



**JUSTICIA SOCIAL
EN ÉPOCA DE PANDEMIA:
Reflexiones desde lo andino**

Claudia Storini, José Chalco,
Liliana Estupiñan & María Cristina Gómez
EDITORES

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

JUSTICIA SOCIAL EN ÉPOCA DE PANDEMIA:
REFLEXIONES DESDE LO ANDINO

Claudia Storini, José Chalco,
Liliana Estupiñan & María Cristina Gómez
EDITORES

Cesar Montaña
RECTOR UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Francisco Salgado Arteaga
RECTOR

Martha Cobos Cali
VICERRECTORA ACADÉMICA

Jacinto Guillén García
VICERRECTOR DE INVESTIGACIONES

Toa Tripaldi Proaño
DIRECTORA DE COMUNICACIÓN Y PUBLICACIONES

Oswaldo Encalada, Verónica Neira
CORRECCIÓN DE ESTILO

Daniela Durán P.
DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

e-ISBN: 978-9942-847-03-4

Cuenca-Ecuador, marzo de 2021

PORTADA

Artista:
Jorge Chalco, artista visual

Título de la obra:
La serpiente y la guacamaya
Acrílico sobre lienzo
50x250 cm (políptico)

Año:
2018

JUSTICIA SOCIAL EN ÉPOCA DE PANDEMIA: Reflexiones desde lo andino

Claudia Storini, José Chalco,
Liliana Estupiñan & María Cristina Gómez
EDITORES



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

Casa 
Editora

PARES ACADÉMICOS

Prof. Roberto Viciano Pástor
Doctor Ph.D en Derecho, Universitat de València

Prof. Christian Masapanta Gallegos
Doctor Ph.D. en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar,
sede Ecuador.

Derecho en Tiempos de Pandemia

Libertad es una palabra
que el sueño humano alimenta,
que no hay nadie que la explique
y nadie que no la entienda.

Cecilia Meireles

Los versos de Meireles en el epígrafe se relacionan con el que da inicio al tercer artículo de este libro, en el que Trujillo afirma que es difícil definir la justicia, pero la echamos de menos observando pequeños actos cotidianos como a un niño abusado o a un obrero explotado. Y este libro, una colección de ensayos sobre el derecho en tiempos de pandemia, tiene como Leitmotiv la tensión entre justicia y libertad versus el combate al enemigo invisible que trastocó la humanidad a partir de finales de 2019.

¿Hasta qué punto es legítimo restringir las libertades con el fin de precautelar la salud y la vida? ¿Hasta dónde puede el derecho responder flexiblemente a una situación excepcional calamitosa? ¿Cómo se pueden complementar políticas globales y nacionales con acciones locales autónomas de un sistema descentralizado? ¿Cómo se limita al poder? ¿Cómo se alienta la transparencia y se evita la corrupción? ¿Cómo se integra la gestión de riesgos como un aspecto fundamental de la administración y la economía? Y, sobre todo, ¿cómo se protegen a los más vulnerables?

La pandemia nos ha enseñado que solo somos tan fuertes como el más débil de nuestros hermanos, que solo salimos de ella juntos, sin dejar a nadie fuera. Por acción de la evolución, el virus cambia mientras más tiempo pueda permanecer y replicarse: una solución en un territorio es solamente temporal si no se logra una erradicación o tratamiento global. El bien común, también en este caso, es una multiplicación de factores en los que ninguno puede ser cero, en cuyo caso el resultado es nulo. Al contrario, la multiplicación de los dones se da al compartir sin medida con todos, sobre todo con los empobrecidos.

He aquí la pertinencia de este libro, que reflexiona sobre la justicia social y la libertad en medio de la lucha contra la pandemia en nuestros países andinos. Varias pandemias han acontecido en la historia y sin duda

vendrán nuevas y más frecuentes. La reflexión sobre la justicia, la libertad, los derechos humanos en estos contextos, es por tanto una tarea intelectual fundamental para acompañar a la ciencia en la acción contra todos los virus, tanto los de la naturaleza, así como los de la acción humana. Ambos son inicialmente invisibles e invencibles hasta cuando podemos comprenderlos y entonces podemos combatirlos. La ciencia y el derecho son aliados fundamentales para este propósito fundamental de la humanidad.

Francisco Salgado-Arteaga
Rector de la Universidad del Azuay

Justicia social en época de pandemia: Reflexiones desde lo andino

El derecho como ciencia y signo de una época abarca todas aquellas disposiciones que, enmarcadas en un haz de valores y principios, han de ser aplicadas para garantizar la convivencia pacífica, proscribir el caos y asegurar la vigencia de derechos y libertades en el horizonte de generar las condiciones idóneas para el desenvolvimiento de la sociedad, en un clima de justicia y en un marco de democracia.

Como sabemos, la compleja realidad social permanentemente cuestiona la capacidad de la disciplina jurídica para sintonizar con retos del presente; esta situación se exagera cuando devienen en la historia eventos inusitados, pero con el potencial enorme de remover las bases mismas de la relación humana, la dinámica de las instituciones y del poder. Justamente, esto último es lo que acaeció en nuestro medio a partir de marzo de 2020, cuando el país y la región tuvieron que verse obligados a hacer un alto para replantear el modo de hacer las cosas, desde las más elementales, antes de continuar -eso sí, con mucha cautela y limitaciones-, en la tarea ardua de enfrentar la pandemia por COVID-19, y al mismo tiempo, impulsar la gran maquinaria del Estado y del mercado.

Si en tiempos normales se ha cuestionado la justicia social, y se ha alertado sobre su debilidad, es dable pensar que en circunstancias tan anormales como las que soportamos, aquella se encuentre seriamente resquebrajada. Por esto, es necesario que los pensadores sociales en general, y particularmente los juristas, ensayen con premura la labor de relectura del mundo jurídico, no solamente desde la apreciación meramente local o nacional, sino además, a partir de la vivencia y del modo de ser andino, lo que implica realizar una mirada diferente, crítica y alternativa de las cosas, liberada de atavismos y enfoques exclusivos de otras latitudes extrañas y distantes, mirada incapaz de apreciar el bullir y la temperatura de todo lo que nos pertenece como cualidad única y diferenciadora. Necesitamos comprender desde nuestra propia experiencia y sentir, porque solo de esta manera estaremos en capacidad de crear soluciones ajustadas a una realidad singular, sin férulas ni trasplantes que por ser de extraña amalgama pueden resultar contraproducentes o, hasta paralizantes.

Debido a este panorama agreste e incierto, no puede ser más oportuna la irrupción de esta nueva obra en el mar de producciones editoriales que ha detonado la pandemia; Justicia social en época de pandemia: Reflexiones desde lo andino, aparece con personalidad propia y posturas contundentes; precisamente, se propone compartir reflexiones sesudas sobre aspectos urgentes para nuestras sociedades y pueblos, hoy más que nunca, cuando debemos contar con una observación imparcial y objetiva desde el sur, que implique propuestas de cambios a las recetas tradicionales y ortodoxas. El Derecho es parte de un todo que se transforma sin cesar, y como componente de ese cuerpo orgánico, también debe mutar, más allá de la forma que adopta eventualmente como respuesta meramente coyuntural; el nuevo Derecho debe asentarse con vocación de permanencia en el tiempo, aunque con la suficiente tesitura para adaptarse a la dinámica inherente a los fenómenos sociales, sin perder su esencia.

Al libro que usted tiene en sus manos le es inherente la novedad; también su vocación transmisora de mensajes sin más pretensión que orientar genuinamente a la sociedad cuando más lo necesita, dentro de un paisaje surrealista más poblado de nubarrones que de luz esclarecedora.

Justicia social en época de pandemia: Reflexiones de lo andino, publicado por la Universidad del Azuay bajo el sello Casa Editora, surge luego de un arduo, serio y decidido esfuerzo animado por el afán de alertar que es posible otra lectura de lo que nos acontece, gracias al trabajo comprometido de quienes lo editaron: Claudia Storini, Liliana Estupiñán, María Cristina Gómez y José Chalco Salgado, y de sus autores, docentes de pensamiento libre y trayectoria probada por las más nobles causas de la ciencia que cultivan, sin excepción.

Este sugerente libro está estructurado en cuatro bloques en donde se ha incorporado un total quince ensayos portadores de pensamiento académico del Ecuador, mediante aportes de José Chalco Salgado, Juan Carlos Mogrovejo, Claudia Storini y Carlos Cisneros Pazmiño, Paúl Córdova Vinuesa; Colombia, con artículos de Ana Catalina Arango Restrepo y Julián Gaviria Mirá, María Cristina Gómez Isaza, Liliana Estupiñán Achury, Darío Indalecio Restrepo y Camilo Andrés Peña; Bolivia, a través de escritos de María Elena Attard Bellido, Tahí Lidia Abrego Marín, Mónica Gabriela Sauma Zankys y Patricia Serrudo Santelices, Juan Carlos Estivariz; y, Perú con ensayos de Ena Carnero Arroyo, Denny Piña García, en este orden.

Hay un telón de fondo sobre el cual se refleja cada capítulo de esta publicación, se trata de la crisis sistémica posicionada gravemente en

nuestros países, crisis que pasa por lo social, económico, jurídico, institucional, democrático, moral y, obviamente, sanitario debido a la pandemia por COVID-19.

Debido a esta circunstancia evidentemente poderosa, es que aquí se encuentran reflexiones apropiadas sobre el ejercicio del poder público y de sus diversas administraciones -incluida la problemática de la plurinacionalidad-, mediante la emanación de diversas disposiciones jurídicas -como los decretos de emergencia y estados de excepción-, frente a los límites que ha de observarse para garantizar la eficacia de los derechos, especialmente económicos y sociales. Con argumentos precisos se pone en cuestión la vigencia del Estado de Derecho, sin desconocer la presencia añeja de componentes estructurales que, por ejemplo, durante décadas vienen generando pobreza y exclusión crecientes, situación que afecta fuertemente a los pueblos en toda su rica diversidad. Cada acápite de este compendio provee información, análisis y elementos que puestos en clave crítica -como lo hacen solventemente sus autores-, sirven para observar más claramente el escabroso camino de la evolución social e intentar recuperar el rumbo.

Si queremos encontrar en esta obra puntos de vista novedosos y ordenadamente expuestos, sobre la base de un aparato teórico conceptual adecuado, del examen dogmático preciso y de la revisión de fallos relevantes, con seguridad los encontraremos, resultado feliz que no es gratuito, sino que viene garantizado por el conocimiento y la experiencia acumuladas por un cuerpo académico preocupado permanentemente por los graves problemas que aquejan a millones de víctimas de la injusticia socioeconómica, y de una democracia saturada de imperfecciones.

Nuestro tiempo convulso coloca en primera línea y de manera preocupante un fenómeno negativo de enormes proporciones, marcado por una crisis espinosa, con muchas caras, todo lo cual debilita el gran edificio de la democracia, la política y el Derecho, con los peligros que esto representa para la paz con seguridad y esperanza. En definitivas cuentas, de esto trata esta obra que arriba a tiempo para llamar la atención sobre cuestiones importantes, aquellas nacidas de la emergencia, las de la reacción ante una brutal adversidad que no habíamos conocido, también llega con el propósito de llenarnos de razones para emprender, luego de la pandemia, un proceso serio de reforma hacia una efectiva justicia social con raíces profundas y larga vida.

Docentes de diversas casas de estudios universitarios de la subregión se han unido para brindarnos este magnífico volumen, empresa que merece mi sincera felicitación por la ejecución que ha alcanzado, y no solo por el contenido de altos quilates que traen sus páginas, sino por el momento en el que se brinda al foro de juristas; resultado destacable que seguramente impulsará nuevas propuestas e inquietudes, pero así mismo, soluciones en provecho de concretar una verdadera justicia social bajo la égida del Estado Constitucional de Derecho contemporáneo.

El ideal de justicia social y su concreción solamente sería viable bajo la concepción de una ciencia jurídica transformadora, es decir, nutrida por los valores de la democracia y sostenida por una conciencia colectiva, no hay otro camino para lograrlo, y este estupendo libro lo expone solventemente a lo largo de todas sus páginas.

César Montaña Galarza
Rector de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador

ÍNDICE

ECUADOR

COVID- 19 Y OTRAS PANDEMIAS ¿LA REALIDAD REBASÓ LA JURIDICIDAD? José Chalco Salgado	15
COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS SUBNACIONALES EN LA GESTIÓN DE RIESGOS Juan Carlos Mogrovejo	41
DERECHOS Y COVID-19: UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO AL TRABAJO Claudia Storini, Carlos Cisneros Pazmiño	57
LOS MISERABLES EN LA PESTE. EL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN CUARENTENA PARA GARANTIZAR LOS DESCA EN ECUADOR Paúl Córdova Vinuesa	81

COLOMBIA

EL ESTADO DE DERECHO EN TIEMPOS DE PANDEMIA: SALUD PÚBLICA, SEPARACIÓN DE PODERES, ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y LA ATENCIÓN DE LA CRISIS DE LA COVID-19 EN COLOMBIA Ana Catalina Arango Restrepo, Julián Gaviria Mira	103
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS EN ÉPOCA DE PANDEMIA: EL CASO COLOMBIANO María Cristina Gómez Isaza	124
DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍA EN FASE DE PANDEMIA: CENTRALISMO QUE MATA Liliana Estupiñán Achury	149
CAUSAS ESTRUCTURALES DE LA PROFUNDIDAD DE LA CRISIS POR LA COVID-19 EN COLOMBIA Darío Indalecio Restrepo, Camilo Andrés Peña	173

BOLIVIA

MAMA OCLLO Y UN MATE DE COCA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA ¿TIENEN VOZ LOS HISTÓRICAMENTE OPRIMIDOS? María Elena Attard Bellido	191
LA ECONOMÍA Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE BOLIVIA EN ÉPOCA DE CRISIS Tahí Lidia Abrego Marín	209
LA EMERGENCIA SANITARIA: SU INCIDENCIA EN EL ESTADO PLURINACIONAL CON AUTONOMÍAS BOLIVIA: ENTRE DECRETOS DE EMERGENCIA Y ESTADO DE EXCEPCIÓN Mónica Gabriela Sauma Zankys, Patricia Serrudo Santelices	228
EN TIEMPOS DE PANDEMIA: EL CASO BOLIVIANO Juan Carlos Estivariz	247

PERÚ

DESAFÍOS DE LA PANDEMIA COVID -19 PARA EL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ Ena Carnero Arroyo	269
LA ECONOMÍA EN EPÓCA DE CRISIS: UNA PERSPECTIVA DESDE EL PERÚ “LOS ESFUERZOS PARA RECUPERAR EL RUMBO DESPUÉS DE LA COVID-19” Denny Piña García	286

The background features a stylized, abstract landscape of mountains. The color palette is dominated by various shades of yellow and brown, creating a warm and natural feel. The mountains are depicted with soft, rounded peaks and valleys, rendered in a layered, almost painterly style. The word 'ECUADOR' is centered in the upper half of the image, set against a bright yellow background.

ECUADOR

COVID- 19 Y OTRAS PANDEMIAS ¿LA REALIDAD REBASÓ LA JURIDICIDAD?

José Chalco Salgado¹

Introducción

La pandemia de la Covid- 19 trajo consigo un tiempo de incertidumbre y reacción de los gobiernos del mundo. Quedó claro que los derechos sociales, como el de la salud, revitalizan la comprensión del Estado y su máximo fin de tutela y defensa a los intereses y necesidades de los ciudadanos. Igualmente, se mostró la fortaleza, pero a la vez la fragilidad de los sistemas jurídicos y las instituciones que se han desarrollado para afianzar el Estado de Derecho.

Ecuador se destaca por contar con una Constitución que realiza una muy mala configuración del poder político al desbalancear a los poderes, desatender al principio democrático y exacerbar las competencias del presidente de la República. Así, el hiperpresidencialismo ecuatoriano supone, entre otros, un fenómeno que debilita la comprensión de la diversidad y plena efectividad de los controles al poder.

El Ecuador, que estaba inmerso en un mundo marcado por la globalización y apertura de mercados, ante el advenimiento de la pandemia cerró fronteras y generó respuestas claramente nacionalistas. En este contexto, se decretaron cinco estados de excepción para combatir los efectos de la Covid- 19, todos, conducentes a entregar amplias atribuciones a un órgano ajeno a la Constitución y creado por el propio Ejecutivo, el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, COE Nacional, el cual tuvo atribución para delimitar las ejecutorias del Gobierno, el alcance de la suspensión

¹ Doctor Ph.D. en Derecho y Magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Profesor Titular por concurso público en Derecho Constitucional y Democracia en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sede Ecuador. jchalco@uazuay.edu.ec ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1901-9065>

de derechos y libertades y otras acciones más que se plantean revisar y las cuales generaron una disminución en el rendimiento del Estado de Derecho.

Se presenta entonces, un análisis sobre la comprensión del Estado de Derecho con sus elementos y la vigencia de un ordenamiento jurídico como fin mismo para evitar la arbitrariedad y discrecionalidad del poder en tutela de los derechos de las personas. En lo posterior se repasa la dimensión del estado de excepción, condiciones, razones y naturaleza.

Se propone una revisión de los puntos fundamentales en las declaratorias de estado de excepción que realizara el presidente del Ecuador y la actividad que tuviera la Corte Constitucional en la contención de las intenciones del poder y su dimensión confinada a tutelar la Constitución². En el marco de este análisis se mira la afección y la efectividad del Estado de Derecho en el Ecuador dentro del contexto de la pandemia por la Covid-19 y las que se han denominado como otras pandemias más, entendiendo a aquellas, por las cuales el Gobierno buscó espacios que materialicen la comprensión de una realidad que desborde la juridicidad, sin que se encuentre, como debió ser, en la propia Constitución las respuestas en las normas principio y valor, a cualquier presencia de ambigüedades, anomias o antinomias.

Finalmente se hacen algunas reflexiones que llevan a entender que sostener que el derecho no sirvió o lo que es igual, que la realidad desbordó a la juridicidad, es una justificación o carta abierta para eliminar los frenos al poder, legitimar la corrupción desde el aparato estatal y perder la vigencia de la democracia, el Estado de Derecho y precisamente, del propio derecho.

1. El estado de derecho como freno al poder

La comprensión del Estado de Derecho es vista como una construcción jurídica y política cuyo fin se sustenta en frenar al poder político de turno y así tutelar los derechos de las personas. Frente al absolutismo y de la mano de la teoría alemana surgió el desarrollo de un Estado entendido con límites y frenos jurídicos, capaz de encontrar en su misma estructura los elementos para impedir todo acto al margen del ordenamiento jurídico-

² Luis Fernando Barzotto, «El guardián de la constitución: Elementos para una epistemología de la democracia», *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, 19, n.º 2 (2010). 430.

co³. El Estado de Derecho tiene una tarea fundamental para asegurar la libertad integral de la población, propender a su bienestar y habilitar una materialización de respeto a la diversidad a distancia de estructuras monistas o verticales⁴.

Si se realiza una aproximación a la comprensión del Estado de Derecho siempre se verán como posibles al menos dos principios fundamentales: la vigencia de un gobierno que realiza actos válidos por ajustarse estos a la Constitución y a la ley; y, la preminencia de decisiones que no provengan de un contexto volitivo o discrecional, sino de la conformidad con las normas jurídicas vigentes.

Consiguientemente, la búsqueda por concretar un Estado de Derecho ha de requerir, como señala Duhau, de una promoción de certeza, transparencia, predictibilidad y justicia⁵. Entonces, para la fundamentación y estructura de un Estado de Derecho se parte de la vigencia de disposiciones normativas públicas y actos de poder transparentes, que, en consecuencia, propendan a un gobierno capaz de mostrar un alto grado de certidumbre en su accionar como en el de los particulares.

Es, entonces, un paradigma conducente al fortalecimiento del respeto al marco jurídico en sintonía con un aparato estatal dotado de poder político, pero con limitación a los órganos estatales y sus titulares, a los poderes internos de la mayoría y a los del propio mercado, ya que de inobservarse estos límites, se perdería la sintonía con la democracia y la república como construcciones jurídicas y políticas llamadas a limitar al poder⁶. Ahora bien, en el marco del Estado de Derecho surgen derechos fundamentales para los ciudadanos, los cuales atienden a una búsqueda por reconocer la dignidad humana, permitir la participación en la vida del Estado y asegurar la libertad de la población. Esta última, libertad que no puede ser entendida sin un necesario y urgente freno al poder.

Para la concreción o materialización de estos objetivos que nacen con el Estado de Derecho, confluyen fuentes que ayudan a su vigencia: sometimiento del poder al derecho, vigencia de un gobierno jurídico antes

3 Hans Kelsen, «Estado de Derecho y Derecho de Estado», trad. Víctor Manuel Rojas Amandi, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 64, n.º 262 (2014), <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60382/53282>. Pág. 773 – 774.

4 Luis Villar Borda, «Estado de derecho y Estado social de derecho», *Revista Derecho del Estado*, n.º 20 (2007), <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/issue/view/74>. Pág. 74.

5 Emilio Duhau, «Estado de derecho e irregularidad urbana», *Revista Mexicana de Sociología* 57, n.º 1 (enero de 1995): 3, <https://doi.org/10.2307/3540949>. Pag. 3.

6 Luigi Ferrajoli, «La crisis de la democracia en la era de la globalización», ed. Manuel Escamilla Castillo, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 39 (2005). 37 – 39.

que uno de voluntades, separación de poderes, libertades, vigencia de una Constitución y gobierno de razones antes que uno de pasiones.

Y aunque las tesis democráticas modernas *per se*, traen consigo también a estas aproximaciones, cuando por ejemplo se define que el concepto de la democracia es a más del clásico gobierno del pueblo, por y para el pueblo, un sistema conformado por una serie de instituciones diseñadas para distribuir el poder, evitar abusos y garantizar que los ciudadanos vivan en libertad, en el ejercicio de sus derechos y participación en la vida pública⁷; no se podría soslayar que es esta, la misma democracia, la que vigoriza o refuerza al Estado de Derecho, a su vez es este último el que hace lo propio respecto de la democracia, cumpliéndose en consecuencia una función de complementariedad recíproca que mejora sus rendimientos.

Se puede concluir, sin duda, que todo estímulo que suponga frenar al poder político de turno con la finalidad de que la acción del gobierno y de la administración pública guarde proporcionalidad, juridicidad y adecuación formal y material a la Constitución y al ordenamiento jurídico del país, implica una vigencia del Estado de Derecho y una defensa por la integridad de los derechos de la población.

2. ¿La realidad rebasó a la juridicidad? El bullying al Estado de Derecho

Antes de la pandemia de la Covid- 19 el mundo afrontaba un proceso de desarrollo tecnológico, agitación de los mercados, comprensión del intercambio comercial, efectos del cambio climático y una imparable globalización que se proponía construir un planeta interconectado por retos, haciendo que gobiernos y población traduzcan este proceso en aprendizaje, sentido de cooperación y adecuación⁸.

La pandemia mostró elementos que llaman la atención en esta dimensión, por un lado, mientras se creía que la globalización venía transitando con un alto grado de normalidad y desarrollo de sus efectos en el

7 Osvaldo Hurtado, *Dictaduras del siglo XXI El caso ecuatoriano* (Quito: Paradiso, 2012). 27.

8 Luis Sánchez Ayala y Neiset Bayouth, «Globalización», en *Geografía Humana: Conceptos básicos y aplicaciones* (Colombia: Universidad de los Andes, 2012). 177.

mercado y proceso cooperativo, en realidad, ante las dificultades propias a un problema de sanidad pública se tomaron medidas nacionalistas que incluyeron estados de alarma y cierre de fronteras, sin mirar *prima facie*, los problemas derivados de la reclusión hacia el interior y el fin contradictorio de esta *cotidianidad globalizante*⁹.

En el mismo sentido, varios actores políticos, analistas y afectos de gobernar instituciones públicas y privadas *sin límites o frenos*, tejieron el discurso de que la realidad había desbordado y superado a la juridicidad; en otras palabras, que las normas no servían y lo previamente establecido por el derecho hoy estorbaba, posición rápidamente multiplicada y capaz de hacer un *bullying* consensuado en contra del derecho, los abogados, el ordenamiento jurídico y la dimensión de siglos en la construcción del Estado de Derecho.

El Ecuador mostró que para los intereses políticos también la *realidad rebasó la juridicidad*. Las fronteras se cerraron, el Estado de Derecho y el ordenamiento jurídico, en varios capítulos, estorbaron; luego, los hospitales públicos colapsaron y la catástrofe social, política y económica traída por el virus SARS-CoV-2 impuso un tiempo de desestabilización y rechazo a lo instituido; además, si el tiempo de la pandemia en ningún lugar del mundo fue bueno o adecuado, en el Ecuador aún menos, pues pocos meses atrás y con frágil calma se agudizó una crisis económica con tensa ebullición social¹⁰.

En estricto sentido, la realidad no rebasó a la juridicidad, al contrario, el Estado Constitucional de Derecho funcionó y frenó al poder económico y político, incluso a los poderes fácticos, a tal punto, que las normas estorbaron. Además, las normas principio y valor establecidos en la Constitución no fueron vistas como mandatos optimizadores y axiológicos respectivamente, capaces de solventar cualquier antinomia, ambigüedad o laguna que se quiera encontrar en el funcionamiento jurídico del Estado. Entonces, lo que interesó fue repetir y hacer práctica del cómodo discurso: *la realidad rebasó a la juridicidad*.

9 Andrés Eduardo García López, «La Pandemia en la cotidianidad: El COVID-19 y las nuevas dinámicas globales», en *Covid- 19 Caos 2.0 Ensayos desconfiados. Ideas de debate para la post pandemia* (Colombia: anthropiQa 2.0, 2020). 38.

10 En el mes de octubre de 2019 se presentaron en el Ecuador movilizaciones sociales identificadas con el rechazo a las medidas económicas que el gobierno de Lenin Moreno diseñó para enfrentar la brecha económica existente entre los ingresos y egresos del país, generada entre otras razones por el alto nivel de endeudamiento externo del Estado y los bajos precios del petróleo a nivel mundial, lo que supuso la paralización del servicio público de taxis y terminó con protestas sociales de grupos indígenas en varias de las principales ciudades y carreteras del país llevando a un tiempo de eminente desestabilización del gobierno y la vigencia de un estado de excepción que, entre otros derechos, suspendió el de libre tránsito y asociación.

2.1. El estado de excepción no es ajeno al derecho

El estado de excepción es una institución a la que se le mira con recelo y miedo. Se sostiene que su configuración permite normalizar y extender una especie de poder absoluto o inobservancia a la ley¹¹. Se lo califica en la generalidad como el espacio temporal en el cual se blinda al poder político y se desatiende a los límites que este debe observar.

Pero, no es una institución que habilite registrar *trampas* en su comprensión, ni tampoco permite contradicciones dentro del contexto jurídico. Así, pese a los intentos por señalar que el estado de emergencia o excepción genera ambigüedad en su contenido dando paso a una especie de *derrotabilidad normativa*, suspensión total del orden establecido o, lo que es peor, el consentimiento para el florecimiento de gobiernos de tipo dictatorial¹², en realidad este no es ajeno al derecho.

Es una institución prevista en la constitución, que tiene contenido normativo y busca orden en medio de la adversidad, frena al poder político para el ejercicio de sus atribuciones y condiciona su vigencia. Es más, si se profundiza sobre la comprensión de la normatividad, se podría sostener que el estado de excepción implica la reflexión sobre el contexto normal ante el excepcional, así se puede afirmar que, en una situación diferente a la normal, se justifica la aplicación de reglas diferentes y no ordinarias, las mismas que, al final del día, terminan siendo reglas¹³.

Schmitt sostuvo, por ejemplo, que lo fundamental en el tratamiento del estado de excepción es su naturaleza relacionada con la soberanía y la capacidad consecuente para que sea la población la que decida sobre él, es decir abrazando un sentido-valor de legitimidad democrática. Ahora bien, si el debate en torno al estado de excepción se queda únicamente en el campo político, se desarticularía este de la comprensión del Estado de Derecho, el cual ante el advenimiento de una situación de excepcionalidad, no desaparece y al contrario se convierte en potente institución para la adecuación y definición de los límites constitucionales y en general de tipo jurídico que debe observar el estado de emergencia o excepción¹⁴. Por ello, el tratamiento del estado de excepción, antes que encontrar sustento en el ambiente político, se ubica en un marco jurídico para su tratamiento.

11 Pilar Calveiro, «Estado, Estado de excepción y violencia», *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 24 (2008). Pag. 96 – 99.

12 Rafael Valim, «Estado de excepción», *Derechos en Acción* 7, n.º 7 (6 de julio de 2018), <https://doi.org/10.24215/25251678e167>. Pp. 439 – 441.

13 Michel Troper, «El estado de excepción no tiene nada de excepcional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 27 (junio de 2017), <http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/REDCEsumario27.htm>.

14 Giorgio Agamben y María Rosa Borrás, «El estado de excepción», *Mientras Tanto*, n.º 86 (2003).

Se puede decir, entonces, que ante situaciones extraordinarias como: guerra, calamidad pública y atentado a la seguridad e independencia del Estado, se posibilita la suspensión de derechos y libertades de las personas¹⁵, acrecentando las atribuciones constitucionales del presidente o jefe de gobierno, quien tendrá competencia para disponer de medidas conducentes a enfrentar las causas que motivaron la declaratoria del estado de excepción. Consecuentemente el estado de excepción no es ajeno al derecho, es parte del ordenamiento jurídico, lo ajeno e indebido es la utilización sin límites de esta institución.

2.2. La Covid- 19 y su tratamiento: Los estados de excepción en el Ecuador

Desde la Constitución ecuatoriana de 1979 el presidente de la República goza de la competencia para decretar estados de excepción sin necesidad de autorización previa por parte del Poder Legislativo¹⁶; la actual Constitución del Ecuador,¹⁷ que es vista como un documento carente de efectivas fórmulas para frenar al poder político y estructurar un debido sistema de equilibrio de poderes, fortaleció al Ejecutivo, entregándole atribuciones especiales al momento de declarar un estado de excepción, como son: decretar la recaudación anticipada de tributos, utilizar fondos públicos destinados a otros fines, excepto los de salud y educación, trasladar la sede del gobierno a cualquier parte del territorio, disponer censura previa, establecer zonas de seguridad, disponer el empleo de la fuerza armada y policía, definir el cierre de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos y, decretar la movilización y requisiciones que fueren necesarias.

A más de estas amplias medidas, se le permite al presidente otras: definir los derechos que se suspenderán y presentar más de un proyecto ley en materia de urgencia económica para tratamiento de la Asamblea Nacional¹⁸. Así, el estado de excepción acrecienta las competencias del

15 La Convención Americana de Derechos Humanos determina que ante la vigencia de un estado de excepción, se pueden suspender los derechos de las personas con excepción de los siguientes: reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad personal, prohibición de esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y retroactividad, libertad de conciencia y religión, protección a la familia, nombre, del niño, nacionalidad y políticos, además tampoco se pueden suspender las garantías judiciales indispensables para la tutela de estos derechos. Organización de Estados Americanos OEA, «Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José» (1969). Art. 27.

16 Ecuador, «Constitución de Ecuador 1979», Pub. L. No. Registro Oficial 800 (1979). Arts. 78 y 101.

17 Ecuador, «Constitución de Ecuador 2008», Pub. L. No. Registro Oficial 449. (2008).

18 Richard Ortiz, «Los problemas estructurales de la Constitución ecuatoriana de 2008

ejecutivo por razones, precisamente, extraordinarias que lo motivan; pero siempre en el contexto constitucional, propio al Estado de Derecho, que regula el desarrollo y declaración de este.

La Constitución del Ecuador sostiene también que el presidente de la República puede decretar un estado de excepción con duración máxima de sesenta días, renovable por treinta días más¹⁹. La pandemia de la Covid-19 causó calamidad pública, condición que habilitaría la activación de la excepcionalidad.

Con la finalidad de determinar medidas y suspender derechos que fueran necesarios para afrontar los momentos más crónicos de la pandemia, el ejecutivo ecuatoriano decretó cinco estados de excepción, el primero feneció en el plazo de sesenta días, por lo que se realizó un segundo decreto, con la finalidad de renovar por treinta días más, llegaría un tercer estado de excepción con ajuste de las razones y motivos, por un tiempo de duración de sesenta días, un cuarto estado de excepción propuesto con vigencia de treinta días que terminaría siendo de muy corta vigencia de apenas doce días por control constitucional, y finalmente un quinto estado de excepción con una duración de treinta días²⁰.

El primer decreto: Cierre de fronteras, suspensión de derechos y atribuciones presidenciales abandonadas

El primer decreto ejecutivo para combatir la pandemia llegaría el 16 de marzo de 2020. Fue de alcance nacional. Dispuso que todas las entidades de la administración pública central e institucional coordinen esfuerzos para ejecutar acciones que permitan mitigar los efectos de la Covid- 19. Se estableció el cierre de fronteras, aeropuertos y pasos fronterizos. Igualmente, se determinó que las Fuerzas Armadas deben movilizarse para el restablecimiento del orden público de manera "(...) complementaria a las acciones de la Policía Nacional (...) "²¹.

y el hiperpresidencialismo autoritario», *Estudios constitucionales* 16, n.º 2 (diciembre de 2018), <https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000200527>. 555.

19 Ecuador, Constitución de Ecuador 2008. Art. 166.

20 Ecuador, Presidente de la República, «Decreto Estado de Excepción 1017», Pub. L. No. Decreto Nro. 1017 (2020). Ecuador, Presidente de la República, «Decreto renovación Estado de Excepción 1052», Pub. L. No. Decreto Nro. 1052 (2020). Ecuador, Presidente de la República, «Decreto Estado de Excepción 1074», Pub. L. No. Decreto Nro. 1074 (2020).

21 Ecuador, Presidente de la República, Decreto Estado de Excepción 1017.

Se suspendieron los derechos a la libertad de tránsito, asociación y reunión, remitiendo a un órgano no establecido en la Constitución ni en la ley ecuatoriana, el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, COE Nacional, la definición de horarios, mecanismos de restricción y ejecución de las suspensiones de derechos y libertades²².

Es decir, el presidente, distanciándose del sentido del estado de excepción como atribución ejecutiva que amplía sus competencias para dar respuesta a las causas que lo provocaron, remitió y entregó estas facultades a un órgano. Luego, las atribuciones naturales con las que cuenta el ejecutivo en el marco de un estado de excepción fueron abandonadas para dar paso a que un órgano ajeno al titular encargado, sea el responsable de definir las medidas, su efectividad y lineamientos.

Hay que ser categóricos en señalar que el denominado Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, COE Nacional, es un ente ajeno a la Constitución y a la ley, y lo que aún es más, extraño al sentido de un estado de excepción que busca establecer en una persona, el jefe de gobierno, la capacidad de decisión e iniciativa dentro del Estado. Lo mencionado no quiere decir que el ejecutivo no cuente con equipos asesores o consultores para la toma de decisiones, mas por mandato constitucional y la comprensión del estado de emergencia o excepción, lo que se espera dentro de un Estado de Derecho, es que ante su activación sea el ejecutivo quien controle, determine y coordine las acciones.

Además, la fragilidad de una situación de calamidad o extraordinaria en el marco de un sistema democrático y jurídico, requiere de *un mínimo* reconocimiento del principio democrático, por el cual, quien ostenta la legalidad y sobre todo la legitimidad, sea el convocado a definir y gestionar las medidas en el contexto de un estado de excepción.

Pues, como se mencionó con anticipación, la apertura a realizar actos, remisiones o delegaciones no autorizadas en la Constitución o que se distancian de la ley es lo que ha llevado a definir al estado de excepción como un intento por generar una especie de carta abierta que desatiende a la juridicidad del Estado²³. Es por ello que la Constitución ecuatoriana

22 El Comité de Operaciones de Emergencia Nacional es un ente itinerante creado por Decreto Ejecutivo, cuya atribución es -de forma interinstitucional- responsabilizarse de coordinar las acciones tendientes a la reducción de riesgos, dar respuesta y recuperación en situaciones de emergencia o desastre. Este órgano que también existe en provincias y cantones del Ecuador, ha sido creado a través de un Reglamento emitido por el presidente del Ecuador a través de Decreto Ejecutivo. Ecuador, Presidente de la República, «Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado», Pub. L. No. Registro Oficial Nro. 290, Decreto Ejecutivo Nro. 486 (2010).

23 Calveiro sostiene que en el mundo actual existe una disolución de las grandes estructuras estatales y la excepción violenta permanente a la que parecen haber hecho eco en América

define que será el Presidente de la República quien tenga competencia para suspender los derechos constitucionales²⁴, entendiéndose por consecuencia, que la definición, configuración y tratamiento respecto a los derechos y libertades constitucionales suspendidos, mecanismos, abordaje y fórmulas restrictivas, no pueden ser delegadas o encomendadas a otra persona, titular u órgano, y lo que es peor, a un ente creado en un decreto ejecutivo de rango infra constitucional e infra legal²⁵.

La Constitución del Ecuador determina, además, que durante el estado de excepción que sea declarado por el presidente, este puede:

1. Decretar la recaudación anticipada de tributos. 2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación. 3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional. 4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción, a la seguridad del Estado. 5. Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones. 7. Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos. 8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad²⁶.

Finalmente, como se verá en el tratamiento posterior sobre la actividad de la Corte Constitucional del Ecuador en este tiempo, la norma que regula el funcionamiento y organización de la administración pública central y las competencias del Poder Ejecutivo, señala que “en ninguna circuns-

latina por un abanico de excepción permanente y abuso de éste. Calveiro, «Estado, Estado de excepción y violencia».

24 “Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.” Ecuador, Constitución de Ecuador 2008. Art. 165.

25 El Comité de Operaciones de Emergencia Nacional es un ente itinerante creado por Decreto Ejecutivo, cuya atribución es -de forma interinstitucional- responsabilizarse de coordinar las acciones tendientes a la reducción de riesgos, dar respuesta y recuperación en situaciones de emergencia o desastre. Este órgano que también existe en provincias y cantones del Ecuador, ha sido creado a través de un Reglamento emitido por el presidente del Ecuador a través de Decreto Ejecutivo. Ecuador, Presidente de la República, Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado.

26 Ecuador, Constitución de Ecuador 2008.

tancia serán delegables las competencias constitucionales del presidente y vicepresidente de la República²⁷. Entonces, como se colige, no existe una atribución para delegar o entregar el desarrollo de las medidas o acciones a un órgano paralelo o distinto, pues es el presidente quien mantiene competencias especiales en la excepcionalidad.

Este primer decreto también suspendió la jornada presencial de trabajo para el sector público y privado entre el 17 a 24 de marzo de 2020, definiendo que *si hubiere necesidad de prorrogar esta suspensión sería el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional la autoridad competente para evaluar y disponerlo*. Así sucedió. En este orden de ideas, se dispuso que la cuarentena comunitaria sería obligatoria para todos los ciudadanos “(...) en los términos que disponga el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional (...)”²⁸, señalando una vez más como se ha dicho, una especie de *súper órgano* capaz de definir, desarrollar y absorber las atribuciones constitucionales que fueran entregadas exclusivamente al presidente.

El Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, COE Nacional, tomó varias resoluciones con las cuales definió los horarios de circulación, cierre y apertura de actividades comerciales, semaforización cantonal, requisitos de reactivación privada, medidas de bioseguridad, autorización para rastreo satelital de personas, sistema de movilización por salvoconductos, regulación para el funcionamiento de laboratorios, límite al costo de exámenes de la Covid- 19, regulación de las acciones que la Policía Nacional debe emprender, autorización de ingreso y salida del país, señalamiento de adquisición de alimentos para sectores de la sociedad, disposiciones referentes a la reglamentación sancionatoria de creación interministerial sobre la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda²⁹, definición sobre medidas que se deberán tomar por parte del sistema financiero, entre otras acciones cuyo fundamento siempre estaría en la repetida razón de una previa existencia del decreto de estado de excepción emitido por el presidente de la República³⁰.

27 Ecuador, Presidencia de la República, «Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE», Pub. L. No. Registro Oficial Nro. 536 (2002). Art. 58.

28 Ecuador, Presidente de la República, Decreto Estado de Excepción 1017. Art. 9.

29 En el Ecuador se estableció un reglamento interministerial entre el Ministerio de Gobierno y Ministerio de Salud Pública, en el cual se definió conductas, procedimientos y sanciones a los ciudadanos que incumplieran con el toque de queda. Esta norma se convirtió en una disposición que se integraría al ordenamiento jurídico ecuatoriano y traería distintos cuestionamientos sobre su naturaleza, constitucionalidad y vaguedad, como por ejemplo, por la ausencia de determinación del órgano o autoridad competente ante la cual se debe impugnar la decisión de autoridad tomada en base a este reglamento; pues, constitucionalmente existe el principio de impugnación y además la definición de reserva legal sobre el establecimiento de conductas y sanciones. Ecuador, Ministerio de Gobierno y Ministerio de Salud Pública del Ecuador, «Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda», Registro Oficial Nro. 468 § (2020).

30 Ecuador, Presidente de la República, Decreto Estado de Excepción 1017.

El segundo decreto: La renovación

El segundo estado de excepción se decretó el día 15 de mayo de 2020. Tuvo vigencia en todo el territorio. Su objeto central fue renovar el estado de excepción previamente declarado³¹ y dotarle de una vigencia de treinta días más que, es el límite constitucional existente. Ahora bien, este nuevo decreto dispone medidas en materia laboral respecto a las jornadas de trabajo, remitiendo siempre, una vez más, al Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, COE Nacional la tarea de definición, delimitación y desarrollo de las medidas que están vigentes, así como los mecanismos de restricción y configuración de los derechos y libertades que se mantendrían suspendidos³².

El tercer decreto: La excepción económica

A fin de rebasar el límite temporal establecido en la Constitución de la República para la vigencia de un estado de excepción que tiene una regulación máxima de sesenta días renovables por treinta días más, el ejecutivo ecuatoriano tuvo que modificar los fundamentos o razones del nuevo decreto. Así, fue expedido el 15 de junio de 2020 con vigencia en todo el territorio nacional y fundamentado en las consecuencias económicas que habría dejado la pandemia de la Covid- 19 en el país³³.

Se mantuvieron las medidas tomadas en los anteriores decretos, entre otras, la movilización de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, la suspensión de los derechos y libertades de los ciudadanos y las disposiciones especiales en materia laboral. Se dispone también que en especial los Ministerios de Economía y Finanzas, Producción, Agricultura y Ganadería, Comercio Exterior y Trabajo coordinen esfuerzos para la reactivación económica del país.

En el mismo sentido de los decretos analizados, se señaló que el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, COE Nacional, es el órgano

31 Ecuador, Presidente de la República.

32 Ecuador, Presidente de la República, Decreto renovación Estado de Excepción 1052.

33 Ecuador, Presidente de la República, Decreto Estado de Excepción 1074.

encargado de la definición de mecanismos, restricciones y regulaciones sobre los derechos y libertades suspendidos.

Cuarto decreto:

La nueva ola de Reino Unido y el tiempo constitucional

A este momento el Ecuador había hecho uso de todas las herramientas constitucionales para poner en vigencia cada estado de excepción. No tenía fórmula alguna para continuar con la suspensión de derechos en todo el país en razón de la temporalidad máxima permitida en la Constitución para los estados de excepción³⁴. Sin embargo, el presidente decretó un nuevo estado de excepción con efectos en todo el Estado ecuatoriano, que al igual que los anteriores dispuso la movilización de los órganos estatales para combatir el alto contagio proveniente de la mutación del virus y su alta virulencia presentada sobre todo en Reino Unido³⁵. Su vigencia decretada fue para treinta días, la Corte Constitucional lo declaró inconstitucional y terminó estando vigente doce días en el país³⁶.

Se suspendió los derechos y libertades de tránsito, reunión y asociación, una vez más en el marco de lo que desarrolle el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, COE Nacional.

34 Como se ha expuesto, la Constitución de la República determina que los estados de excepción serán decretados como máximo por un periodo de 60 días, renovable por 30 días más.

35 Ecuador, Presidente de la República, «Decreto Estado de Excepción 1217», Pub. L. No. Decreto Nro. 1217 (2020).

36 Aunque el dictamen de la Corte Constitucional fue realizado con voto de mayoría el día 27 de diciembre de 2020, se notificó en fecha 2 de enero de 2021 por la recepción de los votos salvados de los miembros de este Tribunal de Justicia Constitucional, siendo en consecuencia un estado de excepción que terminó estando vigente hasta la fecha que se conoció de su inconstitucionalidad.

Quinto decreto:

La medida decretada

Como se verá en la siguiente sección, la Corte Constitucional del Ecuador frenó el cuarto decreto analizado anteriormente, entre otras consideraciones precisamente por la ausencia de respeto a la temporalidad y el abuso de la excepcionalidad sin encontrar en los mecanismos ordinarios formas idóneas para combatir los efectos de la pandemia.

Así, el quinto decreto llegó el día 1 de abril de 2021³⁷. Su vigencia fue determinada para treinta días, pero trajo consigo una cualidad buscada en el análisis del Estado de Derecho y estado de excepción: la limitación del poder y respeto al ordenamiento jurídico.

Efectivamente, en observancia del dictamen de la Corte Constitucional realizado al cuarto decreto presidencial³⁸, estableció la declaratoria de estado de excepción de manera focalizada en las provincias de Azuay, El Oro, Esmeraldas, Guayas, Loja, Manabí, Pichincha y Santo Domingo de los Tsáchilas en justificación de la saturación de Centros de Atención Médica y el crecimiento de los indicadores de contagio en estas provincias ecuatorianas. Suspendió los derechos a libertad de tránsito, reunión y asociación delegando al Comité de Operaciones de Emergencia Nacional la disposición de horarios y mecanismos de esta restricción. Se dispuso además toque de queda y requisiciones que fueran necesarias.

2.3. La Corte Constitucional guardián del confinamiento constitucional

La Corte Constitucional del Ecuador tuvo un tiempo de importante actividad, expedición de dictámenes y un activo rol durante la pandemia. Sin duda, su mayor marco de actuación estuvo confinado a la verificación formal y material de las declaratorias de estado de excepción y fue precisamente desde este control constitucional cómo pudo mostrar su tarea.

37 Ecuador, Presidente de la República, «Decreto Estado de Excepción 1282», Pub. L. No. Decreto Nro. 1282 (2021).

38 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 7-20-EE/20 (Corte Constitucional del Ecuador 27 de diciembre de 2020).

Desde el primer decreto de estado de excepción se receptaron distintas acciones en este Tribunal, así en materia de garantías jurisdiccionales: por incumplimiento de normas que integran el sistema jurídico, de incumplimiento de dictámenes y acciones extraordinarias de protección; también se presentaron demandas de control constitucional por inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales y algunas consultas judiciales de norma³⁹.

La Corte Constitucional es el órgano que está llamado a realizar control posterior de los decretos de estado de excepción emitidos por el presidente de la República, en consecuencia se pronunció sobre cada uno de ellos a través de los dictámenes: 1-20-EE/20A, 2-20-EE/20, 3-20-EE/20, 7-20-EE/20 y 1-21-EE/21; en los tres primeros casos, decidió la constitucionalidad de los decretos presidenciales, al cuarto decreto lo declaró inconstitucional y al quinto decreto como parcialmente constitucional.

En la línea del análisis referido en el acápite anterior, los tres primeros dictámenes realizados por la Corte reconocieron la competencia del Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, COE Nacional, para “(...) ejecutar las medidas adoptadas por el Presidente de la República en la declaratoria (...)”⁴⁰, aunque, según sostiene la Corte, sin extralimitarse en su competencia, pues “(...) es potestad exclusiva del Presidente de la República (...)”⁴¹ la determinación de los derechos y libertades que se suspenden. En el quinto decreto de estado de excepción, la Corte manifiesta que: “Las actuaciones del COE Nacional serán constitucionales, siempre que cumplan las condiciones establecidas en esta decisión.”⁴².

Es decir, la Corte Constitucional reconoce como posible la existencia y legitimidad del Comité de Operaciones de Emergencia Nacional en el Ecuador, sin observar que éste nace de un Reglamento creado por el propio Ejecutivo⁴³ y que además entorpece la comprensión que la dirección y acrecimiento de competencias en un estado de excepción se producen a favor y en torno al presidente, pues implica un mínimo de legitimidad democrática ante la excepcionalidad.

39 En la base digitalizada de causas que se encuentran en conocimiento de la Corte Constitucional se puede verificar el ingreso de una serie de procesos que cumplen con haber sido sorteado a juez ponente y varios contar con pronunciamiento de la sala de admisión. Tomado de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/BuscadorCausas.aspx>

40 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 3-20-EE/20 (Corte Constitucional del Ecuador 29 de junio de 2020). Decisium, letra a.

41 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 1-20-EE/20A (Corte Constitucional del Ecuador 25 de marzo de 2020). Decisium, letra f.

42 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 1-21-EE/21 (Corte Constitucional del Ecuador 6 de abril de 2021). Decisium, 1.iii.

43 Ecuador, Presidente de la República, Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado.

Ahora bien, pese a que el Tribunal Constitucional ecuatoriano es recurrente en sus dictámenes de constitucionalidad, en señalar la prudencia con la que se deberá actuar por parte de este Comité, señalando que su función es en estricta coordinación con las autoridades correspondientes y en cumplimiento de los objetivos y fines del estado de excepción, no se puede desatender que hay una delegación de competencias constitucionales que fueron otorgadas al presidente, y aún más, la norma que regula el funcionamiento y organización de la administración pública central y las competencias del Poder Ejecutivo, dispone que “en ninguna circunstancia serán delegables las *competencias constitucionales* del Presidente y Vicepresidente de la República”⁴⁴ (las cursivas me pertenecen). En consecuencia, las disposiciones de los decretos presidenciales, que como se vieron en el acápite anterior, son conducentes a remitir las atribuciones del presidente en un ente extraño, generan una clara tensión constitucional y también del Estado de Derecho.

El Ecuador no ha tenido buenas experiencias respecto del empleo de la fuerza pública, ha sido sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente, por el ejercicio abusivo de la fuerza en el contexto de un estado de excepción; por ello la Corte hace bien en exhortar a las autoridades a realizar una advertencia sobre el uso de ella en parámetros de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad⁴⁵.

En el quinto decreto del estado de excepción la Corte Constitucional señala que la autoridad militar únicamente podrá realizar sus actividades en el horario del toque de queda, es decir desde las 20h00 hasta las 05h00, así se regula y limita la actuación del Ejército. En el mismo sentido, la Corte dispone que la suspensión de los derechos a la libertad de tránsito, asociación y reunión tengan vigencia exclusivamente en el horario del toque de queda ⁴⁶.

En los dictámenes hasta aquí revisados, la Corte ha señalado que es el Gobierno Nacional el convocado a fortalecer el sistema de salud, garantizar el acceso a la educación en nivel primario, básico y bachillerato así como el acceso a la conectividad, desarrollar directrices y protocolos para el retorno a actividades públicas y privadas en condiciones de salubridad, facilitar la labor de periodistas, respetar la protesta pacífica, transparentar

44 Ecuador, Presidencia de la República, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE. Art. 58.

45 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 1-20-EE/20A. Decisium, letras b, c y d.

46 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 1-21-EE/21. Decisium, 1.i.

los procesos de compras públicas y sancionar a los responsables de corrupción⁴⁷. Pues, para el momento del segundo dictamen realizado por la Corte, el Ecuador se encontraba en una época de sistemáticos descubrimientos de actos de corrupción en el manejo de los contratos de insumos médicos en hospitales públicos y un naciente rechazo social a las medidas económicas que fueran anunciadas a fin de paliar la crisis social y económica por parte del Gobierno Nacional. Lo señalado, sin duda, atiende a un elemento fundamental de la concepción del Estado de Derecho, que como sostuviera Duhau requiere de vigencia de certeza, predictibilidad, justicia y *transparencia* de los actores del poder⁴⁸.

La Corte Constitucional recibió además protagónicas acciones en defensa del Sistema Nacional de Educación Superior. Desde octubre del año 2019, tiempo anterior a la pandemia, el Gobierno Nacional no había entregado las asignaciones y rentas que corresponden a las universidades particulares, que reciben rentas y asignaciones del Estado para entregar becas a estudiantes de escasos recursos económicos, lo que implicó una importante brecha financiera en el manejo de sus presupuestos, obligando a que éstas deban tomar fuertes medidas de ajuste financiero para mantener las becas de los estudiantes, con los fondos propios de las instituciones. Estas presentaron una demanda de acción por incumplimiento, garantía jurisdiccional que tiene como fin que la Corte Constitucional disponga el inmediato cumplimiento de disposiciones que integran el ordenamiento jurídico con garantías de no repetición⁴⁹. Esta acción se sustanció ante la Corte Constitucional con prioridad y expectativa en la sociedad ecuatoriana, obteniendo sentencia favorable y disponiendo al Ministerio de Economía y Finanzas a realizar un cronograma de pago y entregar las asignaciones impagas.

En esta línea, la misma cartera de Estado comunicó que entre las medidas financieras adoptadas para el país, se hacía pertinente una reducción del presupuesto otorgado a la educación superior, dada la reducción de los ingresos tributarios para el Estado. La medida implicó que se produjeran movilizaciones y medidas de hecho por parte de las universidades públicas del país. Se presentaron por los movimientos sociales

47 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 2-20-EE/20 (Corte Constitucional del Ecuador 22 de mayo de 2020). Decisium.

48 Duhau, «Estado de derecho e irregularidad urbana». Pag. 3.

49 Esta demanda ante la Corte Constitucional fue presentada en conjunto por las universidades denominadas cofinanciadas o particulares que reciben rentas y asignaciones estatales: Universidad del Azuay, Universidad Pontificia Católica del Ecuador, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Universidad Politécnica Salesiana, Universidad Laica Vicente Rocafuerte, Universidad Católica de Cuenca, Universidad UTE; y Universidad Técnica Particular de Loja. Corte Constitucional del Ecuador, Acción por Incumplimiento Nro. 15 - 20 - AN (s. f.).

varias acciones de incumplimiento del dictamen de constitucionalidad del estado de excepción Nro. 1-20-EE/20⁵⁰, acciones estas, que en el marco constitucional del Ecuador tienen por objeto el cumplimiento de sentencias o dictámenes emitidos por la Corte Constitucional, cuando no hayan sido cumplidos por parte de autoridad convocada a hacerlo, así los *demandantes sostuvieron* que se había incumplido lo dispuesto por la Corte, lo que llevó a que este Tribunal Constitucional dictara medidas cautelares que suspendieran el denominado *recorte presupuestario*, hasta resolver el fondo de la acción, en lo posterior la Corte desecharía esta acción⁵¹.

La Corte también dispuso, a través de autos de seguimiento, que se le informe respecto al cumplimiento de las disposiciones determinadas en sus dictámenes de constitucionalidad del estado de excepción, llevando ello a que varios órganos públicos rindan cuentas y justifiquen ante este Tribunal, sobre sus acciones enmarcadas en el respeto al ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales, las limitaciones constitucionales del estado de excepción y las disposiciones que la Corte Constitucional hubiere realizado.

La Corte Constitucional ecuatoriana ha mantenido una activa participación en el tiempo de la pandemia, con decisiones a rápido juicio, conducentes a asegurar el Estado de Derecho, aunque muchas, polémicas, desde la conveniencia y efectividad, otras en lo relativo a definir jurisdiccionalmente materia de política pública y presupuesto del Estado.

La Corte también declaró en dictamen, la inconstitucionalidad del cuarto decreto de estado de excepción por cuanto este intentaría extender el tiempo máximo permitido para la excepcionalidad y encontrar justificaciones en extenso en las razones para su declaratoria, el estado de excepción nro. 1217 entró en vigencia el día 21 de diciembre de 2020 y fue declarado inconstitucional el 27 de diciembre de 2020 pero se notificó el día 2 de enero de 2021 con la decisión de la Corte, por cuanto se recopilaba en este periodo los votos salvados que realizaron los jueces de minoría en la decisión.

Respecto al quinto decreto de estado de excepción, como se señaló, la Corte Constitucional determinó la inconstitucionalidad parcial del mismo generando en su decisión limitaciones al control del Ejército y sobre la suspensión de derecho de asociación y reunión, siendo estos

50 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 1-20-EE/20A.

51 Corte Constitucional del Ecuador, Acción de Incumplimiento Nro. 34 - 20 - IS (s. f.).

pertinentes únicamente en el horario del toque de queda. Igualmente, dispuso al presidente de la República que presente un proyecto de ley en el plazo máximo de tres meses con el fin de regular la limitación técnica y razonable al derecho de libertad de tránsito en el contexto de la pandemia. En el mismo contexto, que el Poder Legislativo en el plazo de seis meses trate y discuta este proyecto. Finalmente, la Corte definió la temporalidad del estado de excepción que inicialmente fue decretado para treinta días, estableciendo que tendrá como fecha límite una semana y media por cuanto es el periodo de la suspensión de derechos que se puso dentro del decreto presidencial⁵².

Cabe indicar que, durante este tiempo, en el interior del Poder Legislativo se pidió el juicio político al Ministro de Economía y Finanzas sin que prospere. Igualmente se aprobaron dos leyes que fueron enviadas en calidad de proyectos de urgencia económica por parte del Ejecutivo, las cuales se refieren al manejo de las finanzas del Ecuador y a materia laboral, reactivación económica y medidas sociales⁵³.

Como se ha sostenido, el control constitucional posterior que ejerce la Corte sobre la declaratoria de un estado de excepción implica la verificación formal y material del mismo, lo que muestra una vez más, que el estado de excepción no es carta abierta hacia la arbitrariedad, sino que al contrario debe enmarcarse en los límites jurídicos establecidos constitucionalmente.

Entonces, la Corte Constitucional estuvo confinada a un tiempo de respuestas constitucionales al ejercicio del poder; sin duda, tuvo una participación sustancial que ha llevado a que la califiquen como un periodo de decisiones de tipo político en la búsqueda por dar respuestas en el marco de la pandemia que vivió el Estado.

En este contexto, el Gobierno del Ecuador tuvo que medirse con la realidad, pero por sobre todo con el Estado Constitucional, de Derecho y el Estado Democrático. Como se puede apreciar, la realidad no rebasó la juridicidad, al contrario, al poder le estorbó la construcción jurídica del Estado Democrático y Estado de Derecho.

52 El quinto estado de excepción estableció que desde el día 1 de abril de 2021 al 9 de abril de 2021 se establecería la suspensión de derechos de asociación, reunión y libre tránsito, sin embargo, respecto del periodo de vigencia de éste, el ejecutivo estableció que será de treinta días, razón por la cual la Corte Constitucional en su dictamen de constitucionalidad limitó la vigencia del estado de excepción al tiempo de las medidas, es decir hasta el 9 de abril de 2021.

53 Asamblea Nacional del Ecuador, «Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid- 19», Pub. L. No. Registro Oficial Nro. 229 (2020). Y, Asamblea Nacional del Ecuador, «Ley para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas» (s. f.).

Reflexión final

Los países, en el mundo entero, debieron afrontar la pandemia y sí, no estuvieron preparados. De hecho, se entiende la urgencia de las medidas adoptadas y los equívocos en las acciones inmediatas. Sin embargo, bajo ningún concepto, dentro de un marco constitucional y democrático, hay espacio para la arbitrariedad o el ejercicio abusivo del poder que desatienda al Estado de Derecho.

Los Estados, en la generalidad, están obligados a dar respuesta a las crisis, en esta ocasión para el Ecuador con un factor mayor: lo desconocido, el pánico y una brecha económica y social que paleaba en frágil silencio. Pero la lógica de una actuación sin mínimos, restricciones y condicionantes no cabe. Como se ha visto, la pandemia y el consecuente estado de excepción, no implican inmunidad, aún menos una respuesta a favor de la arbitrariedad o derrota de la normatividad; de hecho, los requisitos, circunstancias y marco regulatorio se encuentran establecidos en la propia Constitución, que debe ser respetada.

El Gobierno Nacional por lavarse las manos y no por la pandemia, calificó permanentemente como un tiempo en donde la realidad desbordó a la juridicidad, convirtiéndose aquello, en un *bullying* al Estado de Derecho, al derecho mismo e incluso a la democracia. ¿Por qué? Por un intento de desatender que en la misma Constitución existen normas de tipo principio y valor que pueden solventar antinomias, ambigüedades y lagunas.

Los decretos ecuatorianos que declararon el estado de excepción, pese a ser calificados -en su mayoría- como constitucionales por parte de la Corte Constitucional, mostraron la necesidad de precisiones y circunscripciones en materia de derechos fundamentales como salud y uso de la fuerza pública.

En los decretos de estado de excepción se configuró una permanente delegación de atribuciones constitucionales del presidente de la República al denominado Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, COE Nacional, para que fuera éste una especie de *súper órgano* que gobierne en el Ecuador durante la pandemia de la Covid- 19, con posibilidad de

delimitar la suspensión de derechos y libertades, tomar las medidas, realizar resoluciones sobre cierre y apertura de actividades comerciales, autorizar la reactivación comercial, disponer medidas de bioseguridad, definir el rastreo satelital de personas, limitar el costo de exámenes de Covid- 19, regular las acciones que la Policía Nacional debió emprender, autorizar el ingreso y salida del país, señalar la adquisición de alimentos para sectores de la sociedad, entre muchas otras más.

Por supuesto que hubo extralimitación en este tiempo. Y el discurso de *la realidad rebasó a la juridicidad* fue un intento para justificar la fuerte presencia de corrupción en el manejo de la crisis a través de sobrepagos en contratos públicos y las naturales intenciones del poder descritas en el Leviatán de Hobbes. La transparencia es uno de los atributos que pretende materializar el Estado de Derecho, para aquello, la vigencia del ordenamiento jurídico y los límites al poder, son sustantivos; en el caso ecuatoriano, *la corrupción rebasó la realidad y no la realidad a la juridicidad*, convirtiéndose en deber que el derecho busque fórmulas que encuentren y limiten a este fantasma.

La amplia discrecionalidad con la que se tomaron medidas por el denominado Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, COE Nacional, no es un asunto menor. En el mismo sentido, vía Acuerdo Interministerial se dispuso una reglamentación sancionaría que fija la conducta ilícita y la sanción por inobservar el toque de queda, desatendiendo esta regulación al principio de reserva de ley constitucional por el cual este tipo de descripciones de conducta y sanción, únicamente puede ser generada a través de un acto legislativo con rango de ley.

La Corte Constitucional tuvo una importante tarea en este tiempo, estando confinada a entregar respuestas en la búsqueda de frenar al poder a través de la delimitación que hiciera en el control de los estados de excepción decretados por el ejecutivo. Igualmente, tuvo una participación determinante en la defensa del sistema de educación superior respecto a las demandas interpuestas por las universidades particulares, que reciben rentas del Estado y las universidades públicas sobre la afección a sus finanzas. Señaló a través de autos de seguimiento, la atención prioritaria que se debe brindar en materia de salud y respeto a los derechos humanos exigiendo consiguientemente que el Gobierno entregue inmediatas respuestas sobre las ejecutorias durante el tiempo de pandemia.

El Gobierno Nacional hizo gala del discurso de que la realidad desbordó a la juridicidad, en todos los espacios, entrevistas y posiciones

oficiales. Los estados de excepción se mostraron como una especie de carta abierta para la discrecionalidad y razón de las delegaciones sin mérito jurídico.

En época de la Covid- 19, el Estado de Derecho funcionó y frenó al poder, por ello el gobierno y otros agentes de poder forjaron el discurso de *la realidad desbordó a la juridicidad*, que llevaron a que el Ecuador sufriera de la Covid- 19 y otras pandemias más.

Bibliografía

Agamben, Giorgio, y María Rosa Borrás. «El estado de excepción», *Mientras Tanto*, n.º 86 (2003).

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid- 19, Pub. L. No. Registro Oficial Nro. 229 (2020).

———. Ley para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas (s. f.).

Barzotto, Luis Fernando. «El guardián de la constitución: Elementos para una epistemología de la democracia», *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, 19, n.o 2 (2010).

Calveiro, Pilar. «Estado, Estado de excepción y violencia», *Revista de Ciencias Sociales*, n.o 24 (2008).

Corte Constitucional del Ecuador. Acción de Incumplimiento Nro. 34 - 20 - IS (s. f.).

———. Acción por Incumplimiento Nro. 15 - 20 - AN (s. f.).

———. Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 1-20-EE/20A (Corte Constitucional del Ecuador 25 de marzo de 2020).

———. Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 1-21-EE/21 (Corte Constitucional del Ecuador 6 de abril de 2021).

———. Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 2-20-EE/20 (Corte Constitucional del Ecuador 22 de mayo de 2020).

———. Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 3-20-EE/20 (Corte Constitucional del Ecuador 29 de junio de 2020).

———. Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 7-20-EE/20 (Corte Constitucional del Ecuador 27 de diciembre de 2020).

Duhau, Emilio. «Estado de derecho e irregularidad urbana». *Revista Mexicana de Sociología* 57, n.o 1 (enero de 1995): 3. <https://doi.org/10.2307/3540949>.

Ecuador. Constitución de Ecuador 1979, Pub. L. No. Registro Oficial 800 (1979).

———. Constitución de Ecuador 2008, Pub. L. No. Registro Oficial 449. (2008).

Ecuador, Ministerio de Gobierno y Ministerio de Salud Pública del Ecuador. Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda, Registro Oficial Nro. 468 § (2020).

Ecuador, Presidencia de la República. Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, Pub. L. No. Registro Oficial Nro. 536 (2002).

Ecuador, Presidente de la República. Decreto Estado de Excepción 1017, Pub. L. No. Decreto Nro. 1017 (2020).

———. Decreto Estado de Excepción 1074, Pub. L. No. Decreto Nro. 1074 (2020).

———. Decreto Estado de Excepción 1217, Pub. L. No. Decreto Nro. 1217 (2020).

———. Decreto Estado de Excepción 1282, Pub. L. No. Decreto Nro. 1282 (2021).

———. Decreto renovación Estado de Excepción 1052, Pub. L. No. Decreto Nro. 1052 (2020).

———. Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, Pub. L. No. Reigstro Oficial Nro. 290, Decreto Ejecutivo Nro. 486 (2010).

Ferrajoli, Luigi. «La crisis de la democracia en la era de la globalización». Editado por Manuel Escamilla Castillo, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.o 39 (2005).

García López, Andrés Eduardo. «La Pandemia en la cotidianidad: El COVID-19 y las nuevas dinámicas globales». En *Covid- 19 Caos 2.0 Ensayos desconfiados. Ideas de debate para la post pandemia*. Colombia: anthropiQa 2.0, 2020.

Hurtado, Osvaldo. *Dictaduras del siglo XXI El caso ecuatoriano*. Quito: Paradiso, 2012.

Kelsen, Hans. «Estado de Derecho y Derecho de Estado». Traducido por Víctor Manuel Rojas Amandi, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 64, n.o 262 (2014). <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60382/53282>.

Organización de Estados Americanos OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José (1969).

Ortiz, Richard. «Los problemas estructurales de la Constitución ecuatoriana de 2008 y el hiperpresidencialismo autoritario». *Estudios constitucionales* 16, n.o 2 (diciembre de 2018). <https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000200527>.

Sánchez Ayala, Luis, y Neiset Bayouth. «Globalización». En *Geografía Humana: Conceptos básico y aplicaciones*. Colombia: Universidad de los Andes, 2012.

Troper, Michel. «El estado de excepción no tiene nada de excepcional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.o 27 (junio de

2017). <http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/ReDCEsumario27.htm>.

Valim, Rafael. «Estado de excepción». *Derechos en Acción* 7, n.o 7 (6 de julio de 2018). <https://doi.org/10.24215/25251678e167>.

Villar Borda, Luis. «Estado de derecho y Estado social de derecho», *Revista Derecho del Estado*, n.o 20 (2007). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/issue/view/74>.

Sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional:

Corte Constitucional del Ecuador. Acción de Incumplimiento Nro. 34 - 20 - IS (s. f.).

———. Acción por Incumplimiento Nro. 15 - 20 - AN (s. f.).

———. Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 1-20-EE/20A (Corte Constitucional del Ecuador 25 de marzo de 2020).

———. Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 2-20-EE/20 (Corte Constitucional del Ecuador 22 de mayo de 2020).

———. Dictamen de constitucionalidad Estado de Excepción Nro. 3-20-EE/20 (Corte Constitucional del Ecuador 29 de junio de 2020).

Disposiciones normativas:

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid- 19, Pub. L. No. Registro Oficial Nro. 229 (2020).

Ecuador. Constitución de Ecuador 1979, Pub. L. No. Registro Oficial 800 (1979).

———. Constitución de Ecuador 2008, Pub. L. No. Registro Oficial 449. (2008).

Ecuador, Presidente de la República. Decreto Estado de Excepción 1017, Pub. L. No. Decreto Nro. 1017 (2020).

———. Decreto Estado de Excepción 1074, Pub. L. No. Decreto Nro. 1074 (2020).

———. Decreto renovación Estado de Excepción 1052, Pub. L. No. Decreto Nro. 1052 (2020).

———. Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, Pub. L. No. Reigstro Oficial Nro. 290, Decreto Ejecutivo Nro. 486 (2010).

———. Ley para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas (s. f.).

Ministerio de Gobierno y Ministerio de Salud Pública del Ecuador. Reglamento para la aplicación de multas por incumplimiento del toque de queda, Registro Oficial Nro. 468 § (2020).

Presidencia de la República. Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, Pub. L. No. Registro Oficial Nro. 536 (2002).

Organización de Estados Americanos OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José (1969).

COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS SUBNACIONALES EN LA GESTIÓN DE RIESGOS

Juan Carlos Mogrovejo¹

Introducción

La organización del poder público en el Ecuador se corresponde con la estructura de Estado unitario, marcado, no obstante, por un significativo movimiento descentralizador refrendado en un apreciable catálogo de competencias asignadas a entidades subnacionales, que, en nuestro contexto, figuran con la rúbrica de gobiernos autónomos descentralizados.

Esta expresión de apertura interna del Estado anclada a nivel normativo desde el propio precepto constitucional, obra en correspondencia con un formato de organización territorial morigerado, que ha redefinido la composición espacial del territorio nacional con una desagregación que incorpora a la región como unidad adicional al tradicional esquema estructurado alrededor de la provincia, el cantón -o municipio- y la parroquia rural.

Con base en esta organización del territorio discurre un caudal de competencias expositivas del reparto del poder público desplegado en instancias de orden central y descentralizado que, a partir de un complejo entramado administrativo, hacen explícitos los objetivos que procura

¹ Doctor en Derecho Ph.D. por la Universidad Pública de Navarra, España (UPNA). Magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Licenciado en Ciencias Sociales, Políticas y Económicas, Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja. Docente de planta y coordinador académico del programa de Maestría en Derecho Tributario, UASB-E.

alcanzar el Estado. Se consignan así competencias de carácter exclusivo que perfilan el ámbito de actuación de cada instancia de gobierno dentro de los márgenes materiales y temporales definidos por el ordenamiento constitucional y legal del país. Contexto que también permite verificar el afianzamiento del distrito metropolitano como un nivel más de gobierno autónomo descentralizado.

Siendo que las competencias reflejan con sentido instrumental el afán por concretar los objetivos vinculados a la mejora de las condiciones de vida y de desarrollo de la población, el ejercicio y optimización de cada una de ellas plantea, para cada nivel de gobierno, entre muchos desafíos, la urgencia de contar con suficientes recursos financieros, que en la práctica terminan siempre siendo limitados. Esta realidad visibiliza cada vez con mayor elocuencia la importancia de la planificación y priorización del gasto público con un esquema que implique de forma prioritaria llegar con mayor incidencia a los sectores históricamente menos favorecidos, en una proyección que, por lo demás, apunta a la concreción de la justicia distributiva.

Con lo dicho, en condiciones regulares los grandes retos que debe afrontar el Estado para lograr sus propósitos, muchos de ellos alineados a la concreción de derechos sociales, van de la mano con la necesidad de obtener el mayor flujo posible de recursos financieros, cuestión que exhibe, de plano, las dificultades propias del financiamiento del gasto público. Esta constatación se exagera aún más cuando esas condiciones entendidas de algún modo como previsibles, se ven alteradas por eventos de carácter excepcional, como el relativo a la pandemia por la Covid-19, de incidencia mundial, que ha impuesto a los gobiernos la ineludible consideración de egresos extraordinarios que permitan responder a un problema de magnitud.

En un panorama que, exponiendo las limitaciones presupuestarias de una economía que venía ya resentida por desastrosos en el manejo de la materia, con un marcado desequilibrio en las finanzas públicas, sumado al apremio de incurrir inevitablemente en ingentes erogaciones para minimizar los estragos de la pandemia, las actuaciones de cada estamento público están llamadas a revelar el máximo nivel de sus capacidades en un marco que impone coordinación, colaboración y complementariedad entre todos los niveles de gobierno. Resulta por ello pertinente, como tema de este ensayo, revisar las competencias que en el orden descentralizado se ha reconocido a los gobiernos subnacionales respecto de la gestión de riesgos,

que involucra principalmente a los gobiernos municipales y a los gobiernos de los distritos metropolitanos, marco complementado con una breve referencia a un caso concreto, que permite dar cuenta de la actuación pública frente a la pandemia en el ámbito local.

La competencia subnacional en la gestión de riesgos

Acorde con un planteamiento descentralizador se ha reconocido a los gobiernos subnacionales, en un contexto de transferencia de competencias desde el gobierno central, concretas capacidades que expresan el ánimo de potenciar la tarea pública hacia la satisfacción con mayor efectividad de las necesidades colectivas, en un despliegue de intervenciones dentro de un territorio.

La caracterización del Ecuador como Estado unitario descentralizado puede apreciarse primariamente desde el propio ordenamiento constitucional, marco que establece un abanico de competencias a favor de los gobiernos autónomos descentralizados y que además obedece a la intención de promover el fortalecimiento del gobierno intermedio y local, en torno a la idea de apoyar desde lo subnacional el desarrollo nacional. Gobiernos subnacionales dotados de un conjunto normativo de propiedades que corroboran la vocación descentralizadora del Estado, a partir de lo que ha venido a identificarse como elementos reveladores de esa condición,² en un contexto que tiene como nota singular el reconocimiento, dentro ciertos parámetros, de autonomía política, administrativa y financiera,³ que acreditan y dan soporte a un apreciable margen de acción a estas entidades.

Importa remarcar que en el nuevo marco de organización territorial y de configuración de los gobiernos intermedios y locales, el ordenamiento constitucional ecuatoriano ha robustecido el posicionamiento

2 Al efecto, se sostiene como elementos centrales en el diseño de un gobierno subnacional, los siguientes: mandato popular; capacidad legislativa; bases fiscales; y, disponibilidad administrativa. Vid. Luis Verdesoto Custode, *¿Quién hace qué en el territorio? Los gobiernos intermedios y los Objetivos de Desarrollo del Milenio* (Quito: PRO-ODM, AECI-CONCOPE, 2006), 68.

3 Es la ley de la materia expresada en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) la que, en correspondencia con determinaciones constitucionales, hace de la autonomía un atributo de estos niveles de gobierno. El artículo 5 de este cuerpo normativo reconoce precisamente tal connotación en dimensión política, administrativa y financiera, revelando con ello un elemento consustancial y lógico al proceso descentralizador. Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, de 19 de octubre de 2010.

del distrito metropolitano como un nivel específico de gobierno subnacional,⁴ del que se predica asimismo la condición de régimen especial.⁵ En ese contexto, el artículo 240 CRE estatuye que los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales, en tanto que, las juntas parroquiales rurales detentarán estrictamente facultades reglamentarias. Por su parte, el artículo 238 del texto fundamental se encarga de reafirmar ese carácter de las entidades territoriales, aunque en cabeza de sus respectivos órganos con capacidad normativa.

Trazado de manera general el contexto en el que se presentan las entidades territoriales en el país, corresponde, en esta parte, verificar las competencias asignadas a cada nivel de gobierno desde los preceptos constitucional y legal, que, dando cuenta del anclaje normativo sustancial de la materia tratada, permite enfatizar en los aspectos inherentes a las atribuciones sobre el manejo de riesgos puntualmente enlazados con la cuestión relativa a la pandemia por la Covid-19.

En un plano que encuadra la problemática habrá que señalar que, aun cuando resulte lacónica la referencia primaria que hace el texto constitucional a la gestión de riesgos, no deja de plantear los imperativos propios a la atención de este aspecto cardinal. Conviene al respecto indicar que se ha destacado, como dato general, siguiendo el artículo 389 CRE, la exigencia endilgada al Estado de la protección a las personas, colectividades y naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico, en un despliegue que toma en consideración la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, procurando minimizar las condiciones de vulnerabilidad.

4 El posicionamiento efectuado desde el precepto constitucional del distrito metropolitano autónomo que trae la Norma Fundamental 2008, como unidad inserta en el entramado de los llamados gobiernos autónomos descentralizados, ha representado el afianzamiento de esta categoría política que ya había merecido reconocimiento desde el marco jurídico legal con ocasión de la expedición, para el caso puntual de Quito, de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito. Ecuador, *Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito*, Registro Oficial 345, de 27 de diciembre de 1993.

5 Calidad devenida por razones que atienden el factor demográfico o de población. En este marco, el artículo 242 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: "El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales. Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales". *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

En esta línea, también queda asentada la configuración de un sistema nacional descentralizado de gestión de riesgos integrado por las unidades de este orden, adscritas a las instituciones públicas y privadas de ámbito nacional, regional y local. En ese andamiaje institucional la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos figura como la entidad técnica que ejerce la rectoría en la materia.

Los grandes frentes de atención a partir de los cuales se erige una plataforma encaminada a afrontar el riesgo como cuestión de interés general están centrados en tareas tanto preventivas como de remediación, dispuestas al propósito central de evitar o minimizar los impactos negativos en contra de las personas y del entorno.

En un esquema que atiende en dimensión mayor factores territoriales, geográficos, culturales, económicos, sociales, ambientales, sanitarios y otros, remitidos a un contexto específico como el ecuatoriano, se ha consignado preceptivamente un cúmulo de acciones vinculadas a solventar la problemática, resaltando como cometidos prioritarios: a) La identificación de los riesgos reales y potenciales, internos y externos que afecten el territorio; b) La generación y difusión abierta de información suficiente y oportuna para gestionar debidamente el riesgo; c) El imperativo dirigido a toda institución pública y privada de incorporar la gestión del riesgo en su planificación y gestión; d) El fortalecimiento de las capacidades en la órbita pública y privada para identificar los riesgos inherentes a sus respectivos ámbitos de acción, con la toma de decisiones y acciones para su reducción; e) La articulación institucional para la coordinación de acciones de prevención y mitigación de riesgos, recuperación y mejora de las condiciones anteriores a la ocurrencia de una emergencia o desastre; f) La ejecución y coordinación de las acciones necesarias para reducir vulnerabilidades, prevenir, mitigar, atender y recuperar eventuales efectos negativos derivados de desastres o emergencias; g) El aseguramiento del financiamiento para el funcionamiento del sistema, complementado con la coordinación de la cooperación internacional dirigida a la gestión del riesgo.

Otra nota de relevancia en este marco se refiere al hecho de que los riesgos han de gestionarse siguiendo el principio de descentralización subsidiaria, en virtud del cual se atribuye la responsabilidad directa de las instituciones dentro de su ámbito geográfico, subrayándose que cuando las capacidades de gestión de estas resulten insuficientes, las instancias de mayor ámbito territorial y mayor capacidad técnico-financiera han de prestar su colaboración. Un reconocimiento de este orden corrobora jus-

tamente el sentido de involucrar a todas las instancias del poder público, que, aun cuando parte de la consideración de competencias exclusivas a cada nivel de gobierno admite un ejercicio concurrente, en el entendido de abordar una materia que por su despliegue transversal comporta ámbitos de acción tocantes a distintos estamentos, y que al mismo tiempo plantea una indefectible articulación con otros campos susceptibles de atención y que conjuga intervenciones en dimensión nacional, intermedia y local. De esa manera se asimila un esquema de asignación de atribuciones, que atraviesa los ámbitos central y descentralizado, y que resulta extensivo a tareas de cooperación y complementariedad cruzada.

En correspondencia con el marco descrito, el artículo 261.8 CRE contempla como competencia exclusiva del gobierno central el manejo de desastres naturales; en tanto que, en el ámbito descentralizado se atribuye a los gobiernos municipales (artículo 264.13 CRE) la gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios; competencia extensible a los distritos metropolitanos autónomos, por efectos del artículo 266 CRE.⁶

En complemento, habrá que indicar que no se señalan competencias explícitas al manejo de riesgos para los otros niveles de gobierno autónomo descentralizado.

No obstante, vale acotar en la línea que hemos señalado, dada la transversalidad del tratamiento sobre los riesgos, que más allá de las explícitas atribuciones que acercan de manera más clara a unos estamentos respecto de otros sobre la materia en cuestión, todos los niveles de gobierno están llamados, desde el ejercicio de sus competencias, en el marco de una necesaria articulación de cometidos, a prodigar sus mayores esfuerzos en la prevención y mitigación de los riesgos, que de manera real o potencial podrían llegar a penetrar las esferas atribuibles a los márgenes de actua-

⁶ El artículo 266 de la Constitución ecuatoriana establece que: "Los gobiernos de los distritos metropolitanos autónomos ejercerán las competencias que corresponden a los gobiernos cantonales y todas las que sean aplicables de los gobiernos provinciales y regionales, sin perjuicio de las adicionales que determine la ley que regule el sistema nacional de competencias. En el ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades, expedirán ordenanzas distritales". Sobre la naturaleza y alcance de este nivel de gobierno véase José Suing Nagua, *Gobiernos Autónomos Descentralizados* (Loja: UTP, 2010), 54-6. Por otro lado, con agregados derivados de la lectura del texto constitucional, se colige la ambigüedad de considerar al distrito metropolitano no solo como unidad política, sino también como unidad territorial, que contradice el esquema configurativo de la organización territorial que preconiza el propio precepto constitucional, más allá de asumir la pertinencia de una redefinición que pueda acoger tal conjugación. En este sentido, véase Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, "Procedimientos administrativos en la gestión tributaria municipal en el Ecuador", en *Análisis y actualidad del Derecho Administrativo*, coord. Marco Morales Tobar (Quito: UASB/IDEAS/CEP, 2014), 351.

ción de cada uno de ellos. En ese sentido, se acredita como idónea la consideración de un sistema nacional descentralizado de gestión de riesgos.

Por otro lado, con base en el indicado referente normativo se han ido desgajando regulaciones de orden legal y reglamentaria que corroboran la intención estatal de ir asentando la gestión de riesgos como parte de su cometido mayor. La importancia de este componente aparece reflejada en el propio sistema de seguridad pública y del Estado, con regulación gestada en función de la seguridad integral del Estado y de todos sus habitantes⁷, enfatizando en este campo la prevención y las medidas para contrarrestar, reducir y mitigar los riesgos de origen natural y antrópico o para reducir la vulnerabilidad, en un despliegue que extiende las responsabilidades a los gobiernos autónomos descentralizados.

Es en el Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado que se reconoce a la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos como órgano rector y ejecutor del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión de Riesgos, entramado que responde al propósito de integrar los principios, objetivos, estructura, competencias e instrumentos en torno a la gestión de riesgos, en un proceso identificado como integrador de un conjunto de actividades de prevención, mitigación, preparación, alerta, respuesta, rehabilitación y reconstrucción de los efectos de los desastres de origen natural, socio-natural o antrópico.

El Sistema Nacional Descentralizado de Gestión de Riesgos se encuentra estructurado por las unidades de gestión de riesgo de todas las instituciones públicas y privadas en los ámbitos nacional, regional y local. En este contexto figuran también el Comité Consultivo Nacional de Gestión de Riesgos, como instancia técnica interinstitucional e intersectorial de asesoría y apoyo a la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos; y, los Comités de Operaciones de Emergencia (COE), identificados como instancias interinstitucionales responsables en su territorio de coordinar las acciones dispuestas a la reducción de riesgos, y a la respuesta y recuperación en situaciones de emergencia y desastre, observando en todo caso el principio de descentralización subsidiaria. La configuración de los Comités de Operaciones de Emergencia se produce en los ámbitos nacional, provincial y cantonal con base en las regulaciones emitidas por la Secretaría Nacional

⁷ Ecuador, *Ley de Seguridad Pública y del Estado*, Registro Oficial 35, Suplemento, de 28 de septiembre de 2009, así como el *Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado*, Registro Oficial 290, Suplemento, de 30 de septiembre de 2010.

de Gestión de Riesgos⁸, institución que actualmente se erige y manifiesta como Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias⁹.

En un escenario que reafirma este frente de acción como elemento transversal en el quehacer público y en la organización de la sociedad, se ha incluido como factor prevalente en el Sistema de Gestión de Riesgos, aquel que se refiere a la construcción social. En ese marco, se presenta como imperativa la incorporación de la gestión de riesgos en los programas de educación básica, media y técnica, así como la capacitación dirigida a las autoridades, líderes comunitarios, población en general y medios de comunicación, para desarrollar en la sociedad civil destrezas atinentes a la prevención, reducción y mitigación de los riesgos de origen natural y antrópico.

Seguido a este encuadre normativo que marca las líneas gruesas de la regulación sobre la gestión de riesgos, se presentan en la esfera descentralizada disposiciones de orden legal (artículos 54 letra o. y 84 letra n. COOTAD) que corroboran las competencias de los gobiernos autónomos descentralizados municipales y distritales metropolitanos en la materia, y que además se corresponden con los fines que persiguen, como el de proporcionar un hábitat seguro y saludable para las personas dentro de sus territorios (artículo 4 letra f. COOTAD). Al efecto, se parte estableciendo como necesaria nota introductoria, a la vista del artículo 140 del cuerpo normativo en mención, que la gestión de riesgos que incluye las acciones de prevención, reacción, mitigación, reconstrucción y transferencia, para enfrentar todas las amenazas de origen natural o antrópico que afecten al territorio, se gestionarán de manera concurrente y de forma articulada por todos los niveles de gobierno, siguiendo las políticas y los planes emitidos por la Secretaría Nacional de Riesgos.

En este marco queda igualmente consignada la exigencia a los gobiernos municipales y distritales metropolitanos de adoptar normas técnicas para la prevención y gestión de riesgos en sus jurisdicciones, elemento considerado, además, en los procesos de ordenamiento territorial.

En el caso de riesgos por factores sísmicos está también a cargo de estos niveles de gobierno la reglamentación de normas de construcción y prevención de riesgos y desastres, aspecto que encuentra directa relación con el postulado tocante a la función social y ambiental de la propiedad en

8 En ese ámbito figura el *Manual del Comité de Operaciones de Emergencia-COE*, emitido por Resolución No. SGR-142-2017 de la Secretaría de Gestión de Riesgos.

9 Reconocimiento que operó por Decreto Ejecutivo No. 534 de 3 de octubre de 2018.

el suelo urbano y rural de expansión urbana, en función del cual se plantea la necesidad de conservar el suelo, los edificios, las construcciones y las instalaciones en condiciones adecuadas para evitar daños al patrimonio natural y cultural, y a la seguridad de las personas¹⁰.

Con sentido más instrumental, en un despliegue propio de la regulación secundaria, cada gobierno autónomo descentralizado municipal o distrital metropolitano, como ha quedado recalcado, está llamado a regular aspectos que, siendo inherentes a sus competencias, marcan un terreno de innegable articulación con las competencias centrales en materia de gestión de riesgos. En esta esfera cobra especial significancia la consideración del riesgo desde los mismos planes de ordenamiento territorial atribuibles a cada gobierno municipal y metropolitano con las subsecuentes expresiones normativas canalizadas por ordenanzas¹¹, sumado a los instrumentos propios de la gestión administrativa que potencian esos cometido¹². Regulación que, en el caso de Quito, por ejemplo, se consigna en el Código Municipal del Distrito Metropolitano de Quito, cuerpo que integra las ordenanzas que expide este gobierno local, en cuyo conjunto regulatorio, en la materia que abordamos, se destaca la creación de la Empresa Pública Metropolitana de Logística para la Seguridad y la Convivencia Ciudadana, investida de facultades entre las que destaca la gestión de riesgos¹³; formulaciones todas estas que, en los términos indicados, resultan potencialmente aplicables a los 221 municipios existentes en el país.

10 Así lo prescribe el artículo 7 de la *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo*, Registro Oficial 790, Suplemento, de 5 de julio de 2016.

11 Por citar algunas experiencias: *Ordenanza que aprueba el Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del cantón Santo Domingo*, Registro Oficial 328, Edición Especial, de 17 de junio de 2015; *Ordenanza que sanciona la actualización del plan de desarrollo y el de ordenamiento territorial del cantón Déleg*, Registro Oficial 475, Edición Especial, de 13 de junio de 2018.

12 Una de las herramientas fundamentales en la gestión municipal y metropolitana remite al catastro predial, de notoria proyección multifinalitaria, que apoya con mayores agregados al cumplimiento de los objetivos locales. Sobre esta herramienta véase César Montaña Galarza y Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, *Derecho Tributario Municipal Ecuatoriano. Fundamentos y práctica* (Quito: UASB/CEN, 2014), 67-86.

13 Libro 1.2 De la organización administrativa; Título V De las empresas metropolitanas; Capítulo IV De la Empresa Pública Metropolitana de Logística para la Seguridad y la Convivencia Ciudadana (Artículos 1.2.124 a 1.2.127) del *Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito*, Registro Oficial 902, Suplemento, de 7 de mayo de 2019.

La gestión de riesgos en el ámbito local y la pandemia por la Covid-19

Tras un breve repaso del marco normativo que perfila la actuación de los gobiernos autónomos descentralizados, en lo que respecta a la gestión de riesgos, corresponde referir, a la vista de algunas experiencias, la forma cómo han reaccionado las entidades territoriales investidas de estas facultades para afrontar la pandemia por la Covid-19.

Como dato inicial que contextualiza la problemática, habrá que indicar, a tenor de los reportes iniciales registrados en el mes de diciembre de 2019 en la provincia de Hubei (República Popular de China), el surgimiento de una nueva enfermedad que presentaba como signo distintivo cuadros clínicos de neumonía e insuficiencia respiratoria en pacientes ingresados a los establecimientos de salud. Nueva enfermedad denominada Covid-19, producida por un tipo de coronavirus llamado SARS-CoV-2 con la capacidad de un vertiginoso ritmo de expansión dado su alto nivel de contagio, lo que condujo a la declaratoria de la enfermedad como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020.

Los reportes más recientes del número de contagios (mediados de octubre) a nivel mundial dan cuenta de haberse superado los 39 millones de casos, con más de un millón cien mil decesos, cifras que por países coloca en los primeros lugares en contagios a Estados Unidos (8´090.555) con 70.451 casos nuevos en un día; India (7´432.680) con 62.212 casos nuevos en un día; Brasil (5´200.300) con 30.914 casos nuevos en un día; Rusia (1´361.317) con 14.937 casos nuevos en un día; Argentina (965.609) con 16.546 casos nuevos en un día. En el contexto europeo, figuran España (936.560) con 15.186 casos nuevos en un día; Francia (843.475) con 24.768 casos nuevos en un día; Reino Unido (689.257) con 15.635 casos nuevos en un día; Italia (391.611) con 10.009 casos nuevos en un día; Alemania (359.802) con 7.695 casos nuevos en un día. Respecto del Ecuador, se conigna la cifra de 151.659 contagios con 1.299 nuevos casos en un día¹⁴.

En este marco y justamente con referencia a nuestro país, el primer caso de coronavirus llegó a confirmarse el 29 de febrero de 2020, activándose días después, esto es el 13 de marzo, el COE Nacional para la

14 <https://news.google.com/covid19/map?hl=es-419&gl=US&ceid=US%3Aes-419>. Portal que toma como fuente, entre otras: The New York Times JHU CSSE COVID-19. Data Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades

coordinación de la emergencia; situación que por su gravedad motivó la expedición del Acuerdo Ministerial No. 00126-2020 el 11 de marzo de 2020 por la Ministra de Salud, que declaraba el Estado de Emergencia Sanitaria en el Sistema Nacional de Salud¹⁵. Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo No. 1017 de 20 de marzo de 2020, el Presidente de la República declaraba el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional. Decreto que, asimismo, entre otros puntos, disponía la movilización en el territorio nacional de todas las instituciones de la administración pública central e institucional; suspensión del ejercicio del derecho a la libertad de tránsito y el derecho a la libertad de asociación y reunión, a efectos de mantener una cuarentena comunitaria obligatoria, incluido toque de queda; determinaciones estas últimas instrumentadas por el Comité de Emergencia Nacional y por los comités en el ámbito descentralizado.

Precisamente a la luz de las circunstancias devenidas por la pandemia y a tono con las prescripciones indicativas del marco regulatorio sobre la gestión de riesgos, tomó mayor notoriedad el rol del Comité de Operaciones de Emergencia Nacional¹⁶ y el de los comités de operaciones provinciales y cantonales dentro del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión de Riesgos, que implicó, a su vez, la activa participación de los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, de acuerdo con sus competencias.

Con el Decreto No. 1074 de 15 de junio de 2020, que tendría vigencia por 60 días, entre otros aspectos que iban en la misma línea que el decreto anterior, se adicionaba que la suspensión del ejercicio del derecho a la libertad de tránsito y del derecho a la libertad de asociación y reunión, el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional sería el que debía fijar los horarios y mecanismos de restricciones sobre estos derechos, en consideración con un esquema por color del semáforo (rojo - amarillo - verde) que sería adoptado por el respectivo gobierno autónomo descentralizado municipal, de igual manera, las directrices específicas para el ejercicio de actividades laborales y económicas en cada municipio, de acuerdo con el color del semáforo que correspondiere, atendiendo a las condiciones específicas en el territorio. En este sentido, el instrumento en cuestión enfatizaba que los comités de emergencia cantonales, en aplicación del principio de descentralización subsidiaria, serían los responsables directos de coordinar con las instituciones pertinentes los mecanismos y medios idóneos para la ejecución de las suspensiones determinadas por el COE Nacional.

15 <https://www.salud.gob.ec/actualizacion-de-casos-de-coronavirus-en-ecuador/>

16 Más de 80 resoluciones emitidas desde el 14 de marzo al 1 de octubre de 2020, relacionadas con las medidas para afrontar la pandemia. En <https://www.gestionderiesgos.gob.ec/resoluciones-coe/>

Con base en este marco, y en referencia al caso de Quito, el Alcalde Metropolitano, como máxima autoridad administrativa del Gobierno Autónomo del Distrito Metropolitano de Quito, mediante Resolución No. A-020 de 12 de marzo de 2020, declaró estado de emergencia grave en todo el territorio del Distrito, en razón de la declaratoria de la Covid-19 como pandemia por la OMS y, de la emergencia sanitaria nacional decretada por el Presidente de la República, disponiendo, entre otros puntos, que los órganos y entidades del gobierno local, dentro de sus competencias: adopten las medidas necesarias tendientes a mitigar los riesgos sanitarios, bajo los protocolos y directrices emanados por el órgano rector en materia de salud a nivel nacional; de igual manera, se implementen las acciones y procedimientos necesarios para mantener, en condiciones de normalidad, en tanto sea posible, la provisión de los servicios a cargo de la municipalidad y las empresas públicas metropolitanas.

Por este mismo instrumento se encarga a la Secretaría de Salud del gobierno local la formulación del Plan de Contingencia para enfrentar la emergencia derivada de la pandemia, en coordinación con las otras instancias competentes; la activación del Comité Operativo de Emergencias a nivel distrital metropolitano para el seguimiento de los hechos que motivaron la declaratoria de emergencia hasta que sean superados. En este mismo marco, se dispuso la implementación de medidas como la suspensión de todos los espectáculos públicos; la suspensión de las actividades educativas en unidades municipales; la modificación en las medidas de restricción de circulación vehicular; la disposición a las entidades pertinentes para intensificar la desinfección e higienización en el sistema de transporte público y en todas las instalaciones municipales; la utilización, por el personal administrativo, de mascarilla; disposiciones a la ciudadanía de medidas para mitigar el riesgo de contagio, como lavado de manos, uso de mascarillas y otras fórmulas preventivas. También se dispuso que los empleadores adoptaran medidas para que el trabajo pueda realizarse desde el domicilio de los trabajadores, en tanto fuere posible. Para el caso de las universidades y colegios, asimismo, en cuanto sea posible, la organización de las actividades en modalidad virtual.

Actuaciones subsecuentes en este orden, como es de entender, se han ido gestando como respuesta a las nuevas condiciones que ha ido planteando la pandemia y como correlato de las medidas inicialmente adoptadas con base en evaluaciones propias de cada municipalidad. Así, en el caso que se revisa se han expedido un sinnúmero de resoluciones de la alcaldía, entre las que podrían destacarse, sin que este ejercicio implique,

por lo mismo, un enunciado exhaustivo, la Resolución No. A-022 de 16 de marzo de 2020, que establecía la restricción del uso de bienes de dominio y uso público; suspensión temporal de la vigencia de licencias para el ejercicio de actividades económicas y de la vigencia de permisos de comercio autónomo; suspensión de los servicios del sistema metropolitano de transporte público de pasajeros; restricciones en la circulación del transporte privado. La Resolución No. A-28 de 31 de marzo de 2020, que preveía ajustes en las medidas atinentes al sistema de transporte público de pasajeros; la Resolución No. A-031 de 8 de abril de 2020, con modificaciones de la medida de restricción de circulación vehicular.

En este mismo marco, figura la Resolución No. A-060 de 9 de septiembre de 2020, contentiva de medidas transitorias para procurar la reactivación económica y regularización paulatina de actividades; reglas para el uso de bienes de dominio y espacio público; restricción de deportes y otras actividades en bienes de dominio y uso público; modificaciones al plan de circulación vehicular; suspensión temporal de la vigencia de licencias en actividades como bares, discotecas, centros de diversión nocturna, centros de tolerancia, gimnasios, centros de entrenamiento y similares; regulación sobre aforos para locales comerciales, entre otras. Finalmente, la Resolución No. A-071 de 8 de octubre de 2020, por la cual se precisa respecto de la restricción temporal para la realización de actividades a más de gimnasios, a los centros de entrenamiento destinados a la práctica de deportes o actividades de contacto, como artes marciales, lucha, box y similares.

Como ha quedado en evidencia, todas estas expresiones marcan un proceso de emisión sucesiva de regulaciones vinculadas a la tarea de contener los efectos de la pandemia, tanto del orden preventivo como en el reactivo, que ha supuesto igualmente revalidar el campo de intervención propio de los gobiernos locales en conjunción con el accionar de instancias centrales, alrededor de las competencias reconocidas a cada estamento, y de manera particular en la gestión de riesgos. Medidas que se van modulando en función de las condiciones que la pandemia plantea en lo material, espacial y temporal.

Comentario final

La estructura normativa sobre gestión de riesgos establecida en el país coloca en plano protagónico al gobierno central, con todo su andamiaje, y a los gobiernos autónomos descentralizados, especialmente los de orden municipal y distrital metropolitano, con la asignación de competencias alineadas al propósito superlativo de proteger la integridad y la vida de las personas y comunidades, así como el cuidado y preservación del entorno natural, evitando o reduciendo los riesgos de afectación por factores naturales o antrópicos. Un armado tuitivo que remarca la intervención en el territorio, concurrente y articulada de los estamentos competentes con la disposición de asegurar la mayor efectividad en tales menesteres.

Está claro que el evento de magnitud más reciente plasmado en la pandemia por la Covid-19, ha sometido a prueba al Estado en sus distintos niveles de gobierno, con la exigencia de responder apropiada y oportunamente a un sinnúmero de demandas en diversos segmentos de atención pública. Al efecto, las evidencias revelan la necesidad no solo de contar con un marco regulatorio debidamente estructurado y de la respuesta organizada del aparataje institucional con los recursos financieros dispuestos para ello, sino también la consolidación de una cultura sobre el riesgo, que supone la colaboración y el compromiso de todos, reconociendo de antemano los roles, actividades, derechos y deberes de cada actor en el entramado social, pero en un marco que permita con suficiente conciencia colectiva promover y alcanzar mejores estándares de protección común. Se trata, sin duda, de un cometido complejo y de múltiples dimensiones que plantea desafíos para todos.

Bibliografía

Mogrovejo Jaramillo, Juan Carlos. "Procedimientos administrativos en la gestión tributaria municipal en el Ecuador". En *Análisis y actualidad del Derecho Administrativo*, coordinado por Marco Morales Tobar. Quito: UASB/IDEAS/CEP, (2014).

Montaño Galarza César y Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo. *Derecho Tributario Municipal Ecuatoriano. Fundamentos y práctica*. Quito: UASB/CEN, (2014).

Suing Nagua, José. *Gobiernos Autónomos Descentralizados*. Loja: UTPL, (2010).

Verdesoto Custode, Luis. *¿Quién hace qué en el territorio? Los gobiernos intermedios y los Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Quito: PRO-ODM, AECI-CONCOPE, (2006).

Normas jurídicas

Ecuador. *Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito*, Registro Oficial 902, Suplemento, de 7 de mayo de 2019.

Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, de 19 de octubre de 2010.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

Ecuador, *Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito*, Registro Oficial 345, de 27 de diciembre de 1993.

Ecuador. *Ley de Seguridad Pública y del Estado*, Registro Oficial 35, Suplemento, de 28 de septiembre de 2009.

Ecuador. *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo*, Registro Oficial 790, Suplemento, de 5 de julio de 2016.

Ecuador. *Manual del Comité de Operaciones de Emergencia-COE*, emitido por Resolución No. SGR-142-2017 de la Secretaría de Gestión de Riesgos.

Ecuador. *Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado*, Registro Oficial 290, Suplemento, de 30 de septiembre de 2010.

Ecuador. *Ordenanza que aprueba el Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del cantón Santo Domingo*, Registro Oficial 328, Edición Especial, de 17 de junio de 2015.

Ecuador. *Ordenanza que sanciona la actualización del plan de desarrollo y el de ordenamiento territorial del cantón Déleg*, Registro Oficial 475, Edición Especial, de 13 de junio de 2018.

<https://news.google.com/covid19/map?hl=es-419&gl=US&ceid=US%3Aes-419>

<https://www.salud.gob.ec/actualizacion-de-casos-de-coronavirus-en-ecuador/>

<https://www.gestionderiesgos.gob.ec/resoluciones-coe/>

Derechos y COVID-19: un análisis desde el derecho al trabajo

Claudia Storini¹

Carlos Cisneros²

“Comparto la famosa respuesta de San Agustín que dice: si me preguntan que es la justicia, no sé qué es. Pero, si veo a un niño atropellado por adultos, se lo que es la injusticia. Si veo a un obrero que no se le paga lo que necesita para su subsistencia y la de su familia, se lo que es la injusticia. Y así podría ir definiendo aquellos actos donde se echa de menos la justicia, aunque resulta difícil definirla”.

Julio César Trujillo

1. Derechos y Covid-19: Una pandemia dentro de la pandemia

El confinamiento establecido a raíz de la pandemia de Covid-19, por casi todos los gobiernos del mundo, ha reiterado, por una parte, la importancia del respeto y la eficaz aplicación de los derechos, y por otra, ha puesto de relieve numerosas violaciones de los mismos.

Hablar de derechos en tiempos de Covid-19, es decir, en tiempos de aislamiento social significa preguntarse, por ejemplo, acerca de: ¿qué

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia España. Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador y Profesora Titular en Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra. Es directora del área de Derecho y Directora del doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.

2 Máster en Administración de Empresas por la Universidad de Belgrano. Magíster en Derecho Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Doctorando en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Abogado y Doctor en Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

sucede con las personas que viven en situación de pobreza y están particularmente en riesgo de contagio, como las que viven agrupadas en barrios marginales sin agua, luz, alcantarillado?, ¿qué sucede con la protección de su derecho a la salud cuando las medidas sanitarias son imposibles de aplicar debido a la previa violación de sus derechos a la vivienda, al trabajo, al agua? ¿Están los Estados asegurando el derecho a la educación de millones de niños, niñas y adolescentes? ¿En qué medida las retracciones a la libertad de circulación repercuten sobre otros derechos? Las preguntas podrían multiplicarse. En este breve espacio intentaré analizar algunas de las problemáticas inherentes a la manera como la falta de garantías de los derechos se ha actualizado en estos tiempos de pandemia, cuáles son sus consecuencias y sobre todo cuáles son los aprendizajes de esta despiadada pedagogía de la Covid-19.

Para prevenir la expansión del virus, los gobiernos han impuesto restricciones a los derechos de varios tipos, cuarentenas, confinamientos, aislamiento social, restricción de la movilidad, etc. Prácticamente en todo el mundo se han implementado instrumentos para controlar el respeto de la cuarentena, y en la mayoría de los casos se ha declarado el estado de emergencia o de excepción como parte de los enfoques de salud pública para prevenir la propagación de Covid-19. Sin embargo, en todos estos lugares la aplicación de dichas medidas se ha vuelto siniestra y violadora de derechos; sin duda la restricción de la libertad de circulación tiene repercusiones sobre el ejercicio de muchos otros derechos.

Por otra parte, mirando al derecho a una vivienda digna podríamos preguntarnos: ¿cómo será la cuarentena para todas y todos aquellos que no tienen hogar? Para las personas que pasan sus noches en los parques, al pie de los cajeros automáticos, en las estaciones del tren abandonadas, bajo los puentes o en las estaciones de autobuses de tantas ciudades del mundo. Según datos de ONU Hábitat, 1.600 millones de personas no tienen una vivienda adecuada y 25% de la población mundial vive en barrios informales sin infraestructura ni saneamiento básico, sin acceso a servicios públicos, con escasez de agua y electricidad, viven en espacios reducidos donde se aglomeran familias numerosas. Estas personas: ¿podrán cumplir con las normas de prevención recomendadas por la Organización Mundial de la Salud?, ¿podrán mantener la distancia interpersonal en los espacios de vivienda reducidos donde la privacidad es casi imposible?, ¿podrán lavarse las manos con frecuencia cuando la poca agua disponible debe guardarse para beber y cocinar? Y, finalmente, ¿el confinamiento en una vivien-

da tan pequeña no supondrá otros riesgos para la salud física y psíquica tanto o más graves que los causados por el virus?

El patrón global se demuestra con las cifras que claramente indican que en los barrios más pobres hay más contagios y más muertes. Sin duda, la Covid-19 tiene el color de la pobreza.

Otro efecto de la pandemia es profundizar la discriminación contra mujeres e integrantes de los colectivos LGBTIQ+. Por a ella, se agudizaron todas las desigualdades estructurales relacionadas con estos colectivos y, en particular, las situaciones de violencias de género, a partir del aislamiento social preventivo. El secretario general de Naciones Unidas alertó hace días acerca del “espantoso aumento global de la violencia doméstica”.

El confinamiento exagera la tensión y el estrés generados por preocupaciones relacionadas con la salud, el dinero, la estabilidad. Al mismo tiempo refuerza el aislamiento de las mujeres que tienen compañeros violentos, separándolas de las personas y de los recursos que pueden apoyarlas; generando el clima perfecto para ejercer un comportamiento controlador y violento en el hogar. Por otra parte, al mismo tiempo que los sistemas sanitarios se esfuerzan al límite, los refugios para la violencia doméstica —cuyo déficit de servicio es notorio— son en ocasiones readaptados a fin de ofrecer una respuesta adicional a la emergencia sanitaria. Sin duda, la violencia de género debe ser considerada hoy una pandemia dentro de la pandemia.

Lo mismo pasa con el derecho a la educación, el cierre de los centros escolares provoca, sin duda, altos costos sociales para todos. No obstante, los problemas que ocasiona tienen consecuencias particularmente graves para los niños que pertenecen a los sectores más desfavorecidos. Un ejemplo en relación con el acceso a internet en Ecuador puede ser ilustrativo de la afectación que el confinamiento provoca a este derecho.

A ello hay que añadir que de este 30% total, solo 24% tienen computadoras en casa cifra que baja a 8% en la zona rural. Además de estos desalentadores datos, hay que evidenciar que el cierre de las escuelas va más allá de la pérdida de educación para muchos niños. La pandemia los ha dejado lejos de esos lugares seguros donde además de aprender, podían jugar con amigos, comer y acceder a servicios de salud. Las consecuencias de una restricción de largo plazo al sistema de educación presencial y su reemplazo por programas de educación a distancia, con escaso margen de planificación, sin duda redundará en la salud, alimentación y

equilibrio emocional de la población escolar joven y adulta y, a largo plazo, tendrá consecuencias en el nivel de formación de las personas en todos los países del mundo.

Podríamos seguir hablando de las libertades y de la vigilancia como instrumento para controlar la expansión de Covid-19.

Muchos países están utilizando datos de los teléfonos móviles para rastrear los movimientos de las personas en su respuesta a la pandemia. Otros, están recopilando datos de localización anónimos o agregados de las compañías de telecomunicaciones para ayudar a rastrear contactos de coronavirus. Y se ha llegado a enviar textos orientativos, por parte de las autoridades, sobre la salud que van acompañados de datos personales de pacientes infectados, incluidos enlaces que dirigen a datos pormenorizados sobre sus movimientos. Alibaba ha puesto en marcha un sistema de seguimiento que usa datos sobre la salud personal y asigna códigos de colores a la persona. El verde significa “sano”, el amarillo que se requiere una cuarentena de siete días, y el rojo indica la necesidad de una cuarentena de catorce días. Dicho sistema se está utilizando para controlar el acceso de los ciudadanos a los espacios públicos, por tanto, la aplicación está compartiendo estos datos con las autoridades encargadas de hacer respetar la ley. Estas tecnologías además de exponer las personas afectadas aumentan la discriminación y terminarán perjudicando de forma desproporcionada a todas aquellas comunidades ya marginadas.

También debemos referirnos a la pandemia y a la libertad de expresión; en Bolivia se ajustó la ley para poder encarcelar a quienes critican las medidas gubernamentales. El cuestionamiento hace referencia a un artículo del decreto de la cuarentena que promulgó el gobierno, el cual establece que las “personas que inciten el incumplimiento del presente Decreto Supremo o desinformen o generen incertidumbre a la población, serán sujetos de denuncia penal por la comisión de delitos contra la salud pública”³. Estos delitos pueden merecer penas de hasta 10 años de prisión. El 17 de abril, Amnistía Internacional pidió en Twitter al Gobierno boliviano clarificar las acusaciones de “desestabilización”, “desinformación” y “guerra virtual”, enmarcadas en esa ley, contra 67 personas, 37 de las cuales ya habrían recibido sentencias a través de “procesos abreviados”. Asimismo, en muchos otros países se han sometido a hostigamiento, intimidación, agresiones y procesamiento a periodistas que informan sobre abusos contra los derechos humanos relacionados con la pandemia, como malos tratos policiales y malas condiciones de reclusión.

3

Artículo 13 del Decreto Supremo n.º 4200 del 25 de marzo de 2020.

Tristemente, la lista negra de abusos y violaciones de derechos podría seguir.

“Los grandes infortunios son callados, las grandes angustias no tienen lágrimas: esa operación del alma retostándose en el caldeado pecho, del corazón exprimido de su jugo revolcándose en las entrañas, es cosa que no tiene manera de decir”⁴.

Con estas palabras, escritas en un artículo periodístico con motivo del terremoto de Imbabura, una provincia de la sierra norte del Ecuador, ocurrido el 16 de agosto de 1868 y que dejó más de 15.000 fallecidos, Juan Montalvo muestra el pesar de los sobrevivientes que sufrieron la catástrofe.

El silencio que acompaña a los grandes infortunios se ha apoderado de nuestro pueblo otra vez más. La pandemia del coronavirus que asola el mundo también llegó al Ecuador y con un alto riesgo de contagio y mortalidad para la población, ya cuenta con decenas de miles de casos confirmados y varios miles de decesos a su haber.

La fuerza de esta pandemia no solo se lleva vidas; junto con las medidas de cuidado de la salud que debe seguir la población y otras adoptadas por el gobierno, también contagia de muerte a las diversas actividades humanas, que tienen que interrumpirse o parar forzosamente. Las empresas y sus trabajadores son igualmente sus víctimas. Muchas empresas y negocios, especialmente pequeños, cierran o tienen serias dificultades para continuar operando. Más de doscientos mil trabajadores pasaron al desempleo y a muchos otros se les rebajó su remuneración. Los nuevos desempleados y sus familias son los que ahora guardan silencio.

En época de crisis profunda, el derecho como regulación del orden social, se somete a su prueba culminante. Los hechos dejan de adecuarse a las pautas de comportamiento y rompen las ataduras que en su momento las normas confirmaron. La validez social del derecho es el cumplimiento de la norma. Pues, una norma vale socialmente si es obedecida o, en caso de desobediencia, si se impone una sanción⁵. El mismo Kelsen hará mención a la eficacia del derecho, entendida como la posibilidad de adecuación entre la conducta efectiva de los individuos y el ordenamiento jurídico⁶. Pero, en situaciones de emergencia, lo fáctico reaparece tras el derecho y lo sobrepasa.

4 Juan Montalvo, “El Cosmopolita” (Puebla, Editorial Cajica), t. II, 292.

5 Robert Alexy, “El concepto y la validez del derecho” (Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 1997), 87.

6 Hans Kelsen, “Teoría pura del derecho” (Madrid: Editorial Trotta S.A., 2009), 60.

Surge así, irrumpiendo abruptamente en la normalidad jurídica, el “derecho equívoco”, que es como Kant lo llama, y que es el derecho en el que es imposible determinar la capacidad de coaccionar, propia de todo derecho en sentido estricto, y uno de cuyos casos es el derecho de necesidad, en el que se admite coacción sin derecho⁷.

El derecho de necesidad consiste –según Kant– en la facultad de quitar la vida a otro, que no ha hecho mal alguno, cuando la propia vida está en peligro. No es un agresor injusto de la vida, al que se anticipa quitándole la suya, sino una “violencia permitida” contra alguien que no ha ejercido contra mi violencia alguna. Ilustra este derecho dudoso con el ejemplo del naufragio: “No puede haber, en efecto, ninguna ley penal que imponga la muerte a quien, en un naufragio, corriendo con otro el mismo riesgo de muerte, le arroje de la tabla en la que se ha puesto a salvo, para salvarse a sí mismo”. Pues, la amenaza de un mal que contiene la ley penal, todavía incierto porque depende de la sentencia judicial, no puede superar al miedo ante un mal cierto, que es el morir ahogado. De ahí que, para él, el apotegma del derecho de necesidad diga: “La necesidad carece de ley”⁸.

Seguramente por pura casualidad, el naufragio también fue usado en el Código Civil de Chile para explicar los infortunios, y que informó desde sus inicios a nuestro derecho común. El Código Civil ecuatoriano llama fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, etc. En los momentos actuales, también es aplicable el naufragio, en sentido figurado, como calificativo de la economía del país, por verse afectada por una situación catastrófica similar.

Podría decirse que formalmente la aplicación del derecho de necesidad empezó con la expedición del Decreto 1017, a través del cual el Presidente de la República declaró el estado de excepción por calamidad pública por la emergencia sanitaria, limitando los derechos a la libertad de tránsito y de asociación y suspendiendo la jornada presencial de trabajo para todos los trabajadores, menos en las actividades esenciales, y promoviendo el teletrabajo en aquellas labores en que podía utilizarse.

La pandemia en sí misma, la suspensión del trabajo decretada y el resto de las acciones del gobierno afectaron las actividades económicas y por ende los ingresos de las empresas, que se han visto imposibilitadas de cubrir sus costos, en los que se encuentran las obligaciones laborales. La consecuencia más grave de la pandemia, después de los fallecimientos,

7 Immanuel Kant, “La metafísica de las costumbres” (Madrid: Editorial Tecnos, 2008), 43.
8 *Ibíd.*, 45-6.

es el cierre de empresas y el desempleo de miles de personas, que son los inocentes a quienes se ha apartado de la tabla de salvación para que otros no se ahoguen.

Para reactivar la economía y preservar los puestos de trabajo, y por la presión del sector empresarial, se expidió la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria derivada de la Covid 19⁹, que contiene medidas que reducen los pasivos laborales del empresario y benefician al trabajador al no hacerle engrosar las filas de los desempleados, pero al costo de resignar sus derechos.

La renuncia de derechos configura, en situación normal, una vulneración de derechos. La pregunta que queda y se intenta responder en este artículo es si existe la vulneración bajo un régimen de excepción, que es lo que en definitiva estamos viviendo y expresa esa Ley.

Este artículo está dedicado al ilustre jurista fallecido doctor Julio César Trujillo, un apasionado defensor del derecho del trabajo, cuya ausencia se hace sentir en tiempos tan aciagos para la justicia y la honradez.

2. La pandemia y el derecho del trabajo

La pandemia del coronavirus, por su incidencia en la mortalidad y morbilidad de la población y su alto índice de contagio, así como por el comportamiento social que se requiere para controlarla y las disposiciones que en ese sentido han dado las autoridades, principalmente la declaratoria del estado de excepción, constituye un evento de caso fortuito o fuerza mayor, definido por el ordenamiento como el imprevisto a que no es posible resistir.

En el derecho común, el caso fortuito o fuerza mayor eximen al deudor de toda responsabilidad, porque la inejecución de la obligación no le puede ser razonablemente imputada¹⁰. Desde que la ejecución de la obligación se ha hecho imposible en sí misma, física o legalmente, no se puede exigir al deudor que la efectúe. Para ello, se requiere que la imposibilidad de ejecución sea absoluta y perpetua. No es suficiente un cambio de cir-

9 Suplemento del Registro Oficial 229 de 22 de junio de 2020.

10 Alfredo Barros Errázuriz, "Curso de Derecho Civil" (Santiago: Editorial Nascimento, 1932), t. II, 276.

cunstances que vuelva la obligación más difícil u onerosa; tampoco que el óbice sea simplemente temporal o accidental porque si fuese así constituiría tan solo una demora¹¹. Si se cumplen estas condiciones, el acreedor corre con los daños y perjuicios que provocó el infortunio.

El derecho del trabajo sigue los pasos del derecho civil y prevé que el riesgo sea asumido por el empleador.

En el caso de que se produjere un imprevisto que interrumpa el trabajo, el Código del Trabajo diferencia si tiene un efecto temporal o definitivo. Si es temporal, se mantiene el contrato de trabajo, sin modificar cláusula alguna; el empleador corre con las remuneraciones y más gastos de la interrupción y, en contraprestación, el trabajador adquiere la obligación de recuperar el tiempo perdido aumentando la jornada en los días subsiguientes al infortunio, sin recargo. Cuando la situación de emergencia imposibilita de manera definitiva la prestación de servicios cabe la terminación del contrato que, por no depender de la voluntad de las partes, no da derecho a indemnización alguna. Entonces, salvo que la calamidad fuera de tal magnitud que impidiera la continuidad de la labor, quien tenía la responsabilidad por el riesgo era el empleador.

Con la reforma al Código del Trabajo de 2016 se modificó este régimen, permitiendo por primera vez que en situaciones de fuerza mayor se disminuya la remuneración, hasta en 25%, bajo el pretexto de la reducción de la jornada.

Esta normativa se puso a prueba cuando llegó el coronavirus, dando un resultado deficiente porque, a pesar de que a miles de trabajadores se les redujo la jornada, muchas empresas y negocios cerraron y se despidieron a muchos trabajadores más. Consecuencia del imprevisto que se sigue incrementando con el decurrir de los días.

Insistiendo en la receta de la disminución de la remuneración como solución para recuperar a las empresas en una crisis económica, la reciente Ley Orgánica de Apoyo Humanitario regula dos medidas que buscan reducir los costos de las empresas y, de paso, evitar despidos. La una, son los acuerdos de preservación de fuentes de empleo; la otra, la reducción emergente de la jornada.

11 Luis Claro Solar, "Derecho Civil Chileno" (Santiago: Imprenta Nascimento, 1939), tomo XII, 557, 559.

a) Los acuerdos de preservación de fuentes de trabajo

Como principal medida para sostener el empleo, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario contempla la posibilidad de que los trabajadores y empleadores, de común acuerdo, modifiquen a la baja las condiciones económicas de la relación laboral. Con referencia a las condiciones económicas la medida se limita a la remuneración, excluyendo a otros derechos económicos como las horas extraordinarias, remuneraciones adicionales, participación de utilidades y otros beneficios, que están vinculados también a otros derechos o están protegidos constitucionalmente de manera específica. Lo que se confirma con la única limitación que establece la Ley para esta modificación y que es el no afectar el salario básico o sectorial, o su proporcionalidad en caso de jornadas reducidas. Sin embargo, es de temer la vaga y escueta referencia a las condiciones económicas, que puede llevar a abusos, muy frecuentes en tiempos del derecho de necesidad.

La modificación se hace a través de los denominados “acuerdos de preservación de fuentes de trabajo”, que son convenios temporales, celebrados de manera bilateral y directa entre empleador y trabajador, que priman por sobre el contrato de trabajo.

La particularidad de la disminución de la remuneración que traen los acuerdos y es inédita, es que no requieren estar relacionados directamente con la rebaja de ninguna otra condición de la prestación de servicios, como sí lo está la medida de la reducción de la jornada. Después de celebrar un acuerdo, el trabajador sigue laborando lo mismo, pero cobra una remuneración menor.

Aunque la Ley explícitamente no los relacione con circunstancias imprevistas y tampoco determina una temporalidad para su vigencia, lo que también podría generar abusos discrecionales de ciertos empresarios, por los antecedentes y el contexto social en que fue expedida, los acuerdos tienen un vínculo directo con la pandemia y, en general, con eventos de caso fortuito o fuerza mayor.

Por último, la Ley, seguramente pretendiendo cumplir la disposición constitucional que exige la “autorización expresa de la persona trabajadora”, no prevé otro requisito para la validez de los acuerdos que la voluntad de las partes de la relación laboral, para lo cual incluye como simple formalismo, vacío de toda sustancia, que el empleador presente los estados financieros al trabajador, para que este pueda tomar una “decisión informada”.

b) La reducción emergente de la jornada de trabajo

La reducción emergente de la jornada de trabajo se encuentra prevista en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario como otra medida para sostener el empleo, que el empleador adopta por eventos de fuerza mayor o caso fortuito, y cuyo objeto es la disminución de la remuneración en proporción a la reducción de las horas de labor.

Tiene su antecedente en la reforma al Código del Trabajo de 2016, a la que nos referimos con antelación, que permitió que, en casos excepcionales como la reducción de ingresos o verificación de pérdidas, se redujera la remuneración con la correspondiente baja de horas de la jornada.

Con la nueva Ley, se incrementa el límite de la rebaja de la remuneración, pasando de 25% a 45%, y se omite el consentimiento del trabajador, con lo cual se inobserva la norma constitucional que exige para la disminución la autorización expresa del trabajador. Así, en un mismo cuerpo normativo, de manera completamente incomprensible, para un caso de reducción de la remuneración se requiere la aquiescencia del trabajador, y en otro, no.

La disminución de la remuneración, que es en lo que consisten estas dos medidas para sostener el empleo, comporta la vulneración del derecho a una remuneración justa, que por mandato constitucional el Estado debe garantizar (Art. 33) y cuyo contenido esencial consiste en recibir un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas del trabajador y su familia (Arts. 328); y que la Declaración Universal de los Derechos Humanos lo reconoce como el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure al trabajador y su familia, una existencia conforme a la dignidad humana (Art. 23); derecho este que es reafirmado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 7) y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (Art. 7). Y es una vulneración de derechos porque no tiene en cuenta las necesidades básicas del trabajador y su familia, menos aún su dignidad, pues, se enfocan exclusivamente en reducir costos.

La fijación de límites, como el salario básico en los acuerdos de preservación de fuentes de trabajo, no desvanecen esta violación de derechos porque el salario básico es insuficiente para atender las necesidades, lo que inclusive lo reconoció expresamente el Código Orgánico de la Producción al crear el “salario digno”, que siempre es mayor al salario básico

porque se define en correspondencia con el costo de la canasta básica familiar.

Es especialmente grave la vulneración del derecho a una remuneración justa del trabajador que antes de la disminución ya tenía un sueldo bajo, que es el caso de gran mayoría, porque al adoptarse cualquiera de las dos medidas, puede menguar a un valor insignificante.

Otro derecho vulnerado es el derecho a la libertad de contratación. Según la Ley, los acuerdos que el empleador alcance con la mayoría de los trabajadores serán obligatorios incluso para aquellos trabajadores que no los suscriban. Con lo cual, a pesar de que la relación laboral, por norma constitucional, es bilateral y directa, y de que la misma Constitución reconoce la libertad de contratación, unos trabajadores pueden decidir por otros, sin que a estos últimos siquiera se les consulte o presten su consentimiento y omitiendo acudir a los órganos representativos de los trabajadores para la negociación colectiva.

Finalmente, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario redefine la función de la autoridad del trabajo, que queda reducida a llevar un registro de las medidas para sostener el empleo. La autoridad no verifica requisitos, tampoco confiere autorización alguna. Se limita a supervisar el cumplimiento del acuerdo, sea cual sea su contenido.

Las dos medidas de sostenibilidad del empleo, en definitiva, están enfocadas en reducir los costos de las obligaciones laborales de las empresas mientras se supera la crisis económica generada por la pandemia; reducción que la asume el trabajador renunciando a parte de su remuneración, lo que también se encuentra prohibido expresamente por la Constitución, conforme se expondrá a continuación.

3. El paradigma del derecho del trabajo, la irrenunciabilidad de derechos y la disminución de la remuneración

Desde sus orígenes, el derecho del trabajo se justifica por la necesidad de tutela del trabajador y el consecuente límite a la autonomía de la voluntad de quienes intervienen en la relación laboral, como derecho fundamental y con reconocimiento constitucional.

Para comprender este paradigma hay que remontarse a los antecedentes de su surgimiento en Europa, que se trasladaron a América Latina después de la independencia, a través de las ideas romanistas que traía el Código napoleónico y que inspiró los Códigos Civiles de varios países y que concebía a la prestación de servicios como un arrendamiento¹².

Como causa y efecto de la ruptura con el orden anterior que fueron la revolución francesa de 1789, emerge una nueva subjetividad política: el ciudadano, que viene a constituir una nueva manera de ser, de pensar y de actuar.

El ciudadano pasa a ser el único titular de derechos políticos, que tenían como premisas los derechos a la libertad y a la igualdad y, en ejercicio de estas potestades, determina los límites de la actuación del Estado y, sobre todo, el alcance del propio derecho, que está impedido de inmiscuirse en su autonomía. Como diría Constant: "Hay una parte de la existencia humana que por necesidad queda individual e independiente, y que es de derecho fuera de toda competencia social y legislativa. [...] en el punto en que empieza la independencia de la existencia individual se detiene la autoridad de la legislación, y si esta traspasa aquella línea, se convierte en usurpadora"¹³.

Estas ideas se concretaron en dos pilares normativos: la Constitución y el Código Civil. La primera, conformada por un cúmulo de limitaciones a la actuación del Estado frente a los individuos, y el segundo, que regulaba las relaciones entre ellos; permitiendo las dos normas, primordialmente, el libre accionar de los individuos, que era protegido por igual para todos por ese Estado¹⁴.

12 Carlos Vela Monsalve, "Derecho ecuatoriano del trabajo" (Quito: Editorial La Unión Católica C.A.), 78.

13 C. Filangieri, "Ciencia de la legislación" (París, 1836), t. I, 295.

14 Carlos Restrepo Piedrahita, "Tres variaciones alrededor del derecho" (Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1956), 99.

La escuela liberal, vigente en aquel entonces en economía política, proclamaba la natural perfección y armonía de la naturaleza aún en el orden económico, por lo que el gobernante no debía poner trabas a su desarrollo. El deber de los individuos y del Estado era ajustar su conducta a las leyes naturales. Sintetizaba este pensar el célebre axioma de Gournay: *laissez faire, laissez passer*, y que no era otra cosa que dejar en libertad al mercado¹⁵.

Aparece así el Estado policía como salvaguardia de las reglas mínimas del convivir social; es un Estado mínimo, inevitable, que asegura el derecho a la propiedad y el cumplimiento de los contratos, uno de los cuales era el arrendamiento de servicios¹⁶.

Mas, el orden social, que funciona como una “mano invisible”, llega a contradecir materialmente los propios principios liberales: la igualdad y la libertad. Su punto más álgido es la cuestión social: grandes conglomerados humanos no se benefician del orden social y, más que eso, son sus víctimas.

La cuestión social expresa el conjunto de problemas que se evidencian con la nueva organización del trabajo industrial, en la que la mano de obra, al ser tratada como una mercancía, pasa a sujetarse a las fluctuaciones de la oferta y de la demanda. La remuneración y las condiciones de trabajo eran fijadas unilateralmente por quien controlaba la demanda, el patrono, que podía prescindir de los servicios de quien no las aceptaba, en la seguridad de que por uno que rehusara tales condiciones, se presentarían varios que las aceptarían agradecidos¹⁷.

El trabajo está “alienado en el salariado”, dice Ricoeur para resaltar la degradación social que siempre estará presente en el trasfondo de la fuerza de trabajo, cuando es negociada en forma separada de la persona, como una cosa sometida a las leyes del mercado¹⁸.

Frente al derecho común, que presupone la igualdad y libertad formales de los contratantes, surge el derecho del trabajo que reconoce que esa igualdad y libertad no existen materialmente en el contrato de prestación de servicios y, en consecuencia, tampoco pueden expresarse formalmente. El trabajador tiene una desigualdad económica respecto al emplea-

15 Charles Gide, “Economía política” (París: Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1912), 22.

16 Barros, “Curso de Derecho Civil”, t. III, 255.

17 Julio César Trujillo Vásquez, “Derecho del Trabajo” (Quito: Editorial Don Bosco, 1973), t. I, 17-8.

18 Paúl Ricoeur, “Historia y verdad” (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2015), 260.

dor, que ahoga su libertad de consentimiento, forzándolo a someterse por la necesidad, a las condiciones contractuales impuestas por el empleador¹⁹.

Por ello, y con el fin de equiparar formalmente a las partes, el Estado tutela al trabajador y limita la autonomía de la voluntad de los contratantes, interviniendo en la relación laboral por medio de disposiciones legales que la regulan, con principios propios, así como al establecer derechos, obligaciones y prohibiciones de orden público, específicas para trabajador y empleador. Y, en complemento de la regulación, a través de la actuación de los organismos de inspección, previene las violaciones y controla el respeto de los derechos del trabajador y, en caso de omisión, sanciona administrativamente a los responsables²⁰.

La regulación de la relación laboral alcanza tal relevancia que, desde la Constitución de Querétaro de 1917, se ha producido la “constitucionalización del derecho del trabajo”, que consiste en que las normas esenciales que rigen las relaciones de trabajo pasan a formar parte de la Constitución, incorporándose a ella en calidad de derechos y garantías.²¹

En el Ecuador, el derecho del trabajo alcanza rango constitucional en la Constitución de 1929, aunque de manera escueta y sin contenido normativo específico, ya que enunciaba ciertos aspectos de la relación laboral (jornada máxima, salarios mínimos, descanso semanal, entre otros) remitiéndose a una ulterior regulación legal. Y es con la Constitución de 1945, que se incorporan verdaderas “normas fundamentales” del trabajo, determinando derechos y obligaciones que, en su parte medular y con muy pocas variaciones, se han mantenido hasta el día de hoy.

Ahora bien, uno de los principios propios del derecho del trabajo es la irrenunciabilidad de derechos, previsto normativamente desde 1938, año de expedición del primer Código del Trabajo, y con rango constitucional a partir de la Constitución de 1945, que señalaba que es nula toda estipulación que implique renuncia, disminución o alteración de cualquier derecho del trabajador. La Constitución de 1946 redefinió su redacción, al prescribir claramente que los derechos del trabajador son irrenunciables. Las constituciones siguientes continuaron con la misma regulación, hasta la Constitución de 1998, que añadió que el Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores y amplió las prohi-

19 Héctor Escribar Mandiola, “Tratado de derecho del trabajo” (Santiago: Editora Zig-Zag S.A., 1944), t. I, 36-7.

20 Vela, “Derecho ecuatoriano del trabajo”, 34, 56.

21 Ibid., 59.

biciones de renuncia a cualquier “disminución o alteración” de derechos, recogiendo el postulado de la Constitución de 1945.

En la Constitución en actual vigor, la prohibición de renuncia reaparece en su forma más escueta, con el siguiente texto: “Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario” (Art. 326, numeral 2).

Desde un inicio, el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales se sustenta en la indisponibilidad e inderogabilidad de los derechos fundamentales y que, en palabras de Ferrajoli, significan que esos derechos no son alienables por el sujeto titular y que tampoco son expropiables o limitables por otros sujetos, empezando por el Estado²².

El carácter tutelar del derecho del trabajo se funda en el principio de irrenunciabilidad de derechos. Y esto porque, la limitación de la autonomía de la voluntad que trae consigo el derecho del trabajo alcanza primeramente al propio trabajador, a quien la ley le prohíbe que sea él mismo quien se prive de la protección que ella le otorga. Esta limitación es de orden público, es decir, que se impone por motivos de interés social y a la que las partes no pueden sustraerse por ninguna clase de convenio²³.

A diferencia del derecho civil –dice Trujillo–, que permite la renuncia de derechos que atañen exclusivamente al interés particular del renunciante, en el derecho del trabajo no es aceptada la renuncia porque están comprometidos los intereses individuales del trabajador, pero lo están igualmente los de las personas que de él dependen económicamente, los de los demás trabajadores y los de la sociedad en general²⁴.

Uno los aspectos de la relación laboral en la cual se concreta de mejor manera la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos es el concerniente a la remuneración, que ya de sí, por ser la contraprestación por excelencia de la prestación de servicios del trabajador, merece una protección constitucional adicional.

La Constitución de 1929 fue la primera que determinó que el salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento. La Constitución de 1946 mantuvo la proscripción del descuento, y la extendió a la disminución de la remuneración, con la particularidad de que admitió que tanto el primero como la segunda se puedan producir en la

22 Luigi Ferrajoli, “Principia iuris” (Madrid: Trotta S.A., 2011), 720.

23 Vela, “Derecho ecuatoriano del trabajo”, 79.

24 Trujillo, “Derecho del Trabajo”, 39.

forma que autorice la ley. Permisi3n esta que dur3 hasta la Constituci3n de 1998, la que en correspondencia con la ampliaci3n de la cobertura del principio de irrenunciabilidad que reconoci3, dej3 de posibilitar la rebaja de la remuneraci3n.

A pesar del avance que se hab3a alcanzado con su predecesora, la Constituci3n de 2008 restaura la disminuci3n de la remuneraci3n, degradando la protecci3n constitucional a lo que determine la ley, e incorpora como requisito la decisi3n del trabajador, manifestaci3n de voluntad que en trat3ndose de una reducci3n subyace una renuncia. El pago de remuneraciones “no podr3 ser disminuido ni descontado, salvo con autorizaci3n expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley”, dice su Art. 328.

La degradaci3n del amparo normativo, cual subterfugio para permitir excepciones al derecho al pago 3ntegro de la remuneraci3n, vulnera derechos porque, en primer lugar, contiene una regulaci3n de car3cter regresivo que menoscaba injustificadamente el ejercicio del derecho del trabajo, toda vez que ya la Constituci3n de 1998 no permit3a la disminuci3n de la remuneraci3n. La regresividad de derechos se encuentra prohibida por la propia Constituci3n, en su Art. 11 numeral 8. En segundo lugar, contradice el principio previsto en el Art. 11 numeral 6 de la Constituci3n, referente a que todos los derechos son inalienables e irrenunciables. Y, en tercer lugar, se opone al principio constitucional, peculiar del derecho del trabajo, de que los derechos laborales son irrenunciables, y que se encuentra recogido en el Art. 326 numeral 2 de la Constituci3n.

Lo que seguramente se pens3 como un logro en materia de derechos laborales, en la pr3ctica fue el camino m3s expedito y eficiente para su vulneraci3n. La remisi3n a la norma infra constitucional para operativizar la disminuci3n de la remuneraci3n tambi3n ha comportado un menoscabo de derechos, porque “de acuerdo con la ley”, la 3ltima decisi3n ha quedado en manos del empleador, sin importar la voluntad del trabajador, a quien ni siquiera se llega a consultar.

Efectivamente, y conforme se indic3 previamente, con la reforma al C3digo del Trabajo de 2016 se permiti3 que, en casos excepcionales, se aplique la disminuci3n de la remuneraci3n por reducci3n de la jornada, previo acuerdo entre empleador y trabajador y autorizaci3n del Ministerio del Trabajo²⁵. Esta reforma, a su vez, justific3 que el Ministerio del Trabajo, por medio del Acuerdo 2020-077, posibilitara la rebaja de la remuneraci3n por la reducci3n emergente de la jornada con ocasi3n de la pandemia, que

25

Suplemento del Registro Oficial 720 de 28 de marzo de 2016.

requería únicamente la decisión del empleador y en un procedimiento virtual, que automáticamente emitía la autorización²⁶.

A este reglamento se le dotó de categoría legal con la reciente Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, que faculta la disminución de la remuneración por la reducción de la jornada, siendo suficiente que el empleador tome la decisión y notifique a la autoridad de trabajo.

Por otra parte, la permisión de la reducción de la remuneración vulnera derechos porque comporta la transgresión del derecho a una remuneración justa, equitativa y satisfactoria, cuyo contenido esencial consiste en recibir un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas del trabajador y su familia y les asegure una existencia conforme a la dignidad humana, conforme lo estatuye la Constitución y los instrumentos de derechos humanos que citamos en líneas anteriores.

Todo lo expuesto evidencia que la autorización del trabajador no es suficiente para que se produzca la disminución de su remuneración, aún así lo diga una Ley.

4. La ausencia del régimen de excepción para la emergencia económica

Si se sigue la letra de la Constitución, que reconoce que el trabajo es un derecho que el Estado debe garantizar, precisando que impulsará la eliminación del desempleo, se podría lícitamente concluir que se vulneró este derecho en las personas que fueron separadas de las empresas por motivo del coronavirus.

Al respecto, Vela diría que este derecho al trabajo es un “derecho simplemente potencial”, que no es vulnerable porque no es exigible, ya que la Constitución no determina las condiciones en que deba cumplirse. Es una directriz de política pública, que implica un deber general del Estado de prevenir el paro y crear un ambiente propicio para preservar la economía de las crisis desastrosas²⁷.

Más allá de esta discusión, también cabe preguntar ¿cómo puede haber vulneración del derecho al trabajo si el propio ordenamiento prevé

26 Ministerio del Trabajo, Acuerdo 2020-077 de 15 de marzo de 2020.
27 Vela, “Derecho ecuatoriano del trabajo”, 106, 110.

la terminación del contrato de trabajo cuando acaece un imprevisto? Camino por el que optaron muchas de las empresas con motivo de la pandemia.

La contradicción que contiene esta inquietud cobra relevancia en una crisis de la magnitud y complejidad como la vivida por la pandemia y sus secuelas, en donde la Constitución no prevé un régimen de excepción para la economía que facilite la adopción de ciertas medidas y a la vez tutele al trabajador, con lo cual su derecho al trabajo queda completamente desamparado ante condiciones fácticas que destruyen las empresas y el empleo.

La Constitución se limita a señalar que el Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en caso de agresión, conflicto armado, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. Su período de duración será máximo de 60 días, renovable por 30 días más. Los derechos que se suspenden o limitan únicamente pueden ser a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión y libertad de información. Por último, define los principios a observar: necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad.

Como se puede ver, el diseño del estado de excepción, al circunscribirse a la suspensión de determinados derechos, así como por su cortísima extensión temporal, no puede abarcar situaciones complejas que impacten de una manera imprevista, directa y violenta a la economía nacional y por períodos inciertos.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad y que prevén la suspensión de derechos, a pesar de que no contienen limitaciones rígidas como la Constitución, tampoco posibilitan expresamente la adopción de medidas sobre la economía en situaciones como las sufridas por la pandemia. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 4) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 27) se limitan a prever que, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, o en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, se podrán suspender ciertos derechos que definen por omisión, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación y siempre que no entrañen discriminación alguna.

Lo expuesto permite concluir que el derecho se vio desbordado por la realidad que generó la pandemia; evidenciándose que se queda en la formalidad y no va más allá, a lo material de la situación, en donde su facticidad produce la vulneración de derechos económicos y sociales. El coronavirus creó un espacio a-jurídico, en donde los derechos no se pueden cumplir en su integridad, sino vagamente, y se deja de lado la función tutelar del Estado, que ha quedado también paralizado por la emergencia sanitaria. Se trata de una discutible vulneración de derechos que no pueden ser justiciable porque simplemente no ha sido prevista normativamente. La respuesta eximente del infractor será que fue un evento de caso fortuito o fuerza mayor. Cuando, es un caso del derecho equívoco de Kant.

Ahora bien, al tratar los estados de excepción, Nino es del criterio que no cabe el desconocimiento de derechos por consideraciones de bien común o por atender a situaciones de emergencia en que el ser nacional está en peligro. Para él, lo único que justifica la suspensión de derechos es la preservación y promoción de otros derechos, lo que deviene en un conflicto de derechos²⁸. Y encuentra un conflicto de derechos en los “casos de necesidad como los que llevan a poner en cuarentena a enfermos contagiosos, a confinar a dementes peligrosos, a confiscar o incautar bienes para evitar males mayores”²⁹.

Nino no alcanzó a vivir la pandemia del coronavirus y por eso en su horizonte era impensable una cuarentena que afecte a medio mundo y las terribles consecuencias para la vida y la salud de la población y a la economía de los países. Pero deja abierta la posibilidad de solucionar el problema de la suspensión de derechos fuera del estado de excepción constitucional, a través de lo que él denomina una compensación satisfactoria de derechos, y que, según sus ejemplos, puede entenderse como el reconocimiento de la prevalencia de un derecho por sobre el otro, en el aspecto estrictamente imprescindible para garantizar el bien máspreciado para la sociedad, sin suprimir ese derecho. Nadie dudará de que es lícito poner en “cuarentena a enfermos contagiosos”, limitando ciertos derechos y de una manera controlada. Ese concepto hay que ampliarlo a toda la sociedad y hacerlo con el mayor cuidado posible, pues, se trata de derechos fundamentales.

En este orden de ideas, las medidas que se quieran regular para salvar la economía, y con ella las empresas y el empleo, de la crisis de la

28 Carlos Santiago Nino, “Fundamentos de derecho constitucional” (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005), 481.

29 Ibid., 483.

pandemia deben cumplir estrictamente, por lo menos, con los principios de proporcionalidad, legalidad, temporalidad y razonabilidad, previstos en la Constitución para su estado de excepción, así como determinar exhaustivamente las acciones que contempla en la medida y por el tiempo necesario a las exigencias de la situación, como mandan los instrumentos de derechos humanos. Y con esto, si se pretende limitar en parte los derechos laborales, debe partirse de una genuina aceptación de la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales y que, por tanto, la prestación de servicios no puede ser degradada a una simple mercancía, objeto de una reducción de costos. Así como, debe considerarse la diferente situación económica de las empresas y cómo afecta la pandemia a la actividad que desarrollan, y reconocer las necesidades básicas de los trabajadores, cómo las atienden, la incidencia de la emergencia sanitaria en su estilo de vida y cuál sería el impacto de una medida restrictiva de derechos.

Lamentablemente, la Ley Orgánica de Amparo Humanitario no cumple ninguna de estas exigencias para la suspensión de derechos que prevé, por lo que conlleva la vulneración de derechos y, parafraseando a Nino, se puede decir con toda seguridad que es una de las fosas del cementerio de nuestros derechos económicos y sociales.

5. ¿Y después de la pandemia?

La Constitución y el Código del Trabajo se evidenciaron demasiado alejados de los hechos que se dieron con ocasión de la pandemia. La realidad superó con creces al derecho. Fue un divorcio con lo fáctico que se explica porque la sociedad y sus dirigentes se negaron a aceptar que ocurrió este infortunio, pensando que es un mal momento que pronto pasará y se retornará a la vida de siempre. Como diría el doctor Rieux, el médico que puso en sus hombros la peste de Orán, en la novela de Camus, "La plaga no está hecha a la medida del hombre, por lo tanto, el hombre se dice que la plaga es irreal, es un mal sueño que tiene que pasar. Pero no siempre pasa, y de mal sueño en mal sueño son los hombres los que pasan..."³⁰.

El intento de llenar el vacío normativo que generó la pandemia y la crisis económica que vino con ella, con la Ley Orgánica de Apoyo Humanita-

30

Albert Camus, "La peste" (México: Editorial Azteca S.A., 1956), 28-9.

rio es completamente fallido. Porque, la finalidad de reactivar la economía que esta Ley tiene se logra reduciendo el pasivo laboral de las empresas, a costa únicamente del trabajador, el que se beneficia al no engrosar las filas de los desempleados y a un costo alto, al costo de disminuir su remuneración, lo que contraría el principio de irrenunciabilidad de derechos y, de su mano, el derecho a una remuneración justa.

Así, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario hace que el trabajador sea copartícipe de los efectos de la pandemia y, a futuro, de cualquier otro imprevisto o crisis económica del empresario, asumiendo parte del riesgo que le compete a este. El estado de necesidad de Kant se ha aplicado en contra del trabajador.

Esta asunción del riesgo por parte del trabajador, inédita en la legislación laboral, además conlleva un nuevo rol para la autoridad del trabajo, que deja de tutelar los derechos del trabajador. Se abandona toda la justificación del derecho del trabajo y, en un santiamén, se regresa a la plena autonomía de la voluntad en la relación laboral, como si la prestación de servicios fuese una simple mercancía en cualquier negocio jurídico civil, dejando intacta la desigualdad económica entre las partes. Si se usan los términos de Ricoeur, se ha vuelto a alienar y degradar socialmente la fuerza de trabajo.

Todo esto confirma el cambio de paradigma del derecho del trabajo, que aprovechándose de los vacíos y contradicciones de la Constitución y del espíritu formalista con que la institucionalidad la interpreta y aplica, que la ciega frente a la pandemia y sus secuelas. Este paradigma redefine el derecho al trabajo, resucitando dos premisas de la época del Estado liberal: la revalorización de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y, consecuentemente, la progresiva supresión de la función tuteladora del Estado. Con la diferencia de que, cuando se creía en el orden natural, la ley no legitimaba la desigualdad formal, pues, simplemente no había ley. Ahora, se requiere y expide la ley para legitimar ese desequilibrio formal y acrecentarlo. Bajo esta nueva premisa, el derecho del trabajo puede ser vulnerado siempre que una ley lo permita. Es el regreso al formalismo, de la mano de la Constitución de 2008, que con una norma regresiva permitió se disminuya la remuneración del trabajador a voluntad del empleador. La reforma al Código del Trabajo de 2016 y ahora la Ley Orgánica de Amparo Humanitario son las pruebas.

Los tiempos de un derecho del trabajo que atiende a la cuestión social, que paradójicamente con la pandemia y después de ella va a complicarse, ha llegado a su fin. Vuelve a cobrar fuerza esa visión del mundo que deja en manos de la espontaneidad de las fuerzas de la naturaleza, el destino de la sociedad, pero ahora con más determinación, haciendo compartir las pérdidas del empresario al trabajador.

Por eso, la situación de emergencia económica que dejó el coronavirus y en la que se seguirá viendo caer empresas y negocios, grandes y pequeños, y que ya dejó en la calle a miles de trabajadores y sus familias y que continuará haciéndolo, así como llevó a la vulneración de los derechos de muchos otros, no puede quedar abandonada a su suerte, esperando que pronto acabe, como relata el doctor Rieux. Hay que regular ese estado de excepción por la emergencia económica y hacerlo bien, incluyendo las debidas garantías para evitar más vulneraciones de derechos.

Y aunque los grandes infortunios son callados y las grandes angustias no tienen lágrimas, la sociedad no debe silenciarse cuando, aún en esas tragedias, hay alguien a quien se ha vulnerado sus derechos.

La pandemia abonó el terreno para que se generen nuevas amenazas que podrían llegar a reducir a la mínima expresión nuestros derechos. Por ello, una vez superada la amenaza a nuestra salud, tendremos que comprometernos con hacer del futuro un tiempo de los derechos y, por tanto, un tiempo de la participación en la vida política y social en su sentido más genuino y, si fuera necesario revolucionario.

Un tiempo en el que será necesario asumir un compromiso beligerante y crítico, vigilante y responsable. El compromiso de quien se reivindica como único y real sujeto de la soberanía.

Es posible ir más allá de lo que hasta ahora se ha hecho desde la generosidad personal y respaldar la decisión colectiva de brindar seguridad a las personas más desfavorecida. Esta crisis ha demostrado la fragilidad de las circunstancias ajenas, destapando profundas desigualdades que han dejado a tantas personas solas frente la enfermedad, la pobreza y el hambre. Debemos, una vez se haya superado la pandemia, poder seguir y fortalecer la voz que reivindica los derechos estas personas. Hay que poder decir no a más medidas de austeridad que golpean con especial dureza a las personas más marginadas. Ante las graves consecuencias económicas y sociales de la pandemia, debemos pedir que los gobiernos hagan las cosas de otra manera. Debemos aprovechar lo vivido para pedir que

se refuercen los sistemas de atención a la salud y reivindicar la asistencia médica para todas las personas. Esta crisis ha evidenciado la fragilidad de estos sistemas y ha demostrado que estamos protegidos solo si todos lo están. Podemos luchar para que la seguridad social se adapte a los nuevos tiempos, para una renta básica universal como una opción para paliar el problema de la pobreza estructural que acompaña desde siglos muchos países del mundo. Por último, podemos decidir recuperar la confianza en las personas, los colectivos, la sociedad y el Estado. Luchar por la solidaridad, apoyar a las personas más vulnerables a nuestro alrededor y actuar por el bien común.

Hay muchos motivos para confiar en que vamos a estar a la altura del desafío colectivo que se nos presenta, que aprovecharemos lo aprendido desde el dolor, la soledad y el desasosiego y que lograremos hacer triunfar la solidaridad y con ella hacer desaparecer todos “aquellos actos donde se echa de menos la justicia”.

Bibliografía

Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 1997.

Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil*. 4ª edición. Santiago: Editorial Nascimento, 1932.

Camus, Albert. *La peste*. México: Editorial Azteca S.A., 1956.

Del Vecchio, Giorgio y Recaséns Siches, Luis. *Filosofía del Derecho*. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-americana, 1946.

Escribar Mandiola, Héctor. *Tratado de derecho del trabajo*. Santiago: Editora Zig-Zag S.A., 1944.

Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris*. Madrid: Trotta S.A., 2011.

Filangieri, C. *Ciencia de la legislación*. París: 1836.

Gide, Charles. *Economía política*. París: Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1912.

Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2009.

Montalvo, Juan. *El Cosmopolita*. Puebla, Editorial Cajica.

Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

Restrepo Piedrahita, Carlos. *Tres variaciones alrededor del derecho*. Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1956.

Ricoeur, Paúl. *Historia y verdad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2015.

Sagüés, Néstor Pedro. *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2012.

Solar, Luis Claro. *Derecho Civil Chileno*. Santiago: Imprenta Nascimento, 1939.

Trujillo Vásquez, Julio César. *Derecho del Trabajo*. Quito: Editorial Don Bosco, 1973.

Vela Monsalve, Carlos. *Derecho ecuatoriano del trabajo*. Quito: Editorial La Unión Católica C.A.

Los Miserables en La Peste. El Estado y la Constitución económica en cuarentena para garantizar los DESCAs en Ecuador

Paúl Córdova Vinueza¹

Introducción

La pandemia puso a prueba los preceptos normativos de la Constitución económica y evidenció las serias anemias de las capacidades del Estado constitucional para la plena vigencia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). La presente contribución expone una revisión crítica a las obligaciones pendientes y los compromisos no cumplidos para la vigencia de la organización iusfundamental económica.

Al mismo tiempo, revela esa separación sistémica entre el andamiaje económico-institucional del sistema constitucional y la plena vigencia de los DESCAs. Desde esa perspectiva, en tiempos de pandemia, en el intento de hacer una metáfora con la trama de las novelas: *Los Miserables* de Víctor Hugo y *La Peste* de Albert Camus, los sujetos de estos derechos son

¹ Msc. en Derecho, profesor de la Universidad Central del Ecuador y Universidad Técnica del Norte.

Ha participado en actividades de docencia o de investigación científica en instituciones de educación superior como Universidad Central del Ecuador, Universidad Técnica del Norte, Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca (Bolivia), Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Instituto de Altos Estudios Nacionales, Universidad de Guayaquil, Universidad Nacional de Loja, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Universidad Iberoamericana y en la Universidad San Francisco de Quito (USFQ). Docente capacitador de instituciones jurisdiccionales como el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, el Tribunal Constitucional de Perú, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y del Consejo de la Judicatura de Ecuador. En 2018, obtuvo reconocimientos a su producción jurídica por la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (México), el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional (Perú), el Tribunal Supremo de Justicia (Estado Plurinacional de Bolivia) y el Gobierno Autónomo Municipal de Sucre (Estado Plurinacional de Bolivia). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3125-5861>

seres desprotegidos e infames que sufren un modelo estatal opresivo que no es capaz de asegurar sus derechos tanto antes como durante la época de la COVID 19.

Los controles estatales nulos en la contratación pública

El texto constitucional declara aquellos principios que regulan la contratación pública desde una perspectiva de funcionamiento ordinario de funcionamiento de su sistema, pero no aborda los supuestos normativos que organizarían las condiciones extraordinarias de la contratación administrativa, dejando este tipo de regulaciones a la normativa infraconstitucional. Conviene apreciar que la descripción del sistema nacional de contratación no se encuentra preceptuado por el texto fundamental, sino por la normativa inferior del ordenamiento jurídico.

A pesar del exacerbado establecimiento de competencias al organismo rector de la contratación pública desde la Ley de la materia –es decir, el Servicio Nacional de Contratación Pública-, los controles y las regulaciones de este para las contrataciones por emergencias fueron insuficientes para contener los abusos de corrupción en las compras públicas caracterizados por sobrepuestos de insumos médicos, demora en las contrataciones, compra y venta irregular de equipamiento médico, asignación de contratos sin justificación técnica ni legal (personas y empresas que no estaban autorizadas para elaborar o vender insumos), contrataciones sin cumplir las especificaciones técnicas requeridas por áreas solicitantes. A todo ello, se suman las condiciones de falta de dignidad humana para el cuidado y seguridad de los restos mortales por parte de las entidades públicas de salud y las contrataciones realizadas sin responsabilidad para su custodia o con servicios detallados que no se realizaron.

Mediante la aprobación de la Resolución No. RE-SERCOP- 2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, se expidió la codificación y actualización de resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, donde se aprobaron las siguientes disposiciones para los procesos contractuales que se exponen a continuación. En la declaratoria de emergencia será obligación de la entidad contratante declarar de forma expresa que existe una imposibilidad de llevar a cabo procedimientos de contratación comunes para superar la situación de emergencia. En esa declaración se calificará la

situación de emergencia que requiere ser solventada, a través del correspondiente acto administrativo debidamente motivado y justificado.

En todos los casos, la resolución que declara la emergencia tendrá que ser publicada de forma inmediata a su emisión en el portal, siendo esta acción, un requisito previo y habilitante para continuar con las contrataciones de emergencia. De forma excepcional, para los casos en los que las contrataciones sean para atender catástrofes naturales, la entidad contratante podrá publicar la resolución en un término máximo de cinco (5) días posteriores a su emisión.

La declaratoria de estado de excepción efectuada por el Presidente de la República, al amparo de lo previsto en el artículo 164 de la Constitución de la República, no sule a la declaratoria de emergencia que cada entidad contratante debe emitir y publicar. Los órganos o entidades centrales o matrices podrán avocar competencias de sus órganos o entidades desconcentradas a efectos de declarar la emergencia y llevar a cabo las contrataciones en situación de emergencia. Durante el transcurso de la emergencia, la entidad contratante recopilará toda la información generada, por cualquier medio, en un expediente que servirá para el respectivo control².

En cuanto al plazo de la declaratoria de emergencia, la duración no podrá ser mayor a sesenta (60) días, salvo que el Presidente de la República prorrogue o amplíe el estado de excepción, o en su defecto, emita uno nuevo; en cuyo caso, el plazo de la declaratoria de emergencia estará supeitado a lo decretado por el Presidente, en lo que fuera aplicable. Sobre las contrataciones en situación de emergencia, para la contratación de obras, bienes o servicios, incluido los de consultoría, en situaciones de emergencia se deberá verificar una relación directa y objetiva entre la situación de emergencia y la urgencia de efectuar un procedimiento de contratación para suplir una necesidad actual y emergente que haya surgido como resultado de la situación de emergencia. Las contrataciones que se efectúen producto de la declaratoria de emergencia tendrán relación directa con el problema o situación suscitada.

Por tanto, las entidades contratantes no podrán aplicar el procedimiento que se expuso para generar contrataciones que no guarden relación o no tengan efecto o incidencia alguna en la contingencia de la emergencia ocurrida. Tampoco podrán utilizar la emergencia para realizar contrataciones que se encontraban planificadas en la entidad, salvo que la

2 A continuación del segundo inciso del artículo 361.

contratación fuese estrictamente necesaria y tenga relación directa con la situación de emergencia.

En toda contratación de emergencia será necesario la existencia de una certificación de disponibilidad presupuestaria, de forma previa a la contratación. Las contrataciones de emergencia deberán basarse en un análisis transparente de la oferta existente en el mercado, que sea breve, concreto, y recoja, en lo que fuere aplicable y oportuno, lo referido en el numeral 2 del artículo 9 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP; con la finalidad de obtener el mejor costo de la contratación. En lo principal, si bien el análisis debe ser inmediato, se debe procurar tener parámetros objetivos que respalden el precio obtenido.

La entidad contratante procurará que la compra emergente sea a través de una selección de proveedores de forma ágil, inmediata, rápida, transparente y sencilla, buscando obtener los mejores costos según la naturaleza del bien, servicio, consultoría u obra. Sin perjuicio de la declaratoria de emergencia, la entidad contratante podrá continuar ejecutando contrataciones bajo el régimen común.

En una emergencia, no se podrá adquirir bienes, contratar servicios o consultorías, ni tampoco contratar obras, cuyo plazo de ejecución contractual se extienda más allá del tiempo previsto para la emergencia en la declaratoria. Caso contrario, este tipo de contrataciones constituirán la presunción de que la contratación no fue necesaria para superar la situación de emergencia³.

En cuanto al control en contrataciones en situación de emergencias, el SERCOP decidirá que podrá en cualquier momento iniciar las acciones de control necesarias para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que en concordancia con el artículo 6 del Reglamento General a la mencionada Ley, podrá recomendar a la entidad contratante la suspensión de cualquier actuación o inclusive de la declaratoria de emergencia, por haberse incumplido cualquiera de los numerales del artículo 14 de la Ley y demás normativa aplicable, así como por la inexistencia de nexo entre las contrataciones que se están realizando con la situación de emergencia declarada. En los casos que se considere necesarios, el SERCOP reportará a la Contraloría General del Estado para las respectivas acciones de control posteriores.

³ A continuación del artículo 361, se agregaron los cambios expuestos. Rs. RE-SERCOP-2020-0104. RO-E 461: 23-mar-2020.

Por otra parte, mediante Resolución de 17 de marzo de 2020, el SERCOP suspendió los términos y plazos para la sustanciación, tramitación y resolución de los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por las infracciones previstas en el Art. 106 de la LOSNCP durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria⁴.

Todas las regulaciones aprobadas en el tiempo de la pandemia no fueron idóneas para contener los contratos irregulares que afectan negativamente al sistema económico de la Norma Fundamental. La Fiscalía del Estado se vio obligada a crear la Fuerza de Tarea Multidisciplinaria que, hasta finales de septiembre, permitió la apertura de 120 procesos por delitos derivados de la corrupción⁵, principalmente por la adquisición de insumos médicos. De esos, 109 se encontraban en investigación previa y 11 avanzaron a instrucción fiscal. Hasta el mes de diciembre de 2020, había 380 personas investigadas, 85 procesadas y 55 detenidas. La Fiscalía continúa con procedimientos en hospitales para continuar investigaciones⁶.

El régimen tributario sin estímulos ni incentivos para sectores vulnerables

Las decisiones adoptadas por la administración tributaria central se reducen a la suspensión de plazos y términos de todos los procesos administrativos tributarios. El Artículo 2 del Decreto Ejecutivo 1021⁷ dispone regulaciones temporales y especiales para el pago de impuestos nacionales, donde por única vez, los sujetos pasivos que a la publicación del Decreto Ejecutivo en el Registro Oficial: (i) sean microempresas; o, (ii) ten-

4 RA-SERCOP-SERCOP-2020-0110.

5 Según Cristina Bazán, “entre 2016 y 2020, la Fiscalía ha registrado 2.774 denuncias por delitos que atentan contra la administración pública como peculado, cohecho y tráfico de influencias, en todos los rincones del país. De los tres tipos de delitos, el que más denuncias tiene, con 1.668 casos, es el de peculado, en el que se investiga a servidores públicos que en beneficio propio o de terceros, han presuntamente abusado o dispuesto de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, o que se han aprovechado económicamente, de estudios, resoluciones y más documentos, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia por el cargo que han ejercido. El año en el que la Fiscalía recibió más denuncias por peculado fue el 2019, con 444, y la provincia que más investigaciones acumula en estos últimos cuatro años es Pichincha (394), seguida de Guayas (303), Tungurahua (96), Chimborazo (85) y Manabí (84). Sin embargo todas, hasta Galápagos (16), cuenta con denuncias por este y otros delitos vinculados a la corrupción”, en “Ningún rincón de Ecuador ha estado a salvo de la corrupción” en *Expreso*, 07/12/2020.

6 Pamela Vera Concha, “La corrupción en pandemia cierra el 2020 sin sentencias en Guayaquil” en *Expreso*, 15/12/2020.

7 RO-S 173:31-mar-2020.

gan su domicilio tributario principal en la provincia de Galápagos; o, (iii) su actividad económica corresponda a la operación de líneas aéreas, o a los sectores de turismo -exclusivamente respecto de las actividades de servicios turísticos de alojamiento y/o comidas- o al sector agrícola; o, (iv) sean exportadores habituales de bienes, o 50% de sus ingresos corresponda a actividades de exportación de bienes podrán pagar el impuesto a la renta de sociedades del ejercicio fiscal 2019 y el impuesto al valor agregado (IVA) a pagarse en abril, mayo y junio de 2020, de acuerdo a un orden creado⁸.

Sumado a ello, la administración tributaria central resolvió que el pago del impuesto a la renta de sociedades 2019, se realizará conforme las cuotas, en los plazos y la forma indicados según último número de cédula o ruc de sujeto pasivo, de abril a septiembre del año 2020.

Por otra parte, el IVA a pagar en los meses de abril, mayo y junio de 2020, se pagaría conforme las cuotas, en los plazos y la forma fijados y los contribuyentes sujetos al Régimen Impositivo de Microempresas efectuarían la declaración y pago de impuesto al valor agregado (IVA) de forma semestral, de conformidad con la ley, sin acogerse a las condiciones previstas reseñadas en esta sección.

Las capacidades de regulación del Estado se declararon en situación inactiva

En ámbitos tan sensibles para el sistema económico, como los de sectores estratégicos, servicios y empresas públicas, la detonante fue la ausencia del Estado en sus competencias regulatorias y de control para velar por su funcionamiento.

8 Esas disposiciones consistieron en que las obligaciones tributarias se pagarán de la siguiente manera: a) Los pagos se harán en seis (6) cuotas durante el año 2020, en los siguientes porcentajes: - En el primer y segundo mes se pagará 10% del valor del impuesto a pagar, en cada mes; y, - En el tercer, cuarto, quinto y sexto mes se pagará 20% del valor del impuesto a pagar, en cada mes. b) Los pagos se efectuarán, según el noveno dígito del Registro Único de Contribuyentes (RUC). c) Si el sujeto pasivo efectuare sus pagos luego de haber vencido los plazos mencionados en el literal anterior, a más del impuesto respectivo, deberá pagar, según corresponda, los respectivos intereses y multas que serán liquidados de conformidad con lo que disponen el Código Tributario y la Ley de Régimen Tributario Interno.

En el área de las telecomunicaciones, mediante Decreto Ejecutivo 10219, se suspendieron plazos y términos de todos los procesos administrativos del Ministerio de Telecomunicaciones. Se ordenó también que las instituciones financieras sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos y las empresas privadas que presten servicios de telefonía móvil deberán efectuar una retención mensual del 1,75% sobre el total de sus ingresos gravados obtenidos dentro de dicho mes. El valor retenido constituirá crédito tributario para la liquidación y pago del impuesto a la renta de dicho agente.

En el área de los hidrocarburos, mediante Decreto Ejecutivo 1021,10 para el caso de las empresas que tengan suscritos con el Estado contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos bajo cualquier modalidad contractual o contratos de obras y servicios específicos conforme la Ley de Hidrocarburos o de servicios petroleros complementarios, así como las empresas de transporte de petróleo crudo, la retención mensual señalada en el inciso anterior será de 1,5% sobre el total de sus ingresos gravados obtenidos dentro de dicho mes. El valor retenido constituiría crédito tributario para la liquidación y pago del impuesto a la renta de dicho agente.

En materia tributaria, las medidas se restringieron a la suspensión de plazos y términos de todos los plazos administrativos tributarios, 11 la ampliación del plazo para la presentación de los anexos tributarios¹² y la Reforma al Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno¹³.

Las débiles competencias de control del Estado hacia los componentes de la Constitución económica

Durante la pandemia, los organismos encargados de establecer y ejecutar mecanismos de control para la consecución de los objetivos constitucionales del sistema económico estuvieron enfermos de inacción. Entre las escasas medidas adoptadas, lo que destacó fue la suspensión de los plazos y los términos en todos los procesos administrativos.

9 RO-S 173:31-mar-2020.

10 RO-S 173:31-mar-2020.

11 Rs. NAC-DGERCGC20-00000022; Rs. NAC-DGERCGC20-00000024; Rs. NAC-DGERCGC20-00000026.

12 Rs. SRI-RI-2020-0002-R- RO-E 466: 27-mar-2020.

13 DE-1021. RO-S 173: 31-mar-2020.

Por ejemplo, en la escasa normativa adoptada de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se suspendieron de los plazos y términos de todos los procesos administrativos¹⁴ y la otra medida fue una prórroga de entrega de balances financieros y plazos de los procesos administrativos, coactivos y de acción de cobro¹⁵, cuando era imperativo perfeccionar el control a las compañías de seguros médicos y de salud para respondan ante los derechos de las personas aseguradas frente a sus tratamientos o decesos por consecuencia de la Covid 19.

En cuanto a la normativa de la Superintendencia de Bancos, se dispuso a las entidades de los sectores financieros público y privado que, en el término de 3 días implementen un “Plan de Manejo de Emergencias”¹⁶ y la Junta de Regulación Monetaria y Financiera dispuso la aplicación por diferimiento extraordinario de obligaciones crediticias¹⁷. Sin embargo, las entidades bancarias aplicaron de distintos modos la medida para mantener las exigencias en los pagos a los usuarios del sistema financiero.

En lo que se refiere a la normativa de la Contraloría General del Estado, su anomia institucional se limitó a suspender todos los plazos y términos mientras dure el Estado de Excepción¹⁸ y a expedir el Reglamento para la Recepción de Documentos a través de la Página Web Institucional y para la Gestión Interna de Trámites durante la Emergencia Sanitaria¹⁹, sin demostrar mayores resultados sobre el combate a la corrupción a los procesos de contratación ejecutados sobre insumos médicos en hospitales durante la pandemia y dejando en total descuido aquellos procesos contractuales que se aprovecharon de regímenes especiales como las consultorías para evadir controles y cumplimiento de normativa de la materia en las instituciones públicas.

Por tanto, lo que puede apreciarse fue un Estado inerte e impotente para controlar el cumplimiento de los objetivos institucionales de los entes públicos y de las personas jurídicas de derecho que dispongan de recursos públicos.

14 Rs. SCVS-INPAI-2020- 00002712.

15 Rs.SCVS-INPAI-2020-0002715.

16 Rs. SB-2020-496. RO-E 480: 3-abr-2020.

17 Rs. 569-2020-F.

18 A-007-CG-2020. EE 487: 8-abr-2020.

19 A-008-CG-2020. EE 487: 8-abr-2020.

El carácter del Estado y su rol en la contención de la pandemia: ¿aseguró los DESCA o se proyectó a vigilar y perseguir en nombre del derecho a la salud?

El texto constitucional de Montecristi articulaba una serie de instrumentos de gestión y administración estatal que apuntarían a organizar un Estado aparentemente más activo y movilizador en la adaptación institucional de su naturaleza socio-económica definido por la Constitución (carácter del Estado, sistema y política económica). Siendo así, el fortalecimiento en la rectoría en las políticas públicas, la recuperación de las dinámicas de planificación en la agenda gubernativa, el reforzamiento de las atribuciones de regulación de diversos sectores del quehacer público, la definición de un segmento ordenado para la distribución y adjudicación de competencias en los distintos niveles de gobierno, el control y evaluación de la inversión pública, entre otras, pueden ser herramientas que podrían contribuir a la construcción del modelo económico sugerido por la Norma Máxima.

No obstante, el punto de discusión implica advertir las diferencias para superar los errores. El diseño institucional para un Estado efectivo y eficiente no está asegurado por la existencia de un hiperpresidencialismo. Erróneamente la innovación constitucional fue pensada para incluir y crear nuevos derechos y garantías, descuidando que la organización del poder agudizó su desarrollo institucional con un sistema cerrado y vertical del poder político que concede escasas oportunidades para que el pueblo sea parte de la vida estatal.

La confusión perversa de creer que el estatismo exacerbado y el hiperpresidencialismo fortalecen al Estado para que cumpla sus deberes constitucionales ha derivado en el resultado de una maquinaria estructural pesada que funciona únicamente para complacer al poder político y no necesariamente a los sistemas de políticas públicas de los derechos; todo lo cual, va en detrimento de crear una presencia crítica de los ciudadanos como consumidores y usuarios de servicios y derechos. Los obstáculos hacia la construcción de un Estado que llegue con sus políticas a los derechos y servicios son estructurales porque priorizan un Ejecutivo fuerte y descuidan al conjunto de la institucionalidad pública para garantizar otros derechos como los DESCA.

El fortalecimiento estatal, para el despliegue de sus potencialidades institucionales, surgiría a partir de mayores equilibrios, cooperaciones y procesos autonómicos de los diferentes niveles de gobierno en las políticas públicas, es decir, incorporar reformas progresivas para facilitar los entornos y escenarios favorables para las políticas constitucionales que construya escenarios institucionales hacia garantizar los DESCA. Esas reformas deberían ser los mecanismos institucionales de corresponsabilidad en el servicio público entre el Ejecutivo y los distintos niveles de gobierno, respetando el régimen constitucional de competencias, para el desarrollo de políticas públicas que respondan a modelos de gestión e implementación de programas que aseguren ese tipo de derechos.

Las decisiones del Estado en materia de derechos laborales, puede dividirse en dos momentos. Un primer momento estuvo orientado a establecer que el sector público y privado se podrá acoger a la modalidad de teletrabajo emergente²⁰ y la prestación de servicios de carácter no presencial en jornadas ordinarias o especiales de trabajo²¹. La autoridad rectora nacional estableció que las relaciones contractuales únicamente se modifiquen en el lugar donde se efectúa el trabajo, sin afectar las condiciones esenciales de la relación laboral, con la consideración de no vulnerar derechos y que los empleadores no podrán usarla como causal de terminación de la relación laboral.

En un segundo momento, hay una verdadera expresión de cómo el Ejecutivo y el ente rector de la política laboral concibe al momento de la pandemia para definir a las relaciones laborales cuando el Ministerio del Trabajo determinó el 28 de abril que “la enfermedad del coronavirus no constituye accidente ni enfermedad laboral”, y aunque intentó aclarar esa definición, posteriormente, el Gobierno presentó y tramitó un proyecto de ley que sería aprobado después como Ley de Apoyo Humanitario, la cual sería catalogada como una “carta de la esclavitud” y cuyo contenido fundamental es santificar la inhumana precarización de los contratos laborales, de las condiciones de trabajo, de los salarios y del acceso a la seguridad social²².

20 El teletrabajo se aplicaría de la siguiente manera: la máxima autoridad institucional del sector público o empleador del sector privado debe: Autorizar a prestar servicios desde fuera de las instalaciones habituales de trabajo precautelando la prestación y operación de servicios. Establecer directrices, controlar y monitorear las actividades que se ejecuten. El teletrabajador será el responsable del cuidado y custodia de las herramientas y/o equipos para el desarrollo del teletrabajo. Registro de teletrabajo emergente. Terminación del teletrabajo emergente: Acuerdo de las partes.

21 A-MDT-2020-076// A-MDT-2020-077 // A-MDT-2020-080.

22 Mario Unda, “Los miserables: Bitácora inconclusa de un Ecuador pandémico” en *Revista de Ciencias Sociales* 42, Volumen 1, diciembre de 2020, 147 y ss.

La nueva normativa pretendía imponer un modelo basado en “acuerdos” para que los patronos rebajen la jornada laboral, los salarios y los aportes al seguro social mediante decisiones “bilaterales entre trabajador y empleador”, sin el control o la intervención de la agencia de regulación laboral del Estado. A su vez, que los “acuerdos” puedan ser “de forma colectiva o individual” y que “prevalzcan sobre cualquier otro acuerdo o contrato anterior”, es decir, sobre el ordenamiento constitucional de protección a los trabajadores. La innovación de la normativa laboral ha traído consecuencias de afectación a los derechos y no guarda armonía con el ordenamiento jurídico internacional sobre derechos laborales²³.

Hay que agregar que la Corte Constitucional intervino mediante dictámenes Nos. 5-19-EE/19 y 5-19-EE/19A, a través de los cuales resolvió sobre la constitucionalidad del estado de excepción, donde dispuso varias medidas al Ejecutivo y al Estado para atender las problemáticas de la pandemia en los distintos órdenes. Sin embargo, la competencia de seguimiento al cumplimiento del máximo organismo constitucional debe ser fortalecida precisamente para velar hacia los correctivos que debe tomar la institucionalidad pública en la vigencia de un período de pandemia. En la misma sentencia No. 500-19-SEE-CC, disponer que la Defensoría del Pueblo, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, continúe con el seguimiento a la implementación de las medidas dispuestas en el estado de excepción, así como las determinadas en los Decretos Ejecutivos No. 888 y 893; pero, no adoptó nuevas medidas de seguimiento al cumplimiento de las disposiciones emitidas por la Corte Constitucional en los referidos dictámenes de constitucionalidad.

23 Ibíd., Unda afirma que: “el 6 de mayo, el ministerio del Trabajo hablaba de 66.400 “desvinculaciones”, pero para el 29 de mayo, el ministro Poveda reconocía “132.125 contratos individuales de trabajo que se han dado por terminado”. De estos (según el Ministro del Trabajo), 9174 corresponden a despido intempestivo, 12.891 a “la causal 6ta. del artículo 169” (caso fortuito o fuerza mayor) que no genera ninguna indemnización, “ni siquiera la bonificación por desahucio”; 73.904 por “acuerdo de las partes”, y por “otras causas” los restantes 36.156. Quince días después se habían sumado casi 50.000 nuevos despedidos, llegando a 180.852. Esto, en el sector privado; según el ministro, en el sector público, habría 3000 “contratos ocasionales” que se han dado por terminados”. También se afirma en este estudio que a mediados de mayo decían en el IESS que se registraban 150.000 “desafiliaciones”. En tres meses (marzo, abril y mayo) el IESS perdió 240.108 afiliados; 221.522 de los cuales corresponden a los dos últimos meses señalados. Del total de “desafiliados”, 59 % son hombres y 41 % mujeres. Los trabajadores jóvenes son los más afectados por la pérdida de la seguridad social: el 39,1 % tiene entre 21 y 30 años; el 23,8 % entre 31 y 40 años; el 14,4 % entre 41 y 50 años; el 10,7 % entre 51 y 60 años; el 4,2 % entre 61 y 70. El 40 % se registró en la provincia de Pichincha y en Guayas el 24,5 %. La merma en el número de afiliados se había iniciado entre 2014 y 2016, cuando el IESS había perdido un número de afiliados casi igual al que perdió entre marzo y mayo de 2020. Y es imparable: a fines de julio, ya eran más de 300.000 los trabajadores “desafiliados”, es decir: despedidos; en 147-8.

Estos elementos ayudan a constatar la situación de los derechos en relación al rol del Estado en la economía, más todavía considerando que también se movilizó el aparato de seguridad público para hacer cumplir el estado de excepción, ignorando y desatendiendo garantías básicas y libertades individuales que no pueden ser abusadas por pretexto del estado de excepción.

Conviene discutir también que los problemas actuales para el esquema constitucional surgen precisamente de los agudos poderes que encarna el régimen presidencial, donde se cierra la intervención estatal, sin mayores intermediaciones sociales, para enfrentar los márgenes de discrecionalidad de las políticas y requerir otras intervenciones con mayores libertades y autonomías para distintos ámbitos. Todo ello porque el catálogo constitucional ya dispone de sistemas de protección de derechos, con los cuales el Estado tiene serias complicaciones para garantizarlos enteramente y, menos aún, si se excede ilimitadamente en los ámbitos de intervención, sin reconocer las carencias pendientes de su intervención en aquellos derechos más básicos.

Varios atributos propios del hiperpresidencialismo complican el funcionamiento estatal y complejizan las vías de la arquitectura pública para el desarrollo de los DESCAs, o definidos por la Constitución como Del Buen Vivir: agua, alimentación, educación, vivienda, salud, seguridad social, entre otros. Por lo cual, la sociedad debe discutir cuáles serían las reformas institucionales y constitucionales para reducir la pesada carga del hiperpresidencialismo. Si bien no se ha avanzado aún en cumplir plenamente los preceptos para la protección de aquellos derechos, es oportuno debatir cuáles cambios son favorables para profundizar un modelo de Estado constitucional y convencional interamericano que puede seguir superando las inequidades e injusticias en los medios para acceder a derechos, bienes y servicios, buscando poner los límites necesarios a los poderes existentes, sin desconocer que en ese devenir hay varios aspectos que merecen ser corregidos y cambiados.

Varios aspectos de la Constitución socioeconómica requieren de mecanismos de procesamiento de conflictos hacia estándares estatales de construcción de la política pública para los DESCAs en los siguientes términos: formulación participativa, seguimiento y calidad de la inversión pública, evaluación y parámetros medibles de su cumplimiento, revisión de las finanzas públicas en perspectiva de los derechos de los contribuyentes, garantías institucionales y políticas para la exigibilidad de los DESCAs.

El desafío radica en construir un modelo que democratice la organización del poder y que pueda ser concebido para mejorar las protecciones y oportunidades para el desarrollo de los DESCA; que articule elementos como el diseño constitucional, el sistema de gobierno y el régimen económico, que le permita recuperar al ser humano sus libertades y su poder democrático que ha sido concentrado y capturado en la organización del poder gubernativo en la historia republicana y que descartó los mínimos márgenes de intervención social para la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos.

Se trata, por tanto, de revisar el tipo de derecho económico previsto en la Norma Fundamental y evaluar si este responde a atender la efectividad de la Constitución frente a las crisis existentes como las económicas u otras como las sanitarias y, si ese permite concretar el sistema económico social y solidario. Existen variantes de este sistema que no han sido desarrolladas todavía y menos durante la pandemia como los elementos para el análisis de las conductas anticompetitivas contempladas en la norma infraconstitucional, el establecimiento de mayores regulaciones económicas en las empresas públicas, la implementación de mecanismos de tutela colectiva de derechos de consumidores, la integración de los mercados en términos de integración socio-económica, entre otros aspectos que no han sido materializados, ni antes de la pandemia ni en el transcurso de esta.

Conclusiones

Los prolegómenos del andamiaje constitucional económico develan que existen tensiones entre aquel y la protección de los DESCA desde la institucionalidad pública, tanto, en época previa a la pandemia como en el momento de propagación de esta, por ello se precisan los siguientes hallazgos que ahora se han agudizado.

Ante la inminencia de nuevos brotes pandémicos, más agresivos y fulminantes, se vuelve urgente debatir el escuálido aparato estatal en cuanto a velar por el cumplimiento de los principios y mandatos constitucionales del sistema económico y en la perspectiva de garantizar los derechos relacionados con ese sistema.

La caracterización de un hiperpresidencialismo extenuante en atribuciones y exacerbado en la organización del poder -como el caso del modelo ecuatoriano-, no puede confundirse con las competencias estatales generales en cuanto a las regulaciones, controles y seguimiento de los ámbitos de la Constitución económica.

Varias caracterizaciones de la historia constitucional se agudizaron en tiempos de pandemia. Las Constituciones de Ecuador, desde el retorno a la democracia, se caracterizaron por ser avanzadas y progresistas en el avance de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; empero, son Textos Fundamentales atrasados en su sección orgánica sobre mecanismos concretos de realización de los derechos, porque generaron mecanismos de decisiones políticas que concentraron el poder estatal en función de la agenda de cada proyecto gubernativo y no crearon las condiciones para un diseño institucional efectivo en el desarrollo de políticas públicas que aseguren la realización de los DESCA para la población, y, que, responda a sus necesidades. En el año 2020, la protección de esos derechos y las dinámicas de funcionamiento de la Constitución económica quedaron subordinadas a la agenda gubernativa.

El estado actual del régimen económico ha sido la ausencia de una democracia económica en Ecuador y que se ha manifestado por la consolidación del Estado mínimo, la ejecución de ajustes y reformas estructurales,

la implementación de políticas de austeridad en la inversión pública y los permanentes recortes presupuestarios en el financiamiento de obras y servicios. Todo esto ocasionó un escenario donde se agudizaron los retrasos en los DESCAs y ampliaron las demandas sociales por las limitaciones de acceso y ejercicio de estos derechos, situación que se agravó con recurrentes crisis económicas donde los sectores más desfavorecidos de la población pagaron sus costos y consecuencias. Esa constante en la involución del constitucionalismo ecuatoriano se ha agravado y ha intensificado durante el año de pandemia.

El ordenamiento constitucional ecuatoriano no ha estado provisto de garantías eficaces para el cumplimiento de los DESCAs, y, no solamente en cuanto a garantías jurisdiccionales se refiere esa carencia, sino a la inexistencia de garantías institucionales y políticas que contribuyan a crear condiciones de exigibilidad y justiciabilidad para los derechos in comento.

Los conflictos político-institucionales, desde el retorno a la democracia, fueron resueltos por el poder de incidencia y determinación de los actores políticos, en lugar de responder a la intervención del control de constitucionalidad del Tribunal o Corte encargado de hacerlo. Este indicador es relevante para el estudio de los DESCAs porque la Corte Constitucional en ejercicio de su competencia de control de constitucionalidad de los estados aquellos conflictos político-institucionales, que derivaron en la destitución de expresidentes de la república, tuvieron sus orígenes de formación en la persistencia de desigualdades económicas, sociales, culturales y ambientales, que fueron producto de demandas de insatisfacción y condiciones de pobreza y marginación de la población por la falta de materialización de los DESCAs.

La exigibilidad y justiciabilidad de los DESCAs está relacionada con la profundización de las garantías y con el fortalecimiento de políticas públicas para el desarrollo de las garantías de los derechos en estudio en la justicia ordinaria y en la justicia constitucional.

Acciones a seguir en la perspectiva de profundizar la organización constitucional económica para atender los DESCA

La pandemia decantó que el modelo constitucional económico tiene serias inercias y adolece de un anémico funcionamiento que no permite vigilar la vigencia de los sistemas de protección de derechos. Para enfrentar aquello, es indispensable asumir desafíos institucionales y de política constitucional que no pueden ser únicamente coyunturales, sino estructurales como se propone a continuación:

Las condiciones de materialización de los DESCA y el avance hacia su exigibilidad y justiciabilidad requiere de un conjunto de políticas públicas en las siguientes orientaciones estratégicas: i) el desarrollo de parámetros objetivos de evaluación en la legislación ecuatoriana y sus políticas públicas, ii) profundizar las garantías jurisdiccionales, políticas, institucionales, normativas y de políticas públicas mediante el establecimiento de mecanismos concretos de medición cualitativa y cuantitativa sobre el goce efectivo de los DESCA en la población. Hay que señalar que cuando hablamos de exigibilidad y justiciabilidad, no solamente estamos haciendo referencia a la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal sobre el cumplimiento de algunas de las obligaciones que se derivan de uno de estos derechos, sino a la existencia de medios políticos, institucionales, administrativos y, desde luego, judiciales, para reclamar al Estado el cumplimiento habitual de políticas destinadas a la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho, así como, la protección debida para verificar si la población se encuentra en condiciones de afectación del bien que se pretende tutelar.

Actualizar los planes, programas y proyectos del Estado ecuatoriano en concordancia con el documento “Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, elaborado por el Grupo de Trabajo para Analizar los Informes Periódicos de los Estados Parte del Protocolo de San Salvador 9, correspondiente al primer agrupamiento de derechos (derecho a la seguridad social, salud y educación), para adoptar las pautas y criterios de los Estados parte, los cuales estarán en condiciones de adecuarlos a las fuentes de información a su disposición para cumplir con lo dispuesto en el Protocolo.

Profundizar los planes, programas y proyectos del Estado ecuatoriano de conformidad con los indicadores de progreso pertenecientes al segundo agrupamiento para la medición de los derechos contemplados en el Protocolo (derecho al trabajo, derechos sindicales, derecho a un medio ambiente sano, derecho a la alimentación y derecho a los beneficios de la cultura), con las pautas y los criterios para los Estados parte, y adecuarlos a las fuentes de información a su disposición para cumplir con lo dispuesto en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, con los aportes del Grupo de Trabajo para Analizar los Informes Periódicos de los Estados Parte del Protocolo de San Salvador.

Formular políticas participativas de seguimiento y evaluación de los indicadores sobre DESCAs, con herramientas útiles para realizar diagnósticos de la situación de los derechos contenidos del Protocolo, establecer los temas y las agendas pendientes a partir de un diálogo participativo con la sociedad civil, y formular estrategias para satisfacer progresivamente el programa de derechos contenido en el Protocolo. Esta recomendación tiene relación con la observación que hace el Grupo de Trabajo para Analizar los Informes Periódicos de los Estados Parte del Protocolo de San Salvador, para que los Estados asuman procesos de evaluación y de medición de cumplimiento de derechos que trascienda la idea de mero reporte, que integre instrumentos útiles para el diseño y evaluación permanente para las políticas públicas tendientes a asegurar el cumplimiento del conjunto de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Fortalecer los mecanismos de seguimiento al cumplimiento de sentencias, dictámenes y precedentes jurisprudenciales en materia de los DESCAs. Adecuar los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de los derechos *in comento* y su respectivo seguimiento.

Revisar y actualizar la normativa y las políticas públicas de acuerdo a los estándares internacionales del sistema universal y del sistema interamericano de protección en los ámbitos de realización de los derechos en estudio.

Es menester puntualizar la importancia de impulsar procesos de integración y los acuerdos regionales en América Latina para fortalecer el derecho económico del sistema social y solidario en relación a los objetivos constitucionales de los DESCAs y en atención a los desafíos que exigen las crisis sanitarias y económicas para la región.

Bibliografía

Doctrinaria

Ávila Santamaría, Ramiro «Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano». En Enrique Ayala Mora (editor), *Historia constitucional. Estudios comparativos*. Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2014, 246-301.

Bazán, Cristina. "Ningún rincón de Ecuador ha estado a salvo de la corrupción" en *Expreso*, 07/12/2020.

Córdova Vinuesa, Paúl. *Derechos sin poder popular*. Quito: Centro Andino de Estudios Estratégicos / Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador, 2013.

_____. "Resistencia y deliberación pública: derechos de participación para transformar las relaciones socio-estatales", *Anales: Revista de la Universidad Central del Ecuador*, núm. 371, marzo de 2013, pp. 257-288.

_____. "La constitución de los comunes. Constitucionalismos dialógicos para desafiar las biopolíticas", en Pablo Eduardo Slavin, Támara Rogers y Claudina Orunesu, compiladores. *Nuevos debates en filosofía y ciencia política*. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2015.

_____. "La crisis del control de constitucionalidad", Conferencia, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 16 de septiembre de 2015.

_____. "Más poder al poder. Nuevos constitucionalismos autoritarios", Simposio, XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "El diseño institucional del Estado democrático" en homenaje a Fernando Hinestrosa y Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 17 de septiembre de 2015.

_____. "Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular", Conferencia, XV Jornadas de Ciencia, Filosofía y Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata: 20 de noviembre de 2015.

_____. “¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional”, *Justicia Electoral y Democracia*, año 2, núm. 3, 21-30, noviembre de 2015.

_____. *Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

“Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2016.

Unda, Mario. “Los miserables: Bitácora inconclusa de un Ecuador pandémico” en *Revista de Ciencias Sociales 42*, Volumen 1, diciembre de 2020.

Vera Concha, Pamela. “La corrupción en pandemia cierra el 2020 sin sentencias en Guayaquil” en *Expreso*, 15/12/2020.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador [2008], Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

-Rs. RE-SERCOP-2020-0104. RO-E 461: 23-mar-2020.

-RA-SERCOP-SERCOP-2020-0110.

-RO-S 173:31-mar-2020.

-RO-S 173:31-mar-2020.

-RO-S 173:31-mar-2020.

-Rs. NAC-DGERCGC20-00000022; Rs. NAC-DGERCGC20-00000024; Rs. NAC-DGERCGC20-00000026.

-Rs. SRI-RI-2020-0002-R- RO-E 466: 27-mar-2020.

-DE-1021. RO-S 173: 31-mar-2020.

-Rs. SCVS-INPAI-2020- 00002712.

-Rs.SCVS-INPAI-2020-0002715.

-Rs. SB-2020-496. RO-E 480: 3-abr-2020.

-Rs. 569-2020-F.

-A-007-CG-2020. EE 487: 8-abr-2020.

-A-008-CG-2020. EE 487: 8-abr-2020.

-A-MDT-2020-076// A-MDT-2020-077 // A-MDT-2020-080.

Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen de constitucionalidad Nos.
5-19-EE/19.

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen de constitucionalidad No5-19-
A-EE/19.

Sentencia No. 500-19-SEE-CC de la Corte Constitucional del Ecuador.

The image features a stylized, abstract background composed of various shades of red and white. The shapes are organic and layered, creating a sense of depth and movement. The word "COLOMBIA" is prominently displayed in the upper-middle section in a bold, white, sans-serif font. The overall aesthetic is modern and graphic.

COLOMBIA

El Estado de Derecho en tiempos de pandemia: salud pública, separación de poderes, estados de excepción y la atención de la crisis de IA Covid-19 en Colombia

Ana Catalina Arango Restrepo¹
Julián Gaviria Mira²

Introducción

La llegada del Sars-CoV-2 a Latinoamérica ha disparado las alarmas institucionales en toda la región. Ante el avance de la pandemia los diferentes gobiernos han recurrido a las herramientas constitucionales con las que sus sistemas jurídicos los dotan para una acción rápida en tiempos de crisis.

Las reacciones de diversos países latinoamericanos se caracterizan por la limitación de derechos fundamentales (como en el caso de las llamadas cuarentenas³ o la captación de información de los ciudadanos a través de plataformas tecnológicas⁴) y por la declaración de estados de

1 Profesora de la Institución Universitaria de Envigado, Doctora en Derecho.. <https://orcid.org/0000-0001-8895-0702>. anacatalina.arango@derechoyjusticia.net

2 Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y profesor del Área de Teorías del Derecho de la Universidad EAFIT. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Poder de la misma Universidad. Universidad Eafit

3 Sobre las medidas de aislamiento obligatorio y el ejercicio de poderes de excepción puede verse: Julián Gaviria Mira and Esteban Hoyos Ceballos, "Pandemia y Poderes Presidenciales: Un Problema y Una Propuesta," *El Espectador*, April 6, 2020, <https://www.elespectador.com/opinion/pandemia-y-poderes-presidenciales-un-problema-y-una-propuesta-columna-913300/>; Julián Gaviria Mira and Esteban Hoyos Ceballos, "Pandemic and Executive Powers in Colombia: A Problem and a Modest Proposal," *VerfBlog*, April 17, 2020, <https://verfassungsblog.de/pandemic-and-executive-powers-in-colombia-a-problem-and-a-modest-proposal/>.

4 Sobre la proporcionalidad de las políticas que promueven el uso de desarrollos tecnológicos ver: Julián Gaviria Mira and Esteban Hoyos Ceballos, "¿Son Proporcionales Las Políticas Que Promueven El Uso de Aplicaciones y Desarrollos Tecnológicos En Medio de La Pandemia?," *Diálogo de Derechos Humanos*, July 14, 2020, <https://dialogoderechoshumanos.com/agenda-estado-de-derecho/son-proporcionales-las-politicas-que-promueven-el-uso-de-aplicaciones-y-desarrollos-tecnologicos-en-medio-de-la-pandemia>.

emergencia. Esta situación se presenta entonces como una excelente oportunidad para pensar en las implicaciones que tiene el uso de este tipo de poderes en nuestras democracias constitucionales y los riesgos que ellos implican. Si bien en este breve estudio nos concentraremos en el caso colombiano, creemos que este análisis puede ser útil para el estudio de lo ocurrido en otros países latinoamericanos teniendo en cuenta la historia y características compartidas de sus regímenes políticos.

1. Los poderes excepcionales del Presidente durante los estados de excepción

El 17 de marzo de 2020 el gobierno del presidente Iván Duque declaró, a través del Decreto 417 del mismo año, el *Estado de emergencia económica, social y ecológica*. La declaratoria de todo estado de excepción supone una concentración transitoria de poderes en cabeza del ejecutivo, que lo faculta para ejercer la función legislativa, de manera que puede expedir decretos con fuerza de ley de forma inmediata y sin la intervención del Congreso. Estos decretos, que adquieren el nombre de *decretos legislativos*, tienen el mismo rango de la ley y, por tanto, la pueden modificar, derogar o suspender. En tiempos de normalidad, la facultad legislativa corresponde de forma exclusiva al parlamento y su traslado al ejecutivo se justifica solo en aquellos casos en los cuales la imposibilidad de manejar una crisis con las herramientas propias de un estado de normalidad, hace que sea necesaria la toma de decisiones y la adopción de medidas de forma rápida y expedita⁵. En este tipo de circunstancias, los tiempos que toman los procedimientos propios de una democracia representativa no resultan ser los adecuados para enfrentar y superar una crisis de tal magnitud.

Según la Constitución colombiana, y a diferencia de otros países, la identificación de las causas que permiten declarar el estado de excepción corresponde al Presidente de la República⁶. Esta delegación le otorga así la ventaja de ser “el único actor facultado para declarar la existencia de una

5 Piénsese, por ejemplo, en los cambios que deben hacerse al presupuesto del Estado para adecuar el sistema de salud a las exigencias de una pandemia como la del Covid.

6 No todas las constituciones reconocen poderes de emergencia al ejecutivo. En algunas democracias para hacer frente a situaciones de emergencia es el congreso quien, a través de leyes ordinarias, delega en el ejecutivo poderes especiales y temporales. En estos casos, es el congreso quien tiene la facultad tanto de reconocer una emergencia como de crear los poderes para lidiar con ella. Las ventajas y riesgos de uno y otro modelo pueden consultarse en: John Ferejohn and Pasquale Pasquino, “The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers,” *International Journal of Constitutional Law* Volume 2, no. Number 2 (2004): 210–239.

emergencia”⁷, de forma que le asigna un amplio margen para interpretar qué hechos constituyen una perturbación del orden público, económico, social o ecológico. Pero esto no quiere decir que sea una facultad discrecional. El Presidente debe motivar las razones por las cuales declara el estado de excepción y tanto él como los ministros son responsables si recurren a ellos sin que se hayan presentado las circunstancias previstas en la Constitución y por los abusos que cometan en el ejercicio de las facultades que se les otorga.

Un aspecto interesante de la actuación unilateral del ejecutivo es que, a diferencia del proyecto legislativo, los decretos que expide el Presidente no tienen que debatirse previamente ni su vigencia empieza dos meses después de su publicación, sino que el Presidente los firma y tienen efectos jurídicos inmediatos, que le otorgan a este un amplio margen para adoptar medidas antes de que el parlamento alcance a reaccionar. Si bien el Congreso conserva la facultad de modificar o derogar estos decretos, la decisión que puede adoptar el parlamento ya no supone elegir entre el *statu quo* y las medidas que ha adoptado el presidente sino entre la nueva legislación y el resultado que se seguiría si enmendara o derogara el decreto una vez este ha surtido efectos⁸.

La actuación unilateral del ejecutivo supone así una inversión del proceso de discusión. Mientras que un proyecto de ley tiene cuatro debates en el Congreso y su aprobación supone que los partidos lleguen a acuerdos cuando ninguno de ellos ocupa la mayoría de escaños en el parlamento, la expedición de un decreto no requiere de un proceso de discusión previo, en el cual el Presidente deba consultar a los distintos partidos políticos, ni someter las medidas a un debate público abierto ante la sociedad civil. Si bien en algunos casos el Presidente socializa de forma previa las medidas con los sectores que se verían afectados por ellas, la regla general es que expida el decreto y solo después se inicie el debate en la opinión pública sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas.

Este tipo de actuación puede despertar entonces grandes inconformidades en amplios sectores de la sociedad, que no han tenido la ocasión de discutir los problemas que pueden suponer cierto tipo de decisiones. Un claro ejemplo de esto fue el Decreto 538 de 2020 que despertó el malestar en el gremio de la salud. Entre sus medidas, se obligó a quienes pertenecen a dicho sector, sea que estén en ejercicio o en formación, a

7 Gabriel Negretto, “¿Gobierna Solo El Presidente? Poderes de Decreto y Diseño Institucional En Brasil y Argentina,” *Desarrollo Económico* 42, no. 167 (2002): 381–82.

8 Negretto, 381–82.

estar disponibles ante un llamado a prestar sus servicios para reforzar la atención de pacientes. En otros casos, la cantidad de decretos que logra expedir el Presidente es tal que la opinión pública no tiene tiempo para informarse sobre el alcance de tales medidas (en el caso colombiano el Presidente ha expedido 113 decretos legislativos desde el inicio de la pandemia).

Como puede verse, el uso de poderes de excepción implica un importante incremento en los poderes en cabeza del ejecutivo, que debe ser evaluado desde el punto de vista democrático. Si bien el avance de la pandemia y las enormes dificultades que dicha situación plantea hacen pensar que la declaración del estado de emergencia por parte del ejecutivo se encontraba justificada hay, sin embargo, cuestiones que vale la pena tener en cuenta al momento de estudiar la situación generada por la Covid-19. En particular, es importante analizar las herramientas constitucionales diseñadas para evitar el desbordamiento de los poderes que el ejecutivo adquiere en este tipo de situaciones. Antes de pasar al análisis de estas herramientas (las cuales serán estudiadas en el Numeral 3.), haremos una breve referencia histórica al desarrollo de los estados de excepción en Colombia y, en particular, al estado de emergencia económica, social y ambiental (que ha sido el estado de excepción al que se ha recurrido en la presente crisis).

2. Del “estado de sitio” al “estado de emergencia económica y social”: un breve comentario sobre la historia de los estados de excepción en Colombia

Una de las principales discusiones que se dio al momento de enfrentar la pandemia en Colombia fue la de definir a qué estado de excepción debía recurrir el Presidente: ¿a un estado de conmoción interior o a una emergencia económica y social? Si bien no se trataba de una perturbación del orden público, sino del orden económico y social -lo cual supone que la figura adecuada sea la emergencia económica- la discusión se dio en la medida en que la elección de una u otra figura tenía efectos tanto respecto al tiempo en que el Presidente podía hacer uso de ella como a la vigencia de las medidas que adoptara para conjurar la perturbación⁹.

⁹ Esta cuestión se discutió ampliamente en prensa como se puede ver en: Gaviria Mira and Hoyos Ceballos, “Pandemia y Poderes Presidenciales: Un Problema y Una Propuesta”; Gaviria Mira and Hoyos Ceballos, “Pandemic and Executive Powers in Colombia: A Problem and a

En el primer caso, el Presidente podía declararla hasta por un período de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales. En el segundo, podía declararla hasta por treinta días, prorrogables por dos períodos más sin exceder los noventa días en el año calendario. Si bien esta última puede declararse por períodos mucho más cortos, la diferencia más importante entre ambos radica en la vigencia de las medidas adoptadas. Mientras en el caso de la conmoción interior estas pierden vigencia inmediatamente se levante el estado de excepción, en el caso de la emergencia económica estas tienen vigencia indefinida, esto es, siguen rigiendo en el tiempo, a menos que el Congreso las derogue o, en el caso en que se cree un nuevo tributo o se modifiquen los existentes, deja de regir al término de la siguiente vigencia fiscal (Artículo 215 CP).

La existencia de estos dos tipos de estados de excepción está ligada a la (larga y triste) historia de Colombia en lo que se refiere a los poderes excepcionales en cabeza del ejecutivo. La segunda mitad del siglo pasado estuvo caracterizada por el abuso de esta figura, que pasó a convertirse en una herramienta utilizada por el ejecutivo para enfrentar los problemas de gobernabilidad. De hecho, advierten García Villegas y Uprimny¹⁰, “en los 21 años transcurridos entre 1970 y 1991, Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir, 17 años, lo cual representa el 82% del tiempo transcurrido”. Los estados de excepción pasaron a ser entonces la regla. En esta deformación intervienen dos instituciones: el Congreso y el Gobierno¹¹. El primero, a través de la estrategia legislativa del “blanqueo”, que consiste en que el Presidente levanta el estado de excepción una vez el Congreso incorpora a través de la ley las medidas adoptadas durante la emergencia. El segundo, mediante una estrategia gubernamental de “transfiguración” que supone extender indefinidamente el estado de excepción.

Si bien la Constitución de 1886 contempló únicamente el *estado de sitio* para hacer frente a perturbaciones del orden público, Colombia

Modest Proposal”; Julián Gaviria Mira and Esteban Hoyos Ceballos, “La Amenaza a La Democracia En Tiempos Del COVID-19,” *El Espectador*, April 22, 2020; Rodrigo Uprimny Yepes, “La Cuarentena Constitucional,” *El Espectador*, April 19, 2020; Juan Ospina, “Medidas de Emergencia y Derechos Humanos,” *La Silla Vacía*, March 17, 2020; Juan Ospina, “No Hay Que Decretar La Conmoción Interior: Respuesta a Héctor Riveros,” *La Silla Vacía*, April 15, 2020, <https://lasillavacia.com/silla-llena/red-de-la-paz/no-hay-decretar-la-conmocion-interior-respuesta-hector-riveros-72307>; Héctor Riveros, “Los Decretos Que va a Cambiar El Congreso,” *La Silla Vacía*, April 18, 2020; Héctor Riveros, “Hay Que Decretar La Conmoción Interior,” *La Silla Vacía*, April 11, 2020, <https://lasillavacia.com/opinion/hay-decretar-conmocion-interior-76173>.

10 Mauricio García Villegas and Rodrigo Uprimny Yepes, “¿Controlando La Excepcionalidad Permanente En Colombia? Una Defensa Prudente Del Control Judicial de Los Estados de Excepción,” *Documentos de Discusión de “DJS” Documento* (2005).

11 Mauricio García Villegas, “Constitucionalismo Perverso. Normalidad y Anormalidad Constitucional En Colombia (1957-1997),” in *El Caleidoscopio de Las Justicias En Colombia, Tomo I*, ed. Boaventura De Sousa Santos and Mauricio García Villegas (Bogotá: Uniandes-Siglo del Hombre-Colciencias-CES, 2001), 333.

empieza a tener la misma preocupación de las democracias occidentales de crear un nuevo estado de excepción que le permita al Presidente de la República afrontar crisis, ya no de carácter bélico sino económico, y de esta forma, lo habilitara para ejercer facultades legislativas en materia financiera. Esta situación llevó a que en Colombia se introdujera el *estado de emergencia económica y social*¹² (que se conserva en la Constitución de 1991) y que tenía dos importantes particularidades respecto del estado de sitio. La primera, que establece un límite de tiempo en que el Presidente podía declarar la emergencia (hasta por treinta días, prorrogable por dos períodos más). La segunda, que le otorga una vigencia indefinida a los decretos que este expida para conjurar la perturbación. Así, por un lado se acotaron los tiempos en los que se puede declarar un estado de excepción y, por otro, se extiende la vigencia de las medidas adoptadas para que sigan rigiendo en el tiempo, incluso cuando se ha levantado la emergencia.

La Carta de 1991 conservó los estados de excepción que previó la Constitución de 1886 pero especificó aún más los casos en que podía declararse y estableció claros controles a las facultades extraordinarias que adquiere el ejecutivo. El estado de sitio, por ejemplo, se diferenció en dos supuestos de acuerdo a la proveniencia de la perturbación del orden público. Se creó así el estado de conmoción interior para dar respuesta a una perturbación del orden público interno y el estado de guerra exterior, para hacer frente a conflictos armados de carácter internacional. El estado de “emergencia”, por su parte, se conservó para aquellos casos en que sobrevinieran hechos distintos a los previstos en los supuestos anteriores y que perturbaran o amenazaran perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país o que constituyeran grave calamidad pública.

Uno de los grandes aciertos del constituyente de 1991 fue extender a la conmoción interior el carácter temporal que la reforma de 1968 le había asignado al estado de emergencia. Los largos períodos que el país conoció bajo la vigencia de un estado de sitio no podrán repetirse bajo la nueva Constitución. En adelante, el estado de conmoción interior puede declararse por un máximo de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales. Este intento por establecer límites, sin embargo, se queda a medias con la facultad adicional que se le otorga al presidente de prorrogar las medidas excepcionales una vez restablecida la normalidad, por noventa días más, lo cual supone, como advierte Vanegas, “mantener el régimen de excepcionalidad no declarado”¹³.

12 Esta modificación se introdujo a través del Acto legislativo 1 de 1968.

13 Pedro Pablo Vanegas Gil, “La Constitución Colombiana y Los Estados de Excepción:

Dentro de estos límites vale la pena mencionar la prohibición expresa de que los civiles sean investigados y juzgados por la justicia militar. Esta medida había sido una de las más usadas por los gobiernos durante la Constitución de 1886 y a ella se atribuyen un sinnúmero de abusos y excesos que se justificaron en la necesidad de restablecer el orden público. Asimismo, en adelante los estados de excepción no pueden suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales ni tampoco interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público o de los órganos del Estado. Además, las facultades que adquiere el Presidente son las estrictamente necesarias para conjurar la situación de anormalidad, de forma que los decretos que expida únicamente puedan referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que haya dado lugar a su declaratoria y las medidas adoptadas deben guardar, en todo caso, la proporcionalidad respecto a la gravedad de los hechos.

Además de los límites establecidos por la Constitución de 1991, la disminución en la frecuencia con que los presidentes siguieron acudiendo a los estados de excepción ha sido explicada por García Villegas y Uprimny¹⁴ en el control de constitucionalidad que ha ejercido la Corte Constitucional, llamada a ejercer el control automático de los decretos legislativos. La Corte dio un giro respecto a la posición que había defendido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia bajo la vigencia de la Constitución de 1886 y advirtió que la facultad de declarar un estado de excepción ni es discrecional del ejecutivo ni tampoco su revisión, aun tratándose de una decisión política, escapa a un control judicial tanto formal como material. Este cambio de jurisprudencia supuso entonces un control más estricto sobre el ejecutivo, que lo obligó a ceñirse a las nuevas reglas de juego establecidas en la Constitución de 1991.

Veinte Años Después," *Revista Derecho Del Estado* 27 (2011): 271.

14 García Villegas and Uprimny Yepes, "¿Controlando La Excepcionalidad Permanente En Colombia? Una Defensa Prudente Del Control Judicial de Los Estados de Excepción," 23.

3. Los contrapesos institucionales a los poderes de excepción del Presidente: las competencias del Congreso de la República y la Corte Constitucional en los estados de excepción

La facultad de expedir decretos con fuerza de ley supone, como advertimos en numerales anteriores, una importante fuente de poder presidencial que le permite al ejecutivo moverse primero y de forma unilateral. Por esta razón la Constitución colombiana impuso una serie de controles a esta actuación. No solo estableció límites temporales a esta facultad sino que además prohibió su utilización para regular ciertas materias. Los decretos expedidos en medio de un *estado de emergencia económica* no pueden “desmejorar los derechos sociales de los trabajadores”. Asimismo, el artículo 215 (que regula este estado de emergencia) establece también límites en materia tributaria, de forma tal que gobierno podrá “establecer nuevos tributos o modificar los existentes”, pero solo de forma transitoria (las medidas “dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal”).

Adicionalmente, la constitución impone dos límites importantes relacionados con los contrapesos institucionales. El primero de ellos es el control político reforzado que corresponde ejercer al Congreso de la República. Según el mencionado artículo 215, el Congreso debe examinar “el informe motivado que le presente el gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia”. Lo mismo debe hacer con “las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas”. El segundo es el control de constitucionalidad automático en cabeza de la Corte Constitucional. Según el mismo artículo 215 el gobierno tiene la obligación de enviar “al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad”. Este sería un control reforzado en la medida que no requiere de una demanda previa de constitucionalidad por parte de un ciudadano.

Una vez expedido el decreto, tanto el Congreso de la República como la Corte Constitucional (en caso de que lo considere inconstitucional) pueden revertir la medida. Si bien esta es una facultad y contrapeso importante, no debe sobreestimarse la capacidad que tienen estas instituciones para oponerse a la actuación unilateral del ejecutivo. La celeridad y el músculo técnico con que cuenta el Presidente para expedir estas medidas hacen que sea difícil para el Congreso y la Corte ejercer un control sobre la cantidad y variedad de materias respecto de las cuales este ha expedido

los decretos. Los problemas que supone la actuación colectiva de ambos órganos hacen que tengan grandes dificultades para responder a tiempo y de forma coherente, o incluso para dar cualquier tipo de respuesta al ejecutivo¹⁵. Es precisamente esta capacidad de desbordar los controles lo que hemos visto con las dos emergencias económicas y sociales que se han declarado hasta ahora en Colombia para hacer frente a la Covid-19.

Durante el primer estado de emergencia económica y social el presidente alcanzó a expedir 72 decretos legislativos, que se sumaron a los 41 decretos que expidió durante el segundo estado de emergencia. Hasta el mes de junio la Corte Constitucional ha revisado la constitucionalidad de 46 de estos 113 decretos, lo que es un número impresionante, si bien solo representa el 40% del total de los mismos. En lo que respecta al Congreso, la discusión sobre la posibilidad de reunirse o no de forma virtual, retrasó un mes el control que le corresponde ejercer y si bien ha llamado a varios ministros a control político, hasta ahora no ha derogado ninguna de las medidas adoptadas por el ejecutivo. Si además tenemos en cuenta que este entró a receso el 20 de junio y empieza su tercera legislatura el 20 de julio, tendremos un ejecutivo sin el control del parlamento durante un mes.

Adicionalmente, el límite de tiempo que la Constitución establece para que el Presidente declare el estado de emergencia social y económica ("hasta treinta días, sin que pueda superar los noventa días en el año calendario"), no tiene por qué ser problemático para el ejecutivo como lo demuestra en este momento el caso colombiano. El hecho de que esté facultado para dictarlos de forma unilateral supone que pueda aprovechar los espacios que se siguen al levantamiento del estado de excepción para preparar los decretos que quiere expedir una vez que lo declare de nuevo.

Por último, conviene advertir que el control que le corresponde ejercer al Congreso es asimétrico respecto a la facultad que la Constitución le otorga al ejecutivo, pues para revertir o modificar un decreto (que es expedido de forma unilateral), el Congreso debe aprobar un proyecto de ley. Las mayorías que exige la aprobación de un proyecto de ley ordinaria y los tiempos que toma dar trámite al mismo, hacen que, por regla general, este tipo de control resulte ineficiente. Si a esto se suma que la Constitución le otorga al Presidente un poder reactivo que consiste en la facultad de vetar un proyecto de ley, bien sea por inconveniencia o por inconstitucionalidad,

15 Terry M. Moe and William G. Howell, "The Presidential Power of Unilateral Action," *The Journal of Law, Economics, and Organization* 15, no. 1 (1999): 140.

dad, tenemos que siempre que el Congreso intente modificar o derogar un decreto legislativo, el Presidente podrá objetarlo. Sobre estos dos contrapesos institucionales queremos referirnos con un poco más profundidad, debido a que se han desarrollado importantes debates en torno a ellos.

3.1. La respuesta del Congreso al estado de excepción: la discusión sobre las sesiones virtuales y la necesidad de hacer un control urgente al ejecutivo

Como lo habíamos mencionado, el primer contrapeso institucional es el referido al control político reforzado por parte del Congreso de la República. En la presente crisis se presentó una situación particularmente difícil pues la reunión de un gran número de personas en un lugar cerrado era claramente una situación de riesgo en un momento en que el país está en medio de una pandemia, y la reunión de ambas cámaras era precisamente eso, una aglomeración en un lugar cerrado (aglomeraciones que estaban prohibidas según los decretos nacionales). El Congreso entonces no se podía reunir y, bajo estas circunstancias, claramente no podía cumplir con su objetivo constitucional de evaluar las acciones del gobierno durante la emergencia.

Es por esto que una de las alarmas que saltó en el momento en que el Presidente declaró el *estado de emergencia económica y social*, fue esta imposibilidad del Congreso de reunirse para ejercer el control político. En receso desde el 16 de diciembre, al Congreso le correspondía reanudar sesiones ordinarias el 16 de marzo. No obstante, ese mismo día el Ministro de Salud anunció que se limitaban los eventos masivos a un máximo de cincuenta personas. Con esta medida y el confinamiento obligatorio (Decreto 457 de 2020), el Congreso quedó impedido para empezar a sesionar de forma presencial. Esto dio pie a un intenso debate sobre si el Congreso podía o no reunirse de forma virtual pues la ley que regula su funcionamiento -Ley 5 de 1992- no previó de forma expresa esta posibilidad. Y es precisamente acá donde surge el problema que plantea una crisis extrema como la Covid-19: momentos “en donde más necesitamos del funcionamiento pleno de las instituciones. Y sin embargo, hoy nos encontramos con el panorama exactamente opuesto, esto es, con instituciones paralizadas de un modo alarmante”¹⁶.

16 Roberto Gargarella, “La ‘Consulta’ Del Senado a La Corte, y El Diálogo Entre Poderes,” Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política: una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo, 2020, <http://seminariogargarella.blogspot.com/2020/04/la-consulta-del-senado-la-corte-y-el.html>.

Si bien la propia Constitución daba respuesta a este interrogante al establecer que durante los estados de excepción “no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado” (Artículo 214.3), algunos congresistas prefirieron que fuera el Presidente de la República quien tomara la decisión y le enviaron una solicitud para que autorizara las sesiones virtuales. Tras varios días de discusiones, finalmente el 28 de marzo el Presidente autoriza al Congreso mediante Decreto 491 a reunirse de forma virtual.

Esta solicitud de entrada resulta desafortunada pues el Congreso no necesitaba pedir una autorización para sesionar, ni al Presidente de la República ni a ninguna otra institución. Además del artículo 214.3, el artículo 138 autoriza al Congreso a reunirse “por derecho propio” en sesiones ordinarias y precisamente encontrándose en este período, el Congreso podía reunirse de forma inmediata. Asimismo, el artículo 140 autoriza a las cámaras “por acuerdo entre ellas trasladar su sede a otro lugar y, en caso de perturbación del orden público, podrán reunirse en el sitio que designe el presidente del Senado”. Podía entenderse así que cuando la Constitución se refiere a “otro lugar” u “otro sitio” no queda de él excluida la virtualidad. Todas estas normas eran suficientes para justificar que el Congreso empezara a sesionar válidamente.

Aparte de la preocupación que surge del hecho de que el Congreso asuma con esta solicitud, que tiene una posición jerárquicamente inferior a la del Presidente de la República -cuando su carácter de órgano representativo de las diferentes posturas que existen en una sociedad le otorga el lugar central en una democracia- surge un problema jurídico y es el de si el Presidente puede modificar, a través de un decreto legislativo, una ley orgánica. Si partimos de la base de que un decreto legislativo tiene el mismo rango de la ley ordinaria, ello querría decir que tampoco una autorización del Presidente podía suplir el supuesto vacío de la Ley 5 de 1992. Pero más allá del formalismo de que el Congreso pudiera o no sesionar de forma virtual, el Congreso estaba obligado a hacer todo lo que estuviera a su alcance para asegurar el mejor funcionamiento de las instituciones y ello sería posible gracias al control político que a él le correspondía ejercer si se reuniera.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que esta discusión se origina en el temor que entonces tenían los congresistas a que la legitimidad de las sesiones quedara en duda y que los proyectos de ley discutidos y aprobados carecieran de validez y fueran posteriormente declarados inexecutable por la Corte Constitucional. En efecto, la Constitución establece que

toda reunión que hagan los congresistas con el propósito de ejercer funciones legislativas que “se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes” (Artículo 149). Es por esto que en un principio se acordó que el Congreso ejercería el control político, pero no daría trámite a los proyectos de ley y reformas constitucionales que tenía pendiente.

Pero aun cuando podían tener sentido sus preocupaciones ¿qué problemas plantea que el Congreso no se reuniera? En primer lugar, como vimos, el artículo 215 señala que “el Congreso debe examinar hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que presente el gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas”. Sin la reunión del Congreso, este queda imposibilitado para ejercer el control político y evitar las extralimitaciones del Presidente de la República en el ejercicio de sus facultades extraordinarias. En segundo lugar, no podría ejercer el control político que le permite llamar a los ministros para que expliquen cómo el gobierno está manejando la crisis y las medidas que ha ido adoptando. Por último, ello supondría una parálisis del trámite de los proyectos de ley y reformas constitucionales que estaban surtiendo un trámite en el Congreso y que se podían llegar a hundir por vencimiento de los plazos establecidos.

El 14 de abril finalmente el Congreso dio inicio a sus sesiones virtuales, esto es, casi un mes después de la fecha en que debió comenzar a sesionar según la Constitución y además casi a punto de que terminara el estado de emergencia económica que tenía una duración de treinta días. Antes del cierre del segundo período ordinario de la segunda legislatura, y todavía en modalidad virtual, el Congreso logró aprobar varias reformas constitucionales como, por ejemplo, la cadena perpetua para las personas que sean encontradas culpables de violación y/u homicidio en contra de menores de edad y la creación de la región metropolitana de Bogotá y la habilitación a los municipios cercanos para que se unan a ella, según lo crean conveniente. Asimismo, se aprobaron varios proyectos de ley, entre los que destacan el que garantiza el transporte rural escolar para que los estudiantes en las zonas con topografía más compleja accedan a la educación, el que avala que las prácticas y pasantías sean tenidas como experiencia laboral y el que establece que los procesos de contratación pública se realicen a partir de documentos estandarizados.

Más allá de la controversia que suscita que el Congreso hubiera perdido casi un mes de sesiones y que estos proyectos fueran aprobados a última hora, lo cierto es que el Congreso ha logrado ejercer, aunque de forma insuficiente, un control político y ha continuado dando trámite a los proyectos de ley que tenía pendientes. Respecto del control político, el Congreso ha llamado a los ministros de salud, hacienda, defensa y justicia, así como al Director del INPEC, para que dieran explicaciones sobre las medidas que se han adoptado para enfrentar la crisis. El control político, en particular, resulta de gran importancia en la medida en que permite a los ciudadanos tener acceso a una información diferente a la que entrega el gobierno. Esta es entonces la oportunidad para que la oposición exponga a la opinión pública información contrastada sobre las medidas que está adoptando el ejecutivo, de forma que los ciudadanos podamos intervenir en el debate sobre el manejo que el gobierno está dando a la crisis.

3.2. La respuesta de la Corte Constitucional a las medidas adoptadas: la discusión sobre la proporcionalidad de las medidas

Habíamos hablado de un segundo contrapeso institucional. Nos referíamos al control de constitucionalidad automático en cabeza de la Corte Constitucional. Sobre esta cuestión es importante tener en cuenta no solo la competencia que fija la Constitución en la Corte, sino la historia que ha tenido este control en el sistema constitucional colombiano, una historia en la que se ha visto una progresiva intensificación del mismo.

Durante la vigencia de la Constitución de 1886 el control jurídico de los estados de excepción fue laxo. Con la expedición de la Constitución de 1991 esto comenzó a cambiar¹⁷. El control que en un inicio ejerció la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a la declaración de una emergencia económica se limitó a estudiar los vicios de procedimiento, esto es, a cerciorarse de que el decreto que la declaraba cumpliera con todos los requisitos de forma exigidos por la Constitución de 1886. Respecto al examen de constitucionalidad por vicios de fondo, la Corte Suprema entendió que no era de su competencia estudiar los motivos que aduce el Presidente para su declaratoria pues esta decisión era, en su criterio, un acto discrecional del gobierno.

17 García Villegas and Uprimny Yepes, “¿Controlando La Excepcionalidad Permanente En Colombia? Una Defensa Prudente Del Control Judicial de Los Estados de Excepción.”

Algo similar ocurría con los decretos expedidos para hacer frente a la “emergencia económica”, pues la Corte se limitó a verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 122, esto es, que los decretos legislativos tuvieran una “relación directa y específica” con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción; que las medidas estuvieran encaminadas “exclusivamente” a conjurar la crisis o a impedir la extensión de sus efectos; que no violaran los derechos sociales de los trabajadores y que su vigencia se suspendiera cuando desaparecieran los hechos que habían dado lugar a su declaración. Cumplidos todos estos requisitos, solo algunas medidas que desmejoraban los derechos sociales de los trabajadores fueron declaradas inexecutable.

Si bien esta fue la posición sostenida por la Corte Suprema hasta la expedición de la Constitución de 1991, esta primera sentencia a una emergencia económica es importante porque en ella el magistrado Luis Sarmiento Buitrago hace un salvamento de voto que posteriormente va a convertirse en la posición mayoritaria de la Corte Constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad de los estados de excepción¹⁸. En este salvamento de voto, el magistrado llamó la atención sobre el hecho de que si la Constitución exigía al presidente motivar la decisión de recurrir a un estado de emergencia es porque no se trata de un acto discrecional (Artículo 122). De esta forma, el control de la Corte Suprema no debía limitarse a los vicios de forma sino que debía tratarse de un control integral que incluyera asuntos de fondo, es decir, el estudio de los motivos que dieron lugar a la declaración.

Poco a poco la Corte Suprema va afinando los controles sobre los estados de excepción y a partir de la Constitución de 1991 este control se vuelve mucho más estricto. Ya en una sentencia tan temprana como la C-004 de 1992 la Corte entendió que su tarea era la de ejercer un contrapeso al ejecutivo y evitar el “abuso de las instituciones de excepción”. Esta función de “límite y freno al abuso de la discrecionalidad” significó un cambio importante respecto de lo que había sido la jurisprudencia de la Corte Suprema durante el régimen de la Constitución de 1886, pues consideró que le correspondía ejercer no solo un control formal sobre el decreto que declara el estado de excepción, sino también un control material sobre el mismo. Este control material “(i) exigió que el gobierno probara los hechos que invocaba, (ii) afirmó que este tenía un margen de apreciación limitado para evaluar si esos hechos eran suficientemente graves para configurar

¹⁸ Corte Suprema de Justicia- Sala Plena, Sentencia D1970 de 1974 (octubre 15 de 1974), Magistrados ponentes: José Gabriel de la Vega y Eustorgio Sarria.

una crisis y (iii) requirió que el gobierno dejara en claro que los instrumentos ordinarios de gobierno no eran suficientes para superar la crisis”¹⁹.

Este control sustantivo de los decretos que declaran el estado de excepción ha permitido que durante la vigencia de la Constitución de 1991 varios decretos hayan sido declarados inconstitucionales. Esto significó un gran avance y aprendizaje en el sistema institucional colombiano, pues supuso poner un límite efectivo a los poderes del ejecutivo. A pesar de su importancia, no nos ocuparemos más en este artículo del control sobre los decretos que declaran un estado de excepción pues, como lo afirmamos más arriba, hay buenas razones para considerar que, en efecto, en este caso el gobierno estaba legitimado para declarar el estado de excepción debido a la dificultad de hacer frente a la pandemia con las herramientas ordinarias de gobierno.

Hay, sí, algunas cuestiones que llaman la atención sobre el uso dado por el ejecutivo a los poderes que le confiere la Constitución, que muestran cómo el gobierno logra superar los contrapesos institucionales llamados a controlar su poder. El primer elemento ya se mencionó al inicio de este numeral. El Presidente ha expedido hasta el momento 113 decretos legislativos sobre una gran variedad de temas que van desde la apertura de líneas de crédito, exenciones tributarias, creación de fondos de emergencia, hasta adiciones al presupuesto nacional, restricciones al transporte aéreo de pasajeros y la distribución de los productos esenciales para contener la propagación del coronavirus. De estos 113 decretos solo siete han sido declarados inconstitucionales total o parcialmente²⁰. En más de cuatro meses desde el inicio oficial de la crisis la Corte Constitucional solo ha podido revisar el 40% de los decretos. La capacidad de creación normativa en cabeza del ejecutivo hace que la capacidad de respuesta de la Corte quede desbordada.

19 García Villegas and Uprimny Yepes, “¿Controlando La Excepcionalidad Permanente En Colombia? Una Defensa Prudente Del Control Judicial de Los Estados de Excepción,” 13. Los criterios citados son los que se conocen como *presupuesto fáctico* (que los hechos alegados se den en la realidad), *presupuesto valorativo* (que dichos hechos sean realmente graves e inminentes y por tanto justifiquen la declaratoria) y, finalmente, el juicio sobre las *atribuciones ordinarias del Gobierno*. La Corte ha mantenido la forma general de este test y fueron por esto mismo los criterios utilizados para la evaluación del Decreto 417 de 2020 en la Sentencia C-145 de 2020.

20 Decreto Legislativo 567 de 2020 a través de la Sentencia C -193 de 2020. Artículo 8 del Decreto Legislativo 492 de 2020. Decreto Legislativo 487 de 2020 a través de la Sentencia C 201 de 2020. Artículo 1° del Decreto 516 de 2020 a través de la Sentencia C 184 de 2020. Artículos 3°, 4° y 5° del Decreto Legislativo 519 de 2020 a través de la Sentencia 170 2020. Artículos 1°, 2° y 3° del Decreto 499 de 2020 a través de la Sentencia C 163 de 2020. Artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo 476 de 2020 a través de la Sentencia C 155 de 2020.

A esta cuestión debe agregársele otra más. Una de las medidas más restrictivas de derechos fundamentales, como son las que establecen las llamadas cuarentenas o medidas de aislamiento obligatorio (expedidas a través de los decretos 457, 531, 593, 636 y 749 de 2020) no están sometidas al control de la Corte Constitucional, pues el gobierno ha considerado que no necesita de poderes de excepción para la restricción de libertades como la de locomoción, y que esto hace parte de sus poderes ordinarios de policía. La revisión de dichos decretos queda entonces librada a la justicia contencioso-administrativa y carece, como los demás decretos, de un control automático²¹. Si se suma a esto que, en muchas ocasiones, la decisión de los jueces puede llegar cuando las medidas ya hayan surtido efecto (como en el caso de las cuarentenas) es posible concluir que existe un verdadero riesgo de desbordamiento de los poderes presidenciales de excepción.

4. Crisis, pandemia y continuidad del hiperpresidencialismo latinoamericano

Los elementos estudiados hasta el momento nos permiten hacer una breve reflexión acerca del sistema institucional colombiano. Lo primero es el frágil sistema de frenos y contrapesos con el que contamos. La Constitución otorga importantes poderes al Presidente de la República al facultarlo para expedir decretos que tienen el mismo rango que la ley y que además no tienen una vigencia limitada. El gobierno, en momentos de emergencia, se convierte en nuestro legislador. Un traslado de poder semejante debe estar acompañado de fuertes restricciones y contrapesos. Sin embargo, como se ha podido observar, dichos contrapesos funcionan de forma deficiente.

Una de las razones que puede explicar las deficiencias de este control es la asimetría que la Constitución ha previsto entre el órgano que ejerce las facultades y los órganos que están llamados a ejercer un control sobre su actuación. En efecto, mientras se le otorgan al Presidente facultades legislativas que este ejerce de forma unilateral²², los órganos que ejer-

21 Esta cuestión ha sido discutida en: Julián Gaviria Mira and Esteban Hoyos Ceballos, "Cuarentena y Control Jurídico de Los Decretos COVID-19: El Debate Continúa," *El Espectador*, April 27, 2020, <https://www.elespectador.com/opinion/cuarentena-y-control-juridico-de-los-decretos-covid-19-el-debate-continua-columna-916831>; Esteban Hoyos Ceballos and Julián Gaviria Mira, "El Consejo de Estado y Su Rol Crucial En La Pandemia," *El Espectador*, May 7, 2020.

22 Si bien los decretos deben ir firmados por todos los ministros, el hecho de que estos sean de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República hacen que estén supeditados a las decisiones suyas.

cen un control sobre él (Congreso y Corte Constitucional) son colegiados y por tanto las decisiones que toman están precedidas por un proceso de discusión, que hacen que estas sean más lentas y complejas. Así, es posible prever que el ejecutivo durante un estado de excepción tienda a desbordar los controles del Congreso y de la Corte porque sabe que su capacidad de respuesta es limitada.

Hay otras cuestiones relativas al procedimiento que son relevantes para el funcionamiento de los mecanismos de control. El Congreso puede, como hemos dicho, derogar o modificar los decretos expedidos por el Presidente durante el estado de excepción, pero las cargas que se le exigen al parlamento superan por mucho las ventajas que se le otorgan al ejecutivo cuando se lo faculta para actuar de forma unilateral. Para llevar a cabo tal modificación se le exige al Congreso aprobar un proyecto de ley, lo cual supone cuatro debates y una mayoría simple en cada uno de ellos.

Si tenemos en cuenta los tiempos que el parlamento tarda en tramitar un proyecto de ley ordinaria, se llega a la conclusión de que este control puede ser en la mayor parte de casos, ineficiente. Esto no quiere decir que cualquier control por parte del Congreso tenga que serlo. En el diseño de otros contrapesos la Constitución le ha otorgado prelación a las decisiones del Congreso bajo el entendido de que es el órgano central en una democracia. Este ha sido el caso de las objeciones presidenciales en las que se le permite al Congreso rechazarlas con la aprobación de la mayoría de cada una de las cámaras. En este sentido, la Constitución podría crear un control más eficiente permitiéndole derogar un decreto adoptado por el ejecutivo, sometiendo su derogación o aprobación a un debate de este tipo.

En cuanto a los problemas que se presentan con el control ejercido por la Corte, las soluciones podrían venir del fortalecimiento del equipo de trabajo en tiempos de excepción. Es claro que la declaratoria del *estado de emergencia económica* ha significado un aumento en las cargas de trabajo de los magistrados y que esto ha implicado la disminución de la capacidad de reacción de la institución. Si queremos que el control automático de constitucionalidad funcione de forma efectiva (y se debe recordar que son, hasta el momento, 113 decretos sobre todo tipo de temas) es necesario contar con los apoyos necesarios para asumir esta tarea que, como la misma declaratoria lo supone, es una verdadera emergencia.

Estas cuestiones nos permiten una última reflexión de fondo acerca de los poderes de excepción en una democracia constitucional. El pre-

sente caso evidencia, de nuevo, la gran capacidad que tiene el ejecutivo para adaptarse a los controles formales que la Constitución le impone y seguir ocupando una posición preponderante en el sistema. Los límites establecidos por la Constitución están llamados a evitar el desbordamiento de los poderes presidenciales y, por esta razón, involucra a los poderes legislativo y judicial al momento de enfrentar las crisis y alteraciones del orden público, económico y social. Sin embargo, los arreglos institucionales no logran controlar de forma completamente satisfactoria este poder y el ejecutivo puede maniobrar de manera tal que dichas barreras sean inútiles.

La presente crisis y el actuar del gobierno de Duque ofrecen entonces ejemplos de cómo el presidencialismo muta²³. En efecto, el Presidente Duque arrancó su mandato con un bajo respaldo en el Congreso, que supuso que no consiguiera aprobar muchas de sus principales promesas de campaña²⁴. Con débiles poderes partidistas y ante una crisis que lo habilitaba para declarar un estado de excepción, el Presidente recurrió a sus facultades legislativas para recuperar parte del poder que había perdido y lograr dar un impulso a su agenda legislativa. El ejecutivo muestra así una amplia capacidad de maniobra con la que logra esquivar los controles institucionales, deshaciendo los amarres y cadenas que se le han impuesto y concentrado de nuevo un gran poder institucional, con el cual finalmente podrá implementar su programa de gobierno.

23 Esta es la tesis defendida por Ana Catalina Arango Restrepo en: Ana Catalina Arango Restrepo, "Mutaciones Del Presidencialismo . La Transformación Del Poder Presidencial En Colombia (1974-2010)" (Universidad Carlos III de Madrid, 2017); Ana Catalina Arango Restrepo, "Mutaciones Del Hiper-Presidencialismo. La Transformación Del Poder Presidencial En Colombia (1974- 2010)," *Estudios Constitucionales* 17, no. 2 (2019).

24 La Opinión, "Duque y Una Agenda Legislativa Opacada," *La Opinión*, May 12, 2020, https://www.laopinion.com.co/politica/duque-y-una-agenda-legislativa-opacada-176722#OP%0D%0Ahttps://www.semana.com/nacion/articulo/por-que-esta-tan-quieta-la-agenda-legislativa-en-el-congreso/634130?_ga=2.81104593.792159200.1594306785-165351694.1594306785; Revista Semana, "¿Por Qué Está Tan Quieta La Agenda Legislativa En El Congreso?," *Revista Semana*, September 30, 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/por-que-esta-tan-quieta-la-agenda-legislativa-en-el-congreso/634130>; Juan Pablo Milanese, "El Año de Las No Reformas," *Razón Pública* (Bogotá, December 2019).

Bibliografía

Arango Restrepo, Ana Catalina. "Mutaciones Del Hiper-Presidencialismo. La Transformación Del Poder Presidencial En Colombia (1974-2010)." *Estudios Constitucionales* 17, no. 2 (2019).

———. "Mutaciones Del Presidencialismo . La Transformación Del Poder Presidencial En Colombia (1974-2010)." Universidad Carlos III de Madrid, 2017.

Ferejohn, John, and Pasquale Pasquino. "The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers." *International Journal of Constitutional Law* Volume 2, no. Number 2 (2004): 210-239.

García Villegas, Mauricio. "Constitucionalismo Perverso. Normalidad y Anormalidad Constitucional En Colombia (1957-1997)." In *El Caleidoscopio de Las Justicias En Colombia, Tomo I*, edited by Boaventura De Sousa Santos and Mauricio García Villegas, 333. Bogotá: Uniandes-Siglo del Hombre-Colciencias-CES, 2001.

García Villegas, Mauricio, and Rodrigo Uprimny Yepes. "¿Controlando La Excepcionalidad Permanente En Colombia? Una Defensa Prudente Del Control Judicial de Los Estados de Excepción." *Documentos de Discusión de "DJS"* Documento (2005).

Gargarella, Roberto. "La 'Consulta' Del Senado a La Corte, y El Diálogo Entre Poderes." Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política: una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo, 2020. <http://seminariogargarella.blogspot.com/2020/04/la-consulta-del-senado-la-corte-y-el.html>.

Gaviria Mira, Julián, and Esteban Hoyos Ceballos. "¿Son Proporcionales Las Políticas Que Promueven El Uso de Aplicaciones y Desarrollos Tecnológicos En Medio de La Pandemia?" *Diálogo de Derechos Humanos*. July 14, 2020. <https://dialogoderechoshumanos.com/agenda-estado-de-derecho/son-proporcionales-las-politicas-que-promueven-el-uso-de-aplicaciones-y-desarrollos-tecnologicos-en-medio-de-la-pandemia>.

———. "Cuarentena y Control Jurídico de Los Decretos COVID-19: El Debate Continúa." *El Espectador*. April 27, 2020. <https://www.elespectador.com>.

com/opinion/cuarentena-y-control-juridico-de-los-decretos-covid-19-el-debate-continua-columna-916831.

———. "La Amenaza a La Democracia En Tiempos Del COVID-19." *El Espectador*. April 22, 2020.

———. "Pandemia y Poderes Presidenciales: Un Problema y Una Propuesta." *El Espectador*. April 6, 2020. <https://www.elespectador.com/opinion/pandemia-y-poderes-presidenciales-un-problema-y-una-propuesta-columna-913300/>.

———. "Pandemic and Executive Powers in Colombia: A Problem and a Modest Proposal." *VerfBlog*. April 17, 2020. <https://verfassungsblog.de/pandemic-and-executive-powers-in-colombia-a-problem-and-a-modest-proposal/>.

Hoyos Ceballos, Esteban, and Julián Gaviria Mira. "El Consejo de Estado y Su Rol Crucial En La Pandemia." *El Espectador*. May 7, 2020.

Milanese, Juan Pablo. "El Año de Las No Reformas." *Razón Pública*. Bogotá, December 2019.

Moe, Terry M., and William G. Howell. "The Presidential Power of Unilateral Action." *The Journal of Law, Economics, and Organization* 15, no. 1 (1999): 132–79.

Negretto, Gabriel. "¿Gobierna Solo El Presidente? Poderes de Decreto y Diseño Institucional En Brasil y Argentina." *Desarrollo Económico* 42, no. 167 (2002): 377–404.

Opinión, La. "Duque y Una Agenda Legislativa Opacada." *La Opinión*. May 12, 2020. https://www.laopinion.com.co/politica/duque-y-una-agenda-legislativa-opacada-176722#OP%0D%0Ahttps://www.semana.com/nacion/articulo/por-que-esta-tan-quieta-la-agenda-legislativa-en-el-congreso/634130?_ga=2.81104593.792159200.1594306785-165351694.1594306785.

Ospina, Juan. "Medidas de Emergencia y Derechos Humanos." *La Silla Vacía*. March 17, 2020.

———. "No Hay Que Decretar La Conmoción Interior: Respuesta a Héctor Riveros." *La Silla Vacía*. April 15, 2020. <https://lasillavacia.com/silla-llena/red-de-la-paz/no-hay-decretar-la-conmocion-interior-respuesta-hector-riveros-72307>.

Revista Semana. "¿Por Qué Está Tan Quieta La Agenda Legislativa En El Congreso?" *Revista Semana*. September 30, 2020. <https://www.semana.com/nacion/articulo/por-que-esta-tan-quieta-la-agenda-legislativa-en-el-congreso/634130>.

Riveros, Héctor. "Hay Que Decretar La Conmoción Interior." *La Silla Vacía*. April 11, 2020. <https://lasillavacia.com/opinion/hay-decretar-conmoción-interior-76173>.

———. "Los Decretos Que va a Cambiar El Congreso." *La Silla Vacía*. April 18, 2020.

Uprimny Yepes, Rodrigo. "La Cuarentena Constitucional." *El Espectador*. April 19, 2020.

Vanegas Gil, Pedro Pablo. "La Constitución Colombiana y Los Estados de Excepción: Veinte Años Después." *Revista Derecho Del Estado* 27 (2011): 271.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS EN ÉPOCA DE PANDEMIA

EL CASO COLOMBIANO

María Cristina Gómez Isaza¹

Introducción

La certeza como principio del Estado de derecho ha sido cuestionada durante este año 2020 por la presencia de un virus que, ante su capacidad de propagación y contagio, nos ha hecho sentir la incertidumbre y la vaguedad de la vida.

Las ficciones o los “como si”² creados por las Constituciones y por el derecho moderno actualmente se cuestionan ante el riesgo inminente de la muerte que nos avoca a la construcción de otras ficciones con contenidos de supervivencia. A lo largo de este año hemos comprendido que construimos nuestros derechos bajo sentidos de progreso, futuro, de seguridad jurídica y de garantías institucionales y que dichos derechos son el resultado de luchas que terminan siendo reconocidas formalmente en las Constituciones.

Esta ficción, a su vez, se apoyó en la creencia de nuestra capacidad de dominar a la naturaleza y de establecer reglas de control sobre su existencia; creímos, además, que la ciencia y sus avances eran espacios reservados para nuestra inmortalidad.

Capaces y autónomos, dueños de la ciencia y de la naturaleza jamás imaginamos que el mundo se globalizaría por el miedo y por la fragi-

1 Doctora en Derecho de la Universidad de Navarra España. Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana. Directora del Doctorado en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesora Titular de la Universidad de Antioquia.

2 María José Fariñas Dulce, *Democracia y Pluralismo, una mirada a la emancipación*, Madrid: Dickynson, 2014.

lidad que supone vivir con la única certeza de un enemigo letal, sin rostro, sin razones ni argumentos para enfrentarlo.

Hoy solo está claro que en medio de este sentimiento de terror a la muerte se han borrado las fronteras de nuestros conocimientos y que tenemos que interpretar bajo nuevos sentidos nuestras relaciones sociales, económicas y políticas ante la necesidad de subsistir.

Como seres racionales nos hacemos preguntas racionales en este contexto: ¿existen otros derechos fundamentales o humanos en época de pandemia?, ¿Cuáles son sus garantías?

Estas preguntas develan que no hemos podido deconstruir la ideología liberal y de mercado, la cual justifica la existencia de nuevos derechos cuando emergen nuevas circunstancias; dicha ideología, que reproduce el discurso formal, se empeña en este contexto de emergencia en analizar lo que nos pasa bajo las razones, dicho análisis, terminará en una nueva construcción o en una “nueva regulación” ante esta nueva realidad, con lo cual, existirán nuevos derechos para esta época de pandemia que serán reconocidos por el Estado de derecho, una vez este adapte las normas a las circunstancias de miedo e incertidumbre.

En esta reflexión de derechos y pandemia propongo que debemos hacer un análisis alternativo en el que se describa cómo los sentimientos de miedo y de inseguridad han vaciado el sentido racional de la libertad y de la igualdad. En este tiempo debemos acudir a los sentimientos de fraternidad si queremos entender la incertidumbre que niega el derecho racional insuficiente para este momento histórico.

En el caso colombiano, los derechos fundamentales muestran de manera más clara dicho vaciamiento pues nuestra realidad política y social actual enfrenta dos conflictos: el armado y la lucha contra el virus mundial.

En una primera parte describiré las ficciones jurídicas creadas por el Estado de derecho y por el Estado constitucional, acerca de los derechos fundamentales y las garantías, en concreto los derechos de libertad e igualdad material y como ellos han cambiado de sentido; en una segunda parte rastrearé los derechos que emergen del estado actual de emergencia en Colombia para concluir con la necesaria apuesta de derechos desde contenidos diferentes a los racionales, si queremos afrontar la incertidumbre y la vaguedad de la vida.

Primera parte

Las ficciones racionales de los derechos fundamentales

La ficción para Fariñas es un recurso que utiliza el conocimiento para justificar o legitimar algo no comprobable, el *statuo quo*:

“Parece que es más adecuado enfrentarse al mundo tal cual es, no a través de ficciones y heteronomías fundacionales, que en ningún caso contribuyen a la emancipación del ser humano sino tan solo a prescribirles un camino ideológicamente predeterminado”³.

El constitucionalismo liberal ha creado tres ficciones: el contractualismo, el Estado de derecho y la Constitución, las cuales, tienen en común la ficción de los derechos fundamentales que les otorga su sentido, alcance y fundamento.

Para el contractualismo el origen del Estado es un acuerdo de voluntades entre individuos, que tiene por objeto la garantía de los derechos de libertad y de propiedad. Este, una vez suscrito permite la transición del estado de naturaleza al Estado civil, Estado en el que todos los contratantes quedamos sometidos a las reglas del poder, pues como seres libres y capaces lo hemos aceptado.

Creado este Leviathan para protegernos de nuestra vida breve e insegura, fue necesario crear más ficciones para atar su poder total y soberano. El Estado moderno como poder superior y omnipotente negó las libertades que fueron la ficción de su origen; fue así como el propio contractualismo sugirió un contrato en el que el miedo a morir no fuera el único que legitimara la existencia del Estado: aparece el miedo a la extralimitación del poder con peligro de perder no solo la vida y la propiedad, aparece el miedo a ser excluido de las decisiones políticas y económicas.

Fue necesario crear la ficción de la Constitución y del Estado de derecho como las garantías de nuestras libertades y derechos civiles y de igualdad formal. Los derechos fundamentales tuvