticas.

A lo largo del tiempo, la división clásica de poderes del Estado (Ejecutivo-Legislativo-Judicial) en su mayoría se ha mantenido formalmente pero su funcionamiento material ha variado de manera trascendental, tanto, que lo ha modificado (Ayala Miret, 2020).

La ampliación y el desarrollo progresivo de los derechos y la mayor protección estatal para la garantía de los mismos reflejada por el Estado Social de Derecho, tuvo por consecuencia un crecimiento sustancial respecto a la estructura estatal, a las funciones y a la cantidad de funcionarios, siendo en esta transformación el Poder Ejecutivo el de mayor crecimiento en cuanto a su estructura, funciones y poder (Ayala Miret, 2020).

El diseño institucional formal previsto en la carta magna, sin embargo, establece amplias facultades de control para el Poder Legislativo y, en menor medida, el Judicial, sobre el Poder Ejecutivo, condición que fue calificada por juristas y estudiosos del derecho como un “sistema formal de presidencialismo atenuado”.

Dentro de este contexto, de esta nueva realidad (o desequilibrio) en el funcionamiento de los poderes del Estado, la pandemia del COVID-19 no transformó esta realidad sino que la ha agudizado.

El Covid-19 ha sido la excusa perfecta para un uso extensivo de facultades por parte del Ejecutivo, limitando libertades fundamentales y facultando a la fuerza pública a imputar y privar de su libertad a aquellos ciudadanos que “violén la cuarentena”, en base a decretos y resoluciones basados en normativas anteriores a la Constitución de 1992 y, por supuesto, de inferior jerarquía normativa.

A lo largo del presente artículo, se tendrá por objetivo hacer un recorrido a los antecedentes pre-democráticos del Paraguay, explorando sus condiciones sociales, institucionales y culturales respecto al ejercicio del poder público. De la misma manera, analizar la identidad de la Constitución de 1992, sus objetivos, su carácter anti-autoritario y las tendencias comparadas ante las cuales se encuentra en la actualidad.

De esta forma y conociendo estos antecedentes, se hará una descripción analítica de los hechos y de las normas — legales y administrativas— expedidas en ocasión a la pandemia global de Covid-19. Finalmente, se analizará críticamente conforme a la Constitución paraguaya de 1992 el funcionamiento de los poderes del Estado y el estado de los derechos protegidos por ella durante la pandemia.

## **LA TRADICIÓN AUTORITARIA DEL PODER EJECUTIVO EN EL PARAGUAY**

El Paraguay tiene una larga historia de gobiernos militares - autoritarios, cruzada además por dos guerras internacionales, la primera de ellas conocida mundialmente como la “Guerra de la Triple Alianza”, en la que el país se enfrentó a Argentina, Brasil y Uruguay, entre los años 1864 a 1870, y donde el Paraguay perdió entre el 60% y 70 % de la población total del país (Areces, 2010). Lo anterior, dejó al territorio deshecho en lo que respecta a su tejido económico, social, político y cultural. Tan sólo 62 años después, el país se enfrentaría a una segunda conflagración esta vez contra el país hermano de Bolivia, guerra que tuvo lugar entre los años 1932 a 1936. Durante ese período de tiempo, el país se rigió por la Constitución de 1870, cuerpo normativo de tipo liberal, concebido durante la ocupación de las tropas aliadas en el país, y tutelada por las fuerzas aliadas victoriosas en aquella contienda (Filártiga Callizo, 2016).

En 1936, la Revolución Febrerista, conducida por el coronel Rafael Franco, héroe militar de la guerra del Chaco con Bolivia, derrocó al gobierno liberal de turno, marcó la fundación del Partido Revolucionario Febrerista, y inició un largo período de regímenes de corte militar-autoritario. Por su parte, Franco dictó el decreto N° 152 en el año 1936, por el cual derogó irregularmente la constitución vigente de 1870 y proscribió los partidos políticos. A partir de ese momento, las Fuerzas Armadas emergieron como los principales actores de la estructura política del Estado.

Entre 1936 y 1954, con el agregado de las Fuerzas Armadas como factor determinante en el equilibrio del poder, la convivencia política estuvo dominada por la intolerancia y el sectarismo. En este momento, la inestabilidad política fue una constante, tanto así, que entre 1870 y 1954 llegaron al poder 43 presidentes (Filártiga Callizo, 2016). A partir del año 1954 se inicia el período de gobierno autoritario de Alfredo Stroessner, que se extendió hasta 1989, año en el que se produce el golpe de Estado que lo expulsa del poder. Dicho período se caracterizó por la represión sistemática de los derechos humanos, la institucionalización de prácticas

de corrupción en la administración pública, y la suspensión sistemática de algunas libertades y ciertos derechos fundamentales. Este oscuro régimen se sustentó con ayuda de las Fuerzas Armadas<sup>1</sup> y el Partido Colorado, por medio de una estructura de gobierno al servicio de los intereses del dictador, en donde Stroessner era el jefe de los tres sectores de poder.

A diferencia de otros regímenes dictatoriales en América Latina, el paraguay no creó una nueva estructura política o partido para gobernar, sino que se valió del Partido Colorado para dicho fin (Filártiga Callizo, 2016). A lo largo de más de tres décadas, realizó una lenta pero continua tarea de adecuación y eliminación de sus opositores, así como de represión sistemática de los derechos humanos y libertades fundamentales. Durante su gobierno, el funcionamiento de los partidos políticos opositores y de los demás poderes del Estado, eran sólo una fachada. La concentración del poder en su persona era total, con el sometimiento obsecuente de los otros poderes del Estado. Si bien se realizaban formalmente elecciones, no existían condiciones políticas para una alternancia, puesto que los procesos electorales no reunían los requisitos mínimos para garantizar dicho fin.

La Constitución de 1940 rigió durante los primeros 13 años de mandato del tirano Stroessner, quien gobernó amplios periodos de su extenso mandato recurriendo a la figura del Estado de sitio, prevista en las constituciones de 1940 y de 1967. La constitución de 1940, de corte autoritaria, fue promulgada por decreto del presidente José Félix Estigarribia. Dicha carta magna permitía la reelección por un período de cinco años y otorgaba amplias facultades al Poder Ejecutivo, ya que le permitía: declarar el Estado de Sitio ante alguna amenaza interna o conflicto exterior; nombrar a miembros de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal de Cuentas, y a los funcionarios de la Administración de Justicia; disolver el Poder Legislativo convocando a nuevas

elecciones; dictar decretos con fuerza de ley durante el receso parlamentario, entre otras.

En el año 1967, se promulga una nueva constitución que manifestó formalmente una democracia de tipo representativa, la separación de poderes, equilibrio e interdependencia. Era una constitución confesional, puesto que adoptó como religión oficial el catolicismo apostólico romano, siendo además un requisito establecido en el art. 172 el profesar dicha religión para ser presidente de la república. Esta carta magna, sobre la cual operaba en la práctica un régimen autoritario, que violentaba derechos humanos de forma sistemática, reservaba al presidente facultades como la de declarar el estado de sitio (art. 181) o decretar la disolución del Congreso “por hechos graves que le sean imputables” (art. 182). Asimismo, nombraba además a los miembros de la Corte Suprema, al Fiscal General del Estado (con acuerdo del Senado), y a los miembros de tribunales inferiores, jueces y demás magistrados del Poder Judicial (con acuerdo de la Corte Suprema de Justicia). Además, dejaba a determinación de la ley el modo de elección de las autoridades subnacionales como intendentes municipales y delegados de gobierno departamentales, quienes de esta manera eran designados por el presidente. De este modo, la centralización política en el presidente de la república era total: “La dominación del régimen stronista estaba basada en un sistema calculado de recompensas y castigos, que no dejaba nada a la improvisación o la suerte. El orden legal que apuntalaba el régimen podría ser ajustado tanto como sea necesario, en orden a ajustarlo a los deseos discrecionales del jefe de Estado.” (Marcial Riquelme, 1994, p. 43). Al respecto, vale la pena señalar que el mismo Riquelme definió al régimen de Stroessner como “sultanista”, forma de gobierno personalizada y centralizada, en la que los funcionarios se reclutan sobre la base de la lealtad personal al gobernante.

## **UN NUEVO ESTADO PARA LA NUEVA DEMOCRACIA**

Los paraguayos tuvimos que esperar hasta finales de la década del 80 para presenciar la caída de la dictadura del Gral.

---

1. De las que Stroessner era Comandante en Jefe.

Alfredo Stroessner, mientras la mayoría de los países de la región ya estaban en democracia. En febrero de 1989 se produce un golpe militar que tuvo como objetivos internos un conjunto de reformas limitadas para superar las contradicciones políticas y modificar el papel del Estado en la vida económica (Fretes Carreras, 2003). Aunque algunos autores como Andrew Nickson (2010) sostienen que la intención principal del golpe militar, antes que democratizar el país, fue restablecer la relación armónica entre las Fuerzas Armadas y el Partido Colorado, que había sido seriamente dañada en los años previos.

En el año 1991 se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente que reformaría la Constitución de 1967 para ajustarla a los tiempos más democráticos. La Constitución promulgada en el año 1992 constituye un quiebre del modelo heredado de la dictadura stronista. La nueva Constitución posicionó claramente al Estado como un agente protagónico de cambio en el Paraguay, con un activo rol en la promoción y la garantía de los derechos. El mensaje era claro, el Estado autoritario que con el stronismo era instrumento de supresión de derechos y libertades, en democracia debía ser el principal garante de los derechos fundamentales. La nueva Constitución reivindica —desde el preámbulo— la dignidad humana, con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia en el marco de una democracia representativa, participativa y pluralista, constituyendo para ello un Estado social de derecho. Dicha innovación planteó una transformación en la concepción del Estado y de su rol como garante efectivo de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta el largo y reciente pasado autoritario, la idea de control y equilibrio del poder se evidencia a lo largo del texto constitucional que organiza el poder público dispersándolo en los tres poderes clásicos —Legislativo, Ejecutivo y Judicial— en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. De la misma forma, no permite que ninguna de las ramas se atribuya ni otorgue a terceras

facultades extraordinarias o la suma del Poder Público. Sumado a ello, la Constitución de 1992 introdujo la descentralización política, territorial y administrativa; asegurando la elección por voto popular en los niveles de gobiernos subnacionales y locales. Además, en un intento por reordenar los sistemas de balances y contrapesos entre poderes concede al Poder Legislativo prerrogativas más amplias para controlar la gestión de los demás poderes. (Mateo Balmelli, 1995).

Esto representó un cambio significativo, teniendo en cuenta que durante los años de dictadura stronista, el tirano elegía personalmente quienes serían los “delegados departamentales”, que no eran más que informantes del Régimen en cada región del país. Este modelo nefasto se rompe con la elección democrática popular de los gobernadores departamentales por parte de sus propios electores locales.

Además, la Constitución de 1992 dispone la creación de órganos autónomos “extra-poderes” que ejercen la “accountability horizontal”,<sup>2</sup> como la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, la Justicia Electoral, el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados<sup>3</sup>. Todos ellos tendientes, en mayor o menor medida, a poner más filtros y controles al poder político.

En concordancia con el modelo de democracia participativa se garantiza en la Constitución el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información pública, el derecho a peticionar a las autoridades, la defensa de intereses difusos, así como los instrumentos de democracia directa como el referéndum y la iniciativa popular. Los cuales, previstos en los artículos 121 y 123, respectivamente, son escasamente implementados en democracia.

---

2. Capacidad de órganos estatales de supervisar la gestión de otras instituciones del Estado, y de sancionar a éstas, en caso que hubieren actuado fuera de la legalidad.

3. Estos dos últimos para la selección y remoción de los jueces, respectivamente.

Si se toman en cuenta las disposiciones previas de las Constituciones de 1940 y de 1967, de corte autoritario y caudillista, que reservaban amplias atribuciones para el presidente de la República, en contraposición, notamos que la Constitución de 1992 apunta en primer lugar al equilibrio y al recíproco control entre los poderes del Estado, encaminándolos a coordinar sus acciones de modo que ninguno se superponga al otro.

Este rediseño institucional garantizó hasta el momento la vigencia de la democracia paraguaya, al actuar de freno a los intentos de regresión autoritaria y de extensión de mandatos de algunos presidentes más allá del plazo constitucionalmente dispuesto. En este sentido los últimos 3 expresidentes electos, Duarte Frutos (2003-2008), Fernando Lugo (2008-2012) y Horacio Cartes (2013-2018), han intentado inconstitucionalmente imponer la reelección vía enmienda, generando profundas crisis políticas que derivaron en movilizaciones sociales que frustraron estos intentos. Incluso, en el año 2017, se produjo un acto que podría encuadrarse como propio del terrorismo de Estado, cuando agentes de la policía nacional irrumpieron en el local del Partido Liberal Radical Auténtico, principal partido opositor al gobierno, y asesinaron de manera premeditada por la espalda a un joven dirigente de nombre Rodrigo Quintana, en el marco de las movilizaciones ciudadanas de rechazo a la intención del expresidente Cartes de imponer la reelección vía enmienda inconstitucional.

Sobre la reelección es oportuno mencionar que la Constitución en su artículo 229 (*De la duración del mandato*), establece el plazo de cinco años *improrrogables* de duración del mandato para presidente y vicepresidente, y la prohibición expresa de la reelección presidencial al decir: *no podrán ser reelectos en ningún caso*. El diseño institucional mencionado, de frenos y contrapesos, ha exigido además a los presidentes de la república, capacidad de diálogo y negociación con el Poder Legislativo a fin de viabilizar proyectos de leyes y políticas públicas. Lo anterior,

está condicionado a mayorías políticas que necesita el Ejecutivo en el Congreso para gobernar democráticamente. En muchos casos, aun teniendo mayoría circunstancial, eso no garantiza la gobernabilidad, debido al faccionalismo que padece el sistema de partidos paraguayo.

En cuanto a los mecanismos de control formal previstos en la Constitución, el Legislativo es quien posee facultades más amplias de regulación sobre los demás poderes, pudiendo mencionarse entre otros: la solicitud de informes a los poderes del Estado, a los entes autónomos, autárquicos y descentralizados, y a los funcionarios públicos. De la misma forma, la interpelación a ministros, aunque sin carácter vinculante; la formación de comisiones de investigación; el juicio político al presidente, al vicepresidente, a ministros y a otros altos cargos públicos (artículos 192 a 195 y 225, respectivamente). Respecto al Poder Judicial, en especial son relevantes las facultades concedidas a la Corte Suprema de Justicia para el control de constitucionalidad de las normas jurídicas y resoluciones judiciales, previstas en los artículos 132, 259 inc. 5 y 260. Sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad sólo produce efectos *inter-partes* y para cada caso concreto.

Finalmente, cabe destacar que el Poder Ejecutivo goza de la facultad del veto total o parcial de las leyes sancionadas por el Congreso, formulando las observaciones que estime convenientes, prevista en el art. 238 inc. 4). Dicho veto sólo puede ser superado por una mayoría absoluta (mayoría del número total de miembros) de ambas Cámaras del Congreso para confirmar su sanción, para luego ser enviado al Ejecutivo para su promulgación y publicación, conforme a los artículos 185, 208 y 209 de la Constitución.

## **LOS DISEÑOS INSTITUCIONALES EN PERSPECTIVA COMPARADA**

Un elemento no menor que tuvo su incidencia en la consolidación de poderes delegativos en la región son las políticas de cambio constitucional operadas en América Latina, bajo las cuales los Poderes



**Tabla 1. Reformas constitucionales que incorporan la figura de la reelección inmediata. Países y años.**

PAÍSES	AÑO DE REFORMA	TIPO DE REELECCIÓN
Perú	1993	Inmediata, por un periodo más.
Argentina	1994	Inmediata, por un periodo más.
Brasil	1997	Inmediata, por un periodo más.
Venezuela	1999	Inmediata, por un periodo más.
Colombia	2005	Inmediata, por un periodo más.
Bolivia	2009	Inmediata, por un periodo más.

Fuente: Elaboración propia.

Ejecutivos, en su mayoría, fueron reforzados, incorporándose las reelecciones (alternas, inmediatas y hasta indefinidas) y otras facultades políticas, como la promulgación de decretos de necesidad y urgencia y el aumento de los poderes legislativos del presidente, frente al debilitamiento de los poderes Legislativo y Judicial.

Gabriel Negretto, en su libro “La política del cambio constitucional en América Latina” (2015), destaca la incorporación de

reglas de reelección más permisivas en la región en los últimos años, constatándose un aumento sostenible a partir del año 1994 hasta el año 2008. En este sentido, justamente los países que se toman como modelos de gobiernos delegativos establecen reformas constitucionales a fin de incorporar la reelección inmediata en sus constituciones: Brasil (1997), Perú (1993) y Argentina (1994); a estos se suman una ola “reeleccionista” en los casos de Venezuela (1999), República Dominicana (2002),

**Tabla 2. Reformas constitucionales que incorporan la figura de la reelección indefinida. Países y años.**

PAÍSES	AÑO DE REFORMA	TIPO DE REELECCIÓN
Venezuela	2009	Indefinida
Nicaragua	2014	Indefinida
Ecuador	2015	Indefinida

Fuente: Elaboración propia.

Colombia (2005) y Bolivia (2009) que incorporan la reelección inmediata por una vez. A continuación, el lector verá una tabla con los datos anteriormente señalados:

Posteriormente, esta tendencia avanza hacia establecer la figura de la reelección indefinida, como son los casos de Venezuela, Ecuador y Nicaragua. En el caso de Ecuador, se incorpora la reelección en la Constitución de 2008, y se restan varias facultades al Poder Legislativo, para luego en 2015 incorporar la reelección indefinida. Dichos aspectos, reforzaron indudablemente el presidencialismo, al concentrar el poder en la figura del presidente Correa. En el caso de Bolivia, un fallo del Tribunal Constitucional del año 2017 autorizó la reelección indefinida del presidente Evo Morales, contradiciendo lo establecido en la norma constitucional de la reelección inmediata sólo por un periodo, desconociendo además los resultados del referendo realizado en 2016, en el que los ciudadanos rechazaron hacer una reforma a la carta magna para eliminar el límite de reelecciones. Este fallo autoriza a Morales a presentarse nuevamente en las elecciones generales del 2019.

Actualmente, tanto Colombia (2015) vía Congreso Nacional como Ecuador (2018) vía consulta popular han retrocedido en las ampliaciones normativas respecto a la reelección, eliminando la misma para el caso colombiano y limitando a dos periodos para el caso ecuatoriano. Es importante destacar la frecuencia con que los presidentes en funciones en distintos países ejercen presión para sancionar reformas que permitan la reelección consecutiva del Ejecutivo cuando ello no está permitido en la constitución existente. Dicha presión sugiere que la tendencia hacia reglas de reelección más permisivas continuará en el futuro próximo (Negretto, 2015).

Contraria a la tendencia de los cambios constitucionales, operados en varios países de América Latina, en el caso paraguayo, la Constitución en 1992 limitó el mandato del Poder Ejecutivo a un solo período de cinco años sin posibilidad de reelección y dotó de amplias facultades al Poder Legislativo, en un

régimen que permanece formalmente como un “*presidencialismo moderado*”. Como bien se sabe, Paraguay es de los pocos países en la región, junto con México, Colombia (desde el 2015) y Guatemala, que prohíben de manera absoluta la reelección presidencial, y tampoco prevén facultades extraordinarias como la promulgación de decretos de necesidad y urgencia y el aumento de los poderes legislativos del presidente.

A esto se debe agregar que la Constitución paraguaya de 1992 no ha sufrido enmiendas sustanciales en los casi 30 años de su vigencia, apenas una sola enmienda constitucional en materia electoral que permitió a los paraguayos residentes en el extranjero votar en las elecciones generales, que aunque saludable para la democracia no ha tenido una incidencia sustancial en la vida política y social del país. Esta situación no se compadece con lo ocurrido en la mayoría de los países en América Latina, que solo en los últimos 30 años han tenido diversas enmiendas y reformas constitucionales.

El diseño constitucional de 1992 decantó formalmente en un sistema “híbrido”, declarándose el sistema político paraguayo como presidencialista. Sin embargo, la redistribución de funciones y competencias de los poderes propuesta en la Constitución amplió considerablemente las facultades para el Legislativo respecto a las anteriores constituciones. Este diseño institucional ha llevado a importantes autores a sostener que bajo la Constitución de 1992, el Poder Ejecutivo tiene un poder normativo llamativamente débil y un liderazgo político institucional muy limitado (Mendonca: 2004). No obstante, los últimos 28 años bajo esta Constitución demuestran lo contrario. Para conocer la dimensión y el equilibrio real de los poderes del Estado no basta con una mirada a las atribuciones formales establecidas en la Constitución, sino que además, debe levantarse la mirada por sobre la Constitución formal y observar esas atribuciones en funcionamiento, por medio de un análisis profundo de sus dimensiones en cuanto al funcionamiento real y complejo del poder (Ayala Miret, 2018).

Analizar y juzgar esas atribuciones por su peso real en el mundo jurídico, político y social. En este sentido, la pandemia de COVID-19 ha sido una verdadera oportunidad para observar el funcionamiento y la correlación real de fuerzas de los poderes del Estado en su más fiel expresión, funcionamiento que no se ha transformado sino que se ha intensificado.

## **EL SISTEMA Y EQUILIBRIO DE PODERES DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19**

Como bien manifiesta el Dr. Jorge Alejandro Amaya, en nombre de la “salud pública” y justificando con la amenaza de la pandemia, los Poderes Ejecutivos acapararon la tarea legislativa alterando los sistemas constitucionales (Amaya, 2020). Restringiendo una cantidad enorme de derechos fundamentales arbitrariamente en muchos casos, es decir, no respetando las formas establecidas ni fundamentando suficientemente con transparencia sus decisiones.

En el Paraguay, la pandemia de COVID-19 no ha alterado radicalmente el sistema político, sino que más bien, ha demostrado el rostro y la dimensión real del poder político y normativo del Poder Ejecutivo, que dispuso, una serie de medidas restrictivas de derechos fundamentales —sin diálogo, sin debates y sin acuerdos— que decretaron ser necesarias. Y como ocurre normalmente, sin muchas resistencias institucionales. Del anterior razonamiento se deriva que en una situación tan extraordinaria como constituye la de una pandemia global, necesitó tan solo una ley de emergencia, la Ley N° 6524/2020 para cuestiones presupuestarias, administrativas y fiscales, que le otorgaron aún más atribuciones para enfrentarse a la amenaza de la pandemia en el Paraguay.

Normalmente en cuanto al liderazgo político, el presidente administra y ejecuta el presupuesto público y, con ello, controla a miembros de otros poderes y organismos autónomos del Estado. Como es natural en un régimen presidencialista, quien gobierna el Ejecutivo, es el líder político

más importante del país. Sumado a esto, por la naturaleza de su poder (ejecutivo) y el proceso para la toma de decisiones, no necesita debatir públicamente ni acordar como sucede en los cuerpos colegiados. Asimismo, tiene a su disposición casi cien ministerios y secretarías dependientes, con cientos de miles de funcionarios públicos, ejecutando más del 90% del presupuesto público nacional, además de las represas binacionales Itaipú y Yacyretá que tienen presupuestos muy importantes. Igualmente, tiene a su disposición a las Fuerzas Públicas siendo su Comandante en Jefe, entre otras. También, tiene a su favor una visión sociológica del concepto de trabajo en el Paraguay, fruto de años y años de gobiernos autoritarios, según la cual, lo tangible es el trabajo, y el trabajo intelectual —que no se ve— no lo es. Lo anterior, tiene una importancia determinante en la medida del poder público, puesto que la población ve y valora las funciones y las acciones del Poder Ejecutivo como trabajo, en cambio, las funciones deliberativas e intelectuales, características de los otros poderes del Estado no gozan de una valoración positiva asociada con el trabajo. En este sentido, trabaja quien ejecuta obras (construye un puente, una ruta o coloca postes de alumbrado público) pero no trabaja quien se sienta a dialogar, a debatir, a criticar, a razonar y a juzgar (Ayala Miret, 2020).

Por otro lado, si dos países tuvieran exactamente un mismo esquema formal de poder público, contando con historias políticas y condiciones sociales distintas, difícilmente la dimensión y el equilibrio de los poderes en ambos países funcionarían de la misma manera, puesto que el poder no sólo se ejerce conforme a la Constitución formal sino principalmente conforme a la Constitución material. Finalmente, la Constitución intenta poner límites, dar previsibilidad jurídica y un orden al poder público, pero es la sociedad la que finalmente hace respetar esos límites y ese orden jurídico establecido. Así, una conciencia ciudadana acerca de sus derechos, de sus obligaciones, del propósito y del funcionamiento correcto y de los límites del poder público, resulta esencial para que esa

constitución formal que constituye nuestra norma fundamental y suprema tengan mayor vigencia.

En este sentido, la amenaza de la pandemia del COVID -19 ha sido una demostración clara de ello. Ya que, aunque la Constitución de 1992 no permitía al Poder Ejecutivo decretar restricciones uniformes y generales de derechos fundamentales, con los efectos y los alcances que tuvieron las mismas desde el comienzo de la amenaza de la pandemia, el consenso social y político sobre la necesidad de las mismas, al momento de dictarse estas decisiones, pudo más que la letra de la Constitución y de las leyes.

Al principio, el estado de temor y alarma hizo omitir disposiciones constitucionales sobre las funciones de los poderes y órganos autónomos como: que las leyes de emergencia deben de sancionadas por el Congreso, que el Poder Judicial debe ser independiente, que el Ministerio Público debe velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales, entre muchas otras de enorme importancia. En consecuencia, la mayoría de los legisladores observaron al Poder Ejecutivo asumir sus funciones. Mientras que los ministros de la Corte Suprema de Justicia juzgaron la legalidad de las medidas renunciando públicamente a su independencia, la Fiscalía imputó penalmente a miles de ciudadanos y ninguna persona promovió acciones de inconstitucionalidad contra los decretos y resoluciones que restringieron arbitrariamente sus derechos fundamentales.

Pasado un tiempo, luego de algunos escándalos y claros desaciertos del Poder Ejecutivo en el manejo de la emergencia, ya sin tanta paciencia ante la apremiante necesidad económica que causó la cuarentena sanitaria, la sociedad se mostró más crítica. Al principio, el concepto de necesidad fue más grande —incluso cuando en la realidad todavía no existía tal necesidad con pocos casos positivos diarios—, más grande que hoy,<sup>4</sup> que existen cientos de casos

comunitarios positivos de COVID-19 por día y tristemente más de mil personas fallecidas a causa de la enfermedad.

## **NORMATIVA UTILIZADA Y EXPEDIDA PARA EL ENFRENTAMIENTO DEL COVID-19 EN EL PARAGUAY**

El 23 de enero de 2020, la Dirección General de Vigilancia de la Salud del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social emite la Alerta Epidemiológica N° 1/ 2020 sobre el nuevo coronavirus, recomendando fortalecer las actividades de vigilancia a toda la Red de Vigilancia Epidemiológica, Hospitalaria de primer, segundo y tercer nivel del país, y a todos los miembros de la Red Nacional de Laboratorios de Salud Pública, a fin de detectar cualquier evento inusual de salud respiratoria y notificar de forma inmediata cualquier caso que sea sospechoso para iniciar las acciones de control. Además, esta primera alerta indicó identificar los flujos migratorios y/o nexos de comercio con las zonas afectadas por el virus y realizar un mapeo de comercios frecuentes con China.

Hasta entonces, la Organización Mundial de la Salud (OMS) no recomendaba ninguna restricción de viaje o de comercio, pero alentaba a los países a continuar fortaleciendo su preparación para emergencias sanitarias de conformidad con el Reglamento Sanitario Internacional (2005)<sup>5</sup>. Desde la cartera de Salud del Poder Ejecutivo nacional, a través de esta primera alerta, se indicó recomendar a los viajeros consultar centros asistenciales en caso de presentar síntomas respiratorios agudos, especialmente si provenían de la zona de riesgo (China continental). Considerando el contexto global, habían pasado unos 24 días

---

5. El Reglamento Sanitario Internacional (2005) es un acuerdo de 196 países, incluidos todos los Estados Miembros de la OMS, de trabajar conjunta y coordinadamente en pos de la seguridad sanitaria mundial. El RSI comprende medidas específicas que se deben adoptar en los puertos, aeropuertos y pasos fronterizos terrestres para «prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales».

---

4. Octubre, 2020.

desde la primera alerta a la OMS sobre casos de una «neumonía de causa desconocida» en Wuhan<sup>6</sup>, 16 días desde la primera víctima fatal por un *nuevo coronavirus* en China, 2 días desde el primer caso detectado en el continente americano, con casos ya detectados en Tailandia, Japón y en Corea del Sur. Ese mismo 23 de enero, China declaró bajo cuarentena toda la ciudad de Wuhan, suspendiendo todo transporte interno como también para el ingreso y la salida de la ciudad. Mientras tanto, la OMS aún no consideraba que este nuevo coronavirus constituya una “Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional” (ESPII).

Unos pocos días después, el 30 de enero de 2020, el Director General de la OMS declaró que el brote del nuevo coronavirus ya constituye una ESPII. Según dicha declaración, en ese momento ya se habían confirmado 7,834 casos mundialmente: unos 7,736 en China (el 99%) y habían fallecido en ese país unas 170 personas. Fuera de China, había 98 casos confirmados en 18 países sin víctima mortal alguna, incluidos unos 8 casos en cuatro países (Alemania, Japón, EE. UU. y Vietnam) en los que ya se tenían pruebas de transmisión de persona a persona. El Director General, Tedros Adhanom, expresaba que la mayor preocupación de la OMS era que el virus se propague en países con sistemas de salud frágiles y poco preparados para enfrentar la amenaza y resaltaba que la única manera de superarla sería con una colaboración conjunta y solidaria de todos los países.

En el Paraguay, el 25 de febrero de 2020, el Congreso Nacional instó públicamente al Poder Ejecutivo a tomar medidas sanitarias ante el coronavirus “*que actualmente se encuentra en expansión a nivel mundial*”, y a impulsar sistemas de control y mecanismos necesarios para proteger la salud y prevenir la propagación del COVID-19 en el Paraguay. Asimismo, exhortó al establecimiento de planes de contingencia y prevención ante un eventual contagio (Congreso Nacional,

---

6. Para ver la cronología de la expansión del COVID 19 y de la respuesta de la OMS, véase el vínculo consultado en las referencias del presente artículo.

2020)<sup>7</sup>. En este sentido, el 28 de febrero, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPyBS) crea por Resolución S.G. N° 76 el Centro Operativo de Emergencia (COE), un equipo técnico responsable de ejecutar y coordinar todas las acciones a implementarse ante una eventual epidemia de COVID-19 en el Paraguay.

El 9 de marzo de 2020, ya con el primer caso confirmado de coronavirus en el Paraguay (ABC Color, 2020), el Poder Ejecutivo publica su primer decreto<sup>8</sup>, el Decreto N° 3442 “*por el cual se dispone la implementación de acciones preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (COVID-19) al territorio nacional*”, instrumento que no disponía acciones concretas sino que se remitía y exhortaba la ejecución del Plan Nacional de Respuesta a Virus Respiratorios 2020, que había sido aprobado por resolución del MSPyBS. Sin embargo, cabe destacar que constituyó el primer instrumento donde se ordena a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional a colaborar con el MSPyBS.

Un día después, el MSPyBS expide la Resolución N° 90: “*Por la cual se establecen medidas para mitigar la propagación del coronavirus*”<sup>9</sup> la restricción nada más y nada menos que de derechos fundamentales de manera general por primera vez (Silvero-Salgueiro, 2020). Dicha resolución, con la sola firma del Ministro de Salud Dr. Julio Mazzoleni, dispuso de manera uniforme la suspensión por 15 días a nivel nacional de todos los espectáculos públicos o privados de concurrencia masiva, tales como conciertos musicales, encuentros deportivos, reuniones políticas, gremiales y sociales, actividades religiosas y actividades recreativas. Incluso suspendió todo tipo de actividades en lugares

---

7. Declaración “Que insta al Poder Ejecutivo y demás autoridades, a impulsar sistemas de control y mecanismos necesarios para proteger la salud y prevenir la propagación en nuestro país de la enfermedad coronavirus (COVID-19), que actualmente se encuentra en expansión a nivel mundial”.

8. Para ver lista de Decretos (COVID-19) del Poder Ejecutivo refrendados por el Ministro de Salud, véase vínculo disponible en las Referencias.

9. Para ver lista de Resoluciones (COVID-19) del MSPyBS, véase vínculo disponible en las Referencias.

cerrados, tales como cines, teatros, salas de conferencias, clubes, discotecas, casinos, bares y centros culturales y, por último, todas las actividades educativas en todos los niveles de enseñanza en todo el país. Todo ello bajo la advertencia de que en caso de incumplimiento se aplicarán las sanciones previstas en el Código Sanitario (Ley N° 836/1980). Código sancionado antes que la Constitución de 1992, bajo un esquema distinto de división de poderes del Estado, conforme al cual se dictaban estas drásticas medidas por simple resolución ministerial.

Sin embargo, ello no fue puesto en tela de juicio por los otros Poderes del Estado, salvo por algunos de sus integrantes del Congreso. Cuando el presidente de la república Mario Abdo Benítez —jefe del Poder Ejecutivo— anunció públicamente a la población las resoluciones del Ministro de Salud Julio Mazzoleni, se encontraba acompañado en ese acto por todos los presidentes de los otros Poderes del Estado, que sin autorización de sus cuerpos colegiados dieron un respaldo “institucional” *de facto* otorgando una imagen (ropaje) de legalidad y legitimación ante la población de las medidas claramente inconstitucionales: Blas Llano, presidente del Congreso; Alberto Martínez Simón, presidente de la Corte Suprema de Justicia; y Pedro Alliana, presidente de la Cámara de Diputados<sup>10</sup>.

Por un consenso de los presidentes de los poderes estatales en ese momento acerca de la necesidad de las medidas adoptadas, se estaba configurando al margen del derecho una drástica delegación legislativa en manos de un ministro del Poder Ejecutivo, quien para restringir derechos fundamentales de carácter general y uniforme —con fuerza de ley material— no necesitó someter sus decisiones al proceso democrático correspondiente. No existen dudas de que una decisión de ese carácter y con esos alcances, conforme al orden constitucional paraguayo, sólo lo podía realizar el Congreso. Sin embargo, fue el comienzo de una serie de

restricciones y disposiciones normativas que en la práctica obligaron con fuerza de ley a los habitantes del país.

El 11 de marzo, un día después, la OMS declaraba a la propagación del coronavirus (COVID-19) como una pandemia, ante los niveles alarmantes de expansión, gravedad e inacción. Ante estos hechos globales, y argumentando una falta de acatamiento ciudadano de las medidas preventivas,<sup>11</sup> el Poder Ejecutivo declara Estado de Emergencia Sanitaria en el Paraguay mediante el Decreto N° 3456 y cierra las fronteras nacionales, salvo para el comercio, mediante el Decreto N° 3458; ambos el 16 de marzo de 2020. Se destaca el artículo 2 del Decreto N° 3456, que autoriza al MSPyBS a disponer un “*aislamiento preventivo general por razones sanitarias*” desde las 20:00 hasta las 04:00 horas por un plazo a ser determinado por este Ministerio.

Al día siguiente, el 12 de marzo, mediante la Resolución N° 99, el MSPyBS ordena el “*aislamiento preventivo general de la población en carácter de cuarentena sanitaria*” en todo el territorio paraguayo hasta el día 24 de marzo de 2020, inicialmente. Advirtiendo además que los incumplimientos se sancionarán con las penas establecidas en Ley N° 836/1980, Código Sanitario, sin perjuicio de las sanciones previstas en la Ley N° 716/95, que sanciona delitos contra el medio ambiente, y el Código Penal vigente. Materialmente, esta resolución ministerial basada en un decreto presidencial fue incluso más amplia que la declaración de un Estado de Excepción<sup>12</sup>, restringiendo una mayor cantidad de derechos fundamentales y con mayor alcance que lo que se podría afectar con la declaración de un Estado de Excepción previsto en el artículo 288 de la Constitución paraguaya de 1992. Todo ello,

11. Sin embargo un día después en el Considerando de la Resolución S.G. N° 99 afirman que las medidas sanitarias han sido acatadas por la mayoría de los habitantes, pero que “existe un sector de la población que no cumple correctamente”.

12. Así se denominó al Estado de Sitio en la Constitución de 1992 a fin de asegurar su carácter excepcional, puesto que durante la dictadura se decretaba abusivamente el Estado de Sitio de manera permanente.

10. El vínculo de la noticia y fotografía del anuncio de manera conjunta por las autoridades de los tres poderes del Estado está disponible en las Referencias.

exclusivamente desde el Poder Ejecutivo, sin un proceso o ratificación democrática como exige la Constitución para la declaración del Estado de excepción en el Paraguay.

Conforme a la Constitución paraguaya de 1992, el Congreso es el órgano encargado de regular los derechos fundamentales consagrados en la misma, en todo momento, incluso en los momentos en los que se necesite expedir leyes de emergencia. Esto último, establecido constitucionalmente en el artículo 202, numeral 13, entre los deberes y atribuciones del Congreso. Por otra parte, el Poder Ejecutivo cuenta con la atribución del tratamiento de urgencia, establecida en el artículo 210 de la Constitución, mediante la cual puede solicitar al Congreso el tratamiento urgente de proyectos de ley que envíe al Congreso. Atribución que no ha sido utilizada, ni una sola vez, durante la pandemia por el Poder Ejecutivo. En este sentido, resulta importante destacar que el Poder Legislativo no interrumpió sus actividades legislativas durante la pandemia. El Congreso sesionó activamente desde el inicio de la misma, salvo una breve suspensión de diez días del 3 al 13 de abril, que coincidió con la Semana Santa, por funcionarios que dieron positivo para COVID-19. Luego de esta suspensión, las sesiones legislativas continuaron públicamente de manera virtual.

El día 27 de marzo de 2020, el Poder Legislativo sanciona la Ley N° 6524 /2020 declarando estado de emergencia en todo el territorio nacional ante la pandemia declarada por la OMS a causa del COVID-19, estableciendo medidas administrativas, fiscales y financieras. Por medio de esta ley, se autorizó al Poder Ejecutivo a implementar medidas excepcionales de carácter presupuestario, fiscal y administrativo, de protección del empleo y de política económica y financiera, con tres objetivos específicos: 1) fortalecer el sistema de salud, 2) proteger el empleo, y 3) evitar el corte de la cadena de pagos. Todo ello para mitigar o disminuir las consecuencias negativas de la pandemia del COVID-19 y por el presente ejercicio fiscal (2020).

Para el cumplimiento de estos objetivos, el Poder Legislativo no sólo le otorgó una autorización al Poder Ejecutivo para tomar todas las medidas administrativas, fiscales y financieras necesarias, sino también le otorgó autorizaciones presupuestarias para contar con los recursos suficientes para un enfrentamiento efectivo ante una eventual pandemia en el Paraguay. De esta manera, el artículo 3 de la mencionada ley autorizó al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda, a modificar el Presupuesto General de la Nación (PGN, 2020) sin pasar por el Congreso, como es exigido ordinariamente. Esto es así ya que las modificaciones del PGN deben ser por ley, sin embargo, con la Ley N° 6524 se autorizó anticipadamente al Poder Ejecutivo a realizar las modificaciones que considere necesarias. Como bien se conoce, el manejo y la ejecución del presupuesto público nacional influye determinantemente en la medida del poder público, que en este caso por amenaza de una pandemia fortaleció aún más al presidente de la república, que también se encargó de determinar los gastos y formular las políticas públicas que ordinariamente corresponden al Congreso de la Nación.

Además de contar con los recursos del Presupuesto General de la Nación de las importantes donaciones nacionales e internacionales, el Poder Ejecutivo contó con la autorización para contratar empréstitos, de manera general, sin necesidad de pasar por el Congreso para la aprobación de cada préstamo y de sus condiciones específicas, hasta el monto de US\$ 1.600.000.000 (Dólares americanos un mil seiscientos millones). Esta autorización anticipada del Congreso, simplificando el procedimiento de contratación de empréstitos, y otras autorizaciones extraordinarias para el financiamiento de las medidas de emergencia y los efectos económicos de la crisis sanitaria del COVID-19 están contenidas en el artículo 33 y siguientes de la Ley N° 6524.

Para el control de estos súper poderes del Ejecutivo, en la Ley N° 6524 se establecieron medidas de transparencia y de rendición de cuentas especiales, en el artículo 41 y siguientes, como la creación de una Comisión

Bicameral del Congreso para el control de los fondos de emergencia;<sup>13</sup> la puesta a disposición de las rendiciones de cuentas en internet a través portales de acceso público para la ciudadanía;<sup>14</sup> y la obligación del Poder Ejecutivo y de los Organismos y Entidades del Estado (OEE) que ejecuten los fondos de emergencia de presentar cada 60 días sus rendiciones de cuentas con un informe al Congreso y a la Contraloría General de la República (CGR), con toda la documentación de respaldo. Respecto a este último punto, cabe destacar que el Poder Ejecutivo incumplió con el deber de informar sobre la ejecución de los fondos dentro de los primeros 60 días establecido en el art. 45 de la Ley de Emergencia (ADN paraguay, 2020), cumpliendo recién con su obligación ya vencido el plazo. Además, el presidente de la república no aceptó la invitación de la Cámara de Senadores para informar y explicar públicamente a la población ante la misma sobre el uso de los recursos públicos y sobre las acciones que el gobierno central estaba llevando a cabo para la lucha contra el COVID-19. Declinación que fue ampliamente reprochada (Diario Última Hora, 2020), especialmente ante la falta de explicaciones claras y fundamentaciones transparentes sobre las distintas decisiones del gobierno central durante la emergencia, que afectaban a toda la población (ABC Color, 2020).

En contrapartida, el presidente Abdo Benítez decidió invitar solamente a la mesa directiva del Senado a una reunión privada. Respuesta poco feliz, ya que no sólo era de genuino interés público conocer apropiadamente las motivaciones de las numerosas decisiones, decretos y resoluciones —materialmente con fuerza de ley— adoptados por el Poder Ejecutivo, sino que también ya existían numerosas acusaciones (ABC Color, 2020) y denuncias (ABC Color, 2020) de hechos de

corrupción (ABC Color, 2020) que afectaban negativamente la gestión y credibilidad en el manejo de la crisis de su gobierno. La ciudadanía que se encontraba haciendo enormes sacrificios para cumplir las medidas del Poder Ejecutivo merecía respuestas. Finalmente, el presidente Mario Abdo envió a sus ministros para rendir cuentas ante el Senado.

Con la ley N° 6524, hemos nombrado ya las tres principales leyes utilizadas por el Gobierno Central para el manejo y el enfrentamiento de la pandemia de COVID-19 en la República del Paraguay. En resumen, el Poder Ejecutivo utilizó y reglamentó de manera profusa, permanente y consecutiva estas tres leyes, a través de resoluciones y decretos, para los siguientes aspectos:

### **PARA EL ASPECTO SANITARIO**

Fue utilizada la Ley N° 836/1980 “Código Sanitario”. La misma, en su artículo 13, establece que en casos de epidemias el Poder Ejecutivo está facultado a declarar en estado de emergencia la totalidad o parte afectada del territorio nacional, determinando su carácter y estableciendo las medidas procedentes, pudiendo exigir acciones específicas extraordinarias a las instituciones públicas y privadas, así como a la población en general.

Esta ley, como ya mencionamos, es anterior a la Constitución de 1992 y fue sancionada durante la Constitución de 1967 bajo la cual el Poder Ejecutivo tenía mucho mayores atribuciones en comparación con la Constitución de 1992. Esta última, buscó y busca dismantlar el hiperpresidencialismo y el abuso de poder en el Paraguay.

Desde el mes de marzo del 2020, el Poder Ejecutivo ha venido reglamentado continuamente hasta hoy —principios del mes de octubre— esta ley, dictando más de 37 decretos y 32 resoluciones con verdadera fuerza de ley material para la vida de las personas, estableciendo o restringiendo con carácter general y a nivel nacional quiénes y en qué momento pueden trabajar, transitar, ingresar o salir del territorio nacional, deban aislarse en sus casas o en albergues comunes,

13. Comisión integrada por seis senadores y seis diputados, de carácter transitorio y por la duración del presente ejercicio fiscal (2020). Información oficial, documentos e informes de la misma disponibles en el vínculo en las Referencias.

14. Para acceder a dichas plataformas, ingresar a: <https://datos.contraloria.gov.py/#/datos> y <https://www.rindiendocuentas.gov.py>



qué empresas pueden abrir, dónde se puede comprar, qué tipo de servicios se consideran básicos o esenciales, entre muchas más. Medidas como las anteriormente señaladas, afectan de manera determinante los derechos constitucionales de las personas.

El Congreso no ha dictado leyes sanitarias de emergencia para esta pandemia. Toda la actividad reglamentaria o legislativa sanitaria de emergencia lo ha realizado el Poder Ejecutivo apoyándose jurídicamente en esta ley del año 1980 y en el artículo 68 de la Constitución de 1992 que paradójicamente establece que: “*Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana*”.

Recién en el mes de julio de 2020, el Senado aprueba un proyecto de ley que regula aspectos sanitarios estableciendo la obligatoriedad del uso de tapabocas o mascarilla<sup>15</sup>. El mismo, todavía no ha sido sancionado por el Congreso y sigue en trámite en octubre de 2020. En conclusión, todas las normas sanitarias y restricciones a los derechos fundamentales fueron y continúan siendo dictadas a través de Resoluciones y Decretos del Poder Ejecutivo, sin debates públicos ni fundamentaciones claras para regular aspectos tan delicados.

## PARA EL ASPECTO PUNITIVO

Fue utilizada la Ley N° 716/1996 “*Que sanciona delitos contra el medio ambiente*”, para sancionar a las personas que no cumplan con las medidas sanitarias establecidas en los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo. La misma, en su artículo 10, establece sanciones desde multas<sup>16</sup> hasta penas privativas de libertad de seis a dieciocho meses a quienes “*violen cuarentenas sanitarias*”. Así tal cual como

se expresa entre comillas, es decir que las causas y las condiciones específicas del hecho punible<sup>17</sup> fueron establecidas por el Poder Ejecutivo en sus numerosos y cambiantes decretos y resoluciones.

Ello constituye un claro ejemplo de lo que se conoce como *leyes penales en blanco*, que como bien las define el Prof. Dr. Miguel Abel Souto:

Son preceptos penales principales que contienen la pena, sanción o consecuencia jurídica pero no expresan íntegramente el supuesto de hecho o conducta delictiva, pues el legislador para tales efectos se remite a normas no penales del mismo o inferior rango, a otras leyes, reglamentos o actos de la Administración. (Souto, 2005, p.13)

Este tipo de leyes penales *necesitadas de complemento* pueden provocar problemas serios y delicados no sólo para los ciudadanos sino también para el sistema constitucional, ya que por medio de ellas se podrían configurar claras violaciones al principio de legalidad,<sup>18</sup> a la seguridad jurídica y a la división de poderes del Estado (Souto, 2005). Increíblemente, ello no fue objeto de reserva alguna para el Ministerio Público, cuyo deber constitucional establecido expresamente en el artículo 268 es el de *velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales*, sino todo lo contrario, ya que las imputaciones son publicitadas por esta misma institución pública. Solamente al 06 de junio de 2020, el Ministerio Público imputó penalmente a 3295 personas “*por hechos punibles relacionados a la Cuarentena Sanitaria, Ley 716/96*” (Ministerio Público, 2020). Incluso imputando a ciudadanos que se manifestaron contra la corrupción. (La Unión R800 AM, 2020) y (Ministerio Público, 2020).

Por si ello fuera poco, tampoco la Justicia se mostró objetiva ni independiente ante

---

15. Proyecto de ley: “QUE DISPONE LA OBLIGATORIEDAD TEMPORAL DEL USO DE MASCARILLAS HIGIÉNICAS O DE ELEMENTOS DE PROTECCIÓN QUE CUBRAN NARIZ, BOCA Y MENTÓN, Y DEL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN CONTRA EL COVID 19”. Expediente n.º. S-209584 (SILPy).

16. Penas pecuniarias desde cien a quinientos jornales mínimos (en moneda local aproximadamente USD 1,200 hasta USD 6,000 al cambio de octubre 2020).

---

17. Que la Constitución paraguaya de 1992 exige en su artículo 11 que sean fijadas por la Constitución y las leyes.

18. Consagrado en el artículo 1 del Código Penal paraguayo vigente, Ley N° 1160/97.

estas medidas penales de dudosa legalidad sino que celebró un convenio con el mismo Ministerio Público para destinar lo que resulte de las penas a los infractores a reparaciones sociales (Figueredo Corrales, 2020). De esta manera, otorgando una aprobación institucional acerca de la legalidad de las penas y fijando gravemente el resultado de las sanciones. Lo anterior resulta especialmente preocupante, puesto que el mensaje que transmite la Corte Suprema de Justicia a los habitantes es el de la legalidad de estas medidas penales, desalentado severamente el ejercicio del derecho fundamental y absoluto de buscar protección y justicia ante el Poder Judicial y, lo más grave, prejuzgando de manera general.

### **PARA EL ASPECTO ECONÓMICO, PRESUPUESTARIO, FISCAL Y ADMINISTRATIVO**

Fue utilizada la Ley N° 6524 /2020, ley especial de emergencia sancionada por el Congreso por medio de la cual se autoriza al Poder Ejecutivo a implementar medidas excepcionales de carácter presupuestario, fiscal y administrativo, de protección del empleo y de política económica y financiera, con tres objetivos específicos: 1) fortalecer el sistema de salud, 2) proteger el empleo, y 3) evitar el corte de la cadena de pagos.

Todo ello con la intención de disminuir las consecuencias negativas de la pandemia del COVID-19 por el presente ejercicio fiscal (2020). La ley que explicamos anteriormente ha tenido una amplia reglamentación por el Poder Ejecutivo, y se le ha realizado modificaciones legales para ampliar aún más su alcance conforme a objetivos específicos. En este sentido, el gobierno central dispuso una serie de medidas económicas estableciendo políticas, atenuaciones y mayor flexibilidad fiscales, así como la prórroga de tributos, la reasignación de gastos públicos, un mayor destino de recursos para la salud pública y la economía, la exoneración del pago de servicios básicos de energía eléctrica y agua, y la creación de subsidios con el nombre de Pytyvõ, Ñangareko, y del Instituto de Previsión

Social (IPS) para empleados suspendidos (Figueredo Corrales, 2020).

### **¿La Corte defensora de la Constitución y protectora de los derechos fundamentales ante el Poder político?**

Resulta ineludible preguntarse sobre el control de constitucionalidad al “legislador excepcional”, es decir, al Poder Ejecutivo, durante la pandemia de COVID-19 por parte de la Corte Suprema de Justicia. De manera insólita, en el Paraguay hasta el momento<sup>19</sup> no ha existido ningún desafío a la constitucionalidad de las medidas, resoluciones y decretos dictados por el Poder Ejecutivo, en oportunidad de la pandemia de COVID-19, por parte de la Corte Suprema de Justicia. No sólo no ha sido resuelta ninguna acción de inconstitucionalidad, sino que no se ha presentado ninguna<sup>20</sup>. Cabe destacar la utilización y el acompañamiento público de los decretos del Poder Ejecutivo por el presidente y ministros de la Corte Suprema de Justicia, ya que ello pudo tener un efecto paralizador en la población a la hora de buscar protección ante la restricción de sus derechos fundamentales durante la pandemia ante la Corte.

Inoportunamente, la Corte Suprema de Justicia citó expresamente como fundamento jurídico los decretos del Poder Ejecutivo dictados en oportunidad del COVID-19 en sus numerosas Acordadas y demás disposiciones normativas dictadas durante la pandemia (Instituto de Investigaciones Jurídicas CSJ, 2020).<sup>21</sup> Este mensaje fue claro para toda la ciudadanía paraguaya.

### **CONCLUSIÓN**

19. Mes de octubre de 2020.

20. De acuerdo a las publicaciones oficiales disponibles y entrevistas realizadas a funcionarios de la Corte Suprema de Justicia.

21. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Corte Suprema de Justicia, reunió todas las Acordadas y disposiciones dictadas por la Corte con relación al COVID-19 en un libro. Vínculo disponible en las Referencias del presente artículo. documento disponible en: [https://www.pj.gov.py/ebook/libros\\_files/acordadas-disposiciones-covid-19-ijj.pdf](https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/acordadas-disposiciones-covid-19-ijj.pdf)

La historia política de la República del Paraguay se caracteriza por largos períodos de autoritarismo por parte de los poderes ejecutivos en el ejercicio del poder público. La Constitución de 1992 sin dudas ha fundado una nueva época de democracia, de derechos, de libertades y de esperanza. Su carácter antiautoritario nos ha asegurado hasta hoy que no volvamos — a pesar de importantes intentos— a períodos oscuros de nuestra historia. Sin embargo, construir una sociedad plenamente democrática es una lucha constante y diaria que no depende solamente del texto de nuestra Ley Suprema. La situación generada por la pandemia de COVID-19, ha sido un llamado serio de atención para permanecer en vigilia

y velar por la vigencia plena y permanente de la Constitución, aún más en periodos de emergencia.

La construcción de una ciudadanía democrática, consciente y comprometida será cada vez más necesaria para los tiempos presentes y futuros. Resulta indispensable cuidar la vigencia continua de un verdadero equilibrio —formal y material— de los poderes del Estado, de manera que los mismos funcionen correcta y coordinadamente para la misión que fueron creados: la de proteger y de garantizar la libertad, la democracia constitucional y nuestros derechos fundamentales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Abdo emite decreto para aplicar plan contra propagación de coronavirus (09 de marzo de 2020). *ABC Color*. Recuperado el 06 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/9fvzr>
- » Amaya, J. A. (2020) Control de constitucionalidad y consulta legislativa ¿Hacia un sistema mixto de control federal? *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, 43 (6), 1685-1715.
- » Areces, N. R. (2010). De la Independencia a la Guerra de la Triple Alianza (1811-1870). En I. Telesca (Ed.), *Historia del Paraguay* (pp. 149-197). Asunción, Paraguay: Taurus-Santillana.
- » Ayala Miret, R. (2018). Constitución, Poder y Límites: Una breve reflexión sobre la prohibición absoluta de la reelección presidencial en el Paraguay ante una posible Reforma Constitucional. *Revista Jurídica CEDUC - UCA Law Review*, (27), 287-294.
- » Ayala Miret, R. (Julio de 2020). La complejidad del Estado contemporáneo y su impacto en el equilibrio de los poderes del Estado. *Derecho Procesal y Constitucional comparado durante el Covid-19*. Seminario Internacional (online) llevado a cabo en Buenos Aires, Argentina.
- » Comisión Bicameral del Congreso (2020). *Control de los Recursos Previstos en la Ley de Emergencia N° 6524/2020*. Recuperado 4 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/q0bra>.
- » Congreso Nacional de Paraguay (2020). *Congreso insta al Ejecutivo tomar medidas sanitarias ante el coronavirus*. Recuperado 25 de septiembrede 2020 de: <https://n9.cl/yroau>.
- » Contraloría concluye que la adjudicación estuvo totalmente viciada (21 de mayo de 2020) *Diario ABC Color*. Recuperado 6 de agosto de 2020 de: <https://n9.cl/n13o3>
- » Coronavirus: Gobierno Suspende las clases y toda aglomeración de perso-

nas. (10 de marzo de 2020). *Diario ABC Color*. Recuperado 6 de junio de 2020 de <https://n9.cl/hixj>.

» Críticas por declinación de Mario Abdo ante invitación del Senado (02 de junio de 2020). *Diario Última Hora*. Recuperado 04 de agosto de 2020 de: <https://n9.cl/lmum>.

» Dirección General de Vigilancia de la Salud del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. (2020) *Alerta Epidemiológica N° 1/ 2020*. Recuperado de [http://www.vigisalud.gov.py/files/alertas/SE4\\_2020\\_Alertas.pdf](http://www.vigisalud.gov.py/files/alertas/SE4_2020_Alertas.pdf)

» Ejecutivo incumple ley de emergencia que lo obliga a rendir cuentas sobre uso de los recursos cada 60 días (27 de mayo de 2020). *ADN Paraguayo*. Recuperado 08 de septiembre de 2020 de: <https://n9.cl/rt6lr>.

» Figueredo Corrales, R. F. (2020). La pandemia de la COVID-19: Constitución, Estado y salud. *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*, 43 (7), 2035-2036.

» Filártiga Callizo, C. (2016) *La estabilidad del sistema de partidos de Paraguay (1989-2015)* Los sistemas de partidos en América Latina 1978-2015. Flavia Freidenberg, ed. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) Ciudad de México.

» Grassi: “No podemos estar imputado por algo que no existe en el código penal paraguayo”. (30 de septiembre de 2020). *La Unión R800 AM*. Recuperado 3 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/69wnt>.

» Instituto de Investigaciones Jurídicas (2020). *Covid- 19 Acordadas y Disposiciones dictadas por la Corte Suprema de Justicia*. Recuperado de <https://n9.cl/ayws>.

» Licitación amañada ya estaba adjudicada y firmada por Mazzoleni, afirman. (24 de mayo de 2020). *Diario ABC Color*. Recuperado 25 de junio de 2020 de: <https://n9.cl/tvk8>.

» Los senadores invitan a Abdo para que explique los negociados (29 de mayo de 2020). *Diario ABC Color*. Recuperado 2 de agosto de 2020 de: <https://n9.cl/srpn4>.

» Mateo Balmelli, C. (1995). *El Desarrollo Institucional*. Asunción, Paraguay: Editorial El Lector.

» Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (2020). *Decretos COVID-19*. Recuperado de <https://www.mspbs.gov.py/decretos-covid19.html>

» Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (2020). *Plan Nacional de Respuesta a Virus Respiratorios 2020*. Recuperado 02 de junio de 2020 de: <https://n9.cl/5v5qc>.

» Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (2020). *Resoluciones COVID-19*. Recuperado 15 de septiembre de 2020 de: <https://www.mspbs.gov.py/resoluciones-covid19.html>

» Ministerio Público (2020). *Coronavirus: Fiscalía imputó a 3.295 personas en todo el país por violación a la cuarentena sanitaria*. Recuperado 30 de septiembre de 2020 de: <https://www.ministeriopublico.gov.py/nota/coronavirus-fiscalia-imputo-a-3295-personas-en-todo-el-pais-por-violacion-a-la-cuarentena-sanitaria-5270>

» Ministerio Público (2020). *Fiscal imputó a abogada por violación de la cuarentena sanitaria*. Recuperado 30 de junio de 2020 de: <https://n9.cl/a6ww6>.

» Negretto, G. L. (2015). La política del cambio constitucional en América Latina.

Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.

- » Nickson, A. (2010). El Régimen de Stroessner (1954-1989). En I. Telesca (Ed.), *Historia del Paraguay* (pp. 265-294). Asunción, Paraguay: Taurus-Santillana.
- » Organización Mundial de la Salud (2005). *Reglamento Sanitario Internacional. Tercera edición*. Recuperado de <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/>
- » Organización Mundial de la Salud (2020). *Cronología de la respuesta de la OMS a la COVID-19*. Recuperado de <https://www.who.int/es/news/item/29-06-2020-covidtimeline>
- » Organización Mundial de la Salud (2020). *Declaración del Director General de la OMS sobre la reunión del Comité de Emergencia del Reglamento Sanitario Internacional acerca del nuevo coronavirus (2019-nCoV)*. Recuperado 02 de octubre de 2020 de: <https://n9.cl/fang1>.
- » Riquelme, M. (1994). Towards a Weberian characterization of the Stroessner regime in Paraguay (1954-1989). *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, (57), 29-51.
- » Silvero-Salgueiro, J. (2020). *El impacto del COVID-19 en el sistema político paraguayo: ¿hacia una democracia iliberal?*. En L. G. Arcaro Conci (Ed.) *O Direito Público em tempos pandêmicos: 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes* (pp. 137-149). São Paulo, Brasil: Tirant lo Blanch.
- » Souto, M. A. (2005). Las leyes penales en blanco. *Nuevo Foro Penal*, (68), 13-30.
- » Una “oportunidad” para que Abdo Benítez explique cada decisión tomada durante la pandemia (29 de mayo de 2020). *Diario ABC Color*. Recuperado 19 de junio de 2020 de <https://n9.cl/dnq7e>

# Emergencia pública, presidencialismo y Estado de Derecho en Argentina en el contexto del COVID-19

## *Public Emergency, Presidentialism and Rule of Law in Argentina in the context of the COVID-19*

Autor: Cristian Altavilla

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12163>

### **Para citar este artículo:**

Altavilla, C. (2020). Emergencia pública, presidencialismo y Estado de Derecho en Argentina en el contexto del COVID-19. *Derecho y Realidad*, 18, (36), 181- 202.



## EMERGENCIA PÚBLICA, PRESIDENCIALISMO Y ESTADO DE DERECHO EN ARGENTINA EN EL CONTEXTO DEL COVID-19\*

*Public Emergency, Presidentialism and Rule of Law in Argentina in the context of the COVID-19*

*Emergência pública, presidencialismo e estado de direito na Argentina no contexto do COVID-19*

**Cristian Altavilla<sup>a</sup>**

cristianaltavilla@hotmail.com

Recepción: 12 de octubre 2020

Aceptación: 27 de octubre 2020

### RESUMEN

La pandemia generada por el COVID-19 activó los resortes institucionales previstos por la Constitución argentina para enfrentar emergencias públicas. Sin embargo, la magnitud e impacto de la situación generada por la pandemia del COVID-19 superó y excedió cualquier previsión legal y/o constitucional. La emergencia sanitaria puso de resalto una serie de problemas tanto sociales, políticos y económicos, como del propio diseño institucional del sistema constitucional argentino. El objetivo del presente trabajo es analizar el rol de los poderes del Estado Argentino en esta situación extraordinaria de emergencia pública sanitaria y su desempeño en el mismo, a través de una mirada crítica sobre su actuación, para examinar si se ha desarrollado en el marco de legalidad establecido por el régimen constitucional, o si bien ha estado al margen de dicha legalidad.

La República Argentina comparte con sus hermanas naciones latinoamericanas el fenómeno denominado “hiperpresidencialismo”, manifestado en la gran cantidad de atribuciones (de hecho y de derecho) que ejerce el presidente de la nación, como encargado del poder ejecutivo, situación que termina por generar un peligroso desequilibrio de poderes que atenta contra el sistema democrático y republicano. La pandemia, en este sentido, no hizo más que poner de resalto esta anomalía del sistema constitucional.

### PALABRAS CLAVES

Pandemia; emergencia pública; COVID-19; constitución argentina; régimen constitucionaria; legalidad;

---

\* Artículo de reflexión.

a. Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Director de la carrera de Abogacía, Universidad Siglo 21 (UES21), Córdoba, Argentina; Profesor de la materia Derecho Constitucional, de Derecho Público Provincial y Municipal y de Derecho Político, Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Córdoba y de la UES21. Investigador en CONICET (2020).

hiperpresidencialismo; desequilibrio de poderes.

## ABSTRACT

The pandemic generated by the COVID-19 activated the institutional levers included in the Argentine Constitution to face public emergencies. However, the magnitude and impact of the situation generated by the COVID-19 pandemic surpassed and exceeded any legal and/or constitutional provision. The health emergency highlighted a series of problems, social, political and economic, as well as issues related to the institutional design of the Argentine constitutional system. The aim of this paper is to analyze the role of the Argentine State powers in this extraordinary situation of public health emergency and their performance in it, through a critical look at their performance, in order to examine whether it has been developed within the framework of legality established by the constitutional regime, or whether it has been outside such legality.

The Argentine Republic shares with its Latin American sister nations the phenomenon known as "hyper-presidentialism", manifested in the great number of powers (de facto and de jure) exercised by the President of the Nation, as the person in charge of the executive power, creating a situation that ends up generating a dangerous imbalance of powers that threatens the democratic and republican system. The pandemic, in this sense, only highlighted this anomaly of the constitutional system.

## KEYWORDS

Pandemic; public emergency; COVID-19; constitution; constitutional regime; legality; hyper-presidentialism; imbalance of powers.

## RESUMO

A pandemia gerada pela COVID-19 ativou as fontes institucionais da Constituição argentina para fazer frente às emergências públicas. No entanto, a magnitude e o impacto da situação gerada pela pandemia

COVID-19 excedeu qualquer previsão legal e / ou constitucional. A emergência sanitária evidenciou uma série de problemas sociais, políticos e econômicos, bem como o desenho institucional do sistema constitucional argentino. O objetivo deste trabalho é analisar o papel dos poderes do Estado argentino nesta situação extraordinária de emergência de saúde pública e sua atuação nesta situação, através de um olhar crítico sobre sua atuação, para examinar se tem se desenvolvido no âmbito da legalidade estabelecida pelo regime constitucional, ou embora tenha estado fora dessa legalidade.

A República Argentina compartilha com suas nações irmãs latino-americanas o fenômeno denominado "hiper-presidencialismo", manifestado no grande número de poderes (de fato e de direito) exercidos pelo presidente da nação, como a cargo do Poder Executivo, situação que acaba gerando um perigoso desequilíbrio de poderes que ameaça o sistema democrático e republicano. A pandemia, nesse sentido, nada mais fez do que evidenciar essa anomalia no sistema constitucional.

## PALAVRAS CHAVE

Pandemia; emergência pública; COVID-19; Constituição Argentina; regime constitucional, legalidade; hiperpresidencialismo; desequilíbrio de poderes.

## 1. LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN ARGENTINA

El primer caso de COVID-19 en Argentina se registró el 3 de marzo de 2020<sup>1</sup>. Desde entonces, las autoridades públicas comenzaron a implementar distintas medidas para evitar la propagación del

1. <https://www.perfil.com/noticias/coronavirus/pandemia-COVID19-cronologia-del-coronavirus-en-argentina-tiempo-real.phtml>. Al 12 de julio de 2020, se registran en el país 100.166 personas afectadas por el virus, (55.627 infectados activos y 42.694 recuperados) y 1.845 fallecidos (La Nación, "La evolución de la pandemia en la Argentina", domingo 12 de Julio de 2020, disponible en: [https://www.lanacion.com.ar/sociedad/en-detalle-infectados-fallecidos-coronavirus-argentina-nid2350330#](https://www.lanacion.com.ar/sociedad/en-detalle-infectados-fallecidos-coronavirus-argentina-nid2350330#/)/).



virus. En un primer momento, se ordenó la auto-cuarentena de aquellas personas provenientes de países afectados por el coronavirus (fundamentalmente EEUU y Europa); luego se decretó la feria administrativa y la suspensión de clases, hasta que finalmente se ordenó el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, por el que se suspendía todo tipo de actividades (salvo aquellas consideradas indispensables) y se prohibía a todas las personas no exceptuadas salir de sus hogares.

Inicialmente, la región del país más afectada del país fue el denominado AMBA, que incluye la ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense (unos 40 municipios que pertenecen a la Provincia de Buenos Aires): una extensa zona metropolitana que concentra 14.800.000 de personas, es decir, el 37% de la población Argentina. Por ello, los primeros esfuerzos se concentraron en esta región del país, que comprende la capital y sus alrededores. A pesar de todas las medidas implementadas para evitar la propagación del virus, comenzaron a surgir casos y a aumentar de manera crítica el número de contagios en otras partes del país, como en Mendoza, Córdoba, Salta, Tierra del Fuego y la Provincia del Chaco.

El nivel de contagios en los primeros meses de la cuarentena fue muy bajo. Recién hacia finales de mayo se llegó a los 500 contagios por día. A partir del mes de junio la curva comenzó a elevarse hasta llegar a picos máximos de 13.000 contagios por día, hacia fines de septiembre. En junio se alcanzó un pico de 3.000 contagios por día, en julio de 6.000 y en agosto de 11.700. Al 26 de septiembre, se informaron 702.484 personas afectadas (130.452 infectados activos y 556.489 recuperados) y 15.543 personas fallecidas<sup>2</sup>.

Comparado con otros países del mundo, Argentina (con 44.560.000 de habitantes) posee una tasa bastante alta de contagios y de muertes. De acuerdo con el número

total de contagiados, Argentina se posiciona novena<sup>3</sup>, y 14<sup>a</sup> por cantidad de muertos cada 100.000 habitantes<sup>4</sup>.

## 2. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL SISTEMA PRESIDENCIALISTA ARGENTINO

El artículo 1° de la Constitución Nacional (en adelante CN) establece que “La Nación argentina adopta para su gobierno la forma *representativa republicana federal*, según establece la presente Constitución”. Este art. 1° no menciona la adaptación de un sistema presidencialista, pero surge de la estructura institucional.

Los tres poderes que conforman el Estado Federal Argentino son el Poder Ejecutivo Nacional, ejercido por un ciudadano con el título de “presidente de la Nación Argentina” (art. 87, CN), con un mandato de 4 años con posibilidad de reelección inmediata por un período consecutivo más; el Congreso de la Nación, compuesto por dos cámaras, la de diputados (que representa al pueblo de la nación) y la de senadores (que representa a las provincias); y un poder judicial, integrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) a la cabeza del mismo y los demás tribunales inferiores (cámaras federales y juzgados federales de primera instancia repartidos en todo el territorio nacional).

Argentina, al ser un país federal, replica esta misma estructura a nivel provincial. Cada una de las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) tienen su poder ejecutivo ejercido por un gobernador (jefe de gobierno es la designación que recibe en CABA), poderes legislativos (denominados generalmente legislatura

---

3. Detrás de Estados Unidos (7.101.774 casos), India (5.992.532), Brasil (4.717.991), Rusia (1.146.273), Colombia (806.038), Perú (800.142), México (726.431), España (716.481), Argentina (702.484).

4. España (66,74), Ecuador (66,02), Reino Unido (63,18), Estados Unidos (62,63), México (60,42), Italia (59,31), Suecia (57,79), Panamá (55,66), Colombia (50,95), Moldavia (47,56), Francia (47,37), Países Bajos (37,23), Irlanda (37,02), Argentina (34,93).

---

2. Ver “La evolución de la pandemia en la Argentina”, Diario *La Nación*, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/en-detalle-infectados-fallecidos-coronavirus-argentina-nid2350330#/>, consultado el 27/09/2020.

provincial) y un poder judicial (encabezados por los Superiores Tribunales provinciales).

Con respecto al presidente, y de acuerdo a la estructura que le confiere la propia CN, se le atribuyen las siguientes características: (a) es unipersonal, (b) es permanente y oficioso (en cuanto su actividad posee continuidad, no existen recesos en su tarea – a diferencia de los otros dos poderes, respecto del Congreso, que tiene fijado un período de sesiones, y del Poder Judicial, que sólo actúa a requerimiento de parte); y (c) está sujeto a los principios de supremacía y funcionalidad (cooperación entre poderes y control recíproco entre estos) (Quiroga Lavié, 2009: 1151-1152).

En Argentina, el fenómeno del presidencialismo y del hiperpresidencialismo se ha ido acentuando a lo largo de los años. Resulta interesante observar que este fenómeno se ha desarrollado y afianzado tanto en los hechos como en el propio diseño institucional: “[a]sí, a la considerable masa de atribuciones que le reconocía la Constitución de 1853/60, se sumaron prácticas que, oriundas en el período colonial, implicaron una fuerte concentración de potestades en manos del titular del Ejecutivo” (Carnota y Maraniello 2008: 221).

Más aún, puede notarse que el diseño constitucional dota al Ejecutivo de ciertas herramientas que reafirman su figura protagónica en el escenario político, siendo además esta una característica típica de los países latinoamericanos (Negretto, 2013; Gargarella, 2014): “Desde las primeras constituciones nacionales en América Latina, el diseño constitucional estuvo orientado a moldear una figura ejecutiva fuerte, con herramientas suficientes incluso para sobreponerse por sobre el Poder Legislativo” (Altavilla 2019:84).

El padre de la constitución argentina, Juan Bautista Alberdi, determinó muy claramente en su obra *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, publicada en 1852, que el destino de América Latina estaba en manos del Poder Ejecutivo: “yo no vacilaría

en asegurar que de la constitución del Poder Ejecutivo, especialmente, depende la suerte de los Estados de la América del Sur”, y más adelante agrega: “dad al Poder Ejecutivo el poder posible, pero dádsele por medio de una constitución”, y trae a colación el caso chileno: “La paz de Chile [...] viene de su Constitución [y la] ha [logrado] por medio de un poder ejecutivo vigoroso, es decir, de un poderoso guardián del orden” (Alberdi [1852] 1994: 182).

Esta tendencia también puede verse en la última reforma constitucional. Desde el punto de vista normativo, la convención del 94 tuvo entre sus objetivos la “atenuación del sistema presidencialista”, tal como establece el *Núcleo de coincidencias básicas* contenido en la Ley N°24.309 (1993) de Declaración de la necesidad de su reforma. En este sentido, la reforma introdujo la figura del Jefe de Gabinete de Ministros (art. 100, CN), y reguló los poderes excepcionales del presidente, la delegación legislativa (art. 76, CN) y los Decretos de Necesidad y Urgencia (art. 93, inc. 3°). Sin embargo, la práctica posterior mostró ineficientes estas medidas, y la figura presidencial se fue concentrando cada vez más, por lo que algunos autores consideran que de hecho la reforma del '94 terminó por fortalecer aún más al presidente, tanto desde lo formal (con la posibilidad de reelección inmediata y por el sistema de voto directo) y desde lo material (con la incorporación de la delegación legislativa, los DNU y la promulgación parcial de leyes) (Carnota y Maraniello 2008: 221, en igual sentido, Badeni 2006, Sagüés 2017).

La expansión de los poderes del presidente en las repúblicas modernas comienza a hacerse patente hacia mediados del siglo XX, cuando se observa un ensanchamiento de las atribuciones clásicamente reconocidas al ejecutivo, la que se da en detrimento de los otros dos poderes, legislativo y judicial (Badeni 2006:1631-2). Sumado a ello, la mayor intervención de los Estados modernos en el ámbito económico y el manejo de las relaciones internacionales terminaron por afianzar la figura presidencial como el actor predominante dentro del sistema político. Esta hipertrofia

en las funciones del presidente ha sido habitualmente señalada como causante de las crisis de gobernabilidad en la región y en particular en Argentina. Lo cierto es que esta concentración de poderes en uno solo de los órganos del Estado desbalancea el equilibrio de poderes que la Constitución busca y finalmente, pone en riesgo no sólo el sistema republicano en sí, sino también el régimen democrático.

Desde el punto de vista politológico, existen tres factores que empañan la naturaleza democrática del sistema argentino: “la limitada autonomía provincial frente al gobierno central, la cooptación del Poder Judicial por parte del presidente, y el uso de decretos ejecutivos de necesidad y urgencia por parte del presidente para pasar por encima del Congreso” (Jones 1998:237). Como puede observarse, de los tres factores dos se vinculan directamente con el fenómeno del *hiperpresidencialismo* (aunque el primero también, de modo más indirecto). A estos fenómenos hay que sumarles el poder partidario de los presidentes en Argentina, los que, desde 1983, han sido un factor decisivo para el fortalecimiento del poder ejecutivo en el país.

En todo el contexto político e institucional mencionado, el factor económico ha jugado un rol crucial. De hecho, el argumento que casi siempre se utiliza para justificar el acrecentamiento de los poderes del presidente ha sido la emergencia pública y prácticamente todo el siglo XX ha estado signado por la emergencia pública, en la mayoría de los casos, de naturaleza económica. Lo anterior llevó a una mayor concentración de poderes en manos del ejecutivo, visto siempre como la figura fuerte, ágil y eficiente para poder sortear los efectos de las crisis.

### **3. LOS PODERES DEL PRESIDENTE EN LA EMERGENCIA. EL HIPERPRESIDENCIALISMO ARGENTINO EN EL DISEÑO Y EN LA PRAXIS CONSTITUCIONALES**

La constitución argentina no define la emergencia, y contiene algunas disposiciones

aisladas al respecto. La *emergencia es una situación excepcional, anormal o crítica*, se trata de una circunstancia de hecho que cambia y trastoca el normal desenvolvimiento de las cosas y de las instituciones: “emergencia constitucional es la situación fáctica grave y extraordinaria por la que pasa la sociedad en la cual la Constitución, en alguna de sus partes, no puede funcionar plenamente al no presentarse los supuestos de hecho sobre los que dicho orden descansa, y, por ende, como ha dicho la Corte federal, los acontecimientos extraordinarios reclaman remedios también extraordinarios (F. 238:76)” (Quiroga Lavié, 2009:788).

El derecho constitucional argentino diferencia las emergencias como acontecimientos reales – tales como la guerra, los desórdenes domésticos, las crisis económicas, etc.) – y los *institutos de emergencia* – el estado de guerra, el estado de sitio, la ley marcial, la suspensión de garantías, los remedios innominados (Bidart Campos, 2018:203). En el texto de la Constitución se mencionan *como situaciones fácticas* de emergencia a la guerra (cuando habla de “ataque exterior” en los arts. 23, 61 y 99 inc. 16 y de “invasiones exteriores” en el art. 6°) y a la *conmoción interna* (“conmoción interior” en los arts. 23, 75 inc. 29, y 99, inc. 16) (Bidart Campos, 2018).

En cuanto a los *institutos de emergencia*, la Constitución solo prevé expresamente cuatro:

1. La intervención federal (art. 6);
2. El estado de sitio (art. 23);
3. La delegación legislativa (art. 76); y
4. Los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3).

A ellos se puede añadir uno implícito, según Bidart Campos: el “estado de guerra”, que surge de las competencias previstas para el Congreso en el art. 75, inc. 25 y para el ejecutivo, en el art. 99, inc. 15. Aún así, en este caso, la Constitución no contiene ninguna disposición que expresamente autorice la ampliación de las facultades constitucionales

de los poderes del Estado (Quiroga Lavié 2009:789).

La mayoría de estos institutos de emergencia fueron utilizados para afrontar situaciones críticas de naturaleza económica, principalmente. Argentina no ha atravesado gran cantidad de guerras o enfrentamientos armados con potencias extranjeras que llevaran a la utilización de estos mecanismos<sup>5</sup>.

El Estado de sitio está previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional, que dispone que “en caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creada por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden”. Este instituto fue aplicado en cuatro oportunidades desde la vuelta a la democracia en 1983, y ha sido utilizado en cuatro oportunidades: el 25 de octubre de 1985 (en todo el país y por 60 días, levantado por el presidente en diciembre del mismo año) y el 29 de mayo de 1989 (en todo el país y por 60 días, aunque duró seis) durante la presidencia de Alfonsín; el 3 diciembre de 1990 (en todo el país y sin plazo, aunque la ley aprobatoria del Congreso le fijó un plazo fijo de 60 días y fue levantado por el presidente al día siguiente de su aprobación, el 4 de diciembre) durante la primera presidencia de Menem; y el 19 de diciembre de 2001 durante la presidencia de De la Rúa (en todo el territorio nacional y por treinta días, aunque lo levantó al día siguiente de decretarlo, como uno de los últimos actos de gobierno previo a su renuncia) (Altavilla 2016).

En los casos de 1985 y de 1990 se decretó el estado de sitio frente a una amenaza de golpe cívico-militar, y ante un alzamiento militar efectivo llevado a cabo por un grupo

sedicioso denominados “carapintada”, comandado por el entonces coronel Mohamed Alí Sineldín.

La intervención federal es aplicada como medida (de auxilio o de castigo, dependiendo de las causales que la habilitan) para garantizar en las provincias el ejercicio efectivo de su autonomía y la forma republicana de gobierno. Tiene su antecedente en la *guarantee clause* de la Constitución Norteamericana (Artículo IV, Sección 4), aunque con modalidades propias. La Constitución Nacional argentina la prevé en el art. 6, disponiendo que “el Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia”. La intervención federal también fue utilizada en varias oportunidades desde el retorno a la democracia en 1983: durante la presidencia de Carlos Menem (1989—1999) se intervinieron las provincias de Catamarca (por DNU N° 712/91, del 17/04/1991), Tucumán (por DNU N° 103/91 del 15/01/1991), Corrientes (en 1992 por DNU N° 241, del 04/02/1992 y DNU N° 1.447/92, del 12/08/1992) y Santiago del Estero (en 1993). Durante la presidencia de Fernando de la Rúa (1999-2001) se intervino una sola provincia, Corrientes, mediante Ley del Congreso, N° 25.236 del 16/12/1999) y, finalmente, durante la presidencia de Néstor Kirchner (2003-2007) fue intervenida la provincia de Santiago del Estero (también mediante ley del Congreso, N° 25.881, del 01/04/2004). Con anterioridad a 1983 (excluyendo los períodos de facto), el instituto de la intervención federal fue excesivamente utilizado por los presidentes, de manera abusiva y discrecional.

Por su parte, tanto la *delegación legislativa* (art. 76, CN), como los *Decretos de Necesidad y Urgencia* (art. 99 inc. 3, CN), fueron utilizados con mucha más asiduidad, lo que acentúa la predominancia del poder ejecutivo nacional en el sistema político-constitucional argentino, justificados

---

5. Si bien Argentina estuvo en la Guerra contra Gran Bretaña en 1982 por la disputa territorial sobre las islas Malvinas, esta contienda bélica se desarrolló en el espacio marítimo del sur del Mar Argentino, y no en territorio continental; además, el país se encontraba bajo un gobierno militar de facto, por lo que no estaba vigente la Constitución.

– en la gran mayoría de los casos – por la emergencia pública. De lo anterior deriva la predominancia del poder ejecutivo nacional en el sistema político-constitucional argentino.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, hay cuatro condiciones mínimas para la determinar la validez constitucional de los institutos y las medidas de emergencia: (1) una *situación real* de emergencia, declarada o comprobada, (2) un *fin real* de interés social y público, (3) *transitoriedad* en la regulación excepcional, (4) *razonabilidad* del medio elegido, es decir, proporción y adecuación entre la medida dispuesta, el fin buscado, y los motivos y causas que han dado origen a la medida de emergencia (Bidart Campos, 2018:203). La *doctrina del estado de necesidad* exige la concurrencia de determinados requisitos: (a) situación de necesidad; (b) inevitable adopción de una medida apta para enfrentar esa situación de necesidad; (c) un sujeto necesitado (el sujeto que debe tomar la medida o la decisión); y (d) un *derecho de necesidad* (Sagüés, 2017:498/9).

La emergencia económica, en términos generales, ha tenido en Argentina una profunda y larga trayectoria desde el s. XIX, a lo largo de prácticamente todo el s. XX y lo que va del siglo XXI. Siguiendo a Quiroga Lavié (2009), se pueden identificar los siguientes motivos que llevaron a la declaración de la emergencia en el país en el orden económico-social: Insuficiencia de viviendas (declarada en 1920); escasez de dinero en plaza, distorsión de la oferta y la demanda en el mercado (monopolio de hecho), escasez de trabajo; agio y especulación en los precios, superproducción y, más recientemente, hiperinflación y crisis presupuestaria. Todas estas crisis fueron llevando a la producción de una vasta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en la gran mayoría de los casos, convalidatoria de las medidas y decisiones tomadas por los poderes públicos (Hernández 2003), en particular, del Ejecutivo, lo que valida jurisprudencialmente la ampliación de sus poderes en los hechos. Este ha sido uno de los puntos en que la doctrina local coincide

que en mayor medida ha contribuido al hiperpresidencialismo en nuestro país – sin dejar de lado por supuesto también a factores culturales, históricos y otros factores de naturaleza también institucional, como el debilitamiento progresivo del Congreso–.

Actualmente, el país se encuentra bajo emergencia declarada formalmente por el Congreso de la Nación, mediante Ley N° 27.541 (publicada en el Boletín Oficial el 23/12/2019), denominada “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”. Esta ley declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, desde su sanción hasta el 31 de diciembre de 2020. En el marco de esta emergencia, la ley hace una serie de delegaciones en el poder ejecutivo. El mismo art. 1° delega en el Poder Ejecutivo nacional una serie de facultades en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020.

El Art. 2 establece las siguientes bases de delegación:

a) Crear condiciones para asegurar la sostenibilidad de la deuda pública, la que deberá ser compatible con la recuperación de la economía productiva y con la mejora de los indicadores sociales básicos;

b) Reglar la reestructuración tarifaria del sistema energético con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva y reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema para asegurar una gestión eficiente de los mismos;

c) Promover la reactivación productiva, poniendo el acento en la generación de incentivos focalizados y en la implementación de planes de regularización de deudas tributarias, aduaneras y de los recursos de la seguridad social para las micro, pequeñas y medianas empresas;

d) Crear condiciones para alcanzar la sostenibilidad fiscal;

e) Fortalecer el carácter redistributivo y solidario de los haberes previsionales considerando los distintos regímenes que lo integran como un sistema único, con la finalidad de mejorar el poder adquisitivo de aquellos que perciben los menores ingresos;

f) Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales;

g) Impulsar la recuperación de los salarios atendiendo a los sectores más vulnerados y generar mecanismos para facilitar la obtención de acuerdos salariales.

Esta ley constituye una de las mayores delegaciones que se han hecho en el Poder Ejecutivo de la Nación. Como puede observarse, la delegación en el presidente de la nación es muy amplia y le encomienda un número importante de objetivos, lo que devela también que el país se encontraba (y se encuentra) atravesando una profunda crisis que alcanza a todos estos factores, entre los que sobresalen el endeudamiento público, la excesiva carga tarifaria sobre los servicios públicos (en especial en materia de energía), cuestiones salariales y previsionales (en materia impositiva), solo por mencionar los más sobresalientes.

Un capítulo importante dentro de todas estas delegaciones está dado por la *delegación en materia tributaria*. Estas disposiciones han sido fuertemente criticadas como inconstitucionales, además de que carecen de una directiva clara por

parte del Congreso para el ejercicio de las facultades delegadas. Incluso, en muchos casos, la delegación en sí parece innecesaria (Spisso 2020).

Por un lado, la inconstitucionalidad de la delegación puede fundarse en las prescripciones precisas del texto constitucional argentino, que en varias de sus disposiciones deja en claro que el único órgano facultado para establecer contribuciones (sean impuestos, tasas o contribuciones) es el Congreso de la Nación (arts. 4º, 17 y 52), cuestión que ha sido reafirmada por la inveterada jurisprudencia de la CSJN, dejando en claro que el Congreso es el único poder del Estado investido de tales atribuciones (Fallos 155:290; 248:482; 303:245; 312:912; 316:2329; 318: 1154; 319:3400; 321:366 y 263; 323:240, entre muchos otros – Spisso 2020:43), lo que a su vez invalida a los tributos creados por el Ejecutivo aun cuando con posterioridad fueran convalidados por el Congreso<sup>6</sup>. Si bien el mecanismo de la delegación prevista en el art. 76 de la CN no especifica materias prohibidas de delegación, resulta claro que el Congreso no puede delegar cualquier competencia en el Ejecutivo, entre las que cabe mencionar la materia tributaria. Sobre este punto, la Corte también expidió un fallo en sentido restrictivo<sup>7</sup>. Por otro lado, como sostiene Spisso, la delegación también era innecesaria porque la propia ley establece una serie de reformas importantes a la legislación tributaria: *contribuciones patronales, ajuste por inflación, bienes personales, impuesto cedular a la renta financiera, impuesto a las ganancias, impuesto a la compra y cambio de billetes y divisas en moneda extranjera, impuesto sobre débitos y acreditaciones en cuenta bancarias y otra operaciones, tasa de estadística, impuestos internos, exenciones impositivas* (2020:46).

6. CSJN, "Luisa Spak de Kupchik y otro c/Banco Central de la República Argentina y otro", de fecha 17/03/1998, Fallos: 321:366, remitiéndose al precedente establecido en "Video Club Dreams" (Fallos: 318:1154 y 319:3400).

7. CSJN, "Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo", de 15/04/2014, Fallos: 337:388.

La prohibición de delegar en materia tributaria no sólo comprende la creación de un tributo enteramente nuevo, sino que abarca los elementos esenciales del tributo: hecho imponible, alícuota, sujetos y exenciones – todos ellos alcanzados por el principio de legalidad que impera en esta materia (CSJN, Fallos 329:1554). En este sentido, la delegación al Poder Ejecutivo de incrementar hasta en un 100% las tasas del impuesto sobre Bienes Personales iría en abierta contradicción con el principio de legalidad.

#### **4. LA EMERGENCIA PÚBLICA EN ARGENTINA. EL ESTADO DE EMERGENCIA ANTES Y DURANTE LA PANDEMIA.**

Como se vio anteriormente, en marzo de 2020 el país ya se encontraba en situación de emergencia pública, declarada formalmente por Ley del Congreso de la Nación (Ley N° 27.541). Desde principios de marzo, el país transitó un momento de crisis inédita, nunca antes vista en su historia – ni en el mundo entero – a raíz de la propagación del Coronavirus, declarado pandemia mundial por la Organización Mundial de la Salud (OMS). El 12 de marzo, el presidente de la república, mediante Decreto N° 260, amplió la emergencia pública en materia sanitaria que había establecido la Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la OMS en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto. Esta ampliación de una emergencia que, como vimos, sólo el Congreso de la Nación puede establecer, luce también inconstitucional ya que el presidente no puede prolongar una situación sobre la cual no tiene poder de decisión para crearla o declararla en primer lugar, y mucho menos podrá ampliarla o prolongarla. Tampoco el Congreso habilitó esta instancia al Ejecutivo en la Ley 27.551.

El *jueves 19* de marzo el presidente emitió el DNU N° 297, disponiendo el “aislamiento social preventivo y obligatorio” que rigió desde el 20 hasta el 31 de marzo. La doctrina, e incluso la jurisprudencia, ha sido conteste en reconocer la legitimidad de la medida,

tanto en la forma – la utilización de un DNU – como en el fondo – es decir, en cuanto a la razonabilidad de la medida – (ver, entre muchos otros, Hernández 2020a y 2020b; Sabsay 2020), pero su prórroga indefinida ha sido tachada de inconstitucional por gran parte de la doctrina. Frente a la ausencia de un remedio o cura a esta enfermedad, la única solución posible es frenar la marea de contagios a través de lo que el gobierno federal argentino denominó un “*aislamiento social obligatorio y preventivo*” (tal como lo dispone el art. 1º del DNU N° 260). En este sentido, se consideró que la medida “constituye una restricción a la libertad ambulatoria y al derecho de reunión” (Art. 14 de la C.N.). Sin embargo, esta restricción a derechos fundamentales tiene sustento en la exposición de motivos de la norma de la que se extrae, a partir de “las razones de salud pública que dieron origen a la medida adoptada” y que “la medida adoptada -aislamiento social- es la única a disposición que se tiene ante la ausencia de otros recursos médicos que impidan la propagación de la enfermedad”<sup>8</sup>. La severa restricción que pesa sobre la libertad ambulatoria se ve compensada por el objetivo de preservar el orden público, específicamente la presentación de la salud pública y, dentro de ésta, el derecho a la vida de todos los habitantes del país. El único modo de evitar la propagación del virus es, pues, que todos se queden en sus hogares. Esta medida ha tenido, por supuesto, *enormes consecuencias* desde todos los puntos de vista: económico, jurídico, social, psicológico y, fundamentalmente, político.

El aislamiento decretado comprende entre el 20 de marzo hasta el 11 de abril del presente año, pero se prorrogó posteriormente varias veces, extendiéndose – hasta la fecha – por más de 180 días consecutivos, aunque ha habido varias flexibilizaciones y etapas<sup>9</sup>.

---

8. Fallo “Kingston, Patricio s/ Habeas corpus”, Interloc. 14/143, Poder Judicial de la Nación, Sala Integrada de habeas corpus – 19.200/2020.

9. La última prórroga se produjo el 20 de septiembre, mediante DNU N° Decreto 754/2020, que representa la undécima prórroga del Aislamiento y del Distanciamiento (según zonas y regiones del país) Social, Preventivo y

Durante la vigencia de este “aislamiento social”, todas las personas “deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020” y “deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos” (art. 2º). Frente a la infracción de esta disposición, “se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal” (art. 3º)<sup>10</sup>. Ello salvo algunas excepciones que el propio DNU establece: personal de salud, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas, bomberos y control de tráfico aéreo (inc. 1º), personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes (inc. 3º), solo por mencionar algunos. Estas disposiciones rigieron fundamentalmente en la primera etapa de la cuarentena, ya que con posterioridad los permisos y habilitaciones sobre actividades y personas se flexibilizaron paulatinamente.

Cabe aclarar, asimismo, que la pandemia no está prevista como situación de emergencia en la legislación argentina. El Código Penal Argentino prevé como figura delictiva la violación de “medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia” (art. 205, Cód. Penal Argentino). La pandemia cuadra dentro del supuesto del Estado de sitio, previsto en el art. 23, CN, el cual solo procede en caso de conmoción interior o de ataque exterior y siempre que se ponga en peligro la vigencia de la Constitución y de las autoridades creadas por ella. El efecto de la declaración del estado de sitio implica la suspensión de las garantías constitucionales y, tal como lo

especificaron las autoridades nacionales, la medida lucía demasiado extrema en función de las circunstancias, ya que no había necesidad alguna de suspender las garantías constitucionales. Desde un punto de vista político, la sola mención del instituto rememora épocas de extrema crisis política, institucional y social del país.

Al momento de producirse la emergencia sanitaria, el presidente ya contaba con las herramientas constitucionales para operar en épocas de emergencia. No fue necesario en consecuencia una declaración del Congreso, ya que lo había hecho en diciembre del año anterior. Asimismo, la CN habilita al presidente a utilizar DNU para afrontar situaciones de necesidad y urgencia en cualquier momento, en el sentido de que no necesita ni una declaración previa del Congreso ni una habilitación expresa de éste, porque la facultad emana directamente de la Constitución – pero sí se requiere la aprobación y convalidación posterior del Congreso. Como se verá más adelante, el Congreso, en sus primeras sesiones, convalidó gran parte de las medidas adoptadas por el presidente. A partir de entonces se observa una aplicación progresiva (e innecesaria) de facultades por parte del presidente. En estos primeros momentos, la falta de actuación del Congreso de la Nación, por un lado, y la declaración de feria extraordinaria por parte de la Corte Suprema, por el otro, hizo que en los hechos, funcionara uno solo de los tres poderes del Estado, con la consecuente e inevitable concentración de poderes que ello implicó.

La constitución argentina – como la mayoría de las constituciones latinoamericanas – asigna un rol fundamental al presidente en el proceso de formación y sanción de las leyes, con facultades muy importantes, como el veto (total o parcial), y las facultades de publicación y reglamentación de la ley (que constituye la etapa final del proceso de formación de la ley y sin la cual la ley no llega a adquirir plena vigencia y operatividad, al punto que no puede llegar a ser considerada ley). Dentro de estas facultades, la Constitución le asigna al Ejecutivo una herramienta de

---

Obligatorio.

10. **Artículo 205:** “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”. **Artículo 239:** “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.



emergencia que le permite asumir funciones legislativas que en realidad corresponden constitucionalmente al Congreso (Badeni 2006). De acuerdo a la CN, el presidente puede establecer DNU “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”. Asimismo, la propia Constitución prohíbe tratar determinadas materias por medio de DNU, a saber: penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos. Para que estos decretos tengan validez, deben, primero, ser decididos en acuerdo general de ministros, y precisan ser refrendados por todos ellos juntamente con el jefe de gabinete de ministros. Asimismo, corresponde al jefe de gabinete de ministros, personalmente, someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, dentro de los diez días de emitido. La comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras<sup>11</sup>.

La constitucionalización de estas dos herramientas (DNU y delegación) es una muestra clara del hiperpresidencialismo en Argentina. Ambos institutos generaron amplios debates en la doctrina, entre aquellos en contra de constitucionalizarlos y aquellos a favor, para quienes la regulación de estos instrumentos ayudaría a limitar y reglamentar su uso. Lo cierto es que desde la presidencia de Menem (1989-1999), el uso de estos instrumentos se volvió en un verdadero abuso, tanto por el número de DNU como por las materias que regulaban (en muchos casos temas muy sensibles – tales como la privatización de empresas estatales – y en contextos que ni siquiera justificaban la *necesidad* ni la *urgencia*).

Los DNU han sido asiduamente utilizados y, al igual que los decretos delegados, fueron convalidados por la CSJN (Caso “Peralta”, 1990). Luego de la reforma constitucional de

1994 que expresamente los recepta y regula, la CSJN, en un nuevo fallo (Caso “Rodríguez”, 1997), declaró, por un lado, que el control de constitucionalidad de estas medidas no era aplicable, pues se trataba de *cuestiones políticas no justiciables* y, por el otro, que eran válidos aún en ausencia de ley que reglamente su ejercicio, como dispone el nuevo texto constitucional (Gelli 2004:616). Esta práctica abusiva se instaló durante la presidencia de Carlos Menem. Si bien los DNU existieron en la práctica con anterioridad, tuvieron una aplicación prácticamente insignificante: entre 1853 y 1983 fueron dictados solamente 15 DNU (Molinelli *et al* 1999:626). El presidente Alfonsín dictó 10 en sus seis años de gestión, Menem dictó cerca de 300 DNU hasta la reforma constitucional de 1994, contabilizando un total de 545 en sus dos períodos presidenciales (1989-1995 y 1995-1999); De la Rúa (con dos años de gestión, 1999-2001) dictó 73 DNU, el presidente provisorio Duhalde (un año y medio de gestión entre 2002-2003) dictó 158, Kirchner en sus cuatro años y medio de gestión (2003-2007) dictó 270 DNU; la presidente Fernández de Kirchner en sus dos gestiones (2007-2011; 2011-2015) presentó 78 DNU, Macri (en los tres primeros años de los cuatro años de su gestión, 2015-2019), alcanzó a dictar 48 DNU.

El presidente Alberto Fernández (quien asume la primera magistratura el 10 de diciembre de 2019) lleva emitidos alrededor de 50 DNU, la mayoría de los cuales ya han sido convalidados por el Congreso. A pesar de la convalidación, que le da legitimidad definitiva a los decretos, este fenómeno devela un congreso ausente ya que desde la apertura de las sesiones ordinarias el 1º de marzo hasta mediados de mayo, el Congreso había realizado una sola sesión. Gran parte de estos decretos se dictaron en el marco de la emergencia sanitaria del COVID-19<sup>12</sup>, pero no todos ellos están estrechamente vinculados con la pandemia, lo que demuestra también un uso abusivo del instrumento por parte

---

11. La Constitución establece que el Congreso deberá dictar una ley especial que regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso en materia de DNU. Esta ley fue sancionada en julio de 2006, bajo el número Ley 26.122

---

12. “Más de la mitad de los DNU de Alberto Fernández tienen que ver con la pandemia”, en <https://www.parlamentario.com/2020/04/12/mas-de-la-mitad-de-los-dnu-de-alberto-fernandez-tienen-que-ver-con-la-pandemia/>, 12/04/2020.

del actual mandatario. Uno de las decisiones más controvertidas ha sido la intervención a la empresa agroindustrial Vicentín (DNU N° 522/2020, del 9/06/2020), que fue dejada sin efecto poco tiempo después (mediante DNU N° 636/2020, del 31/07/2020 que dispone expresamente la derogación del DNU 522 en su art. 1°)<sup>13</sup>.

A partir de un somero análisis, se puede observar que las principales medidas para combatir la epidemia y contrarrestar sus efectos en los más diversos ámbitos, el presidente dispuso una serie de medidas – aunque temporales – de fuerte impacto, que en realidad debieron ser debatidas y decididas por el Congreso de la Nación ya que se trata de materias que compete decidir a este cuerpo. Entre estas decisiones, se pueden mencionar:

(a) Prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país por el plazo de 15 días corridos desde 16/3/2020 a 31/3/2020 (DNU N° 274/2020 del 16/03/2020). Plazo prorrogado sucesivamente con posterioridad, y ampliado su alcance a las personas residentes en el país y aquellos con residencia en el exterior (DNU N° 313/2020, del 27/03/2020).

(b) Obligación de retrotraer los precios al 06/03/2020 de productos que conforman la canasta básica de alimentos, bebidas, higiene personal y limpieza (Resolución N° 100 de la subSecretaría de Comercio Interior (SCI), del 20/03/2020);

(c) Creación del Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), destinado personas que se encuentren desempleadas; se desempeñen en la economía informal

o cuyos ingresos no lleguen al salario mínimo vital y móvil, entre otros, con el objetivo de “compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria declarada por el Decreto N° 260/20” (art. 1°) (DNU 310/2020, del 23/03/2020);

(d) Prohibición a las empresas prestadoras de los servicios básicos (energía eléctrica, gas, agua corriente, telefonía fija o móvil, Internet, TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital) a suspender los servicios, por causa de mora o falta de pago de hasta tres facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1/3/2020 (DNU N° 311/2020, del 24/03/2020);

(e) Suspensión de desalojos en inmuebles destinados a vivienda única, prórroga de la vigencia de contratos locativos y congelamiento del precio de los alquileres hasta el 30 de septiembre de 2020 (DNU N° 320/2020 del 29/03/2020);

(f) Congelamiento de cuota mensual de los créditos hipotecarios sobre inmuebles con destino a vivienda única y suspensión de las ejecuciones hipotecarias, judiciales o extrajudiciales hasta el 30/9/2020 (DNU N° 319/2020, del 29/03/2020);

(g) Prohibición de despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y de suspensiones y despidos por fuerza mayor por 60 días contados a partir del 31/3/2020 (DNU N° 329/2020 del 31/03/2020);

(h) Inclusión de COVID-19 como una enfermedad de carácter profesional a cubrir por las ART (DNU N° 367/2020, del 13/04/2020).

(i) Congelamiento y suspensión de cortes de servicios de telefonía móvil e internet hasta el 31 de mayo de 2020 (DNU N° 311 del 24/04/2020; DNU N° 426, del 30/04/2020);

13. Ver “Vicentín: Alberto dejó sin efecto el DNU de intervención y expropiación”, *Ámbito*, 31 Julio 2020, <https://www.ambito.com/politica/alberto-fernandez/vicentin-alberto-dejo-efecto-el-dnu-intervencion-y-expropiacion-n5121544>; “El Gobierno derogó el decreto que disponía la intervención de Vicentín”, *Telam*, 31/07/2020, <https://www.telam.com.ar/notas/202007/496881-alberto-fernandez-gobierno-nacional-vicentin.html>.

Más allá de la bondad de estas medidas – que no se discute – lo cierto es que representan decisiones tomadas de manera unilateral por el presidente, y reflejan sin dudas el predominio de la figura presidencial en el sistema político argentino, sobrepasando o invadiendo competencias propias del poder legislativo.

En este sentido, una medida que refleja la excesiva concentración de poder en el presidente ha sido, sin lugar a dudas, la ampliación (del ya de por sí vasto) poder del presidente de reasignar partidas presupuestarias, dispuesta por DNU. Esta facultad (denominada vulgarmente como “superpoderes”) había sido otorgada (o mejor dicho, *delegada*) por el Congreso mediante Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (Art. 37), la que señala que el jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del monto total aprobado, las que no podrán superar el 5% (a partir del ejercicio 2018 y siguientes) del monto total aprobado por cada ley de presupuesto, ni el 15% del presupuesto aprobado por finalidad, cuando se trate de incrementos de gastos corrientes en detrimento de gastos de capital o de aplicaciones financieras, y/o modificaciones en la distribución de las finalidades.

El DNU N° 457/20 (10/05/2020), en cambio, ordena directamente la suspensión “durante el ejercicio 2020, para aquellas modificaciones presupuestarias necesarias en virtud de medidas dictadas en el marco de las disposiciones del Decreto N° 260/20, [de] la *aplicación de los límites a las reestructuraciones presupuestarias* que puede disponer el Jefe de Gabinete de Ministros, establecidos en el tercer párrafo del artículo 37 de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional”. Lo anterior significa que el Jefe de Gabinete no tiene límite alguno para reasignar partidas presupuestarias. Además, mediante este mismo DNU 457, el presidente dispuso diversas reasignaciones de partidas a favor de organismos federales (tales como ANSeS,

Ministerio de Salud, de Desarrollo Productivo y Desarrollo Social e Interior), elevando el déficit fiscal en \$76.456 millones.

La medida generó preocupación y cierta reacción por parte de la oposición. Gran parte de los bloques opositores, en particular, bloques de Juntos por el Cambio, el Interbloque Federal, como también de los bloques Consenso Federal, Socialista y Justicialista expresaron desacuerdo y rechazo al DNU. La fuerza opositora Juntos por el Cambio presentó un proyecto para rechazar el DNU 457/20, por considerar que la decisión “cercena las facultades del Congreso”<sup>14</sup>. A pesar de estos pedidos de derogación del decreto (en particular, su polémico art. 4°), tanto en la Cámara de Diputados como en la del Senado, la comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo prevista por el Art. 99 inc. 3, CN (encargada de analizar la validez de estas medidas), dio su aprobación mediante dictamen favorable, aunque avalado sólo por la mayoría oficialista del bloque Frente de Todos.

## 5. EL CONGRESO DE LA NACIÓN Y SU FUNCIONAMIENTO DURANTE LA EMERGENCIA

El rol del parlamento durante la pandemia merece una consideración especial. No cabe duda de que los parlamentos son la institución más importante dentro de las repúblicas modernas. El Congreso es, como ha dicho nuestra CSJN, el “órgano más íntimo del país –según las palabras de Alberdi–”<sup>15</sup>, y su normal funcionamiento es esencial para el sostenimiento del orden democrático, republicano y constitucional. Ello es especialmente cierto en épocas de crisis como la que se está atravesando.

---

14. Ver “La oposición se reagrupa para rechazar el DNU que otorga ‘superpoderes’ a Santiago Cafiero”, infobae, miércoles 13 de Mayo de 2020, <https://www.infobae.com/politica/2020/05/13/la-oposicion-se-reagrupa-para-rechazar-el-dnu-que-otorga-superpoderes-a-santiago-cafiero/>.

15. CSJN, “Unola de Argentina Ltda. c/ Y.P.F. y BANADE s/ contrato de obra pública”, del 6 de octubre de 1998, Fallos 321:2683.

El DNU N° 297 incluía al poder legislativo entre las excepciones al ASPO y este poder, en los tres niveles de gobierno, debe continuar operativo. El inc. 2º del art. 4º dispone expresamente que quedan exceptuadas las “*autoridades superiores* de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades”. Una decisión que impida el funcionamiento de los demás poderes en los distintos niveles de gobierno hubiera significado, sin más, un auto-golpe de Estado.

El interrogante que surgió fue por el *modo* en que debían o podían continuar su labor parlamentaria, sin poner en riesgo la salud de los legisladores, de los trabajadores y de la población en general, ya que se trata de órganos colegiados que necesariamente requieren de la concentración de personas para operar y funcionar. Ello por cuanto la normativa interna sobre funcionamiento de estos órganos legislativos no prevé modalidades de operación en épocas de crisis como la que se está viviendo – lo que resulta paradójico atento a los avances tecnológicos que ha habido en las últimas décadas en materia de comunicación –. En este sentido, se observa un amplio abanico de respuestas y estrategias adoptadas tanto en nuestro país (en sus tres niveles de gobierno: federal, provincial y municipal) como en todos los demás países afectados por el COVID-19, que han decretado medidas de “aislamiento social obligatorio” como medida de prevención para evitar la propagación del virus (Altavilla 2020).

Al momento de emitirse el DNU 297 por el cual se estableció el ASPO a partir del 20 de marzo, el Congreso de la Nación se encontraba ya en funcionamiento. De acuerdo a la CN, las sesiones ordinarias se inician el 1 de marzo de cada año (art. 63, CN<sup>16</sup>). A pesar de ello, el Congreso no

comenzó a funcionar sino casi dos meses después de establecida la cuarentena, luego de varios debates y conflictos en torno a la posibilidad de sesionar *online*. De hecho, la cuestión del funcionamiento del Congreso comenzó a debatirse cuando surgió la propuesta de establecer un impuesto a las grandes fortunas, no antes con respecto por ejemplo, al control de los DNU emitidos por el presidente<sup>17</sup>.

La cuestión se planteó por el hecho de que ni el reglamento de la Cámara de Diputados ni el de la Cámara de Senadores preveían la posibilidad de sesionar de manera remota u *online*. Así, por ejemplo, el artículo 30 del Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación dispone que los senadores constituyen Cámara *en la Sala de Sesiones*, salvo casos de “gravedad institucional”, pero no establece mecanismos precisos sobre cómo desarrollar las sesiones en esos casos de excepcionalidad. Si bien es cierto que al momento de decretarse el aislamiento, la mayoría de los legisladores se encontraban en sus hogares y que muchos de ellos son personas en riesgo por su edad, lo que dificultó la reanudación y reactivación de la actuación parlamentaria (sobre todo en un país de extensas dimensiones como lo es Argentina), también se perdió un valioso tiempo, sobre todo al inicio de la emergencia, en discusiones sobre cuestiones técnicas referidas a la posibilidad de sesionar de manera remota y de otras alternativas posibles, cuando en otros países (como Ecuador o Brasil) la respuesta de los parlamentos fue mucho más rápida y eficiente.

Tanto el Senado como la Cámara de Diputados reanudaron las labores parlamentarias el 13 de mayo, de manera virtual. El Senado, luego de la decisión de la CSJN y de arduos debates entre los bloques,

---

primero de marzo hasta el treinta de noviembre. Pueden también ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación o prorrogadas sus sesiones.

17. A los pocos días de establecerse el ASPO, la Presidenta del Senado dispuso la interrupción de los plazos parlamentarios (Decreto N° 4/20 del 25/03/2020), lo que en los hechos “significó que no está funcionando el Senado” (Hernández 2020).

---

16. Artículo 63.- Ambas Cámaras se reunirán por sí mismas en sesiones ordinarias todos los años desde el

decidió realizar sus sesiones de manera remota a partir de un acuerdo entre los bloques políticos que conforman la Cámara. En este acuerdo se aceptó realizar sesiones remotas, pero sujeto a la condición de que tales sesiones se atendieran cuestiones relacionadas con el Derecho de emergencia decretada en el marco de la pandemia del COVID-19. Este compromiso fue plasmado en un decreto presidencial parlamentario, emitido por la presidente del Senado, en virtud del cual se convocaba a sesión remota, estableciendo las bases de funcionamiento *ad referendum* del pleno. El Decreto de la Presidencia del H. Senado de la Nación N° 8/2020 del 4 de mayo de 2020, en su art. 1° dispone: “encomiéndose la realización de sesiones en carácter remoto o virtual mediante videoconferencia, de modo excepcional por el plazo de SESENTA (60) días, plazo que podrá ser prorrogado por el H. Senado de la Nación en tanto persista la situación de emergencia sanitaria que diera lugar al dictado del presente decreto”. Más importante aún, en su art. 2° se delimita el ámbito de actuación del Senado en este contexto de emergencia y en este modo particular de actuación remota (excepcional y por tiempo determinado) mediado por tecnologías: “las sesiones virtuales o remotas tratarán sobre medidas específicas en el marco de la emergencia sanitaria declarada a raíz del COVID-19, sobre aquellas leyes que requiera el Poder Ejecutivo Nacional y aquellas iniciativas que a criterio del H. Congreso de la Nación sean necesarias para combatir el COVID-19, sus consecuencias y las que deriven de las medidas para prevenir la pandemia o sus efectos”.

En los propios fundamentos del Decreto se menciona que “el interbloqueo de Juntos por el Cambio [*principal fuerza opositora*] manifestó que consideran ‘imprescindible alcanzar un acuerdo político que viabilice el funcionamiento del Senado en el referido contexto de pandemia’”. El decreto recopila los argumentos y manifestaciones de todos los demás bloques parlamentarios que componen la Cámara. La modalidad escogida y utilizada por el Senado fue la de sesiones completamente remotas – a diferencia de la Cámara de Diputados, que optó por

un modelo de sesiones mixto – mientras durara la pandemia y por el plazo de 60 días, prorrogado por otro plazo similar de 60 días en el mes de junio, y hasta agosto<sup>18</sup>. En oportunidad de prorrogar las sesiones remotas, un grupo de senadores había solicitado la adopción de una modalidad mixta, con la posibilidad de presencia física en el recinto de algunos senadores. El pedido fue desestimado, bajo el argumento de que “admitir el sistema mixto implicaría una inaceptable e infundada desigualdad de tratamiento entre los senadores que residen y se encuentran en provincias lejanas a la Capital Federal y quienes residen en la propia Capital o en provincias cercanas”. En cambio, la Cámara de Diputados dispuso una modalidad semi-remota o mixta<sup>19</sup> con la presencia física de un número determinado de diputados en el recinto, y los restantes diputados de manera remota. El día 13 de mayo, la Cámara realizó su primera sesión, con la presencia de 47 legisladores en sus bancas, mientras que 210 diputados integraron el recinto virtual. En esa primera sesión, el plenario de la Cámara aprobó (con un resultado de 248 votos afirmativos contra 2 negativos) el Protocolo de Funcionamiento Parlamentario Remoto por el que se establecen las pautas para el desarrollo de las sesiones remotas<sup>20</sup>.

En sus primeras sesiones, ambas cámaras se abocaron al análisis y eventual aprobación de los DNU que había dictado hasta entonces el Poder Ejecutivo Nacional. En su primera sesión remota, el Senado aprobó 20 DNU firmados por el presidente Fernández, todos ellos relacionados con la pandemia del coronavirus. 18 de ellos fueron aprobados por unanimidad, mientras que dos DNU fueron rechazados por parte de la oposición (Juntos por el Cambio): el DNU N° 313, que ordenaba el cierre de las fronteras del país

---

18. Decreto de la Presidencia del H. Senado de la Nación N° 11/20, de fecha 21 de Julio de 2020.

19. Ver “Diputados realiza la primera sesión virtual de su historia” *Télam*, <https://www.telam.com.ar/notas/202005/463086-en-el-senado-y-en-diputados-se-realizaran-las-primeras-sesiones-virtuales-de-su-historia.html>.

20. Ver “medidas de la HCDN ante el COVID-19”, <https://www.hcdn.gob.ar/institucional/infGestion/covid19/index.html>.

y el DNU N° 329, por el que se prohíben los despidos sin justa causa, o por causales de falta o disminución de trabajo y por fuerza mayor<sup>21</sup>.

La actividad parlamentaria ha sido bastante intensa desde entonces en ambas cámaras. Desde la renovación parcial de 2019, el bloque oficialista Frente de Todos tiene 119 diputados en la Cámara de Diputados (que tiene un total de 257 miembros), mientras que la principal fuerza opositora, *Juntos por el Cambio*, tiene 116 bancas. El quórum – previsto en el art. 64 CN al establecer que “Ninguna de [las Cámaras] entrarán en sesión sin la *mayoría absoluta de sus miembros*” – se logra con 129 legisladores, por lo que el oficialismo necesita la participación de los demás sectores políticos para lograrlo e iniciar las sesiones. En el Senado, en cambio, el Oficialismo cuenta con 41 bancas, de las 72 totales que tiene la Cámara Alta<sup>22</sup>, es decir, el 57% de la Cámara, mientras que *Juntos por el Cambio* tiene 25 bancas (el 35%) y otros sectores, también de la oposición, ocupan las restantes bancas<sup>23</sup>.

Desde la reanudación de la actividad parlamentaria, ha habido más sesiones que en todo el año 2019 y la mayoría leyes fueron sancionadas por unanimidad<sup>24</sup>. De acuerdo

al SAIJ (Sistema Argentino de Información Jurídica), el Congreso lleva sancionadas 16 leyes, de las cuales 6 no tienen ninguna vinculación con la emergencia sanitaria, y otras dos se refieren a cuestiones económico-presupuestarias.

Algunos proyectos suscitaron fuertes conflictos y reclamos por parte de los sectores opositores. Se trata de proyectos que no están vinculados estrictamente a la cuestión de la emergencia sanitaria. Entre ellos, por ejemplo, la sanción de la Ley N° 27.55, sancionada en sesión especial el 11 de junio de 2020, por la que se introduce una serie de modificaciones al régimen de locaciones habitacionales que prevé el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC). Este proyecto en particular ya había sido aprobado por la Cámara de Diputados, por unanimidad, a fines de 2019 y contaba con el apoyo de todos los sectores del Senado, pero su introducción de último momento en el orden del día causó sorpresa y malestar en los sectores opositores. Además, en el caso puntual del Senado, generó ciertos debates que giraban en torno a la constitucionalidad misma de la ley, ya que el Decreto parlamentario que autoriza las sesiones virtuales, lo hace sobre “medidas específicas en el marco de la emergencia sanitaria declarada a raíz del COVID-19” (art. 2°, Decreto de la Presidencia del H. Senado de la Nación N° 8/2020)<sup>25</sup>.

Otro proyecto controvertido ha sido el presentado por el presidente de la nación sobre reforma judicial (que ya cuenta con media sanción en el Senado). El tratamiento de estos temas que no están estrictamente vinculados con la pandemia y la emergencia sanitaria conlleva a una serie de conflictos y reclamos por parte de diferentes sectores políticos y sociales, dejando en duda también la constitucionalidad de tales medidas. Estas cuestiones traen a colación consideraciones acerca de cuál debería ser el objeto de las sesiones y sobre qué es lo que debería hacer el parlamento en época de pandemia,

21. “En sesión remota, el Senado aprobó los 20 decretos del Poder Ejecutivo”, *Página 12*, jueves 14 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/265809-en-sesion-remota-el-senado-aprobo-los-20-decretos-del-poder->.

22. Desde la reforma de 1994, el Senado se compone de 3 senadores por provincia y 3 por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el texto constitucional de 1853 las provincias contaban con dos senadores, igual que en la federación norteamericana. Así lo establece el Art. 54, CN: “El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos”.

23. Bloque Parlamentario Federal, 4 bancas (6%) y dos bloques unipersonales (con una sola banca), Bloque Misiones y Juntos Somos Río Negro.

24. Ver “Los 150 días del Congreso: leyes por unanimidad, asistencia perfecta y un diálogo difícil de mantener”, *Infobae*, disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2020/08/16/los-150-dias-del-congreso-leyes-por-unanimidad-asistencia-perfecta-y-un-dialogo-dificil-de-mantener/>.

25. Sobre el análisis acerca del control de constitucionalidad formal, es decir, sobre los aspectos formales del proceso de sanción de normas y leyes, puede verse Altavilla y Sola 2020.

cuestión que en última instancia se vincula también con el *principio constitucional de razonabilidad*: ¿es razonable que el Congreso sesione en épocas de emergencia para situaciones normales que regirán a futuro? Lo cierto es que estos proyectos generaron peleas internas en las Cámaras que distraen el debate de los asuntos más importantes y urgentes que plantea la pandemia y la emergencia económica y social que atraviesa el país, y ponen de relieve actitudes reñidas con el consenso y el acuerdo entre los sectores políticos.

## 6. EL ROL DEL PODER JUDICIAL EN LA CRISIS

El Poder Judicial en Argentina está compuesto por el poder judicial federal y los respectivos poderes judiciales provinciales. La federación argentina se caracteriza por una fuerte centralización de competencias legislativas en manos del Congreso de la Nación, ya que la Constitución delega en este órgano federal la sanción de los códigos de fondo (civil, comercial, penal, laboral, etc.), pero en lo que hace a su aplicación, en gran medida, son aplicados y juzgados por los tribunales provinciales, por lo que se puede afirmar que el federalismo judicial en Argentina es bastante descentralizado (Barrera Buteler 2017).

En lo que respecta al poder judicial federal, está compuesto por “una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciera en el territorio de la Nación” (art. 108, CN). La Corte Suprema es la cabeza del poder judicial federal. Desde el inicio de la pandemia y del establecimiento del ASPO por parte del Ejecutivo Nacional, los poderes judiciales (federal y provinciales) dispusieron una *feria judicial extraordinaria, un cese de las actividades*, con la reserva de una guardia mínima para atender cuestiones urgentes (por ejemplo, amparos y *habeas corpus*). A nivel federal, la CSJN emitió la Acordada N° 04/2020 (del 16/03/2020) por la que se declaró inhábiles los días 16 al 31 de marzo, y luego por Acordada N° 06/20 (emitida con posterioridad al DNU N° 297 que instaura el ASPO), por la que se dispone una feria extraordinaria hasta el 31

de marzo, manteniendo la atención de las cuestiones penales y de familia o salud. Fue sucesivamente extendida por Acordadas N° 8, 10 y 13.

Por Acordada N° 14/20 (11 de mayo de 2020) se volvió a prorrogar la feria, pero en esta misma normativa se estableció una serie de protocolos para el nuevo funcionamiento del poder judicial y se profundizó en la utilización de tecnologías como las resoluciones digitales y la firma electrónica. Asimismo, se dispuso durante esta feria extraordinaria que la Corte Suprema de Justicia de la Nación funcionara con todos sus miembros y secretarios de Corte. Luego, por Acordada N° 17/20 (del 02/06/2020) se facultaba el levantamiento de esta feria extraordinaria en aquellas jurisdicciones federales que lo solicitaron, con excepción de los tribunales de la Capital Federal, y por Acordada N° 27/20 del 20/07/2020 se dispuso el fin de la feria desde el 27 de julio, con reinicio de los plazos procesales a partir del 4 de agosto.

En este contexto, la actuación del Poder Judicial, tanto a nivel federal como a nivel provincial, se mantuvo al mínimo y para casos de urgencia. Aunque es necesario considerar que la situación en las distintas provincias es variable, principalmente por los distintos grados de utilización de medios tecnológicos en los procesos judiciales. Lo anterior hizo que en algunas jurisdicciones se continuara con la labor judicial, mientras que en otras la adaptación al contexto de distanciamiento fue más lenta.

La mayoría de los pronunciamientos judiciales emitidos durante la pandemia se refirieron a las restricciones de derechos fundamentales, en particular, a través de Amparos y *Habeas Corpus*. Uno de los primeros pronunciamientos fue el caso “Kingston, Patricio s/ Habeas corpus” (citado anteriormente) donde se declaró la razonabilidad y legalidad de la medida impuesta por el DNU N° 297<sup>26</sup>. En lo sucesivo,

---

26. Ver también Cámara Nacional Criminal y Correccional de Buenos Aires, “Blanco Peña, M. L. s/ habeas corpus”, Sala V, sentencia del 29/05/2020.

la mayoría de los pronunciamientos judiciales se refirieron al exceso en la aplicación de las limitaciones, en particular de la circulación de una provincia a otra, o el egreso o ingreso a una localidad – cuestiones que también generaron serios conflictos intergubernamentales – como también de ingreso al país de personas que se encontraban varadas en el exterior. Con respecto a las restricciones impuestas por las propias provincias en cuanto a la circulación o a las medidas preventivas (por ejemplo, de realizar cuarentena al ingresar a una provincia), hubo fallos diversos, que, sobre el mismo hecho, resolvieron de manera completamente distinta<sup>27</sup>. Otra cuestión muy sensible que motivó la presentación de habeas corpus fue la precaria situación de las personas privadas de la libertad<sup>28</sup>.

Con respecto a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hubo pocos pronunciamientos de relevancia en el marco de la pandemia. En términos generales, se puede sostener que si bien no ha habido pronunciamientos relacionados a las restricciones de derechos fundamentales por las medidas de confinamiento, se puede argumentar que la Corte ha avalado la validez de los DNU de manera indirecta. Uno de ellos ha sido frente al reclamo de particulares que exigían el ingreso a determinadas provincias y localidades, impedida por las fuerzas de seguridad locales<sup>29</sup>. La Corte, en estos casos, dispuso requerir informes a las provincias involucradas (Provincia de Corrientes y San Luis) para que dieran cuenta sobre las medidas y protocolos adoptados por las autoridades provinciales en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) previsto por el DNU N° 297/20 que

rigen en la actualidad, y de las razones que podrían justificar que se le impida el ingreso al territorio de la provincia a las ciudadanos accionantes, librándose oficio por medios electrónicos al señor Gobernador provincial. Asimismo, la Corte hizo lugar a las medidas cautelares solicitadas, inter se tramitan las causas.

El fallo más relevante dictado por la CSJN se refirió a la posibilidad del Senado de sesionar de manera *online*. Si bien la Corte en este caso no decidió nada, pues consideró que se trataba de una competencia propia de otro poder por lo que, en función del principio de división de poderes propio del sistema republicano no le correspondía resolver, resulta interesante porque trae a colación la consideración de varios aspectos que hacen al sistema político y constitucional argentino, tales como el de control de constitucionalidad, la doctrina local sobre cuestiones políticas no judiciales, división de poderes, etc. La resolución se origina a raíz de una acción declarativa de certeza interpuesta el 16 de abril por la Presidenta de la Cámara de Senadores, Cristina Fernández de Kirchner (ex presidente de la nación, 2007-2011 y 2011-2015), por la cual se “consultaba” a la Corte sobre la posibilidad de sesionar online por parte del Senado. En particular, la acción iba dirigida a obtener una respuesta por parte del máximo tribunal de la siguiente pregunta: “¿es constitucionalmente posible que, tal como lo dispone el Art. 30 del Reglamento del Senado, sesione mediante medios virtuales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID19?”. La Corte, luego de una extensísima consideración sobre el caso – con un interesante análisis de derecho comparado (véase Carnota 2020<sup>30</sup>) – concluyó, en mayoría, que “se resuelve que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en

27. Por ejemplo, frente al amparo interpuesto por productores agropecuarios de la provincia de Córdoba contra la vecina provincia de San Luis frente al impedimento de acceso a la provincia, hubieron dos pronunciamientos federales, uno a favor y otro en contra de lo solicitado.

28. Ver al respecto, Robles 2020 y Benente y Ferrando Kozicki 2020.

29. CSJN, CSJN, “Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c/ Provincia de San Luis - Poder Ejecutivo s/ amparo ley 16.986”, del 10 de septiembre de 2020; “Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva”, del 10 de septiembre de 2020.

30. “Todas las opiniones -mayoría, concurrencia y minoría- se van a detener en el perfil del “caso”, con más o menos profusión de argumentos. El voto que abre el acuerdo de la Corte -y que constituirá mayoría- trae a colación sin embargo interesantes aportes del derecho constitucional comparado, más allá del “caso”, y permiten explicar cómo en definitiva resolvió” (Carnota 2020).



cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo cual se rechaza la acción incoada<sup>31</sup> (firmado por los jueces Nolasco, Maqueda, Lorenzetti, Rosatti – voto concurrente – y Rosenkrantz – en disidencia parcial). En su disidencia parcial, el ministro Carlos Rosenkrantz directamente resolvió rechazar *in limine* la presentación.

La resolución se basó en varios fundamentos, de los cuales cabe rescatar dos, que definen el control jurisdiccional en el sistema argentino:

(a) la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales: “en el caso «Barrick», fallado en el año 2019, este Tribunal recordó que desde tiempos muy tempranos su jurisprudencia «ha reconocido límites a las cuestiones justiciables, y ha sido muy prudente al momento de controlar el procedimiento o trámite parlamentario de las leyes formales»; con cita en el célebre caso «Cullen c/ Llerena», del año 1893, que añadió que «el departamento judicial no podía contestar ni sobre el fondo ni sobre la forma de las deliberaciones en las que el Congreso había ejercido una atribución política» y que “constituía «una regla elemental de nuestro derecho público, que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, Aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere» (Fallos: 53:420)” (voto concurrente del Ministro Rosatti).

(b) Asimismo, a diferencia de los tribunales o cortes constitucionales de otros países, la Corte argentina no resuelve sobre cuestiones abstractas: “esta Corte sostuvo recientemente en «Barrick», sentencia del 4 de junio de 2019 (Fallos: 342:917) que constituye «inveterada doctrina» de su jurisprudencia «que sus pronunciamientos se encuentran condicionados a la presentación de ‘casos justiciables’ («Constantino Lorenzo», Fallos: 307:2384, entre muchos otros)” y que esta condición “se configura

cuando concurren dos recaudos: por una parte, debe tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes- adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante; por otra, la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial”. Estos mismos recaudos son aplicables también a las acciones declarativas, “dado que este procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa”<sup>32</sup>.

## CONCLUSIONES

La república Argentina vive en una situación de “emergencia permanente”. Prácticamente desde 1920, rigen en el país leyes de emergencia, en la mayoría de los casos económica. Lo anterior, naturalmente, ha llevado a una excesiva concentración de poderes en manos del poder ejecutivo nacional. Una emergencia tan grave y profunda, con consecuencias todavía no mensurables, como la que ha provocado la pandemia del COVID-19, justificó la utilización de todas estas herramientas de emergencia. Por ello, en los primeros meses de la pandemia, las medidas tomadas por el presidente recibieron el beneplácito de todo el arco político, de la doctrina y de la gran mayoría de la población. Además, estas primeras medidas fueron tomadas de manera consensuada con los principales actores políticos del sistema, quienes podían ser vistos junto al presidente a la hora de anunciar las medidas (jefes de bloques parlamentarios y gobernadores). Estas decisiones fueron tomadas luego de largas reuniones mantenidas con los diferentes representantes políticos.

Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, muchas medidas – sobre todo aquellas que no estaban vinculadas estrechamente con la pandemia – comenzaron a generar reclamos y malestar en muchos sectores de la sociedad (principalmente, el político). No pasó mucho tiempo para que la pandemia pusiera de resalto el viejo problema del

---

31. CSJN, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, sentencia del 24 de abril de 2020.

---

32. Ídem.

presidencialismo y la excesiva concentración de facultades en este órgano. En este sentido, la pandemia no hizo otra cosa que poner de resalto las antiguas molestias que aquejan al país y, en muchos casos, lo ha empeorado, como puede observarse con el agravamiento de la situación económica y el aumento de los niveles de pobreza, que se estima aumentaría del 35,6% al 40,2%, la indigencia del 7,7% al 10,8%, y la desigualdad del 23% al 32,5%<sup>33</sup>.

Si bien las situaciones de emergencia tienden naturalmente a la concentración de poder, por un lado, este fenómeno no puede prolongarse indefinidamente, y por el otro, es fundamental para el buen funcionamiento de la república y del sistema democrático el pleno funcionamiento de todos los poderes del Estado, en particular del Congreso, que tiene la tarea de representar al pueblo y de controlar las medidas y decisiones del Ejecutivo.

33. ONU, "La pobreza en Argentina aumentará del 35,6% al 40,2% debido al coronavirus", (<https://news.un.org/es/story/2020/06/1476542>), basado en el informe de ONU "Análisis inicial de las Naciones Unidas. COVID-19

en Argentina: impacto socioeconómico y ambiental. Actualizado al 19/06/2020", disponible en: <http://www.onu.org.ar/stuff/Informe-COVID-19-Argentina.pdf>.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Alberdi, Juan B. [1852] (1994). *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- » Altavilla, Cristian. (2016). *Conflicto y Coordinación política en las Relaciones Intergubernamentales en Argentina. Un análisis neoinstitucional a través del Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos*. Tesis Doctoral. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- » Altavilla, Cristian. (2020). "La actividad legislativa en tiempos de crisis ¿Pueden sesionar virtualmente los parlamentos?", en Altavilla, Cristian y Villegas, Candela (Dirs.), *Los desafíos del Derecho frente a la Pandemia COVID-19. Mirada del Derecho Argentino con aportes del Derecho Comparado* (pp. 23-30). Buenos Aires: IJ Editores / Universidad Siglo 21.
- » Altavilla, Cristian y Sola, Victorino. (2020). "A propósito de dos tesis (sustancial y formal) en torno del test de constitucionalidad de la Ley N° 27.551", en Altavilla, Cristian, Miguel, Federico y Nini Zalazar, Sebastián (Dirs.), *Implicancias Jurídicas del Nuevo Régimen Locativo Argentino*. Buenos Aires: IJ Editores / Universidad Siglo 21.
- » Badeni, Gregorio. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II* (2ª ed.). Buenos Aires: La Ley.
- » Barrera Buteler, Guillermo. (2017). "Justicia y federalismo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVII, (269), 475-517.
- » Benente, Mauro y Ferrando Kozicki, Santiago. (2020). "Noticias de ayer. El COVID-19 en las prisiones. Novedad y catalización", en Altavilla, Cristian y Villegas, Candela, *Los desafíos del Derecho frente a la Pandemia COVID-19. Mirada del Derecho Argentino con aportes del Derecho Comparado* (pp. 37-44). Buenos Aires: IJ Editores / Universidad Siglo 21.
- » Bidart Campos. Germán. (2018). *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2018.
- » Carnota, Walter F. (s.f.) La acción declarativa de certeza de la Vicepresidencia de la Nación y las enseñanzas del derecho constitucional comparado según la Cor-

te Suprema (más allá del “caso”). En *El Dial.com. Biblioteca Jurídica Online*, disponible en: <https://www.eldial.com/>.

- » Carnota, Walter y Maraniello, Patricio. (2008). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- » Gargarella, Roberto. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.
- » Gelli, María Angélica. (2004). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Buenos Aires: La Ley.
- » Hernández, Antonio M. (2003). *Las emergencias y el orden constitucional*. México: UAM – Rubinzal-Culzoni.
- » Hernández, Antonio M. (2020a). “La Emergencia por el Covid-19 en Argentina”, en González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coord.) *Emergencia Sanitaria por COVID-19. Derecho constitucional comparado* (pp. 24-32). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2020
- » Hernández, Antonio M. (2020b). Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en Argentina. *La Ley Online*; AR/DOC/1352/2020.
- » Jones, Mark. (1998). “Una evolución de la democracia presidencialista argentina: 1983-1995”, en Mainwaring, Scott y Shugart, Matthew S. (comps.), *Presidencialismo y democracia en América Latina* (pp. 213-253). Buenos Aires: Paidós.
- » Molinelli, Guillermo; Valeria, Palanza y Gisela, Sin. (1999). *Congreso, presidencia y justicia en Argentina*. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial.
- » Negretto, Gabriel L. (2013). *Making Constitutions. Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- » Quiroga Lavié, Humberto. (2009). *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- » Robles, Miguel. (2020). “El castigo en los tiempos del cólera”, en Altavilla, Cristian y Villegas, Candela (Dirs.), *Los desafíos del Derecho frente a la Pandemia COVID-19. Mirada del Derecho Argentino con aportes del Derecho Comparado* (pp. 31-36). Buenos Aires: IJ Editores / Universidad Siglo 21.
- » Sabsay, Daniel A. (2020) “Coronavirus y Estado de Derecho en Argentina”, en González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coord.) *Emergencia Sanitaria por COVID-19. Derecho constitucional comparado* (pp. 33- 41). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- » Sagués, Néstor Pedro. (2017). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- » Spisso, Rodolfo R. (2020). “Inconstitucional delegación de facultades legislativas en materia tributaria en la ley 27.541”, en *Comentarios a la ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública* (pp. 43-49). Buenos Aires: La Ley.

# Efectos en la salud mental durante la pandemia del coronavirus

## *Effects during the COVID-19 pandemic, in the mental health*

Autor: Luisa Cristina Álvarez Ulloa

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12164>

**Para citar este artículo:**

Ávarez Ulloa, L. C. (2020). Efectos en la salud mental durante la pandemia del coronavirus. *Derecho y Realidad*, 18, (36), 203-218.



## **EFFECTOS EN LA SALUD MENTAL DURANTE LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS\***

*Effects during the COVID-19 pandemic, in the mental health*

*Efeitos da pandemia COVID-19 sobre a saúde mental*

**Luisa Cristina Álvarez Ulloa<sup>a</sup>**

luisa.alvarez@uptc.edu.co

Recepción: 31 de julio 2020

Aceptación: 19 de noviembre 2020

### **RESUMEN**

El artículo a continuación tiene como objetivo establecer los efectos de la pandemia del COVID-19 en la salud mental a través del uso de una metodología mixta. Se plantea la posibilidad de que se incremente el desarrollo de enfermedades mentales, y con ello la crisis en los sistemas de la salud. Como resultado del análisis se estableció que las enfermedades mentales, como la depresión y la ansiedad, tendrán un aumento significativo durante la pandemia, y sus efectos continuarán muchas décadas después de que sea superada. Finalmente, se realizó una proyección de las consecuencias que, a largo plazo, generará la pandemia y se determinó que existe una alta probabilidad de que el 20% de la población mundial desarrolle algún tipo de enfermedad mental, como consecuencia del contexto generado por la pandemia.

### **PALABRAS CLAVES**

Salud mental; COVID-19; pandemia; enfermedades mentales; crisis.

### **ABSTRACT**

The following article aims to establish the effects of the COVID-19 pandemic on mental health with a mixed methodology. It raises the possibility of increased development of mental illness, and with it the crisis in health systems. As a result of the analysis it was established that mental illnesses, such as depression and anxiety, will have a significant increase during the pandemic, and their effects will continue many decades after it is overcome. Finally, a projection of the long-term consequences of the pandemic was made, and it was determined that there is a high probability that 20% of the world's population will develop some form of mental illness as a result of the context generated by the pandemic.

### **KEYWORDS**

Mental health; COVID-19; pandemic; mental illness; crisis.

---

\* Artículo de reflexión.

a. Administradora Pública. Escuela Superior de Administración Pública.

## RESUMO

Este artigo tem como objetivo estabelecer os efeitos da pandemia COVID-19 sobre a saúde mental através do uso de uma metodologia mista. Surge a possibilidade de aumentar o desenvolvimento de doenças mentais e com isso a crise dos sistemas de saúde. Como resultado dessa análise, foi estabelecido que doenças mentais, como depressão e ansiedade, terão um aumento significativo durante a pandemia e seus efeitos continuarão muitas décadas após sua superação. Por fim, fez-se uma projeção das consequências que esta pandemia geraria a longo prazo e determinou-se que existe uma grande probabilidade de 20% da população mundial desenvolver algum tipo de doença mental, em consequência do contexto gerado pela pandemia.

## PALAVRAS-CHAVE

Mental health; COVID-19; pandemic; doença mental; crise.

## INTRODUCCIÓN

La salud mental es definida por la Organización Mundial de la Salud como un estado de bienestar, en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, lo que le permite abordar las complejidades de la vida cotidiana. Sin embargo, las enfermedades de salud mental, definidas como trastornos psiquiátricos que impiden el desarrollo de las capacidades funcionales, con las que se aborda la vida cotidiana, se presentan como una de las grandes problemáticas a las que los gobiernos tendrán que dar respuesta durante el siglo. Ello se debe, en gran parte, al avance de una identidad construida desde la lógica de un sujeto individualista, propenso a la soledad, que el sistema capitalista fue afianzando a través del consumismo. Lo que ya se vislumbraba como uno de los grandes desafíos de la salud pública del siglo reciente, puede llegar a desatar una crisis de amplias magnitudes como consecuencia de la pandemia suscitada por el COVID-19, a la que se enfrenta la humanidad en el 2020. Ya que, por condiciones persistentes establecidas: el distanciamiento social, la

cuarentena obligatoria y un contexto de crisis económica global creciente, se dibuja como el escenario perfecto para aumentar el porcentaje de personas que padecen enfermedades mentales e incrementar los casos de un número creciente de ciudadanos que ya padecían dichas enfermedades.

Por ello se busca, a partir de la aplicación de una metodología mixta, validar la hipótesis de que existirá un incremento de las enfermedades mentales como consecuencia del contexto creado por la pandemia del COVID-19. Para ello, en primer lugar se examinarán los precedentes históricos y científicos más relevantes, los cuales servirán como referentes en la interpretación de la primera catástrofe global a la que se enfrentan los sujetos. En segundo lugar, se presentarán los efectos psicológicos de las medidas implementadas para contener la pandemia, las cuales han tenido en diferentes segmentos de la población pertenecientes a varios países, se reportan desde el inicio del virus en diciembre de 2020 hasta mayo del 2020. Ello, con el objetivo de plantear una aproximación a las consecuencias que en el largo plazo dejará la emergencia en los seres humanos. En tercer lugar, a modo de conclusión, se formularán algunas sugerencias, que permitan anticiparse a través de soluciones certeras, a los desafíos que los sistemas de salud tendrán que enfrentar como consecuencia de los efectos de la crisis en la salud mental. Es importante dejar en claro que el presente abordaje cuenta con las limitaciones propias del contexto, debido a que la pandemia aún avanza por todas las regiones del mundo, y el virus reciente no cuenta con un abordaje científico amplio. Sin embargo, se tiene como objetivo impulsar a través del trabajo la inquietud, y curiosidad científica, que motive a más profesionales a contribuir desde todas las áreas de la ciencia, en el abordaje de la problemática que a todos atañe.

## 1. PRECEDENTES HISTÓRICOS Y CIENTÍFICOS

Los autores clásicos provenientes de la antigua Grecia son los primeros referentes que servirán para explorar las posibles consecuencias que, a nivel psicológico,

podrían llegar a experimentar una gran parte de la población mundial, como resultado del momento histórico que enmarca la pandemia global. Desatada por el brote viral epidémico local desarrollado en la ciudad de Wuhan, China, cuya denominación taxonómica oficial, establecida por la Organización Mundial de la Salud, fue definida como COVID-19.

Observar el pasado, teniendo en cuenta que la historia reciente no vislumbra una situación de emergencia de una dimensión tan grande, es sin duda una estrategia acertada para observar la conducta humana frente a los desafíos que ha enfrentado. Lo que permitirá establecer los posibles traumas psicológicos que la crisis generó, especialmente en los países en vía de desarrollo donde los índices de pobreza y desigualdad son bastante evidentes. Lo que coloca un amplio segmento de la población en riesgo de desarrollar algún tipo de enfermedad mental durante el período.

Al remitirse a los grandes autores de la antigüedad se puede pensar en la Odisea y la Ilíada de Homero, una descripción precisa de la forma como los eruditos observaban el mundo y percibían las grandes tragedias. Si se observa la forma como Viktor Frankl, muchos siglos después, relataba su experiencia en un campo de concentración al finalizar la II guerra mundial, pueden encontrarse con detenimiento los grandes desafíos que la mente humana enfrenta en respuesta a los traumas, que dejan al pasar las desventuras que toman por sorpresa a los seres humanos, tal y como recuerda el gran Plutarco:

Ésta fue una ocasión en que se vio que una gran calamidad no sólo sirve para hacer prueba de los amigos, sino que también de los grandes generales, pues lo que antes de aquella batalla se graduaba en Fabio de cobardía e insensibilidad, después de ella pareció al punto, no ya una prudencia humana, sino un oráculo y providencia divina que prevé con anticipación aquellos sucesos que aun a los que los palpan se les hacen increíbles (Plutarco, 2017, pág. 268).

Para el sujeto moderno la dicotomía que deja en evidencia la primera pandemia de la postmodernidad, no sólo por la definición del sujeto actual en sí mismo, que incluye un entorno donde: “En la sociedad de consumidores nadie puede convertirse en sujeto, sin antes convertirse en producto. La característica más prominente de la sociedad de consumidores es su capacidad de transformar a los consumidores en productos consumibles” (Bauman, 2007, pág. 40). Sino que también, por el desarrollo de una identidad vinculada en algunos casos, principalmente a la lógica del consumismo, acompañada de dos ausencias: la primera cada vez más evidente de un propósito en sí mismo en la vida de algunos individuos y la segunda la de grandes generales o líderes capaces de anticiparse a esos sucesos que se palpan increíbles en el siglo, al igual que en la antigua Grecia.

Aproximadamente doce pandemias afectaron a la humanidad durante los siglos XIX y XX. Sin embargo, la más catastrófica fue la pandemia de gripe española. Ella se expandió por el mundo durante 1918 y 1919, “causando enfermedades agudas entre el 25 y 30 por ciento de la población mundial, produciendo la muerte a 40 millones de personas y convirtiéndose en el ancestro común de los virus de la gripe H1N1” (Taubenberger, 2009, pág. 88). Resulta importante hacer referencia a esa pandemia ya que permite entender, y predecir, el contexto al que por primera vez se enfrenta la humanidad posmoderna. Para el caso de la pandemia desatada por el COVID-19, reportó en mayo del 2020, según los últimos datos proporcionados por el Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades: “un total de 4.786.672 casos confirmados, 1,776,641 de casos recuperados y un total de 317.695 fallecidos” (Centers for Disease Control and Prevention, 2020). Cifras que presentan una tendencia que va en aumento, en espera de que se alcancen los picos más altos de casos reportados en América Latina, “donde el mayor número de casos para mayo del 2020 pertenece a Brasil con un número de 254.220 casos confirmados y un total de 16.792 fallecidos” (Ministério da Saúde,

2020). También se espera un pico en la curva de casos en África y algunos brotes en Asia.

Los efectos psicológicos de la pandemia desatada por el virus de gripe española permiten indagar en una aproximación a los posibles efectos que el COVID-19 genere en la población mundial. A pesar de que la relación entre los efectos de la pandemia de 1918 y la salud mental, a largo plazo, no han sido estudiados con gran rigor en comparación con otros efectos de la pandemia, es importante analizar los resultados de algunas investigaciones sobre este hecho. Específicamente el estudio realizado por Mamelund, quien logró determinar, a través de su análisis científico, una conexión entre la gripe española y un aumento de las enfermedades neurológicas. Según su análisis: “Los sobrevivientes de la gripe española, informaron que tenían problemas para dormir, depresiones, distracciones mentales, presión arterial baja, mareos, complicaciones para enfrentar el trabajo y la vida cotidiana, semanas, meses o incluso años después de 1918-19” (Mamelund, 2003, pág. 5). Por otro lado, en el caso de los hospitales noruegos se informó que hubo un aumento: “en el número de pacientes hospitalizados por primera vez con trastornos mentales atribuidos a la gripe, reportando el incremento en un factor anual promedio de 7,2 en los 6 años siguientes a la pandemia” (Mamelund, 2003).

En el caso de los suicidios como consecuencia de la gripe española, pudo establecerse que: “las tasas de mortalidad por gripe en los Estados Unidos, durante los años 1918-1920 se relacionan significativamente con el suicidio, independientemente de factores dados como el consumo de alcohol y la cantidad de damnificados por la I guerra mundial” (Van Hartesveldt, 1992). Dicho vínculo entre el número de suicidios en Estados Unidos y la gripe española sería consecuencia de la disminución en la interacción social, devenida de las medidas establecidas para establecer el distanciamiento social, de la misma forma que se hace en el siglo XXI. Las medidas en aquel entonces para controlar la pandemia fueron muy similares,

por ejemplo: se estableció el cierre de las escuelas y las prohibiciones de reuniones en lugares públicos. Además, la población se encontraba continuamente expuesta a una sensación de miedo, ya que los infectados podrían morir en tres días o perder en el proceso a sus seres queridos. Por otro lado, según el estudio realizado en Noruega, se estima que: “El número de personas, que sufrieron problemas mentales después de la gripe española, es mucho mayor de lo que el cálculo muestra ya que es probable que las personas afectadas por una melancolía post-gripe, no visitaran al psiquiatra” (Mamelund, 2003, pág. 5).

Es evidente, que el contexto histórico al que se enfrentaban los seres humanos era distinto en aquel entonces, cuando apareció la pandemia de la gripe española, sobre todo por los desafíos planteados por la última etapa de la I guerra mundial, que dejaría graves consecuencias económicas especialmente para los países de Europa y algunos países de Asia. Sin embargo, los retos derivados, a nivel psicológico, son muy similares a los que enfrentan los ciudadanos del siglo XXI como consecuencia del COVID-19. A pesar de que el avance tecnológico es mayor que en aquel entonces, y la globalización facilita el intercambio de la información constantemente, lo cierto es que a nivel científico los retos y medidas con las que se enfrenta la pandemia son muy similares a las dadas en aquel entonces.

La pandemia a la que se enfrenta la humanidad da paso a una crisis económica global sin precedentes, en el siglo XXI, que impactará directamente en la salud mental de las personas. El Fondo Monetario Internacional estima a nivel mundial una caída de la economía, así lo informó el organismo en abril de 2020: “se proyecta que el crecimiento mundial descenderá inevitablemente -3% en 2020. Se trata de un recorte de 6,3 puntos porcentuales con respecto a enero de 2020, una revisión importante en un período muy corto” (International Monetary Fund., 2020, pág. 1). Mientras que, según los datos que proporciona la CEPAL: “La pandemia del COVID-19, llevará a la mayor contracción



económica en la historia de la región latinoamericana que caerá en un -5,3% en el 2020, así mismo prevé un fuerte aumento del desempleo con efectos negativos en la pobreza y la desigualdad” (CEPAL, 2020, pág. 1). Ello permite entrever que muchas más personas perderán sus empleos, y con ello, en muchos casos, caerán en la pobreza. Complicando el contexto al que se enfrentan los seres humanos en todos los hemisferios, en donde no solo se ve amenazada su vida diariamente, por lo que los gobiernos decidieron llamar el enemigo invisible haciendo referencia al COVID-19, sino también el sustento de sus hogares, sus empleos, la rutina construida. Asimismo, se observan muchos proyectos truncados, frente a una respuesta certera ausente tanto de los líderes globales, como de un sistema sanitario no preparado para afrontar la emergencia, razón por la cual se ha visto colapsado.

Tal contexto adverso, en todas las esferas de la vida social, implica un desafío para gran parte de la población mundial. No solo por las condiciones socio-económicas que la pandemia ha generado, situando a las grandes potencias mundiales en una escalada de crisis mucho mayor a la enfrentada durante la Gran Depresión del 29’, como se puede ver en los Estados Unidos, “donde alrededor de 36,5 millones de personas ya solicitaron el subsidio de desempleo” (U.S. Department of Labor, 2020). Sino que, a su vez, plantea el desafío de los sistemas de salud frente a las enfermedades mentales, que inevitablemente irán aumentando consecuencia de la pandemia y que impondrá recaídas en los segmentos de población que ya las padecían.

## 2. Efectos psicológicos

La salud mental es, según la OMS, un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades. Por lo que cabe resaltar: “lo que se refiere al núcleo de lo que nos hace humanos: la forma en que interactuamos, conectamos, aprendemos, trabajamos y experimentamos sufrimiento y felicidad, una buena salud mental apoya la capacidad de las personas para mostrar un comportamiento saludable” (The United

Nations, 2020, pág. 5). Por ello, resulta imperativo analizar la forma como la sociedad es afectada, a nivel psicológico, por la crisis. Ya que no se podría enfrentar una pandemia de estas dimensiones sin intervención y acompañamiento adecuado a través del monitoreo de la salud mental de todos los ciudadanos. Antes de que la pandemia fuera declarada, los informes que reportaban las estadísticas sobre las condiciones de salud mental ya eran preocupantes, incluidos los trastornos neurológicos producidos por el consumo de sustancias, el riesgo de suicidios y las discapacidades psicosociales derivadas. Según los datos proporcionados por la ONU la depresión: “Afecta a 264 millones de personas en el mundo, alrededor de la mitad de todas las enfermedades de salud mental comienzan a los 14 años y el suicidio es la segunda causa de muerte en jóvenes de 15 a 29 años” (The United Nations, 2020, pág. 5).

Para el caso de las personas que viven en entornos afectados por conflictos, la ONU reportaba que más de 1 de cada 5 personas tenían una condición poco favorable de salud mental. Si se considera la situación creada por la crisis actual como un periodo de conflicto, que afecta a la humanidad en su totalidad, el contexto se presenta como un entorno mucho más complicado que el derivado de las guerras y más exigente, en la medida de la resiliencia humana, por tener que ser enfrentado de forma distante y casi que solitaria. Se podría inferir por lo tanto, aumentando el tamaño de la muestra de la información proporcionada por la ONU, dado que toda la población se encontraría en riesgo de contraer el virus y aplicando la ley de probabilidad de Laplace, que un 20 % de la población mundial podría llegar a desarrollar una enfermedad mental como consecuencia de la crisis.

En un estudio reciente, realizado en Inglaterra por la University College de Londres, se encuestaron a un total de 74.000 personas con el objetivo de determinar cómo se sentían los adultos respecto a la situación de encierro, los consejos del gobierno, los sentimientos de soledad y bienestar. Ello, con el fin de determinar la forma cómo repercutían en la salud mental

de los participantes, lo que expresaron los encuestados fue lo siguiente: “Una de cada cinco personas informaron que el Covid-19 les ha causado un gran estrés durante la última semana, en comparación con una de cada tres personas que manifestaron un gran estrés en los días previos a la cuarentena ” (University College of London, 2020). Tal reporte estaría indicando que, en el caso de los ciudadanos ingleses, la implementación de las medidas de confinamiento impactaría, aparentemente, en una disminución del nivel de estrés de los encuestados. Sin embargo, si se calcula sobre la ley de probabilidad de Laplace, se puede inferir que la probabilidad de que una persona tenga estrés fuera de la cuarentena es de 0,3%, mientras que la probabilidad de que una persona tenga estrés dentro de la cuarentena es de 0,2% en el contexto del COVID-19. Con lo que se intuye que la cuarentena genera un nivel de estrés alto, a pesar de que las personas se encuentran aisladas fuera de los factores de la vida cotidiana que pueden acelerar el estrés. No obstante, es importante dejar en claro que dicha investigación continúa llevándose a cabo en la actualidad, al igual que muchos otros estudios, que son requeridos con rapidez por parte de la comunidad científica.

Por otro lado, evitar el estrés generado por una pandemia se dificulta a causa de diversos aspectos que pueden desatar crisis y reflejarlas en los distintos grupos de la esfera social. Por ejemplo, en los miembros de los hogares y los profesionales que no interactuaban directamente atendiendo la emergencia, era posible estar libres del virus. Sin embargo, al estar expuestos a una cuarentena obligatoria algunas investigaciones indican que los sujetos corren el riesgo de: “padecer confusión o ira, tendencias emocionales que pueden ser explosivas cuando varios miembros del hogar la soportan simultáneamente durante semanas e incluso meses. La proximidad forzada es un factor de riesgo para la agresión y la violencia doméstica” (Van Bavel, 2020, pág. 462), lo que podría ser el causante del aumento de la violencia intrafamiliar y de los feminicidios que en la mayoría de los países del mundo comienzan a reportarse con tendencia a un aumento significativo, en

los casos en que la violencia es denunciada. No obstante, las predicciones para los casos no reportados no son alentadoras, ya que, el contexto seguramente impide que muchas víctimas de violencia huyan del entorno de maltrato o reportarlo a las autoridades.

## 2.1 Efectos Segmentados

Los indicadores considerablemente importantes para considerar, para poder evaluar el impacto psicológico generado por la pandemia del COVID-19, son variados pero en conjunto muy importantes. Es por eso que se analizarán en los párrafos siguientes las emociones y patrones de conducta de diferentes segmentos de la población frente a la crisis. Ello, con el fin de identificar las enfermedades mentales más frecuentes que podrían ir en aumento, así mismo, se tendrán en cuenta datos estadísticos globales que permitirán generar un análisis probabilístico más amplio, en el caso de la conducta de los profesionales de la salud, frente a las situaciones extremas que enfrentan diariamente durante su trabajo. Se tendrá en cuenta el contexto actual donde los sistemas de salud se han visto en gran medida colapsados, a tal punto que los insumos han sido escasos y los tratamientos precarios para dar respuesta a un virus que tomó por sorpresa a la humanidad. Lo que ejerce estrés y presión psicológica, mucho mayor en los profesionales de la salud que en los demás segmentos de la sociedad. Allí, es evidente que “los trabajadores sanitarios de primera línea y los socorristas han estado expuestos a numerosos factores estresantes y garantizar la salud mental de los trabajadores sanitarios es un factor crítico para mantener la preparación, la respuesta y la recuperación de Covid-19” (The United Nations, 2020, pág. 11).

Al ser un virus tan reciente es complicado encontrar estudios científicos que, con un muestreo amplio, logren identificar los efectos que en el corto y largo plazo tendrá la pandemia en la población a nivel psicológico. A pesar de eso, si se usan como referencia algunos de los artículos científicos mencionados en el ítem anterior, que informaban las consecuencias en la salud mental de la población durante la

gripe española de 1918 y las estadísticas que se expondrán en los párrafos siguientes de la situación actual, se pueden empezar a visualizar algunas de las repercusiones más notables que, en materia de salud mental, pueden llegar a afectar a la población a nivel global.

Uno de los aspectos más desafiantes es el distanciamiento social que, frente a la pandemia, se convirtió en la principal estrategia para prevenir el contagio y lo que implica para la salud mental de los seres humanos, definidos en esencia desde el punto de vista filosófico como seres sociales. Además, del hecho de que es posible que no puedan despedirse de sus seres queridos si estos llegaran a fallecer como consecuencia del virus. En tal medida, y con el objetivo de determinar la forma en que el COVID-19 está afectando la salud mental de las personas, la ONU presentó un informe en mayo del 2020, en el cual reportó, además de que se han registrado niveles de síntomas de depresión y ansiedad superiores a los habituales en varios países, que según un estudio realizado en la región de Amhara, Etiopía : “ existe una tasa de prevalencia estimada del 33% de los síntomas compatibles con el trastorno depresivo, un aumento de 3 veces , en comparación con las estimaciones de Etiopía antes de la pandemia” (The United Nations, 2020, pág. 7). Mientras que las estadísticas de Canadá reportan que: “el 20% de la población de entre 15 a 49 años aumentó el consumo de alcohol durante la pandemia” (The United Nations, 2020, pág. 7).

Lo que esos datos permiten determinar es que el aumento de una enfermedad, como el trastorno depresivo, en un país como Etiopía, cuyas características socio-económicas son similares a las de los países en vía de desarrollo, crea la posibilidad de que exista un aumento del trastorno como consecuencia directa de la pandemia. En los países en vía de desarrollo con características similares, el aumento del consumo de alcohol en un país desarrollado como Canadá establece un referente sobre el que se puede calcular un posible aumento en el consumo de drogas legales, en los países desarrollados, como consecuencia de esta

emergencia. Lo que agravaría la situación de algunos ciudadanos en países como Estados Unidos que, ya antes de esta crisis, presentaban un aumento en el consumo de opioides, con un porcentaje de mortalidad bastante alto: “en 2018, ocurrieron más de 31.000 muertes en Estados Unidos relacionadas con opioides sintéticos (excepto la metadona), reportaron un incremento del 10% de 2017 a 2018 y representaron el 67% de las muertes de pacientes implicados en opioides en 2018” (Centers for Disease and Control and Prevention, 2018). Mientras que en Australia: “150.000 personas dependen de opioides recetados, no obstante el caso del acceso ilícito a opioides (heroína) se dificulta, contribuyendo a la fabricación de opioides sintéticos que son altamente letales, lo que podría desatar una crisis sanitaria” (Suzzane, 2020).

Por otro lado, es importante resaltar que el alcohol es considerado una de las drogas legales más adictivas del mundo, ampliamente disponible en la actualidad: “se sabe que el alcohol tiene una multitud de efectos dañinos sobre el cerebro humano, siendo capaz de aumentar los niveles de dopamina entre un 40% y un 360%, alrededor de un 22% de los consumidores de alcohol acabarían desarrollando una dependencia a él” (Nutt David, 2007). Por supuesto que, a medida que aumentan las cargas económicas y sociales, es posible empezar a proyectar un aumento en el desarrollo de diferentes enfermedades mentales, adicciones y distracciones en personas que no padecían ninguna, así como una recaída en los seres que ya padecían alguna de estas patologías.

Desde el punto de vista neurológico, algunos científicos comienzan a identificar el impacto del COVID-19 en el cerebro en base a estudios de necropsia que han demostrado: “la presencia de edema cerebral y degeneración neuronal en pacientes fallecidos por este virus, por otro lado se ha establecido que muchos pacientes presentan síntomas neurológicos inespecíficos y posiblemente de carácter sistémico, encefalopatía, encefalitis, y complicaciones cerebrovasculares” (Carod-Artal, 2020, pág.

313). Ello demostraría que el virus tiene un impacto neurológico en el cerebro, por lo que sería necesario realizar el seguimiento pertinente de los pacientes que hayan superado la etapa crítica del virus. Con el fin de poder determinar si algunos presentan complicaciones de salud mental, en el largo plazo, como sucedió con algunos pacientes de la gripe española.

## 2.2 Efectos en los profesionales de la salud

Uno de los indicadores más relevantes que impacta directamente en la salud de la población es el estrés. En el caso de los profesionales de la salud es mucho mayor debido al alto riesgo de contagio que presentaron por su labor. Asimismo, sufrieron condiciones de trabajo precarias, estigmatización por parte de algunos segmentos de la sociedad, presión por la ausencia de una cura frente a un virus que llega a ser letal para varios pacientes y, en muchos casos, decisiones difíciles sobre la vida de los pacientes. Todas esas condiciones crean el panorama perfecto para que la salud mental de los profesionales de la salud se vea afectada en gran medida. Según el resultado de varias investigaciones realizadas sobre el impacto en la salud mental de los trabajadores sanitarios, pudo establecerse que en Canadá: “el 47% de los trabajadores sanitarios informaron que necesitaban apoyo psicológico, además asociaron sentimientos negativos a su situación actual, el 67% dijeron sentirse ansiosos, inseguros 49%, abrumados 40%, indefensos 29%, privados de sueño 28% y desalentados 28%” (Potloc Consumer Research, 2020). Mientras que en un estudio realizado en China, entre el 29 de enero y el 3 de febrero de 2020, los trabajadores de la salud reportaron: “altas tasas de depresión 50%, ansiedad 45%, insomnio 34% y angustia 72%” (Lai, y otros, 2020). Lo que permite inferir, en base a estos datos, que la ansiedad y la depresión son los trastornos más comunes que afectan a los profesionales de la salud en estos países.

Sin embargo, es preocupante el alto porcentaje de profesionales sanitarios que reportan algún síntoma. Especialmente si se considera como un factor determinante en

el aumento de las tasas de suicidios, que ya era una preocupación durante el 2019, según algunas investigaciones llevadas a cabo en Estados Unidos: “Los médicos varones tienen tasas de suicidio hasta un 40% más altas que la población general, y las mujeres doctoras hasta un 130% más altas” (Kalmoe, 2019, pág. 213). Como consecuencia de la pandemia, en varios países, los suicidios de trabajadores sanitarios comienzan a presentar un incremento, especialmente en los países donde el sistema sanitario ya ha colapsado. Es altamente probable que dicha cifra continúe en aumento al terminar la pandemia, similar al fenómeno presentado después de la peste española.

## 2.3 Efectos en los niños, adolescentes y jóvenes

El desarrollo adecuado de la salud mental, durante la niñez y la adolescencia, es fundamental como base de una vida plena durante la vida adulta. Más importante aún, es determinante en la prevención de enfermedades mentales en el futuro., Por ello resulta fundamental proveer un ambiente sano, de autoconfianza, comprensión y comunicación, que permitan el proceso apropiado de la primera infancia y adolescencia, ya que: “muchos problemas de salud mental, tienden a aparecer al final de la infancia o al comienzo de la adolescencia” (Organización Mundial de La Salud, 2020). Es por eso que se debe prestar especial atención en la forma como niños, adolescentes y jóvenes reaccionan a las condiciones de vida creadas por la pandemia, ya que podrían llegar a desarrollar trastornos de ansiedad y depresión.

La realidad es que el contexto actual del confinamiento ha colocado una gran presión en los hogares, lo que en gran medida ha contribuido a que surjan episodios de violencia en el entorno familiar, de los que los niños son testigos y algunas veces víctimas: “el 60 % de todos los niños en todo el mundo viven en países donde existe un bloqueo total o parcial” (United Nations, 2020, pág. 10). Tal como se mencionó en párrafos anteriores, el confinamiento obligatorio generalmente produce niveles de estrés tan altos que proyectan el escenario perfecto para que

aparezcan conductas agresivas. Los daños en la salud mental de los niños, durante el aislamiento social como consecuencia del COVID-19, pueden surgir de factores de riesgo tales como la desnutrición, la ausencia de estimulación y prolongadas situaciones de estrés crónico, que en el largo plazo dejarán secuelas irreversibles en los niños, a tal punto que: “son propensos a desarrollar desafíos de por vida a medida que su desarrollo neurológico se ve afectado, los niños que experimentan averías familiares durante este período de mayor estrés corren el riesgo de perder la sensación de apoyo y seguridad de la que depende su bienestar.” (United Nations, 2020, pág. 12). Lo que a mediano plazo crearía una posible crisis en el sistema de salud pública, como consecuencia del aumento de los casos de niños, que años después de la pandemia, se habrán convertido en jóvenes con una alta probabilidad de padecer alguna enfermedad mental.

Durante la epidemia desatada por el virus del Ébola en África, algunas investigaciones reportaron que en Sierra Leona: “el número de niños diagnosticados con desnutrición aguda grave aumentó del 1,5 por ciento antes del brote, al 3,5 por ciento después del brote” (Barden-O’Fallon, 2015, pág. 5). Consecuencia directa de la crisis económica generada por la epidemia. Por otro lado, es importante mencionar que existe una alta probabilidad de que dichos niños desarrollen enfermedades mentales en su juventud o vida adulta, ya que la nutrición en la primera infancia es un componente primordial del desarrollo neurológico.

En el caso de los adolescentes y los jóvenes, es importante mencionar el hecho de que el contexto de la pandemia del COVID-19 plantea grandes desafíos, basados en el hecho de que tienen que enfrentar el cierre de las escuelas y las universidades. Con una alternativa de educación digital a la que lamentablemente no todos pueden acceder por falta de recursos, especialmente en las economías de los países pobres. La dificultad de poder tener interacciones sociales constantes en lugares públicos, sumados a las dificultades económicas que empiezan

a atravesar los hogares a nivel global, son una combinación perfecta que puede estar exponiendo a los adolescentes y jóvenes a altos niveles de estrés. Combinados con la etapa que atraviesan puede ser peligrosa y en muchos casos letal, ya que puede incrementar la aparición de adicciones, trastornos de ansiedad y depresión, que en algunos casos no llegan a ser reportados. Debido a que muchos adolescentes y jóvenes encuentran dificultades para expresarse, o buscar ayuda, al momento de hablar de enfermedades mentales. Ello se puede atribuir, en gran parte, a los estigmas que encuentran instaurados en la sociedad respecto a las patologías que pueden derivar de complicaciones con la salud mental.

Un estudio realizado a jóvenes con necesidades de salud mental en el Reino Unido, determinó que: “el 32% de los participantes estuvo de acuerdo en que la pandemia había empeorado mucho su salud mental” (YoungMinds, 2020, pág. 3). Sin embargo, tales tendencias, en el reporte del aumento de trastornos por enfermedades mentales, seguramente se incrementen a medida que el COVID-19 siga expandiéndose.

## 2.4 Efectos en los adultos mayores

Los adultos mayores son uno de los segmentos de población en mayor riesgo, en el nivel de letalidad, frente al COVID-19. Situación por la cual, se les considera vulnerables frente al virus, a tal punto que en algunos países se les han impuesto restricciones específicas a las personas sobre cierto rango de edad, con el fin de facilitar su distanciamiento social. Es un hecho que la población mundial está envejeciendo de manera acelerada, según proyecto la OMS: “Entre 2015 y 2050 la proporción de la población mundial mayor de 60 años se multiplicará casi por dos pasando del 12% al 22%” (Organización Mundial de la Salud, 2017). Enfrentando los desafíos que la edad adulta trae por sí sola, factores como la jubilación, la reducción de los ingresos económicos, experiencias continuas de dolor derivadas de problemas de salud propios de la edad o la pérdida de seres queridos, pueden generar depresión y soledad que, en el caso de los adultos mayores que padecen

discapacidades, puede ser mucho mayor. A tales circunstancias se les suman los desafíos que la pandemia del COVID-19 deja a su paso, estableciendo cuarentenas por largos períodos de tiempo en la mayoría de los países y fomentando el aislamiento social, que en el caso de los adultos mayores puede generar un incremento significativo en los padecimientos por enfermedades que atacan la salud mental.

Enfermedades como la demencia, síndrome caracterizado por la reducción de la memoria y la capacidad de pensar, proyectaban un incremento probable en los próximos años. Según datos reportados por la OMS, se calcula que en el mundo: “Hay unos 47,5 millones de personas aquejadas de demencia. Se prevé que el número de estas personas aumentará a 75,6 millones en 2030 y a 135,5 millones en 2050; la mayoría de esos pacientes vivirán en países de ingresos bajos” (Organización Mundial de la Salud, 2017). Por otro lado, en el caso de la depresión en mayoreía de 60 años, se preveía un incremento antes de la pandemia: “La depresión unipolar afecta a un 7% de la población de ancianos en general y representa un 5,7% de los años vividos con una discapacidad entre las personas de 60 años y mayores” (Organización Mundial de la Salud, 2017). Teniendo en cuenta que el aumento estimado en la población de adultos mayores a nivel mundial es de 900 millones a 2000 millones de personas mayores de 60 años, puede estimarse que los efectos en la salud mental de este grupo etario aumenten significativamente con el desarrollo de enfermedades mentales, consecuencia del contexto socioeconómico derivado de esta crisis. Sobre todo, si se tiene en cuenta que las condiciones dadas favorecen el aislamiento de los adultos mayores y los hacen más vulnerables a factores de riesgo como el maltrato en todas sus dimensiones: físico, psicológico, económico. Asimismo, son más susceptibles al abandono y a la violencia, que pueden llegar a propiciar el desarrollo de varias enfermedades mentales entre ellas demencia y depresión.

Uno de los aspectos más preocupantes que la pandemia puso en evidencia es, sin

duda, el hecho de que “las personas mayores están siendo abandonadas en hogares de cuidado y la cantidad de cadáveres encontrados en residencias de ancianos son alarmantes” (United Nations, 2020). Es por ello que son uno de los segmentos de población que se encuentran en mayor riesgo de padecer alguna enfermedad mental como consecuencia de la pandemia. Tanto por el estrés al que se enfrentan cotidianamente, como por la ausencia de una garantía plena de sus derechos. Tal y como lo expresó uno de los expertos delegados de las Naciones Unidas: “Preocupa que la decisión en la asignación de recursos médicos escasos, como los ventiladores en las unidades de cuidados intensivos, puedan tomarse únicamente sobre la base de la edad, negando a las personas mayores su derecho a la vida” (United Nations, 2020). Ya que, como lo han expresado los profesionales de la salud, son continuadas las ocasiones en las que han tenido que tomar decisiones tan importantes como a quien salvarle la vida, basadas en el criterio de la edad de los pacientes.

## 2.5 Efectos en las Mujeres

Las mujeres son un segmento de la población expuesto a situaciones de violencia constante, que en muchos de los casos terminan convirtiéndolas en víctimas de feminicidios. La salud mental de las mujeres, en el período de pandemia, presenta factores de riesgo generados por la vulnerabilidad económica, el estrés y la incertidumbre de situación de crisis. En el caso de las mujeres que están en período avanzado de gestación, es probable que experimenten ansiedad y en el caso de las mujeres diagnosticadas con COVID-19 que están embarazadas o ya son madres lactantes, las emociones de miedo y depresión por no poder tener contacto físico con el bebé, serán, sin ninguna duda, constantes. Según los datos proporcionados por las investigaciones llevadas a cabo por UNFPA, puede proyectarse que: “47 millones de mujeres en 114 países de ingresos bajos y medianos, no puedan acceder a anticonceptivos y que se produzcan 7 millones de embarazos no deseados, mientras que se puede esperar que se produzcan 31 millones de casos adicionales de violencia de género” (United

Nations Population Fund, 2020). Dichas proyecciones efectuadas por el organismo se realizaron sobre la base de una cuarentena de seis meses, la UNFPA proyecta que la cifra aumentaría en dos millones en el caso de las mujeres sin acceso a los anticonceptivos, mientras que en los casos de violencia de género puede estimarse un incremento en esos tres meses adicionales de 15 millones.

Los niveles de estrés presentan un aumento significativo en las mujeres, según datos reportados por la ONU, en una encuesta realizada en la India durante la pandemia se indicó que: “el 66% de las mujeres informaron estar estresadas en comparación con el 34% de los hombres” (The United Nations, 2020, pág. 13). Lo que podría derivar en el aumento de los casos de trastornos por depresión y un aumento de los niveles de estrés. Dentro de tal segmento de población, al igual que en los mencionados en párrafos anteriores, existen un sin número de circunstancias que hacen que las personas que enfrentan condiciones de precariedad y violencia sean más propensas a padecer enfermedades mentales. Otros segmentos de población, que son vulnerables a padecer dichas circunstancias, son los refugiados, las víctimas de desplazamiento forzado, que enfrentan condiciones de extrema pobreza, al igual que los segmentos sociales que no tienen acceso a los servicios básicos como agua potable.

Por otro lado, una de las patologías más complejas que podrían afectar a un gran porcentaje de la población a nivel global, en todos los segmentos de la población, es el trastorno de estrés postraumático. Generalmente atribuido a los veteranos de guerra, pero caracterizado específicamente por síntomas emocionales y físicos, que suelen aparecer después de la exposición a un acontecimiento traumático que, como el COVID-19, podría llegar a transformarse en una de las enfermedades mentales más comunes dentro de los próximos 20 años. Proyección que podría tener una alta probabilidad de ser certera, teniendo en cuenta los altos índices de estrés reportados en los resultados de las investigaciones científicas, mencionadas anteriormente,

y la exposición constante de los sujetos a condiciones cada vez más inciertas y complejas.

## CONCLUSIONES

Como resultado de la aplicación de la ley de probabilidad de Laplace, pudo determinarse que existe una alta probabilidad de que el 20% de la población mundial desarrolle algún tipo de enfermedad mental, como consecuencia del contexto generado por el COVID-19. Las enfermedades mentales que se proyecta aumentarían significativamente son la depresión y la ansiedad. En el caso de los países en vía de desarrollo, se estima en base a los datos proporcionados por Etiopia, que exista un aumento en el padecimiento del trastorno depresivo. Mientras que en el caso de los países desarrollados, se puede inferir tomando como base los datos proporcionados por Canadá, donde existe una alta probabilidad de aumento en el consumo de drogas legales e ilegales. Lo que puede, a largo plazo, contribuir con un aumento significativo de la población con adicciones y al avance de enfermedades mentales derivado del consumo de sustancias.

Aspectos como las complicaciones derivadas de las circunstancias socioeconómicas de la crisis impactan directamente en la salud mental de las personas. Las cuales, dado el contexto, son más vulnerables a padecer o intensificar adicciones, tener distracciones mentales derivadas de los altos niveles de estrés, desarrollar enfermedades mentales a pesar de no haber tenido ningún tipo de padecimiento antes o, en el caso de los segmentos de población con patologías, una alta probabilidad de que se intensifiquen. Aún no existe un conocimiento en profundidad de los efectos que el COVID-19 puede tener en pacientes recuperados. Sin embargo, será necesario realizar un monitoreo de los pacientes que se han recuperado, ya que se sabe que el virus tiene un impacto neurológico en el cerebro que aún está por determinarse.

Las conductas agresivas presentarán, además, un aumento significativo como

consecuencia del aislamiento obligatorio, que suele favorecer la aparición de escenas de violencia cada vez más cotidianas. En el caso de los niños, debe realizarse un monitoreo constante a su salud mental, ya que en el entorno familiar son más vulnerables a sufrir violencia u observarla, por las circunstancias derivadas de la pandemia. Asimismo, se encuentran en un alto riesgo de padecer desnutrición, tener que enfrentar circunstancias de estrés crónico, y ausencia de la estimulación que requieren, sobre todo durante la primera infancia, lo que podría llegar a causar daños neurológicos y con ellos enfermedades mentales que afecten su desarrollo durante toda la vida adulta.

Es indispensable que los países comiencen a invertir en programas que sean asertivos en el manejo del incremento de la demanda, en el sector de la salud pública, por parte de las personas que desarrollen enfermedades mentales, como consecuencia del contexto catastrófico que ha dejado el COVID-19. Es evidente que se requieren soluciones precisas y contundentes que permitan prevenir una crisis generada por las enfermedades de salud mental, crear campañas de acompañamiento a través de distintos medios de comunicación y medios digitales que permitan a las personas aprender sobre el manejo de las emociones, es imperativo.

Los niveles de estrés a los que son expuestos los profesionales sanitarios son tóxicos y demasiados peligrosos, podrían incrementar el número de suicidios, que para el 2019 ya era bastante alto en este grupo de profesionales. Es fundamental que la logística hospitalaria plantee estrategias que permitan brindar un acompañamiento completo y de calidad a los profesionales sanitarios durante esta etapa. El riesgo de que exista un incremento en la población, con padecimientos derivados del trastorno de ansiedad o depresión es muy alto. Por lo tanto, se requiere una intervención por parte de todas las instituciones que conforman los grupos sociales, se requiere de un trabajo en equipo que sincronice diversos aspectos de la esfera social en este tiempo de emergencia. Así, por ejemplo, desde las escuelas que en

la mayoría de los países están operando de forma no presencial, plantear un acompañamiento por parte de los maestros, que permita a los estudiantes tener una contención desde la academia. En el caso de las universidades es muy importante que se faciliten las herramientas a todos los alumnos para tener acceso a las clases, en el hogar deben instaurarse espacios de diálogo que le permitan a los grupos familiares expresar sus emociones frente a la situación de confinamiento. Es importante tejer redes que conecten todas las instituciones del estado, incluyendo la creación de sistemas de alerta que permitan reportar los casos de abuso y de violencia.

Los efectos que en la salud mental impactarán en la humanidad entera muchas décadas después de que la pandemia sea superada, especialmente porque las secuelas de los traumas generados por esta situación trascenderán varias generaciones. Por ello es importante que la inversión e implementación de programas enfocados en la salud mental se incrementen lo antes posible. Evidentemente, dadas las cifras analizadas en este artículo, de no propiciarse es altamente probable que la sociedad enfrente una crisis de salud mental, que impactará negativamente en el crecimiento y desarrollo económico de los países. En el caso de las Naciones que ya sufrieron epidemias anteriores recientes, como es el caso del continente africano con el Ébola, es muy importante que se desarrollen investigaciones científicas que permitan establecer el estado de la salud mental de los ciudadanos. Ya que, como es bien sabido, la exposición continua a conflictos como los creados por esta pandemia tiende a crear en los individuos conductas cada vez más agresivas que facilitan la aparición de conductas violentas. No menos importante, es el hecho de que pueden llegar a incrementar los índices de padecimientos por el trastorno depresivo y de ansiedad.

La posibilidad de que el trastorno de estrés postraumático sea el trastorno psicológico más común en el escenario desafiante de la post-pandemia es altamente probable. En primer lugar, por los desafíos



a los que se enfrentan los profesionales de la salud, quienes en su gran mayoría ya comienzan a comparar las unidades hospitalarias con un escenario bélico, en el que las decisiones tienen que tomarse rápidamente y los recursos son escasos. En segundo lugar, porque las consecuencias de los altos niveles de estrés reportados en diferentes lugares del mundo se verán más a largo plazo, debido a que las restricciones implantadas en algunos lugares como parte de las medidas para prevenir el contagio influyen en el comportamiento de las personas. Además de que han limitado el acceso al sistema sanitario por la necesidad de que este se encuentre disponible y alerta

para atender la emergencia.

En muchos países del mundo se instauró un debate basado en la economía, reduciendo la cuestión a un asunto monetario que seguramente seguirá profundizando las desigualdades. Sin embargo, es muy probable que lo que deje a su paso la pandemia sea un cambio de Era. Que lleve a cuestionar al sujeto de la postmodernidad sobre el propósito de su existencia, un factor primordial en el desarrollo de la salud mental, que dota a la humanidad de sentido y a la sociedad de interrogantes, donde las grandes innovaciones nacen.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » International Monetary Fund. (14 de Abril de 2020). *International Monetary Fund*. Obtenido de World Economic Outlook, April 2020: The Great Lockdown: [https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020#Chapter 1](https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020#Chapter%201)
- » Barden-O'Fallon, J. A. (4 de Agosto de 2015). *US National Library of Medicine*. Obtenido de Rapid Assessment of Ebola-Related Implications for Reproductive, Maternal, Newborn and Child Health Service Delivery and Utilization in Guinea: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4542265/>
- » Bauman, Z. (2007). *Vida de Consumo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- » Carod-Artal, F. (2020). Complicaciones neurológicas por coronavirus y COVID-19. *Revista de Neurología*, 70 (09): Recuperado 27 de mayo de 2020 de: <https://www.neurologia.com/articulo/2020179>
- » Centers for Disease and Control and Prevention. (2018). *Opioid Overdose*. Obtenido de Synthetic Opioid Overdose Data: <https://www.cdc.gov/drugoverdose/data/fentanyl.html>
- » Centers for Disease Control and Prevencion. (18 de Mayo de 2020). *Centers for Disease Control and Prevention*. Recuperado 5 de junio de 2020 de: <https://n9.cl/z7sj>
- » CEPAL. (ABRIL de 2020). *América Latina y el Caribe: Proyecciones de Crecimiento 2020*. Recuperado 6 de mayo de 2020 de: <https://n9.cl/2inb1>.
- » Kalmoe, M. C. (junio de 2019). *US National Library of Medicine , National Institutes of Health*. Obtenido de Physician Suicide: A Call to Action, el 20 de agosto de 2020 de: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6690303/>
- » Lai, J., SimengMa, M., YingWang, M., ZhongxiangCai, M., JianboHu, M., NingWei, M., ShaohuaHu, M. (2 de Marzo de 2020). FactorsAssociated With Mental Health Outcomes Among HealthCare Workers Exposed to Coronavirus Disease 2019. *Jama Network*. file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Packages/

Microsoft.MicrosoftEdge\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/lai\_2020\_oi\_200192%20(1).pdf

- » Mamelund, S.-E. (Octubre de 2003). Effects of the Spanish Influenza Pandemic of 1918-19, on Later Life Mortality of Norwegian Cohorts Born. *ResearchGate*. Recuperado 06 de mayo de 2020 de: <https://n9.cl/rkicp>.
- » Ministério da Saúde. (Mayo de 2020). *Boletins Epidemiológicos*. Recuperado 28 de junio de 2020 de: <https://coronavirus.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>
- » Nutt David, K. L. (24 de Marzo de 2007). *The Lancet* . Development of a rational scale to assess the harm of drugs of potential misuse. Recuperado 30 de junio de 2020 de: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(07\)60464-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(07)60464-4/fulltext)
- » Organización Mundial de la Salud. (12 de Diciembre de 2017). *La salud mental y los adultos mayores*. Recuperado 05 de marzo de 2020 de: <https://n9.cl/zqvzq>.
- » Organización Mundial de la Salud. (18 de Mayo de 2020). *Salud de la madre, el recién nacido, del niño y del adolescente*. Recuperado 05 de junio de 2020 de: <https://n9.cl/kv4r>.
- » Plutarco. (2017). *Vidas Paralelas*. Menorca, España: Textos.Info.
- » Potloc Consumer Research. (16 de Abril de 2020). Potloc Study: Canadian health workers share their insights from the front lines of the COVID-19 pandemic. *Potloc*. Recuperado 09 de junio de 2020 de: <https://n9.cl/m8ep>.
- » Suzzane, N. (23 de Abril de 2020). *Monash University*. By the double: COVID-19, opioids, and the threat of a syndemic. Recuperado 03 de junio de 2020 de: <https://n9.cl/actss>.
- » Taubenberger, J. K. (3 de Agosto de 2009). *US National Library of Medicine*. The Origin and Virulence of the 1918 “Spanish” Influenza Virus. Recuperado 03 de abril de 2020 de: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2720273/>
- » The United Nations. (14 de Mayo de 2020). *United Nations*. Obtenido de COVID-19 and the Need for Action on Mental Health. Recuperado 24 de julio de 2020 de: <https://n9.cl/91tnv>.
- » U.S. Department of Labor. (Abril de 2020). *U.S. Department of Labor*. Recuperado 9 de mayo de 2020 de U.S. Department of Labor: <https://www.dol.gov/>
- » United Nations. (27 de Marzo de 2020). *United Nations*. Recuperado 09 de abril de 2020 de Department of Economic and Social Affairs: <https://www.un.org/development/desa/ageing/news/2020/03/covid-19/>
- » United Nations. (15 de Abril de 2020). *United Nations*. Policy Brief: The Impact of COVID-19 On Children. Recuperado 30 de abril de 2020 de: <https://n9.cl/ryko>.
- » United Nations Population Fund . (28 de Abril de 2020). *United Nations Population Fund* . Obtenido de New UNFPA projections predict calamitous impact on women’s health as COVID-19 pandemic continues. Recuperado 30 de abril de 2020 de: <https://n9.cl/61vo6>.
- » University College of London. (17 de April de 2020). *UCL*. Stress over Covid-19 keeping fewer people up at night. Recuperado 30 de abril de 2020 de: <https://n9.cl/0qc46>.
- » Van Bavel, J. (2020). Using social and behavioural science to support COVID-19 pandemic response. *Nature*, 7.

- » Van Hartesveldt, F. (1992). *The 1918-1919 Pandemic Of Influenza: The Urban Impact In The Western World*. New York: Edwin Mellen Press.
- » YoungMinds. (Marzo de 2020). Coronavirus: Impact on young people with mental health need. Recuperado 15 de abril de 2020 de: <https://n9.cl/iay5>

# Desigualdad de ingresos en Colombia: Evidencia empírica del período 1990-2018

*Income inequality in Colombia: empirical evidence in the  
period 1990-2018*

Autor: Juan Sebastián Salazar García

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12165>

**Para citar este artículo:**

Salazar García, J. S. (2020). Desigualdad de ingresos en Colombia: Evidencia empírica del periodo 1990-2018. *Derecho y Realidad*, 18, (36), 219-238.



## **DESIGUALDAD DE INGRESOS EN COLOMBIA: EVIDENCIA EMPÍRICA DEL PERÍODO 1990-2018\***

*Income inequality in Colombia: empirical evidence in the period 1990-2018*

*Desigualdade de renda na Colômbia: evidências empíricas do período 1990-2018*

**Juan Sebastián Salazar García<sup>a</sup>**

juansesa@ucm.es

Recepción: 03 de agosto 2020

Aceptación: 03 de septiembre 2020

### **RESUMEN**

El presente artículo estudia y describe la desigualdad de ingresos en Colombia y su promedio de escolarización, usando datos cruzados de distintas bases de datos especializadas del periodo de 1990 a 2018, con el objeto de resaltar las recientes dinámicas de reducción en la desigualdad. Las cuales van en contra de la tendencia de gradual aumento en la desigualdad de ingresos que las economías desarrolladas presentan desde 1970. Con ello se demuestra, por medio de los datos cruzados, como la aparente mejora en el nivel medio educativo en Colombia, usada como variable proxy del nivel de capital humano medio, es concomitante a la reducción de la desigualdad en ingresos.

### **PALABRAS CLAVES**

Desigualdad; Desigualdad de ingresos; Economía de la Educación; Colombia.

### **ABSTRACT**

This paper studies and describes income inequality in Colombia and its average schooling, using cross-sectional data from different specialized databases for the period 1990 to 2018, in order to highlight recent dynamics of inequality reduction. These dynamics go against the trend of gradual increase in income inequality that developed economies have experienced since 1970. The cross-data show that the apparent improvement in the average educational level in Colombia, used as a proxy variable for the average level of human capital, is concomitant with the reduction of income inequality.

### **KEYWORDS**

Inequality; Income Inequality; Economics of Education; Colombia.

---

\* Artículo de reflexión.

a. Máster en Economía. Universidad Complutense de Madrid - Madrid, España  
Dirección de correspondencia: Cra 53 #131A-40 Bogotá.

## RESUMO

Este artigo estuda e descreve a desigualdade de renda na Colômbia e sua escolaridade média, a partir de dados cruzados de diferentes bancos de dados especializados do período de 1990 a 2018, a fim de destacar a dinâmica recente de redução da desigualdade. O que vai contra a tendência de aumento gradual da desigualdade de renda que as economias desenvolvidas apresentam desde 1970. Isso mostra, por meio de dados cruzados, como a aparente melhora do nível educacional médio na Colômbia, utilizada como uma variável proxy para o nível médio de capital humano é concomitante com a redução da desigualdade de renda.

## PALAVRAS-CHAVE:

Desigualdade; desigualdade de renda; economia da educação; Colômbia..

## INTRODUCCIÓN

El tema de la desigualdad es uno de los más estudiados actualmente no solo por académicos, sino también por agencias públicas y no gubernamentales. Parte de tal enfoque hacia los estudios de desigualdad dentro de la economía se debe al fuerte retroceso en términos de reparto del ingreso desde 1970, en el llamado “vuelco de la desigualdad” (Atkinson, 2015) observado en las economías desarrolladas como EE. UU. o el Reino Unido. En los países en vías de desarrollo, la desigualdad también se encuentra dentro de los temas de interés central, estando dichos países caracterizados por altos niveles de privación material y elevada dispersión en el bienestar individual (Alvarado and Gasparini, 2015) y, al igual que los países desarrollados, las economías emergentes se enfrentaron a una creciente desigualdad después de la década de los ochenta.

Antes del vuelco en la desigualdad y después de la segunda guerra mundial, la mayoría de los países crecían en términos de ingreso nacional y la desigualdad estaba aparentemente estancada. Hecho verídico únicamente en términos de ingresos después de impuestos, pues la brecha entre tramos

de renta ya empezaba a ser notable desde 1950.<sup>1</sup>

Llegada la década de 1970, varios fenómenos económicos sin precedentes (globalización y financiarización) develaron y fortalecieron la creciente desigualdad en las economías desarrolladas. Sin embargo, en las economías en vías de desarrollo se favoreció el “gran escape” (Deaton, 2013), es decir, el escape de las privaciones materiales y condiciones precarias de salud. En particular, fenómenos como la globalización, de la mano con mejoras en los salarios y los niveles de educación medio, favorecieron parcialmente al crecimiento y la reducción de la desigualdad en economías latinoamericanas como Colombia en la década que va desde el año 2000 hasta el 2010.

El objetivo del presente artículo es estudiar la evolución y el estado de desigualdad del ingreso en Colombia, haciendo uso de estadísticas agregadas de diversas fuentes, además de analizar la evolución y el estado de la escolarización en el país. Siendo la variante anteriormente mencionada, según varios autores, una de las principales determinantes en la reducción de la desigualdad del ingreso. En el primer apartado se estudiará las condiciones, estado y evolución de la desigualdad en Colombia con datos que van desde 1990 hasta años recientes. El segundo apartado se enfocará en el análisis de los niveles medios de escolarización en Colombia y los agregados de gasto público destinado a la educación secundaria y terciaria en el país.

---

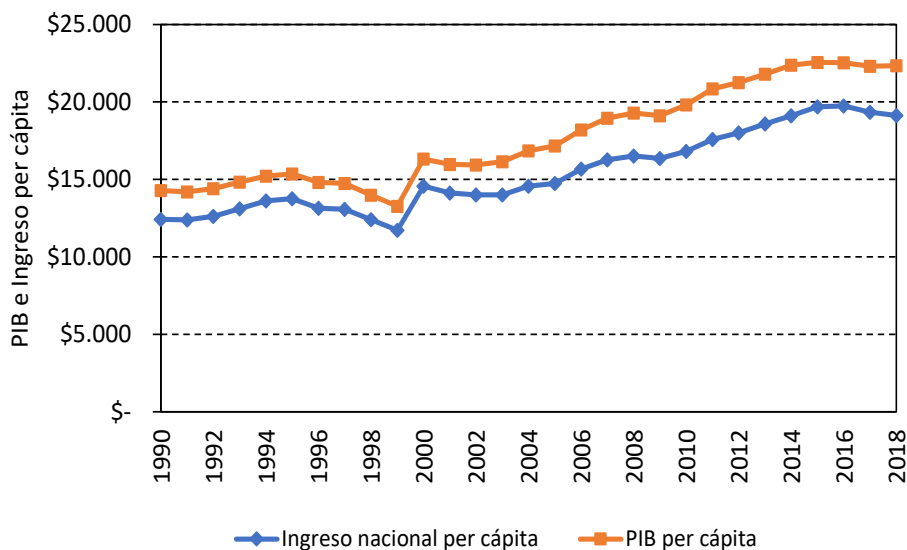
1. Respecto a las medidas de contabilidad nacional, este artículo se enfocará principalmente en el ingreso nacional, siguiendo a Piketty (2015), ya que este agregado expresa mejor los recursos disponibles para los habitantes de un país al descontar la depreciación de capital. La cual no se traduce en una mejora del bienestar, y las rentas netas del extranjero, que repercuten directamente en el bienestar de los nacionales. Deaton (2013) reseña las imprecisiones de medir el crecimiento a partir del PIB y sus derivados en los análisis de desigualdad, particularmente en el sector de la salud.

## 1. EVOLUCIÓN DEL INGRESO MEDIO Y NIVEL DESIGUALDAD

La pregunta inicial del estudio empírico en cuestión es la forma en la cual ha cambiado el ingreso medio en Colombia. En la **figura [1]** se observa un aumento tanto del PIB per cápita como del ingreso nacional per cápita

del periodo que va de 1950 hasta 2019. En términos de ingreso nacional, es decir del PIB per cápita descontando la depreciación de capital y las rentas de extranjeros en el país, el ingreso medio en Colombia pasó de 6.600 dólares, aproximadamente, en 1950 a 19.450 dólares en 2019. Ello se traduce en un aumento de casi tres veces el ingreso inicial.

**Figura 1. Evolución del PIB y el ingreso per cápita: Colombia 1990-2018.**



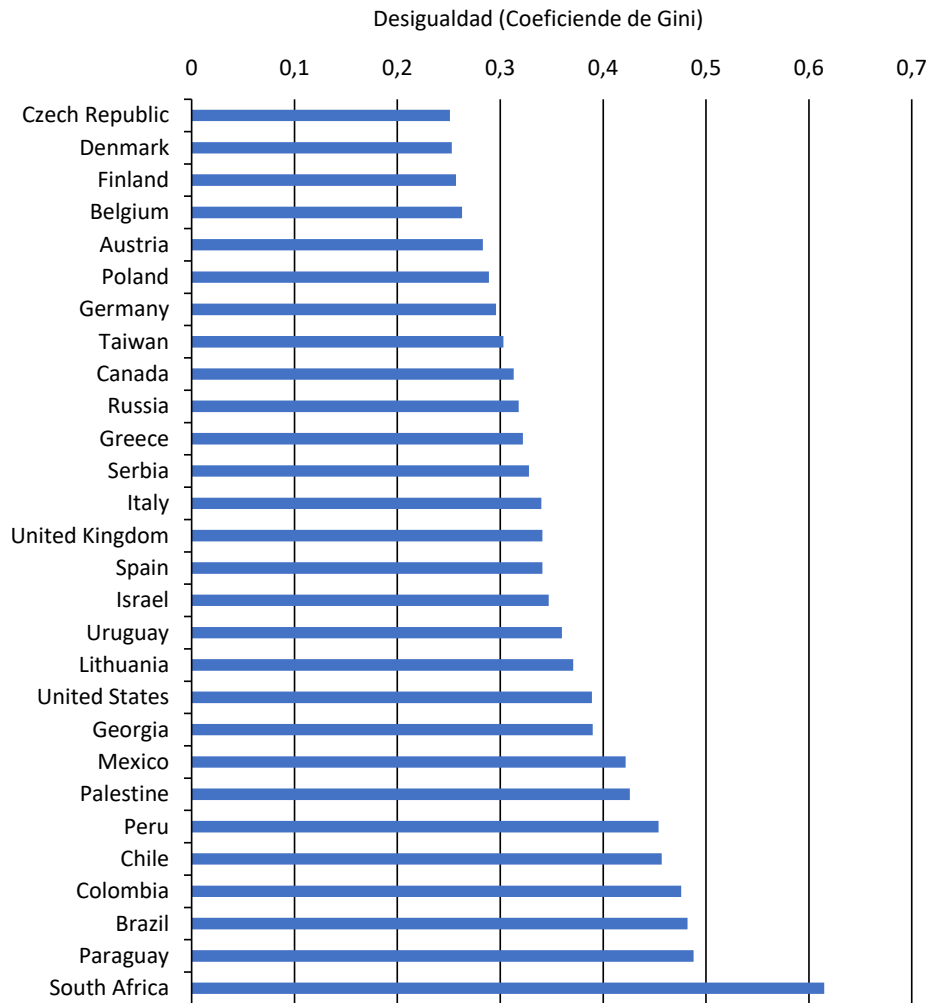
PIB e Ingreso per cápita a dólares constantes de 2019 ajustados por paridad de poder adquisitivo

Fuente: World Inequality Database.

Por alentadoras que resulten las cifras presentadas con anterioridad, en términos agregados, se debe analizar si la sociedad colombiana, en su mayoría, se ha visto realmente beneficiada por el aumento en el ingreso. Para ello se debe recurrir primero al coeficiente de Gini, el cual se define como la mitad de la diferencia absoluta media (en este caso en ingresos) entre dos individuos elegidos al azar en la población, comparándolos con el nivel de ingreso que hemos descrito en el párrafo anterior (Bourguignon, 2017).

Como podemos observar en la **figura [2]**, Colombia tiene uno de los coeficientes de Gini después de impuestos más altos del conjunto de países que estudia Cross-national Data Center de Luxemburgo, con un valor igual a 0,476. Nótese que los países latinoamericanos se encuentran agrupados en un clúster de elevada desigualdad, entre el intervalo de valor del coeficiente entre [0,4-0,5], siendo superados solo por Sudáfrica.

Figura 2. Desigualdad del ingreso por países en 2018: Coeficiente de Gini.



Coeficiente de Gini basado en los ingresos del hogar después de impuestos o unidad ajustada.

Fuente: Cross-national Data Center in Luxembourg.

Con el coeficiente de Gini colombiano de 2018, es posible calcular la diferencia absoluta media entre individuos en ese año para Colombia, donde el ingreso medio (llamada en este caso **renta igualitaria equivalente**) es de 19.126\$ dólares, dando como resultado 14.574\$ dólares.<sup>2</sup> Sin duda tal valor resulta elevado e implica que los colombianos no se benefician de una manera

proporcional del crecimiento del ingreso medio.

Avanzando con el análisis, realizando una comparación de los países en función del ingreso medio y el coeficiente de Gini en 2018, podríamos contrastar si los países con mayor ingreso medio son en todo caso los países menos desiguales. Nótese, al hacer dicha comparación, lo que realmente contrastado es el desempeño económico y la distribución del ingreso generado.

2. Siendo la renta igualitaria equivalente igual a 19.126\$ y el coeficiente de Gini igual a 0,476 entonces tenemos que  $19.126\$ - (19.126\$ \times 0,476/2) = 14.574\$$



**Figura 3. Desigualdad del ingreso por países en 2018: Coeficiente de Gini en función del Ingreso medio.**



Coeficiente de Gini basado en los ingresos del hogar después de impuestos o unidad ajustada y ingreso a dólares constantes de 2017. El área de los círculos es proporcional a la población del país.

Fuente: Cross-national Data Center in Luxembourg; World Bank.

Véase, en términos generales, a mayor ingreso medio, menor es el coeficiente de Gini. Para el caso de 2018, Estados Unidos resalta como un dato extremo de alto nivel de ingreso y relativamente alto nivel de desigualdad i.e. en una economía con un desempeño sobresaliente, pero con una distribución del ingreso desigualdad. Por otro lado, Colombia se encuentra dentro del Clúster de países de América Latina, con alto nivel de desigualdad (Gini entre 0,4 y 0,5) y bajo nivel de ingreso medio (entre 10.000\$ y 20.000\$) i.e. economías con un bajo desempeño económico, adicionalmente, desigualmente distribuidas.

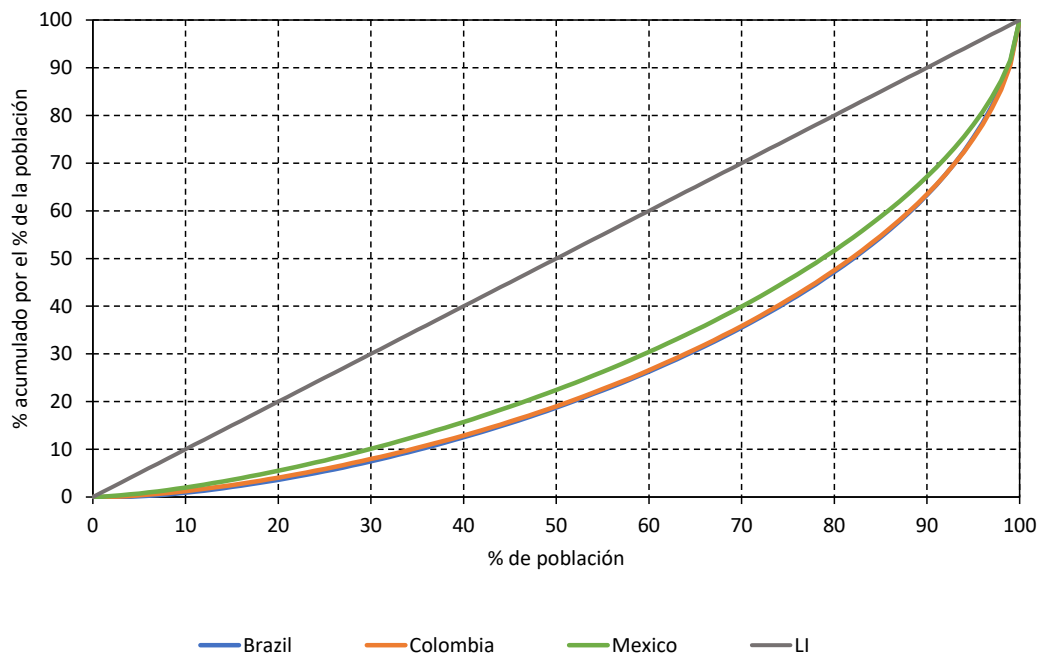
Otra forma de construir el coeficiente de Gini es la aproximación geométrica donde

se define como uno menos dos veces el área entre la línea de igualdad (LI) y la curva de Lorenz:

$$G = 1 - 2 \left( \int_0^1 [p - L(p)] dp \right)$$

Siendo (p) la línea de igualdad y L(p) la función que define la curva de Lorenz. tal formulación permite observar gráficamente, por medio de las curvas de Lorenz, las diferencias de concentración del ingreso por percentiles en diferentes países latinoamericanos. Nótese, entre más alejada se encuentre la curva de Lorenz de la línea de igualdad, por construcción, el coeficiente de Gini será mayor debido a que el área entre las curvas es más grande

**Figura 4. Desigualdad del ingreso por países en 2018: Curva de Loren.**



Curvas de Lorenz basadas en los ingresos del hogar después de impuestos o unidad ajustada.

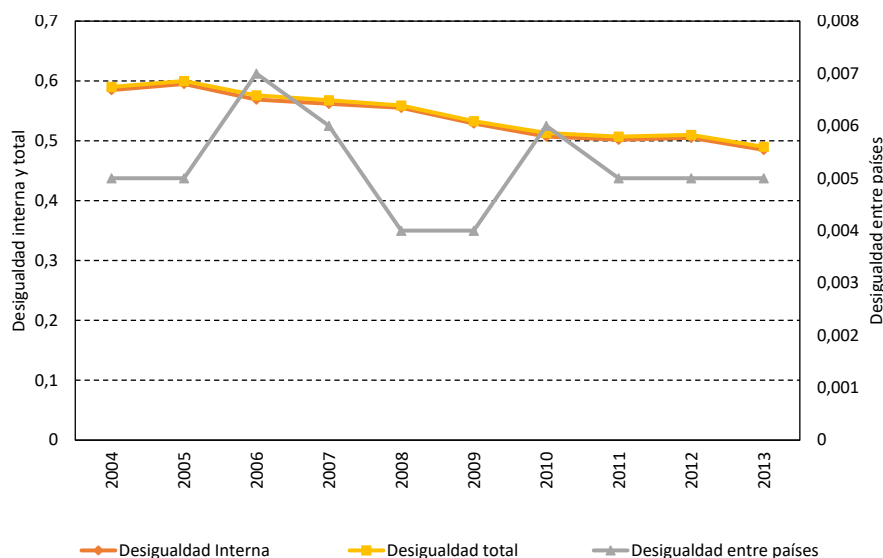
Fuente: Cross-national Data Center in Luxembourg.

Como se ilustra en la figura, para los países aledaños Colombia no es una excepción en términos de desigualdad de ingresos. La **figura [3]** sólo ilustra las curvas de Lorenz de Brasil, Colombia y México, para facilitar la visualización debido a que el único país cuya curva de Lorenz no se solapa con las del resto es la de México. En la **figura [2]** podemos comprobar que Perú, Chile y Paraguay son cercanos al coeficiente de Gini colombiano y que, por lo tanto, al ponerles en la gráfica no se pueden distinguir las diferencias entre las curvas. Hecho destacado por el trabajo de Carvajal et al. (2018), donde a partir del índice entrópico de Theil calculado por el Banco Mundial y la Base de Datos de

Estudios Socioeconómicos para América Latina y el Caribe (SEDLAC), se descompone la desigualdad en Latinoamérica como interna y entre países.

Nótese que la desigualdad total es la suma de desigualdad interna y entre países. Así como, el reducido valor que tiene la desigualdad entre países, siendo esta del orden del tercer decimal de la desigualdad total (entre el 0,6% y el 1,1%), lo cual expone lo baja que resulta la diferencia en términos de desigualdad en los países latinoamericanos.

**Figura 5. Evolución de la desigualdad del ingreso en América Latina: Índice de Theil 2004-2013.**



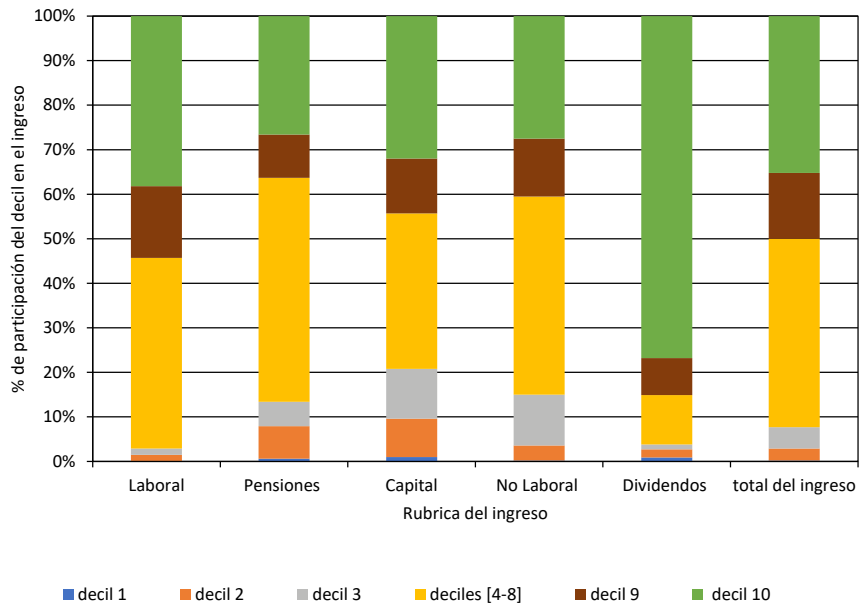
Fuente: Carvajal et al. (2018); World Bank y SEDLAC.

Hasta ahora, el análisis nos permite clasificar a Colombia como uno de los países con mayor desigualdad de ingresos de los que se tiene registro en la actualidad, dentro de una de las regiones del mundo donde dicha desigualdad es predominante y relativamente homogénea. El siguiente paso para estudiar la desigualdad en Colombia se refiere al estudio de los diferentes deciles y percentiles que componen la distribución de ingresos y la evolución de la desigualdad durante los años noventa hasta la actualidad. Haciendo uso, como referencia, de los datos usados en el trabajo de Garay y Espitia (2019), los cuales a su vez usan datos desagregados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) para 2017, de 3 millones de declarantes de impuesto de patrimonio, podemos estudiar los diferentes deciles de la distribución de ingresos.

La figura [6] descompone el PIB total en deciles y rúbricas de ingresos. Se observa como el decil 10 de la distribución tiene una participación desproporcionada en

el ingreso, especialmente en los ingresos derivados de dividendos. Por otro lado, los deciles 1 y 2 presentan una participación desproporcionadamente baja en todas las rúbricas de ingresos. ¿Qué factores económicos favorecen esta desigualdad distribución de los ingresos? Dicha pregunta va más allá del alcance del presente artículo dado su enfoque meramente empírico, aun así, resulta pertinente señalar como detrás de la desigualdad en ingreso para Colombia no debe de aplicarse la teoría neoclásica de retribución en función de la productividad marginal, pues, de ser así, significaría que, en el caso del ingreso laboral, el decil 10 se componga por los individuos que aportan el 38,2% mientras el decil 1 apenas aporta un 0,1%. Es muy posible que en efecto el decil superior se conforme por individuos que, en término medio, resulten más productivos que aquellos dentro de los deciles inferiores, pero aun así las proporciones sugieren que existen más factores que determinan los ingresos (e.g. rent seeking o alta remuneración de directivos).

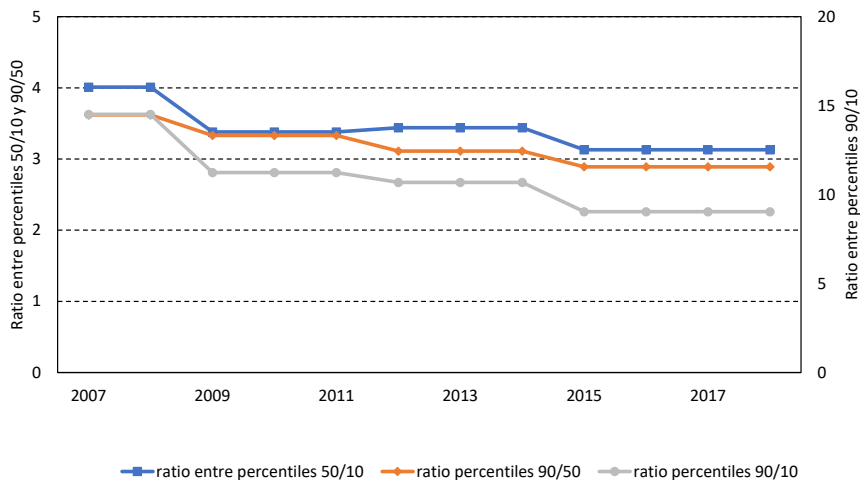
**Figura 6. Configuración de la desigualdad del ingreso en Colombia: % participación de cada decil por ingreso líquido en 2017.**



Fuente: Garay y Espitia (2019); Impuesto al patrimonio (DIAN).

Otro indicador significativo para definir el nivel de desigualdad dentro de la economía Colombia es la brecha de ingresos entre los diferentes niveles de renta.

**Figura 7. Evolución de la desigualdad del ingreso en Colombia: ratios entre percentiles 2007-2017.**

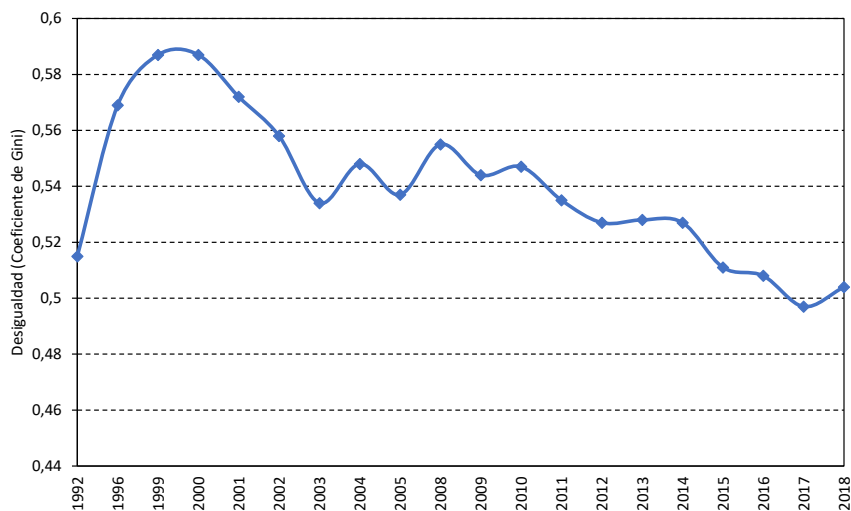


Fuente: Cross-national Data Center in Luxembourg.

La **figura [7]** muestra cómo, desde el inicio de la crisis financiera, todas las brechas entre deciles se han ido reduciendo paulatinamente con periodos de estancamiento sistemáticos. Resulta especialmente significativa la reducción en la brecha entre el decil 90 y el decil 10, pasando

de una ratio de 14,5 en 2007 a una ratio de 9 en el 2018. Lo cual advierte ya la reducción de la desigualdad en las últimas décadas. Por lo que resulta primordial observar la forma en la cual ha evolucionado el coeficiente de Gini.

**Figura 8. Evolución de la desigualdad del ingreso en Colombia: Coeficiente de Gini 1992-2018.**



Fuente: Cross-national Data Center in Luxembourg.

La **figura [8]** demuestra, como ya se adelantó en la introducción, que Colombia ha reducido sus niveles de desigualdad global en casi un 16% desde el año 2000 hasta el 2018. Nótese que las tendencias de crecimiento en toda Latinoamérica han sido relativamente similares y especialmente fuertes desde la década de los 2000, creciendo a una media de 3% anual, pero, como señalan Lustig et al. (2014), ni el crecimiento económico o la orientación del partido político en el gobierno explican la disminución en la desigualdad. Tales mejoras vienen de la mano de cambios estructurales a nivel mundial, como la entrada de China en los mercados internacionales, la aceleración de la economía de EE. UU. y el cambio de políticas a nivel interno, realizadas por

gobiernos progresistas, concomitantes a dicha reducción en los niveles de desigualdad dentro de los países de la zona Latinoamérica en general. Bourguignon (2012) en el prefacio de la edición en español comenta como, en las economías de Argentina, Colombia, Perú y Uruguay, la evolución de la desigualdad ha tenido la forma de una U invertida (Véase la **figura [8]** en el periodo que va desde el año 1992 hasta el 2003, a la manera de la curva de Kuznets (Kuznets, 1955), aumentado fuertemente durante la década de los noventa y reduciéndose en el nuevo milenio. Alvaredo y Gasparini (2015) tratan este hecho en profundidad, resaltando que en el periodo que empieza en el 2000 casi todos los países de la zona muestran una reducción en el coeficiente de Gini. Carvajal

et al. (2018) demuestran la significativa de, entre otras variables, los niveles medios de educación (i.e. escolarización media) y la alfabetización dentro de los países de América Latina.<sup>3</sup> Cornia (2014) matiza este hecho señalando que debido a la escasez de datos sobre capital e ingreso de “trabajadores ricos” en las encuestas de ingresos es difícil establecer formalmente si los cambios en la distribución conciernen a los percentiles superiores de la distribución.

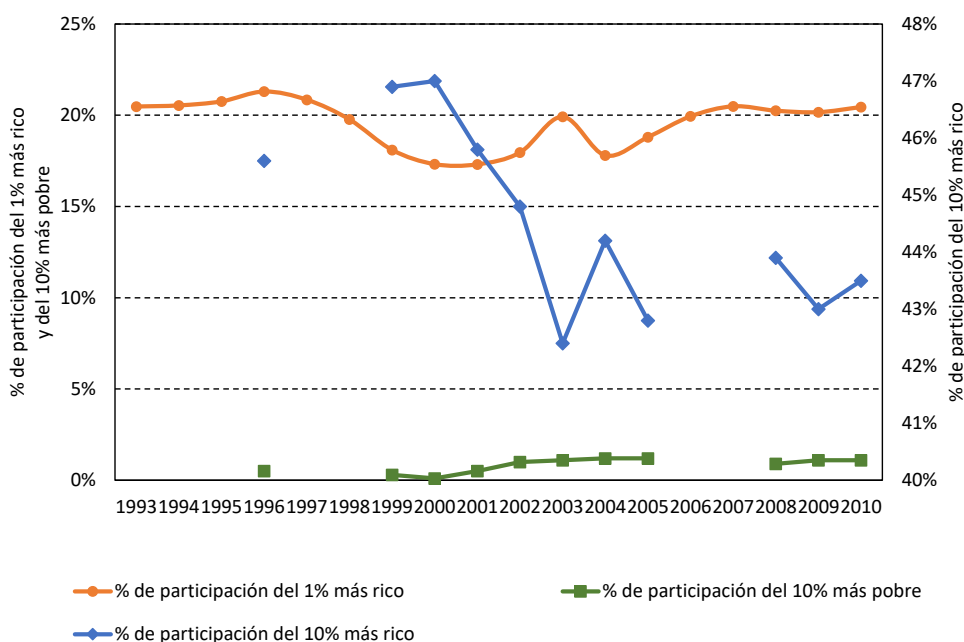
Observada la reducción en el coeficiente de Gini, la pregunta inmediatamente posterior es cuáles han sido los cambios dentro de la distribución que favorecen esta

disminución de la desigualdad global. La **figura [7]** brinda una visión en términos de ratios, no obstante, para contrastar tal interrogante con mayor detalle se debe analizar la variación en la participación de los deciles superiores. Razón por la cual, se estudia la evolución de la participación del 10%, del 1% más rico y del decil más pobre en el ingreso nacional.

La **figura [9]** resalta tres hechos importantes: i) La elevada participación del 1% más rico en el 20% del ingreso nacional. ii) La caída en la participación tanto del 10% como del 1% más rico, durante la década de los 2000, concomitante a la reducción en el coeficiente de Gini. iii) El aumento de la participación del decil más bajo de la distribución, durante la década de los 2000, concomitante a la reducción en el coeficiente de Gini.

3. Algunas de las variables estudiadas en el artículo de Carvajal et al. (2018) entran en conflicto con las conclusiones de Lustig et al. (2014), en particular la significatividad del PIB per cápita en la reducción de la desigualdad en América Latina desde 2004-2013.

**Figura 9. Evolución de la desigualdad del ingreso en Colombia: participación por deciles 1993-2010.**



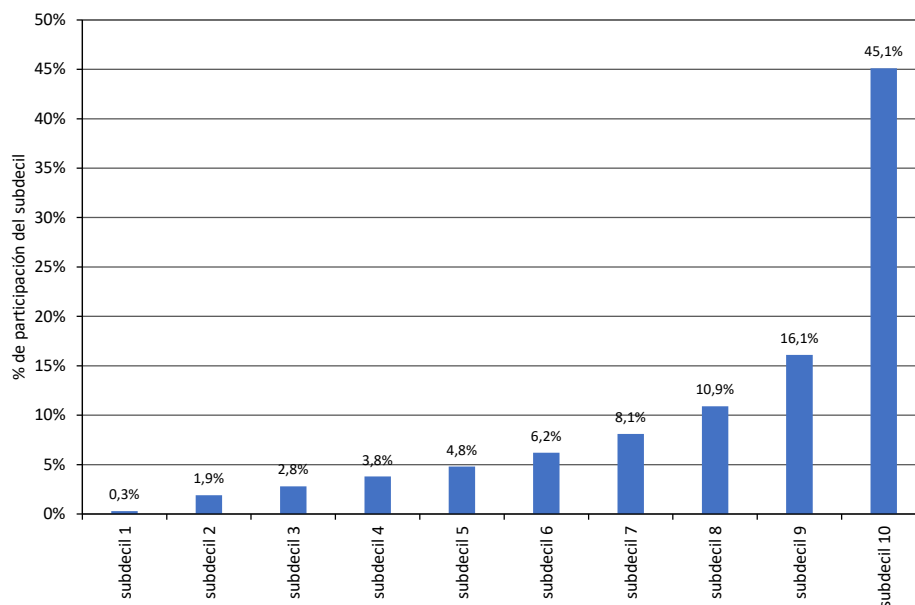
Fuente: World Inequality Database; World Bank

Nótese como la caída en la participación el 10% más rico, dentro de la distribución de ingresos durante la década de 2000-2010, es significativamente más acusada que la caída sufrida por el 1% más rico. El cual, experimentó un repunte en el año 2003, señal de una mayor inercia en la participación de los individuos más ricos de la distribución. Sin embargo, aunque de los datos anteriormente expuestos es posible concluir como la reducción en la desigualdad, observada en el coeficiente de Gini, ha venido dada por una menor participación de los más ricos y una mayor participación de los más pobres, es posible observar la

forma en la cual siguen siendo altamente desproporcionadas. Dado que, en el 2010 el primer decil de la distribución apenas participaba en un 1% del ingreso nacional, mientras el decil más rico en la misma fecha participaba con un 43% del ingreso.

Profundizando en el análisis de la distribución por deciles, los datos usados por Garay y Espitia (2019) permiten observar la participación de los percentiles dentro del decil 10, a lo que ellos llaman subdeciles del decil más alto, y contrastar la distribución del ingreso entre los declarantes más ricos.

**Figura 10. Distribución del ingreso entre los declarantes más ricos de Colombia: participación por subdeciles 2017.**



Fuente: Garay and Espitia (2019); Impuesto al patrimonio (DIAN).

Ello permite observar la forma en la cual los ingresos entre los contribuyentes del decil 10 se distribuyen de manera análoga a como se distribuye el ingreso de manera global. Nótese que el 1% acumula el 45% de los ingresos que a su vez acumula el decil

10, ajustando los datos del World Inequality Database (aproximadamente un 20% del ingreso total).

Una vez realizado el análisis pormenorizado de la desigualdad en

Colombia, es posible indagar en los cambios necesarios, en términos de ingreso, para lograr una sociedad menos desigual. Para ello, se hará uso del índice normativo de Atkinson (Atkinson, 2010), el cual se define como:

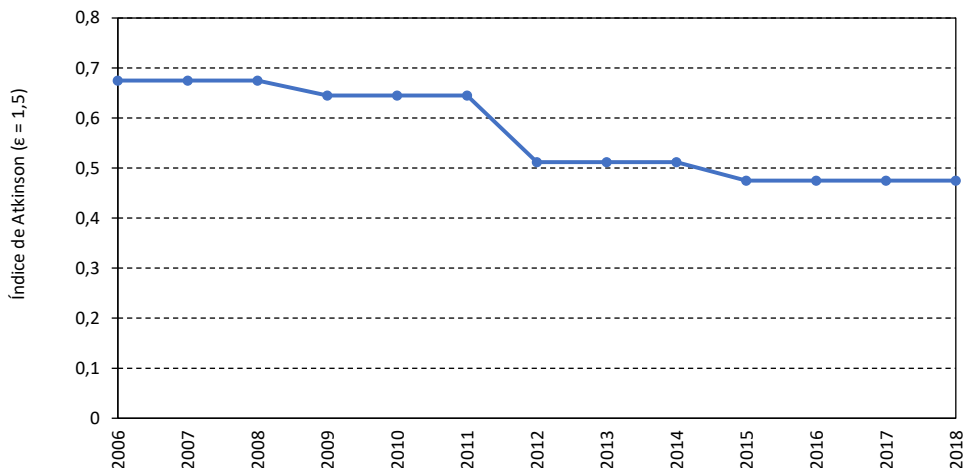
$$A(\epsilon) = \begin{cases} 1 - \frac{1}{\bar{y}} \left( \frac{\sum_{i=1}^N y_i^{1-\epsilon}}{N} \right)^{1/(1-\epsilon)} & \forall \epsilon \in (0, \infty) \\ 1 - \frac{1}{\bar{y}} \left( \frac{1}{N} \prod_{i=1}^N y_i \right)^{1/N} & \forall \epsilon = 1 \end{cases}$$

Donde, a partir del concepto de renta igualitaria equivalente ( $-y$ ) y el parámetro ( $\epsilon$ ), que mide la aversión social a la desigualdad, se constituye el índice interpretado como el porcentaje del ingreso total que una sociedad dada tendría que sacrificar para así tener una

menor desigualdad entre los deciles. Nótese, a mayor valor de ( $\epsilon$ ), mayor será dicho porcentaje pues, se asume que la sociedad es más adversa a la desigualdad. El Cross-national center en Luxemburgo, junto con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), construyen dicho indicador para Colombia desde el año 2007 hasta años recientes.<sup>4</sup>

4. Es importante señalar que los datos relativos al ingreso medio usados para construir este índice difieren de los datos expuestos en el presente artículo y han sido recaudados por el World Inequality Database. Tal hecho se contrasta al comparar los datos de ingreso medio colombiano ajustados por la paridad de poder adquisitivo del Cross-national Center y los mismos datos del World Inequality Database.

**Figura 11. Evolución de la desigualdad del ingreso en Colombia: participación por deciles 1993-2010.**



Fuente: Cross-national Center in Luxembourg.

Con un parámetro de aversión ( $\epsilon$ ) igual a 1,5 se concluye que, a 2018, Colombia debía sacrificar un 47,5% del ingreso total para reducir los niveles de desigualdad entre los distintos deciles de la distribución de ingresos.

Teniendo en cuenta la renta igualitaria equivalente como punto de referencia. Nótese que, el índice de Atkinson se ha ido reduciendo desde el año 2006, reflejando como, ante las mejoras en la distribución que se observaron en la gráfica, se debe sacrificar



un menor porcentaje de renta para lograr una menor desigualdad.

## 2. EVOLUCIÓN DE LOS AÑOS DE ESCOLARIZACIÓN MEDIA Y DEL GASTO PÚBLICO EN EDUCACIÓN

En términos de variables determinantes en los niveles de desigualdad, y siguiendo la tesis de varios autores, es posible estudiar los niveles de educación en Colombia usando los datos de educación recolectados por Barro y Lee (2013).

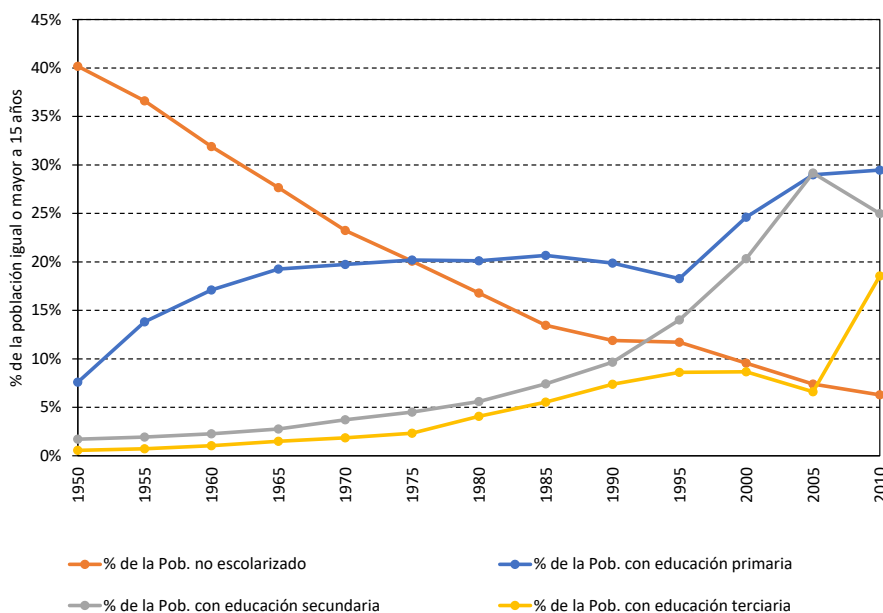
Como se ve en la gráfica, durante las décadas que pasan desde 1950 hasta 2010 se reduce la población de 15, o más años, no escolarizada y aumenta los porcentajes de dicha población en el resto de los niveles educativos. Asimismo, resulta pertinente resaltar el estancamiento en el porcentaje de población que supera la educación primaria durante el periodo de 1965-1995,

y su fuerte repunte después de este periodo, coincidiendo con la disminución de la desigualdad. Otro nivel educativo que tienen un repunte fuerte en el mismo periodo es la educación terciaria, llegando a un 18%.

Basándose en la teoría del retorno derivado, de los niveles de formación y experiencia, de Mincer (1974) es posible relacionar los aumentos en el nivel medio de educación en Colombia con los menores niveles de desigualdad de ingresos observados. Ya que dichos años de educación media pueden ser tomados como una variable que aproxima el nivel de capital humano medio, descontando la experiencia laboral media.<sup>5</sup> La mejora

5. Marrero y Rodríguez (2019) explicitan esta relación en su modelo de equilibrio general. En una economía dada tenemos que:  $H_t = e^{\rho h(t)}$  donde  $h(t) = \int_0^1 h_i(t) di$ .  $H_t$  representa el nivel capital humano medio en la economía con un continuo de individuos que va de (0,1), es un parámetro que corrige la calidad de los años de escolarización y  $h(t)$  es el promedio de escolarización

Figura 12. Evolución de los niveles de educación: Colombia 1950-2010.



Fuente: World Bank.

observada, en términos de ingreso, afecta el nivel de desigualdad entre los distintos deciles i.e. niveles menos heterogéneos de capital humano entre los distintos estratos de renta, lo cual implica una reducción en la desigualdad de ingresos. Lustig et al. (2014) resaltan que la reducción de la prima salarial de los individuos con altos niveles de educación es uno de los factores que favorece la reducción en la desigualdad en la década de los 2000. Hecho corroborado por la figura [14] al mostrar, explícitamente, el aumento en la oferta de trabajadores de tal tipo durante, lo cual reduciría el nivel salarial en los sectores en los que estos se emplean, el periodo señalado y en periodos anteriores.

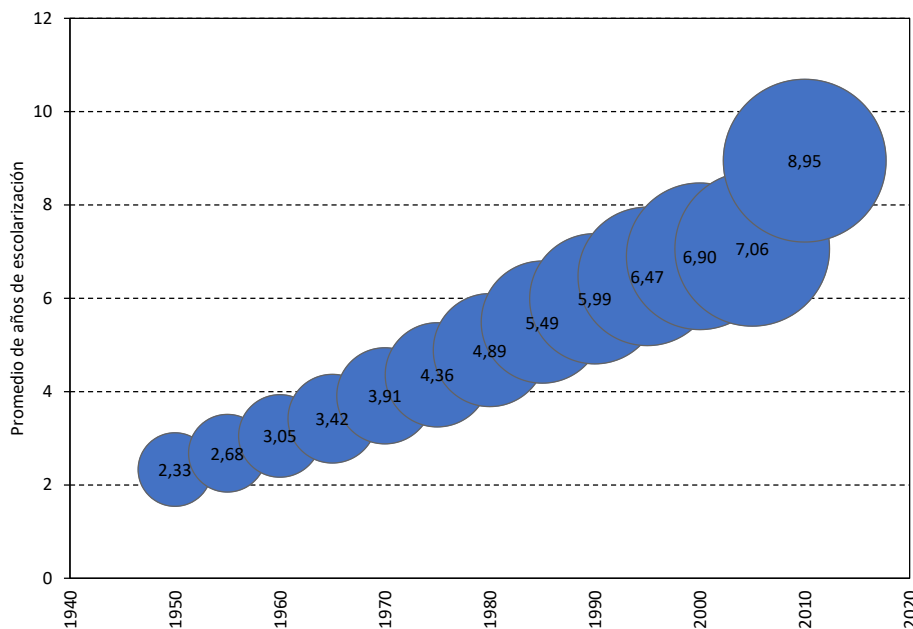
Es importante señalar que el aumento del nivel educativo medio de un país debe ser corregido por la calidad en dichos años. Es decir, Barro y Lee (2013) entienden que

que a su vez es igual a la esperanza (integral dado el carácter continuo del número de individuos) de los años de escolarización de cada individuo.

las mejoras cuantitativas en los niveles de educación pueden no ser suficientes si estas no son de calidad, más aún si quisiéramos comparar aumentos en el nivel medio de educación de dos países con sistemas educativos diferentes (e.g. Colombia y Noruega).

La **figura [13]** muestra la evolución del nivel de educación medio en Colombia, siendo el tamaño de cada círculo el tamaño de la población con datos. Como ya se anticipa en la gráfica anterior, los años de educación media de los colombianos han ido aumentando en cada lustro desde 1950, hasta situarse en los casi 9 años. Nótese que la duración teórica sumada de primaria (5 años) y secundaria (4 años) son 9 años, por lo que, en promedio, los colombianos están muy cerca de dicha duración teórica. Otro hecho de especial interés es la descomposición en niveles educativos, para así poder examinar cuál de estos ha aumentado más durante el periodo estudiado.

**Figura 13. Evolución de los años medios de educación: Colombia 1950-2010.**

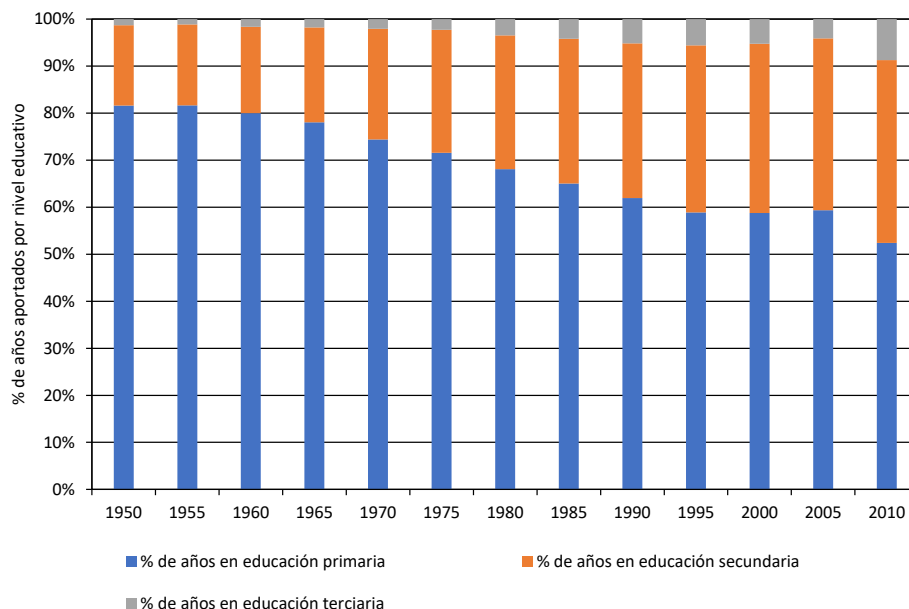


Fuente: Barro and lee (2013).

En el periodo de 1950-2010, y como es de esperar dada la estructura de los niveles educativos, la educación primaria aporta el mayor porcentaje de años al nivel

de educación media, tendencia que va cambiando durante el paso de los lustros a la educación terciaria ir ganando un porcentaje de participación cada vez mayor.

**Figura 14. Evolución de las proporciones aportadas por los niveles de educación a los años medios de educación: Colombia 1950-2010.**



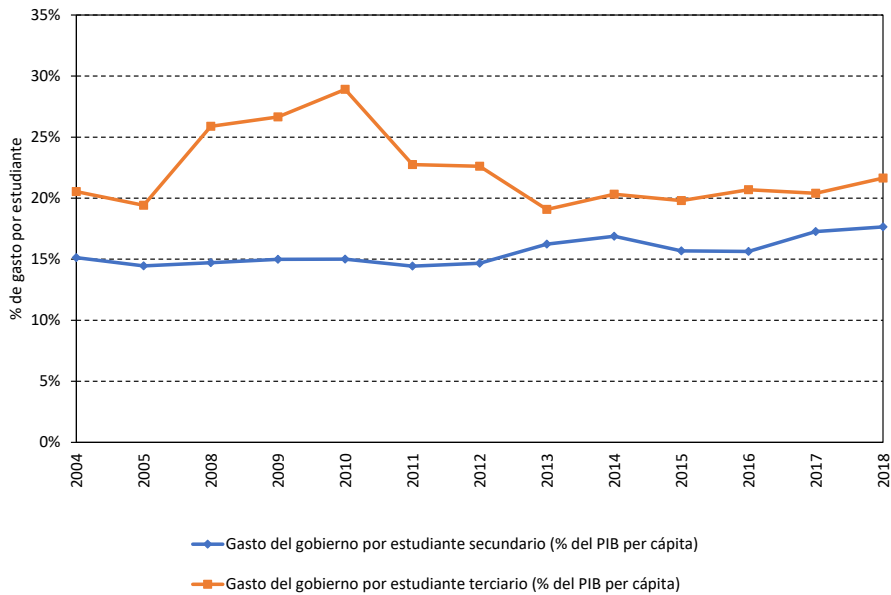
Fuente: Barro and Lee (2013)

La **figura [14]** muestra la composición, en términos porcentuales de años en cada nivel educativo, de los años medio de escolarización. La tendencia observada es, junto al aumento de los años medios, el aumento en el porcentaje de años aportados por la educación secundaria y terciaria. Dicha tendencia es de esperarse pues, después del periodo 1975-1980, cuando los colombianos tienen una escolaridad media igual o superior a la duración teórica de la educación primaria, lo normal es el aumento de los niveles subsecuentes. Resulta pertinente resaltar como, durante los noventa, los potenciales efectos positivos de las mejoras en la escolarización fueron reducidos por los efectos negativos de otros fenómenos que tomaron fuerza durante esa década (i.e. apertura exterior y financiarización).

Cabe preguntarse por qué los factores han ayudado a la mejora en la escolarización de los colombianos. Por lo que resulta necesario estudiar la evolución del gasto público por estudiantes en los dos últimos niveles educativos, los cuales, como ya se vio, han sido los que más han evolucionado en las décadas recientes.

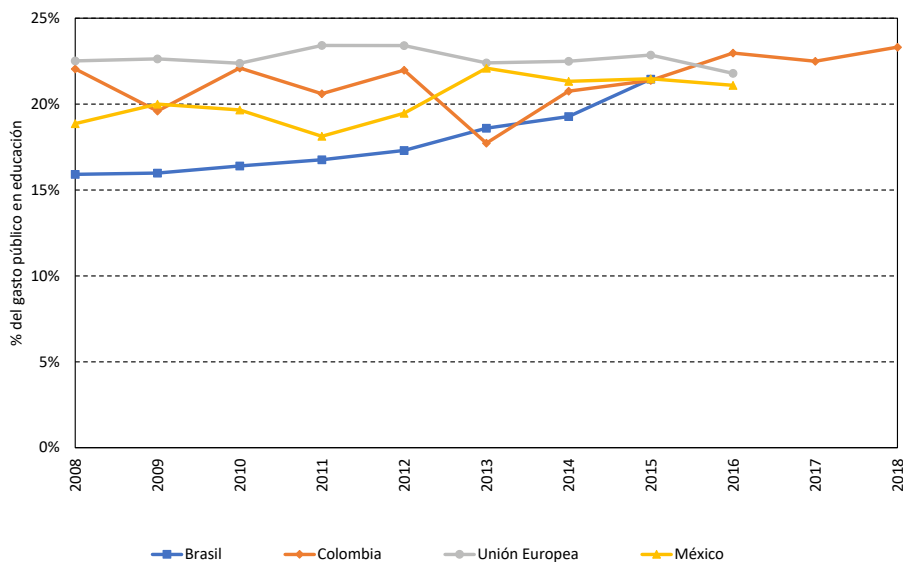
Medidos como porcentaje del PIB per cápita, observamos un aumento en el gasto público por estudiante de nivel secundario y una disminución del mismo para el caso de la educación terciaria. Tales datos resultan significativos si se pregunta por qué el aumento de la educación secundaria ha sido significativamente más grande que el aumento en la educación terciaria.

**Figura 15. Evolución de los porcentajes de gasto público por estudiantes: Colombia 2004-2018.**



Fuente: World Bank.

**Figura 16. Evolución de los porcentajes de gasto público en educación terciaria sobre total de gasto público en educación: Brasil, Colombia, México y UE 2008-2018.**



Fuente: World Bank.

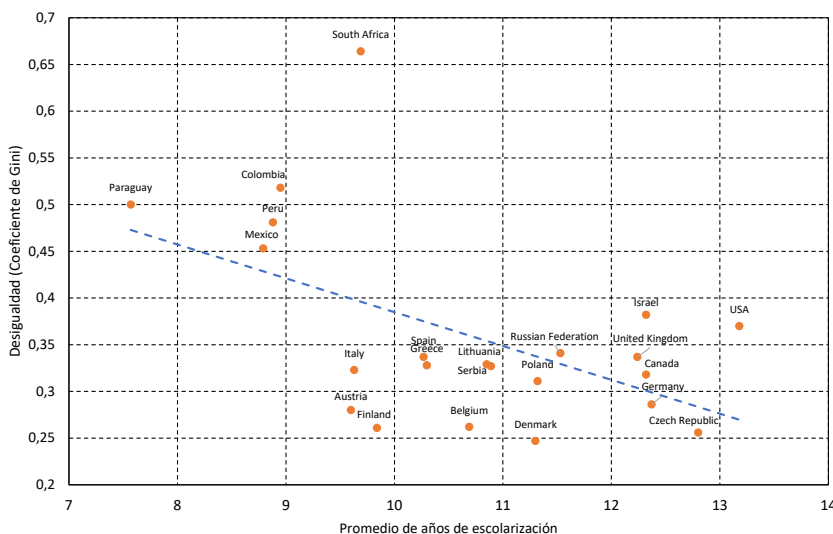
La figura [16] pone en perspectiva la reducción del gasto por estudiante de la educación terciaria desde el 2010, comparando el porcentaje del gasto público en educación destinado a educación terciaria en Brasil, Colombia, México y la media de gasto de la Unión Europea (UE).<sup>6</sup>

Observando la **figura [16]**, resulta paradójico el hecho de que en el mismo periodo en el cual el porcentaje de gasto por estudiante terciario se vio reducido en Colombia, el porcentaje de recursos destinados a este nivel educativo aumentó. Otro hecho que resulta es como el gasto en la educación terciaria en Colombia, por lo menos en porcentaje, se ajusta no solo al gasto de las mayores economías latinoamericanas sino también al de la UE. Es más, la asignación presupuestaria de la educación a 2016 en Colombia es del 16% del total mientras que, en media, en la UE es del 11%.

6. La razón de elegir la UE como punto de referencia es debido a que la gran mayoría de sus instituciones de educación terciaria, además de ser de gran reconocimiento mundial, son públicas.

Siendo que Colombia tiene una asignación presupuestaria a la educación terciaria similar en proporción a la de la UE y otras grandes economías latinoamericanas, por qué, por ejemplo, nuestro índice de capital humano (0,59) es significativamente menor a la de los países europeos (superior al 0,7). La pregunta no tiene una respuesta simple y señala, además de las diferencias en el total de los montos presupuestales, la eficiencia del gasto en educación y la desigualdad de oportunidades durante, y después, de los años de formación educativa de la población (Roemer, 1998; Van de Gaer, 1993; Fleurbaey, 2008). Gamboa y Waltenberg (2012) estudian la tesis de desigualdad de oportunidades de Roemer (1998), donde la desigualdad total puede ser descompuesta en dos elementos: desigualdad de oportunidades y desigualdad de esfuerzo. En las pruebas PISA de 2006 y 2009 en Colombia, y otros 5 países de Latinoamérica, concluyeron como los niveles de desigualdad de oportunidades en Latinoamérica son preocupantes, especialmente en lo que respecta a la educación de los padres y el tipo de escuela (pública o privada).

**Figura 17. Nivel promedio de escolarización: Coeficiente de Gini en función del promedio de escolarización 2010.**



Fuente: Cross-national Center in Luxembourg; Barro and Lee (2013).

Por último, se puede contrastar la correlación entre promedio de años de escolarización y el nivel de desigualdad en el grupo de países que usamos en la **figura [3]**.

Nótese la aparente relación negativa entre las dos variables: a mayor es el promedio de escolarización, menor es el nivel de desigualdad medido por el coeficiente de Gini. Al igual que la **figura [3]**, los países latinoamericanos forman un clúster en la parte superior izquierda de la gráfica (bajo nivel de escolarización y elevada desigualdad). Es importante resaltar la endogeneidad preexistente en el análisis en particular pues, así como el nivel medio de escolarización influye en la desigualdad de ingresos, la desigualdad de ingresos afecta directamente al nivel medio de escolarización.

## CONCLUSIONES

Aunque la desigualdad de ingresos en Colombia, medida por varios índices, se ha reducido significativamente desde el inicio del nuevo milenio, el valor del coeficiente de Gini a 2018 muestra una de las economías con el mayor nivel de desigualdad de ingresos registrado, solo superada por Brasil, Paraguay y Sudáfrica. El alto nivel de desigualdad en Colombia viene dado, en parte, por la elevada participación en el ingreso nacional de los deciles más altos y la reducida participación en el ingreso nacional de los deciles más bajos. En particular, el decil inferior de la distribución llega a tener una

participación del 1% en el ingreso nacional a 2017, mientras el decil superior acumula más del 40% de dicho ingreso, dentro del cual el percentil superior acumula más de la mitad de los ingresos del decil superior. Cabe destacar que, la disminución en los niveles de desigualdad de ingresos durante la década de los dos mil ha sido provocada por una menor participación del decil superior y una mayor participación del decil inferior. Aunque la participación del 1% más rico se mantiene relativamente estable durante dicho periodo, e incluso aumenta puntualmente.

La reducción en la desigualdad de ingresos observada desde el año 2000 hasta el 2010 es concomitante a mayores niveles de escolarización media en el país, los cuales influirían en términos de capital humano, mejorando la remuneración de los deciles inferiores y reduciendo la prima de los trabajadores cualificados al aumentar su oferta. Resulta necesario resaltar como, durante dicho periodo, los aumentos en los niveles de escolarización media fueron provocados por una mejoría en los niveles de escolarización secundaria y terciaria, teniendo esta última un fuerte repunte entre el 2005 y el 2010, acompañado de un aumento en el gasto público en educación terciaria pero matizado por una reducción en el gasto por estudiante, lo que pone en cuestionamiento la eficiencia del gasto en educación y la igualdad de oportunidades entre los estudiantes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Alvaredo, F., & Gasparini, L. (2015). Recent trends in inequality and poverty in developing countries. *Elsevier*, 2, 697-805.
- » Atkinson, A. (1970). On the measurement of inequality. *Journal of economic theory*, 244-263.
- » Atkinson, A. (2015). *Inequality: What can be done?* Cambridge: Harvard University Press.
- » Barro, R., & Lee, J. W. (2013). A new data set of educational attainment in the world, 1950-2010. *Journal of development economics*, 184-198.
- » Bourguignon, F. (2017). *The globalization of inequality*. New Jersey: Princeton University Press.

- » Cornin, G. A. (2014). *Falling inequality in Latin America: Policy changes and lessons*. Oxfordshire: OUP Oxford.
- » Deaton, A. (2013). *The great escape: health, wealth, and the origins of inequality*. New Jersey: Princeton University.
- » Fleurbaey, M. (2008). *Fairness, responsibility, and welfare*. Oxfordshire: Oxford University Press.
- » Gamboa, L. F., & Waltenberg, F. D. (2012). Inequality of opportunity for educational achievement in latin america: Evidence from pisa 2006-2009. *Economics of Education Review*, 694-708.
- » Garay, L. J. ; Espitia, J. E. (2019). *Dinámica de las desigualdades en Colombia*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo.
- » Inequality and growth: The cholesterol hypothesis. (2019). Technical report.
- » Kuznets, S. (1955). Economic growth and income inequality. *The American economic review*, 1-28.
- » Lustig, N., López-Calva, L. F., & Ortiz-Juárez, E. (2014). Los determinantes de la disminución de la desigualdad en América latina. *El desarrollo de América Latina en una era de El Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo*, 71.
- » Mincer, J. (1974). *Schooling, earnings and experience*. New York: Columbia University Press.
- » Piketty, T. (2014). *Capital in the twenty-first century*. Cambridge: Harvard University Press.
- » Ramos Carvajal, C.; González Rodríguez, M.; Moreno Cuartas, B. (2018). *Factores determinantes de la reducción de la desigualdad en la distribución de la renta en países de américa latina*. Revista CEPAL.
- » Roemer, J. E. (1998). Igualdad de oportunidades. *Isegoría*, 71-87.
- » *The Cross-national Data Center in Luxemburg*. (s.f.). Recuperado de Free access data: <https://dart.lisdatacenter.org/dart>
- » *The World Bank*. (s.f.). Recuperado de Free access data: <https://data.worldbank.org/>
- » *The World Inequality Database*. (s.f.). Recuperado de Free access data: <https://wid.world/es/country/es-colombia/>
- » Van de Gaer, D. (1993). Equality of opportunity and investment in human capital (PhD Thesis). *Katholieke Universiteit Leuven*.

# Hacia una nueva conceptualización de la Bioética y aplicación de sus principios en el ordenamiento jurídico

*Towards a new conceptualization of Bioethics and application of its principles in the legal system*

Autor: Brayan Alexander Díaz Piragauta

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12166>

**Para citar este artículo:**

Díaz Piragauta, B. A. (2020). Nueva conceptualización de la bioética y aplicación de sus principios en el ordenamiento jurídico. *Revista Derecho y Realidad*, 18, (36), 239-251.





## HACIA UNA NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA BIOÉTICA Y APLICACIÓN DE SUS PRINCIPIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO\*

*Towards a new conceptualization of Bioethics and application of its principles in the legal system*

*Rumo a uma nova conceitualização da bioética e aplicação de seus princípios no sistema jurídico*

**Brayan Alexander Díaz Piragauta<sup>a</sup>**

resurgence\_\_@outlook.com

Recepción: 3 de agosto 2020

Aceptación: 3 de septiembre 2020

### RESUMEN

El presente artículo pretende evidenciar la forma en la que la bioética ha evolucionado gracias a su aplicación al campo del derecho. Asimismo, conocer como la aplicación de principios bioéticos al ordenamiento jurídico supera la imposición de códigos morales únicos, los cuales influyen en la toma de decisiones para regular, desde el ámbito jurídico, diversos temas de interés. Algunos de ellos son el aborto y la eutanasia, los cuales, para su desarrollo, requieren una ponderación bioética de derechos. Sobre todo, en contextos donde la necesidad de desarrollar una aplicación bioética en las sociedades democráticas del siglo XXI surge por los ordenamientos jurídicos de países pioneros, basados en la participación de ciudadanos autónomos, mediante procedimientos de deliberación en todos los niveles institucionales y sociales. Bajo la metodología de análisis y síntesis doctrinal,

jurisprudencial y constitucional, se evidencia como la aplicación de los principios bioéticos a temas puntuales del derecho, tiene como resultado una significativa responsabilidad social que da importancia a los casos y las situaciones jurídicas complejas. Las cuales se dirimen mediante la ponderación de derechos, en coherencia con las evidencias del progreso científico. Teniendo como principal resultado, una síntesis de la relación entre derecho y bioética, llevando a la importancia de una elaboración participativa y abierta de las normas e igualmente la implementación de respuestas jurídicas relativas a cada caso en particular.

### PALABRAS CLAVES

Bioética; Aborto; Eutanasia; Ponderación de derechos.

---

\* Artículo de Investigación

a. Candidato a especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional. Abogado - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.P.T.C. Miembro del Grupo de investigación en Justicia Social "Primo Levi". Dirección: Calle 19 b. No. 26-47 Duitama - Boyacá

## ABSTRACT

This article aims to show how bioethics has evolved through its application to the field of law. Likewise, to know how the application of bioethical principles to the legal system overcomes the imposition of unique moral codes, which influence decision making to regulate, from the legal field, diverse topics of interest. Some of them are abortion and euthanasia, which, for their development, require a bioethical weighting of rights. Especially in contexts where the need to develop a bioethical application in the democratic societies of the 21st century arises from the legal systems of pioneering countries, based on the participation of autonomous citizens, through deliberative procedures at all institutional and social levels. Under the methodology of analysis and doctrinal, jurisprudential and constitutional synthesis, it is evident how the application of bioethical principles to specific issues of law, results in a significant social responsibility that gives importance to cases and complex legal situations. These are resolved through the weighting of rights, in coherence with the evidence of scientific progress. Having as main result, a synthesis of the relationship between law and bioethics, leading to the importance of a participative and open elaboration of the norms and the implementation of legal answers related to each case.

## KEYWORDS

Bioethics; Abortion; Euthanasia; Weighting of rights..

## RESUMO

O objetivo deste artigo é mostrar a evolução da bioética a partir de sua aplicação ao campo do direito. Da mesma forma, saber como a aplicação dos princípios bioéticos ao ordenamento jurídico supera a imposição de códigos morais singulares, que influenciam a tomada de decisões para regular, desde o campo jurídico, diversos temas de interesse. Algumas delas são o aborto e a eutanásia, que, para seu desenvolvimento, requerem uma pesagem bioética de direitos. Sobretudo em contextos em que a necessidade de

desenvolver uma aplicação bioética nas sociedades democráticas do século XXI decorre dos ordenamentos jurídicos dos países pioneiros, baseados na participação de cidadãos autônomos, através de procedimentos deliberativos a todos os níveis institucionais e sociais. No âmbito da metodologia de análise e síntese doutrinal, jurisprudencial e constitucional, fica evidente como a aplicação dos princípios bioéticos a questões específicas do direito, resulta numa significativa responsabilidade social que dá importância aos casos e às situações jurídicas complexas. Que são resolvidos por pesagem de direitos, em coerência com as evidências do progresso científico. O resultado principal é uma síntese da relação entre direito e bioética, levando à importância de um desenvolvimento participativo e aberto das regras e também da implementação de respostas jurídicas relacionadas a cada caso particular.

## PALAVRAS-CHAVE:

Bioética; aborto; eutanásia; ponderação de direitos.

## INTRODUCCIÓN

Bajo la premisa de que el derecho no se refiere únicamente a la función de establecer un marco en donde los individuos interactúen entre sí, reducción ligeramente individualista, sino que también garantizan la función de propender activamente, por la complacencia de los intereses sociales, la consagración de los valores socialmente legitimados. Dichos valores llegan a convertirse en bases de las legislaciones en las sociedades actuales. Tal aspecto genera que en algunos países se desconozca la concepción de derechos exigibles, entendidos desde una visión concreta, específica y garantista. Con lo cual, lograrían diferenciarlos de los intereses populistas netamente basados en dogmas absolutos, despóticos y marginales, aún presentes en las sociedades del siglo XXI.

Por lo tanto, la relevancia de la bioética aplicada al campo del derecho radica en la forma en la cual se considera la perspectiva de varias disciplinas, presentando un análisis socio-jurídico de la forma en que

se estipulan los principios y valores en las sociedades democráticas, fundamentados en el desarrollo científico, la protección de la persona y sus derechos fundamentales. La importancia de la presente investigación radica en entender la evolución de la bioética para propender por formas de vida más respetuosas con las realidades jurídicas del ser humano. De igual forma, la aplicación de sus principios es útil al valerse de la ciencia y lograr que en el ordenamiento jurídico sólo se regulen aquellas conductas estrictamente necesarias para la vida social, reglada por las instituciones sociales, quienes directamente les asiste una función integradora incluyente y participativa. En tal orden de ideas, la posibilidad de establecer un ordenamiento jurídico con unas bases bioéticas que armonicen con el actuar de los individuos y las características particulares de cada situación.

De acuerdo con lo anterior, en la presente investigación se propone responder ¿cómo es el desarrollo en la aplicación de los principios bioéticos al ámbito jurídico, en temas como el aborto y la eutanasia, de las sociedades democráticas del siglo XXI?

Para dar respuesta al interrogante, resulta necesario abordar el siguiente orden temático: inicialmente se analizará la evolución del concepto de bioética y su evolución en el campo de las ciencias sociales, especialmente su aplicación al derecho. Luego, se evidenciará una extensión de la aplicación de los principios bioéticos a temas relevantes en el ámbito jurídico como lo son el aborto, la eutanasia. Por consiguiente, se sintetiza el impacto de la investigación sobre bioética jurídica. Para finalmente terminar con las conclusiones y los aportes al debate académico.

## **HACIA UNA NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN DE BIOÉTICA APLICADA AL DERECHO**

El término bioética surge como propuesta de una nueva disciplina para relacionar el conocimiento científico, referente a la vida en todas sus expresiones, y la ciencia humanista enfocada desde la perspectiva de la ética.

Por lo tanto, no existe una sola manera de definir la bioética. Sin embargo, es válido argumentar que la bioética se entiende como un campo interdisciplinario que comprende aspectos filosóficos, científicos, sociales, antropológicos, psicológicos, técnicos, legales, etc. Asimismo, fomenta una nueva tendencia social y cultural para redefinir los conceptos que existen respecto a la naturaleza del ser humano, como nacer, reproducirnos, cuidarnos o morir. Si bien tales aspectos tienen una connotación jurídica, de la cual el derecho se instrumentaliza para reglamentar, igualmente implican que la bioética sea una disciplina que propenda por la búsqueda de acuerdos racionales entre personas de diversos colectivos de la sociedad. “Procura armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los derechos humanos, en relación con los valores y principios éticos universalmente proclamados.” (Tintan, 2004, p.10). Aproximadamente, la bioética se puede definir como el análisis sistemático entre las nociones de la moral y la noción de ciencia enfocado hacia la vida con dignidad. La bioética aplicada al derecho sirve como instrumento de materialización de derechos, para circunstancias concretas, a la que se le asigna una finalidad práctica a través de diferentes formas de institucionalización.

Respecto al origen del término, es posible identificar una discrepancia entre dos posturas históricas. Por un lado, hay quienes consideran que el primero en introducir el término fue el teólogo y filósofo alemán Fritz Jahr, quien, en 1927, utilizó el término “Bio-Ethik” en un artículo relacionado con la ética para con las plantas y animales. Por otro lado, se le atribuye al bioquímico y oncólogo Van Rensselaer Potter, quien en el año 1970 usó el término “bio-ethics” dentro de un artículo, para, un año después, publicar un texto titulado “Bioethics: bridge to the future”. Entre ambos, Potter presenta mayor popularidad, hay quienes dividen la historia de la Bioética en un antes y después de Potter. La etapa antes de Potter hace referencia al contenido ético en el juramento Hipocrático y los principios de la deontología médica. Después de Potter se tiene como referencia de inicio el final de la segunda

guerra mundial, hasta 1967, cuando se realizó el primer trasplante de corazón por el médico Sudafricano Christian Barnard.

En el presente punto del debate, es necesario hacer referencia a cómo la noción de bioética se relaciona con varias áreas del conocimiento. En tal combinación surge una corriente que apoya el concepto de la bioética aplicada al derecho que tiene, como base, una noción exclusivamente preventiva, Maldonado (2007) afirma. “Una preocupación, particularmente de algunos sectores interesados en ponerle límites a las investigaciones científicas sobre seres y sistemas vivos, a partir de la normatividad jurídica” (p.43). Es decir, un ordenamiento jurídico que regule la aplicación de nuevas tecnologías con relación a la vida. Centrándose en el estudio de los peligros y amenazas que la biomedicina, en particular las nuevas tecnologías aplicadas a los seres y sistemas vivos y las consecuencias que pueden ocasionar, es necesario apoyarse concomitantemente en la investigación científica y el aporte de las ciencias humanistas como el derecho. Principios jurídicos como la dignidad, la justicia, la libertad o autonomía de la voluntad, la igualdad, el respeto, entre otros, se identifican plenamente con los principios de la bioética, ofreciendo un factor común ineludible para su estudio. La ponderación de derechos, por ende, los principios de autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia, materializan la lucha por los derechos, por la distribución justa de los recursos y el control de las tecnologías que confieren el dominio sobre la vida. Perfilan su contexto definiendo los retos de la bioética. “Deliberando no sobre lo materialmente bueno sino sobre lo intersubjetivamente justo. Rechazando el absolutismo, el dogmatismo, el fundamentalismo, el relativismo y el subjetivismo, no se compromete con ninguna moral, religión o política concretas y se presenta como una ética aplicada a las interpelaciones de nuestro mundo” (Camps, 2013, p. 392 y ss).

Es necesario establecer la relación entre bioética y derecho para entender la aplicación de los principios bioéticos al

ordenamiento jurídico. Con relación a ello, Rivera (2011) afirma:

Son tres los puntos de conexión entre ambos: la conexión práctica: se da porque el derecho opera como un límite para la bioética, los médicos, miembros de los comités de bioética, investigadores, etc. deben ajustar sus recomendaciones y decisiones a lo que dice el ordenamiento jurídico del lugar donde ejercen sus funciones. Existe una conexión legislativa, en tanto que la bioética brinda razones y fundamentos a los legisladores a la hora de crear o modificar normas de esa materia. Por último, la conexión interpretativa, se da ante la necesidad de solucionar los inconvenientes propios del derecho (textura abierta, colisión de principios y derechos, etc.) mediante la actividad interpretativa. Para ello, los juristas u operadores del derecho recurren a estándares extrajurídicos, como son los de la ética en general y la bioética en particular para encontrar la respuesta correcta a la cuestión controvertida (p.75).

El nuevo concepto de bioética, aplicado al derecho, cumple una función orientadora y práctica que promueve la deliberación y sustenta una razón dúctil, que conjuga la generalidad y abstracción de los principios con la singularidad del caso. Una razón práctica y compasiva que procede con precaución, otorgando relevancia a los derechos y ponderando los principios según cada caso en particular, frente al pragmatismo y el relativismo moral, sostiene la objetividad de los valores y dialoga para sentar las bases éticas políticas y jurídicas de las sociedades bien fundamentadas, que poseen una concepción compartida de la justicia. Asimismo, deja al sujeto decidir y actuar, confiere la facultad de adoptar principios válidos para intervenir en las decisiones del caso concreto, materializando la conexión interpretativa entre bioética y derecho, generando directamente los fundamentos para la conexión legislativa, la cual generalmente es guiada por la moral

mayoritaria de cada sociedad democrática del siglo XXI.

Las bases de dicha relación se reconocen en los derechos humanos, que han surgido de la conciencia social de la humanidad. La declaración universal de bioética y derechos humanos de 2005, que se ocupa de la ética, la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías aplicadas a los seres humanos, da un marco universal de principios de la bioética como guía para los estados. De igual forma, establece expresamente que, en cualquier tipo de prácticas y decisiones vinculadas con las ciencias de la vida y con la biotecnología, los derechos humanos hacen parte del estado social de derecho que se propone garantizar estándares mínimos de salario, salud, habitación y educación para todos. Siguiendo así, la idea de derechos y no de simple voluntad del estado, con fundamento en la seguridad jurídica de la existencia de nuevos derechos fundamentales y efectivos mecanismos de protección, democracia participativa y control político.

## **APLICACIÓN DE PRINCIPIOS BIOÉTICOS A CASOS JURÍDICOS RELEVANTES**

Desde diferentes perspectivas, un amplio consenso sustenta el sentido del “derecho como una práctica social que incorpora la pretensión de corrección” (Atienza, 2013, p. 29). La corrección, como finalidad de la bioética en el derecho, no consiste en la aplicación mecánica de principios o de normas morales programadas previamente. Por el contrario, en la aplicación de los campos argumentativos de acción, es relevante el proceso deliberativo, como un espectro de diálogo multidisciplinario y pluralista, con garantías mínimas para identificar los aspectos relevantes por considerar. De tal modo, la acción práctica en determinadas circunstancias responde a los valores en cuestión de cada individuo, “surgiendo desde el respeto radical a la dignidad de la persona” (Ballesteros, 2007, p. 110). Dicho objetivo no se consigue con la simple aplicación de principios generales ampliamente aceptados, sino

que es necesario contemplar los principios morales de cada sociedad democrática como el producto condensado de experiencias y de circunstancias que han ido cambiando, a lo largo de generaciones, plasmadas en el ámbito jurídico.

Los principios morales son referentes de instituciones, grupos y sociedades enteras, interfiriendo en procesos esenciales de socialización y avance científico. Allí surge la importancia de la bioética, puesto que se desarrolla bajo la garantía del laicismo constitucional como una manera de evitar que la moral sea definida por dogmas religiosos. “Para considerar los principios morales en el ordenamiento jurídico, se exige construir reglas y garantizar los derechos y considerarlos no ya como principios programáticos, sino como reglas de pleno derecho que informan el ordenamiento, contienen los criterios de reconocimiento y aplicación que vinculan a los operadores jurídicos” (Pérez Luño, 1993, p. 455). Los principios de la bioética, aplicados al derecho, son guías de acción para tomar decisiones frente a situaciones que generan una contraposición de derechos, tanto individuales como colectivos, relacionadas directamente con el desarrollo de la vida, “se comprometen con los derechos humanos” (Pérez Luño, 2007, pp. 231-235), en todas sus manifestaciones y planos: la naturaleza, las personas y los ámbitos social, político, jurídico y económico. Claro está, analizando esos problemas, interpretándolos y planteando si bien no respuestas absolutas, por lo menos procedimientos que aporten soluciones para garantizar mínimos de imparcialidad y pensamiento crítico de cada situación.

Tom Beauchamp y James Childress, en 1979, plantearon cuatro grandes principios bioéticos: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. Para desarrollar el objetivo de la presente investigación es necesario extender la conceptualización, aplicación y evolución de los principios directamente al derecho sustancial, propio de las sociedades democráticas del siglo XXI. Para resolver los conflictos que aparecen al momento de tomar decisiones en el ámbito

jurídico, surge la bioética de orientación basada en conseguir un método sistemático de reflexión que permita elegir una solución correcta ante un dilema bioético.

Sus principios no son absolutos y rígidos sino dúctiles y equitativos. Desde la autonomía y el pluralismo, conjuga la convicción de los principios y la responsabilidad de las consecuencias que en una sociedad plural, democrática y abierta configuran lo justo que no siempre coincide con lo bueno (Feito, 2009, pp. 27-99).

Para detallar tal situación, se hace necesario ampliar la aplicación de los principios de la bioética en temas de relevancia social de los cuales el derecho debe regular. Extendiendo el significado de cada concepto en una aplicación práctica del derecho, puntualmente en el tratamiento que las actuales sociedades han desarrollado respecto a temas con trascendencia social, que implican necesariamente la ponderación de derechos fundamentales.

## **PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y PRINCIPIO DE BENEFICENCIA**

El principio de autonomía refleja la capacidad de la persona de tomar decisiones por sí misma, sin influencia externa, por su autodeterminación y su privacidad en la toma de decisiones. Tal principio, desde el punto de vista bioético, se materializa con el consentimiento informado del paciente, como su derecho y deber del profesional que lo atiende. En tal orden de ideas, la voluntad del paciente debe ser respetada como la más importante garantía a cumplir. "el principio de autonomía aparece como un reclamo al respeto por las conductas autorreferentes, lo que implica la no intervención estatal en el plan de vida que cada persona, cada ciudadano elige; y reconociendo como único límite no dañar a terceros"(Mainetti, 2008, p.68).

La beneficencia es entendida como el deber, del profesional de salud, de actuar en pro del beneficio al paciente y sus familiares. Así, se legitima el actuar en la medida que se propenda por el bienestar del paciente,

en ocasiones el beneficio del paciente puede ser diferente a su voluntad, el cual se debe ponderar en busca del consenso por una solución efectiva. En casos de urgencia y sin posibilidad de intervención de los familiares, el médico está obligado a actuar defendiendo los mejores intereses del paciente, como él los entiende, a partir del conocimiento que la medicina le provee<sup>1</sup>. Una extensión de dicho concepto, que inicialmente tiene aplicación en la rama de la medicina, al desarrollo en el ordenamiento jurídico, puntualmente el derecho de autodeterminación en el aborto.

Las posturas respecto al aborto inducido se han caracterizado de forma general por quienes por una parte otorgan al cigoto, en todas sus etapas, una protección absoluta basados en el derecho a la vida, y por quienes confieren a la mujer una protección absoluta de su autodeterminación para decidir sobre su cuerpo, de estas posturas se genera un debate que ha trascendido por varias décadas. Los opositores del aborto defienden el derecho a la vida del feto. Pero ese "derecho del feto a la vida es relativo y no absoluto en la medida en que es la madre la que lo otorga, y solamente puede ser abolido por los derechos de la madre." (Ferrater, 1983 pág. 42). Los principios morales sirven como marcos de referencia para la aplicación de determinados tratamientos en el ámbito jurídico. Entre ellos, la penalización del aborto, no obstante, frecuentemente entran en conflicto entre sí y cada uno de ellos puede ser ponderado de diversas formas según el contexto en que se desarrollen.

Desde el punto de vista jurídico, argumentar que existen derechos cuya protección es absoluta es una falacia, puesto que todos los derechos tienen sus límites ante la colisión de derechos que deben ser ponderados para no vulnerar derechos propios o de terceros. Porque, así como no hay derechos absolutos sino resistentes (Prieto, 1990, p. 83), tampoco hay principios absolutos. En un sector muy conservador de la sociedad se cree erróneamente que el

1. Viada González CE, Ballagas Flores C, Blanco López Y. Ética en la investigación con poblaciones especiales. Rev Cubana Invest Biomed. 2006;20(2):140-9.

derecho a la vida es el más importante y se encuentra por encima de los demás derechos fundamentales del individuo. Para refutar tal tesis es necesario apelar a la teoría de que todos los derechos fundamentales por naturaleza no tienen jerarquía, son indivisibles, interdependientes y se complementan mutuamente<sup>2</sup>. La bioética establece mediante el principio de autonomía y de beneficencia un marco referencial aplicable para interpretar el aborto inducido como una conducta aceptable tanto para la mujer, el cigoto en formación, y la sociedad como garante de derechos.

Científicamente, conocemos que el embarazo es un proceso con diversas fases del desarrollo embrionario. En la primera fase, que va hasta las 12 primeras semanas de gestación, el óvulo fecundado, denominado cigoto, no llega necesariamente a convertirse en un feto que potencialmente nazca vivo, esto es porque pueden convertirse en tejidos amorfos, tumores o fetos anencefálicos. Apenas a los 14 días empieza a insinuarse la columna vertebral, lo cual indica que el feto no tiene un sistema nervioso que le permita “sentir dolor o estar consciente” (Singer, 2003 pág. 108). Por ende, desde el punto de vista científico, el ser humano puede catalogarse como tal cuando tiene la autonomía fisiológica necesaria para experimentar funcionalidad y conciencia de los estímulos externos. Dicha condición se logra a partir del último trimestre del embarazo. Tampoco hay una razón clara para que una entidad, la cual apenas potencialmente puede ser persona, deba tener tanto reconocimiento como una persona cabal: “el feto no es formalmente una persona, aun cuando se acepte que posee una naturaleza humana virtual” (Vázquez, 2009 pág. 54). Esta controversia no puede ser resuelta por el derecho privilegiando una determinada tesis moral, “la que considera al feto una persona, imponiéndose a todos y por tanto obligando también a las mujeres que no la compartan a sufrir dramáticas consecuencias.” (Ferrajoli, 2006, p.37).

---

2. M. Piekarewicz Sigal, *Bioética, aborto y políticas públicas en América Latina*, Barcelona, 2015.

En este orden de ideas, si bien la mujer es reconocida como sujeto titular de derechos, el cigoto, reconocido como un bien jurídicamente tutelado que goza de la protección propia otorgada al genoma humano, en tanto patrimonio genético goza de intangibilidad e integridad, salvo por motivos terapéuticos: la penalización del aborto en todas las semanas de gestación surge como una medida desproporcionada que desconoce los fundamentos científicos. La utilidad de la ciencia al servicio del derecho y el principio de autonomía y beneficencia propios de la bioética permite que la mujer goce de la potestad para decidir sobre la continuidad del embarazo, dentro de los términos que la ciencia permite catalogar como cigoto al óvulo fecundado. Así, la protección es variable de acuerdo con el tiempo de fecundación.

La penalización de la interrupción voluntaria del embarazo es contraria, fundamentalmente, a las recomendaciones de organismos internacionales sobre la materia. Entidades autorizadas de las Naciones Unidas han llegado a la conclusión de que las mujeres tienen el derecho de decidir en los asuntos relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo, inscribiéndose como un derecho reproductivo, al ponderar el resto de los derechos humanos que corren riesgo cuando el acceso de las mujeres a los servicios de aborto legal y seguro está restringido. Siguiendo a Cohen (1999), “forzar a una mujer a soportar un embarazo no deseado es imponer por la fuerza una identidad: la identidad de ser mujer embarazada y de madre. Innegablemente, es la integridad corporal de las mujeres, en el sentido físico, tanto como el emocional, lo que se pone en juego a través de la penalización del aborto. Pero también se hace peligrar su integridad personal” (p.226).

En síntesis, la Bioética, mediante el principio de autonomía y de beneficencia, permite materializar su utilidad para transformar el ordenamiento jurídico y la forma en que las sociedades democráticas del siglo XXI implementan la aplicación de derechos fundamentales a casos como

la interrupción voluntaria del embarazo, la cual debe estar libre de influencias políticas, religiosas y económicas: “De ahí la separación entre el Derecho y la moral no para desmoralizar el Derecho, sino para deslegalizar la moral e impedir que el Estado interfiera en asuntos que sólo y exclusivamente solo competen al sujeto” (Laporta, 1993, pp. 59 y 107). El acto de reconocer en la capacidad de autodeterminación del ser humano un principio que cumple con mayores garantías en la dimensión moral de la sociedad como la base para respetar la voluntad de la mujer es algo peligroso, cuando científicamente se prueba que dicha voluntad no vulnera derechos ajenos, no solo en materia médica, sino en general en todas las disciplinas que convergen y se relacionan con el aborto inducido.

### **PRINCIPIO DE NO MALEFICENCIA Y PRINCIPIO DE JUSTICIA EN LA EUTANASIA**

El principio de no maleficencia, desde el punto bioético, se fundamenta en no cometer acciones que lesionen al paciente, perjudicándolo innecesariamente o sin justificación, en consecuencia, con los fines perseguidos en función de su bienestar. Es por esto por lo que el profesional se debe comprometer a tener una formación fundamentada en conocimientos sólidos y científicos. Basados en la anterior premisa, es necesario reformular para el caso puntual de la eutanasia, ¿qué se entiende como el bienestar del paciente? Este principio consagra una coacción negativa de no menoscabar el bienestar de un tercero. De esta manera, automáticamente, este concepto adquiere un sentido en el cual la prioridad no es evitar la muerte, sino evitar que su bienestar como ser humano se vea menoscabado directa o indirectamente por el actuar del personal de salud: “Es responsabilidad de los médicos entender sus anhelos, creencias o preocupaciones, y explicar con claridad la situación única que están viviendo, las opciones de manejo y tratamiento, así como hacerles conocer las consecuencias posibles del camino que elijan (Becca, 2005 p.133). Es

necesario enfatizar en cómo las sociedades materialmente inclusivas y pluralistas han tenido que desarrollar procedimientos eficaces para hacer frente a los conflictos de interpretaciones sobre el alcance, la pertinencia y la prioridad de la vida con dignidad, igualmente con una forma racional de entender la muerte.

El principio de justicia en la eutanasia se materializa en el deber de actuar del profesional de la salud en el campo médico. Esto es garantizar el acceso a todos los servicios médicos aprobados por el método científico. Igualmente, este principio es extensivo a los sujetos en el mundo del derecho, porque la aplicación para la eutanasia, las decisiones deben ir más allá de los convencionalismos religiosos que vetan de sus concepciones este tipo de prácticas, a causa de que se tiene que las decisiones en materia de políticas públicas para entender una vida con calidad son responsables por vía del acuerdo intersubjetivo: “una persona de cualquier sociedad ha sido tratada justamente si es tratada de acuerdo con lo que es justo, debido o merecido”. (Zalvi, 2001, p.55). Asimismo, el deber de cuidado se ve materializado en la obligación de las instituciones que prestan el servicio de estar capacitadas, no solamente en términos de la práctica médica, sino también en términos administrativos de evaluación, diagnóstico y mejoramiento de los procesos para mantenerlos en constante renovación y vigencia.

En 2009, el tribunal supremo de Canadá declaró la inconstitucionalidad de los artículos. 14, 21, 22, 222 y 241 de la Carta Política, y anuló la prohibición del suicidio médicamente asistido. Esta sentencia se considera referente y liberal porque reafirma la dignidad y la autonomía en oposición al paternalismo, y “distingue entre la ética pública y la ética privada y reafirma desde el paradigma autonomista” (Gracia, 2004, pp. 397). Esta es una sentencia relevante porque frente a los objetivos y directrices políticas se toma en serio los derechos, es principialista e impulsada por la integridad porque atiende a los principios que contienen exigencias de justicia y “se imponen sobre las reglas y dan



la respuesta correcta". (Pérez Luño, 2009, p. 466). Los principios morales no pueden vulnerar derechos. Es viable reconocer que existe un consenso respecto a la vida como un presupuesto necesario para ejercer los demás derechos, pero se reitera la necesidad de entender la vida como un derecho que no es absoluto, cada individuo puede decidir si continúa o no viviendo cuando las circunstancias que rodean su experiencia no la hacen deseable ni digna de ser vivida.

La eutanasia como concepto holístico debe tener en cuenta el proceso que el paciente ha tenido durante el avance de su enfermedad y su autodeterminación como base para respetar su voluntad, la cual debe tener un límite en los comités científicos cuyos parámetros se basan en el soporte científico. Lo anterior le permite a la bioética servir de base para tomar decisiones que respeten el ya conocido consentimiento informado, como máxima expresión para garantizar el verdadero bienestar del paciente. El principio de no maleficencia y de justicia adquieren una connotación crítica porque reflexionan y cuestionan un problema real, cotidiano y concreto, como lo es enfrentar la muerte. No se puede ofrecer un conjunto de respuestas simplistas, de dogmas rígidamente preestablecidos o fórmulas hechas que indiquen lo que está bien y lo que está mal con la eutanasia. Aunque la muerte es dolorosa cada caso es particular, el bienestar del ser humano se entiende como un concepto dinámico y subjetivo para cada caso. Es por esto por lo que la muerte no puede ser catalogada objetivamente como negativa, el criterio objetivo de reconocer la muerte es inevitable en determinados casos y por lo tanto se debe contar con sistemas jurídicos que regulen el derecho a morir con dignidad.

El derecho a elegir es lo que debe primar ante las situaciones extremas donde se vulneran el bienestar de un paciente. Desde la perspectiva de un enfermo terminal la eutanasia debe ser vista como la conclusión lógica de un proceso de raciocinio donde, basados en un diagnóstico médico, se compara los pros y los contras de vivir con la irreversibilidad o la imposibilidad

de recuperación. Los sistemas médicos y jurídicos deben enfocarse a proporcionar al paciente la mejor calidad de muerte posiblemente realizable, en armonía con el derecho de los familiares de estar preparados y conocer la motivación de cada situación, para de esta manera evitar prolongaciones innecesarias que limiten la efectividad de otros derechos diferentes al derecho a la vida.

Desde un punto de vista pluralista, la búsqueda y el respeto por el bienestar del individuo que tiene una condición médica irreversible le confiere una capacidad de asumir, a él o sus familiares, en forma responsable y autónoma, las decisiones sobre la materialización de la dignidad en sus vidas: "Es así como entre la bioética y lo jurídico se produce una fructífera relación por la mediación de la filosofía de los derechos humanos, a partir básicamente del reconocimiento expreso de la dignidad humana como principio fundante común a estas disciplinas" (Hofft, 1997, p.7).

El Estado, a través del derecho, no puede forzar a los ciudadanos a continuar viviendo cuando por las circunstancias extremas en que se encuentran no lo estiman compatible con su propia dignidad. Por el contrario, al Estado le asiste el deber de proteger la vida en consonancia con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, no como una respuesta absoluta, sino como una conclusión particular de los principios bioéticos aplicados al ordenamiento jurídico.

## **IMPLICACIONES DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE BIOÉTICA APLICADA AL DERECHO.**

La investigación sobre bioética no puede articular reflexiones pluralistas sobre planteamientos exclusivamente deontológicos en el derecho. Lo idóneo es que se consideren los principios y derechos como relativos en el sentido que han de ser tenidos en cuenta siempre y cuando una circunstancias determinada no permita que los principios se desarrollen de forma conjunta sin afectarse mutuamente,

implementando, con esto, criterios de aplicación orientados a salvaguardar los valores que dan contenido a los principios en colisión, procurando, también, que las acciones a implementar sean coherentes con la importancia relativa de los derechos por proteger en cada caso específico. En consecuencia, siendo los principios materia prima esencial para la argumentación e interpretación del derecho, y para la solución de casos complejos como los que se han mencionado, “al derecho le asiste una conexión metodológica con la bioética, como ponderación de principios contrapuestos y aplicación a casos concretos, tal y como ha sido expuesto por parte de juristas y de filósofos ocupados con el diálogo entre bioética y derecho”. (Francesco Viola, 2009, p.38).

Es relevante precisar que es en el proceso de deliberación donde se identifican los criterios para aplicar principios que fundamentan los derechos que colisionan entre sí, con el fin de procurar que la acción finalmente elegida refleje los valores que dotan de contenido a los principios. Es decir, no se trata simplemente de “hacer lo correcto” porque aparentemente se tiene en cuenta una regla o principio ampliamente aceptado, en ocasiones por mayorías, sino de garantizar en lo posible “el resultado sea justo”, atendiendo a las circunstancias y a los detalles relevantes de la situación. Estas características sirven como sustento en la argumentación orientada para identificar qué implementación de la acción es más razonable. “La argumentación reconstruye los puentes entre los hechos y los valores, justifica el razonamiento y pronuncia la única respuesta correcta” (Atienza, 2010, p. 76). Quienes otorgan un carácter absoluto a los principios morales y los consideran válidos pese a las circunstancias, generalmente desarrollan estilos de argumentación moral con rigidez deductiva.

El progreso de las sociedades democráticas del siglo XXI se caracteriza porque tiene presente que no es posible limitar el desarrollo científico y jurídico de forma arbitraria, obedeciendo a costumbres netamente dogmáticas. Sin embargo,

tampoco se puede aceptar un desarrollo científico que por sí mismo atente con la existencia y estabilidad de la humanidad, motivo por el cual la bioética se está consolidado como un complemento del derecho para regular las nuevas tecnologías y la biomedicina, valiéndose de herramientas interpretativas para ejercicio de derechos en todas sus categorías, generando una fundamentación en el estudio de los riesgos, peligros y amenazas que el avance en estas áreas pueda implicar para el ser humano. Por lo tanto, todo aquello que ponga en riesgo la vida, la libertad, la dignidad y los demás principios característicos de una sociedad contemporánea, democrática y participativa, se vuelve objeto de regulación normativa y análisis jurídico.

En la aplicación de este precepto se genera una consecuencia respecto a los principios que se consideran fundamentales para el desarrollo y estabilidad de la sociedad. Para un sector el valor fundamental es la vida, para otro el valor fundamental es la autodeterminación, y, generalmente, la posición que se tiene suele inclinar las percepciones sobre la aplicación de la bioética en las sociedades contemporáneas del siglo XXI. La bioética aplicada al derecho es esencial para la eficaz toma de decisiones y la creación de políticas públicas que respondan a la complejidad de cada situación, Potter (2002) afirma: “la acción tendrá que ser constreñida y guiada por el conocimiento biológico mientras emerja la bioética y sea finalmente convertida en acuerdos voluntarios, o leyes reguladoras en instancias específicas” (p.56)

La investigación sobre bioética aplicada al derecho propende por el diálogo entre todos los interesados, con el fin de llegar a fórmulas cada vez más adecuadas, articulando las perspectivas de todos los implicados, haciendo que sus voces sean oídas, fomentando el respeto y el entendimiento mutuo, actuando como referentes en casos y situaciones confusas, y suministrar métodos de análisis y deliberación sobre problemas concretos, basados en la argumentación y el diálogo interdisciplinar, partiendo de la ciencia como una herramienta que

permite dimensionar que todos los derechos no pueden catalogarse como absolutos, imperativos e imperiosos de manera abstracta.

## CONCLUSIONES

La nueva conceptualización de bioética aplicada al derecho estipula una ética de la responsabilidad abierta, aproximativa y probabilista, capaz de evaluar los riesgos, los costos y los beneficios, según el método científico aplicado al ordenamiento jurídico, haciendo eco de la necesidad de fijar normas que respeten al ser humano, no solo frente a un poderío tecnológico, sino ante las imposiciones y barreras ideológicas que pueden predominar en los sectores conservadores de las sociedades democráticas del siglo XXI. Igualmente, es inclusiva al promover la diversidad y reconocer que todas las opiniones son válidas, enfocándose en reconocer la importancia de concretar los argumentos que se compartan desde las diferentes posturas, por lo que la pluralidad es entendida como un principio rector en el desarrollo de los debates surgidos. Al tener mayor número de puntos de vista, se puede garantizar en un mayor grado que la síntesis lograda sea eficiente respecto a los participantes del debate. Desde el punto de vista estatal se legitima la creación de políticas públicas mediante la participación de los directamente interesados, generando directamente una efectividad en su implementación.

A pesar de su reciente existencia en el mundo de la ciencias biológicas y jurídicas, la bioética ha logrado una aceptación considerable en todos los ámbitos de aplicación tanto del derecho como de la medicina. Ha servido para fundamentar desde un punto de vista ético la investigación con seres humanos. Ha contribuido a transformar el modelo paternalista de relación con los pacientes, y ha cambiado significativamente la forma de tomar decisiones médicas y sociales, especialmente a interpretar los principios bioéticos para regular determinadas conductas en el mundo jurídico como el aborto inducido, la eutanasia, desde un fundamento holístico, consensual, laico y argumentativo.

En el campo de la investigación sobre bioética aplicada al derecho se concluye cómo la noción de derechos en colisión se ha extendido hacia una visión más realista de nuestras sociedades, llegando a abarcar una nueva concepción más dinámica de los valores y principios, todo tipo de problemas relacionados con la vida, generando nuevos debates y retos sobre cómo se perciben las interacciones entre los sujetos titulares de derechos y obligaciones. Esto abre paso a un cambio de paradigma de pensamiento más inclusivo, participativo y analítico de la materialización de principios bioéticos aplicados a los casos específicos del aborto inducido y la eutanasia, interpretados y aplicados mediante el derecho en las sociedades democráticas del siglo XXI.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Atienza, M. (2012). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- » Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- » Ballesteros, J. (2007). *Sobre el sentido del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- » Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Trad. de Rafael de Asís Roig. Madrid: Sistema.
- » Bouesseau, M (2005). *La muerte como frontera de sentido: fundamentos para la elaboración de una ética de la medicina paliativa*. Boston: Ars Medica.
- » Camps, V. (2013). *Breve historia de la Ética*. Barcelona: RBA.
- » Tinant, E. (2004). *Antología para una bioética jurídica*. Buenos Aires: La Ley.

- » Cohen, J. (1999). Para pensar de nuevo la privacidad, la autonomía, la identidad y la controversista sobre el aborto. *Debate Feminista* (19).
- » Feito, L. (2009). *Ética y enfermería*. Madrid: UPC.
- » Ferrajoli, L. (2008). “La cuestión del embrión entre el derecho y la moral”, en *Democracia y garantismo*, trad. P.A. Ibáñez (págs. 153-172). Madrid: Trotta.
- » Ferrajoli, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. México: Doxa.
- » Gracia, D. (1989). *Fundamentos de bioética*. Madrid: Eudema.
- » García, G. (2002). Comp. Bioética e Investigación Científica. Memorias Primer Congreso Internacional. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá.
- » Hofft, P. (1999). *Bioética y derechos humanos*. Temas y casos, Buenos Aires: KJH
- » Maldonado, C. (2007). *Bioética, biopolítica y bioeconomía: panorama práctico sobre la bioética*. Bogotá: Temis.
- » Mainetti, J. A. y M. M. El amparo de la bioética cuando ser madre resulta un drama. *Lexis-Nexis* N° 983734.
- » Pérez Luño, A.E. (2007). *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Madrid: Tébar.
- » Piekarewicz Sigal, M. (2015). Bioética, aborto y políticas públicas en América Latina. *Revista de Bioética y Derecho* (No. especial), 210 - 219.
- » Rivera, E. (2011). Derecho y Bioética, en *Problemas de vida o muerte*. Madrid: Marcial.
- » Singer, P. (2003). *Ética práctica*. Madrid: Cambridge University Press.
- » Tinant, E. (2003). Los derechos humanos a la luz de la bioética, J.A. 2003-III, fascículo N°4, p. 88.
- » ZALVI, Mauricio. Justice (Príncipe de). En: HOTTOIS, Gilbert. 2001.

---

## **Diseño de los lineamientos generales para la indexación de la Revista Derecho y Realidad**

### **I. Definición de los lineamientos generales de la Revista Derecho y Realidad**

#### **1. Generales**

Nombre: Revista Derecho y Realidad  
Publicación: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Institución: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia  
Versión impresa ISSN No.1692-3936  
Periodicidad: semestral  
Período de publicación: enero–junio de 2020  
Número de ejemplares: 100  
Dirección postal: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Biblioteca Central. Avenida del Norte Tunja, Boyacá, Colombia.  
Dirección electrónica de la Revista: [derechoyrealidad@uptc.edu.co](mailto:derechoyrealidad@uptc.edu.co),  
[publicaciones@uptc.edu.co](mailto:publicaciones@uptc.edu.co)  
Auditorio al que se dirige: comunidad científica, académica y público en general comprometido o interesado con la producción investigativa, reflexiva y doctrinal en los campos del derecho, las ciencias sociales y humanas.  
Patrocinador: UPTC, Dirección de Investigaciones –DIN-.

Aeroenvíos:  
Revista Derecho y Realidad  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC  
Dirección: Avenida Central del Norte, Tunja, Boyacá, Colombia. Tunja, Boyacá  
Mayor información: PBX: (8) 7405626

#### **2. Misión y visión**

##### **Misión**

La Revista Derecho y Realidad contribuye a la divulgación científica y tecnológica de la producción intelectual e investigativa, portadora de nuevo conocimiento de profesores e investigadores de la comunidad universitaria y científica, para el desarrollo del derecho y las ciencias sociales y humanas, sobre la base de la formación integral, del pensamiento pedagógico, la ética, la cultura, la crítica y la efectividad de los derechos humanos, sociales, económicos y ecológicos, que identifican la esencia de este medio y la misión de la UPTC.

##### **Visión**

Ser reconocida nacional e internacionalmente como una revista que, a través de la divulgación de los resultados científicos, del desarrollo y la innovación, teje redes de producción para la integración, la construcción de pensamiento y de prácticas centrados en modelos de vida interesados en el bienestar social, para la transformación de la cultura jurídica y las normativas tradicionales.

### **3. Objetivos de la Revista**

- Divulgar la producción de nuevo conocimiento, ciencia y tecnología, que aportan los investigadores y profesores a partir del desarrollo investigativo en el proceso de mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad y la sociedad.
- Incentivar la cultura de la investigación pedagógica, científica, tecnológica y crítica, que articule la producción de las ciencias sociales, humanas y normativas, especialmente por su relación con el derecho como objeto de estudio y problematización, en la medida de su papel para la construcción de sociedades basadas en la convivencia pacífica y la integración regional e internacional.
- Aportar a la acumulación y la construcción de modelos pedagógicos y alternativos que contribuyan a la formación de ciudadanos comprometidos con la identificación de problemáticas y propuestas de soluciones de sus propias realidades, entornos y territorios, el cuidado de la vida, los conocimientos y saberes teóricos y prácticos sobre diversos aspectos para la solución de conflictos de la realidad sociojurídica, local, regional, nacional e internacional.

### **4. Pautas para los autores**

La Revista Derecho y Realidad es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. De acuerdo con sus objetivos y su carácter científico, incluye artículos de investigación catalogados según las siguientes categorías que establece Publindex:

1. Artículo de investigación científica y tecnológica. Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
2. Artículo de reflexión. Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
3. Artículo de revisión. Documento resultado de una investigación terminada, en el que se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones, publicadas o no, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.
4. Artículo corto. Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.

---

5. Reporte de caso. Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.

6. Revisión de tema. Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.

7. Traducción. Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.

8. Documento de reflexión no derivado de investigación.

**Al enviar los artículos los autores deben tener en cuenta los siguientes requisitos:**

**a)** Todo artículo debe ser resultado de una investigación científica, ser original o inédito y no estar postulado para la publicación simultánea en otras revistas u órganos editoriales. El autor o autores garantizan esta condición en el documento de cesión de derechos.

**b)** Por tratarse de una publicación arbitrada, todo original será sometido a un proceso de revisión y dictamen, así:

- Una primera valoración por parte de los delegados de los comités Editorial y Científico, con el fin de evaluar el contenido y el cumplimiento de las normas de publicación.
- Una segunda evaluación por parte de un par académico (modalidad ciego), quien, en su condición de experto, determinará la originalidad, la calidad y la pertinencia del contenido y emitirá el dictamen correspondiente.
- La decisión final de publicación o de rechazo se comunicará al autor en un plazo máximo de tres meses.

**c)** La revista se reserva el derecho de:

1) publicar, tanto en soporte impreso como en medio electrónico, las colaboraciones recibidas, con el propósito de divulgarlas a la comunidad académica y científica nacional e internacional, directamente como a través de intermediarios.

2) solicitar modificaciones y decidir si el material se publica totalmente, por entregas o solo un extracto.

3) introducir modificaciones necesarias para adecuar el texto a las normas y estilo de la revista.

## **6. Requisitos formales de los artículos para publicar**

### **1. El artículo deberá contener:**

- a. Título.
- b. Resumen bibliográfico del autor (es).  
Nombre(s) y apellido(s), profesión, estudios de pregrado y universidad, estudios de posgrado y universidad, cargo profesional o académico actual, institución a la que está(n) adscrito(s) y correo electrónico.
- c. Categoría del trabajo de investigación: por ejemplo: resultado de investigación, artículo de ciencia y de reflexión, ponencia, conferencia.
- d. Nombre del proyecto de investigación del cual proviene el escrito.
- e. Sumario (contenido): máximo cuatro niveles de titulación.
- f. Resumen no mayor de 150 palabras, que abarque el contenido del artículo.
- g. Abstract o traducción del resumen al inglés.
- h. Palabras clave (máximo 10) que den una idea de los temas fundamentales que aborda el artículo, en español y en inglés.
- i. Metodología de investigación.
- j. Introducción (sin numeración).
- k. Cuerpo del trabajo: presenta el contenido de acuerdo con los niveles de titulación enunciados en el sumario.
- l. Resultados: hallazgos que arrojó su investigación.
- m. Conclusiones.
- n. Referencias: listar en estricto orden alfabético del primer apellido del autor únicamente las obras citadas en el texto.
- o. Notas de pie de página: deberán usarse solo para aclaraciones, no para referencias bibliográficas.
- p. Bibliografía: si se incluye, esta deberá corresponder a obras que el autor recomienda a los interesados en profundizar sobre el tema.

Nota: las citas, notas de pie de página y referencias bibliográficas deben seguir la metodología establecida por la American Psychological Association –APA- en su Manual de estilo:

<http://www.apastyle.org/faqs.html>. <http://apastyle.org/previoustips.html>.

### **2. Reglas de presentación:**

- a. El texto debe presentarse en Word, fuente Arial de 11 puntos, a 1.5 de espacio, formato carta, en los cuatro bordes y numerado en la parte superior derecha.
- b. Las tablas y gráficos deberán numerarse en orden seguido, tener el título correspondiente, la fuente (si son elaboración propia o en su defecto, indicar la fuente de donde se tomaron) y enviarlas en archivo aparte en el programa original en que fueron elaboradas.
- c. Es responsabilidad del autor conseguir los permisos o cancelar los derechos de autor de las imágenes (fotografías, figuras, etc.) que incluya en el artículo que pertenezcan a otras personas.

### **3. Correo para envíos:**

Todos los trabajos deben enviarse al correo electrónico de la revista en texto Word, con el formato del acta de aceptación y cesión de derechos debidamente diligenciado (el acta de aceptación y cesión de derechos se adjunta como anexo a este documento). Correo electrónico: [derechorealidad@uptc.edu.co](mailto:derechorealidad@uptc.edu.co), [publicaciones@uptc.edu.co](mailto:publicaciones@uptc.edu.co)



---

## ACTA DE ACEPTACIÓN Y CESIÓN DE DERECHOS

Señores:

### **REVISTA DERECHO Y REALIDAD**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–

Tunja - Boyacá

En virtud de lo previsto en los artículos 76 y 77 de la Ley 23 de 1982 de la República de Colombia, y las demás normas internacionales sobre derechos de autor, y con la finalidad de que la revista pueda disponer del material adjunto, por medio de la presente autorizo(amos) la publicación en soporte impreso y en medio electrónico, siempre y cuando se haga sin fines de lucro, y con el propósito de divulgar el mismo a la comunidad académica y científica nacional e internacional, de acuerdo con las condiciones establecidas por el Comité Editorial de la revista, del artículo titulado:

---

---

cuyo autor es (son) el (los) firmantes:

Garantizamos que el artículo no ha sido publicado antes y que he(amos) obtenido permiso del titular del derecho de autor para reproducir en el artículo y en todos los medios el material que no es propio, que el artículo no contiene ningún planteamiento ilícito y que no infringe algún derecho de otros.

No obstante lo anterior, como autor(es) conservo(amos) los derechos morales y patrimoniales de autor, y autorizo(amos) la reproducción del artículo en la revista sin limitaciones en el tiempo o número de ejemplares, con la condición de que deberán identificarme(nos) como autor(es) del mismo y no alterar el texto sin mi (nuestro) consentimiento.

Por último, como autor(es) me (nos) reservo (amos) igualmente el derecho de realizar copias de todo o parte del trabajo para uso personal, incluyendo presentaciones, la enseñanza en aulas por sí o por parte de otros, procurando que las copias no sean puestas a la venta o distribuidas de un modo sistemático afectando la novedad y originalidad del artículo.

Asimismo, como autor(es) podremos utilizar todo o parte del artículo, después de la publicación en la revista, en un libro propio o en una colección de trabajos del (los) autor(es).

Manifiesto(amos), igualmente, que el contenido de este artículo ha sido revisado y aprobado por todos los firmantes y manifiesto(amos) que estoy (amos) de acuerdo con su publicación.

Nombre(s) y firma(s):

\_\_\_\_\_  
C.C.

\_\_\_\_\_  
C.C.

\_\_\_\_\_  
C.C.

\_\_\_\_\_  
C.C.

Fecha:

**CERTIFICATE OF ACCEPTANCE AND TRANSFER OF RIGHTS**

Messrs

**REVISTA DERECHO Y REALIDAD**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–

Tunja – Boyaca

Under the provisions of Articles 76 and 77 of Law 23 of 1982 of the Republic of Colombia, and other international standards on copyright, and in order that the magazine may use the enclosed material, through hereby I authorize the publication in print and electronic media, provided it is done without profit, and for the purpose of publicizing it to the academic and scientific community, national and international, according to the conditions set by the Editorial Committee of the magazine, of the article entitled:

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

whose author is the signatory:

I guarantee that the article has not been published before and that I have obtained permission from the copyright holder to reproduce in the article and in every way the material which is not my property; that the article does not contain any illegal approach and does not infringe any rights of others.

Nevertheless, as the author, I retain moral and economic rights, and I authorize the reproduction of the article in the magazine without limitations in time or number of copies, provided that the journal must identify me as author thereof and not alter the text without my consent.

Finally, as the author, I reserve also the right to make copies of all or part of the work for personal use, including presentations, classroom teaching by myself or by others, ensuring that the copies are not offered for sale or distributed in a systematic way affecting the novelty and originality of the article.

Also, as the author, I can use all or part of the article, after the publication in the journal, into an own book or in a collection of works of the author.

I also manifest that the content of this article has been reviewed and approved by all signatories and express that I agree its publication.

Name (s) and signature (s):

\_\_\_\_\_

C.C.

\_\_\_\_\_

C.C.

\_\_\_\_\_

C.C.

\_\_\_\_\_

C.C.

Date:

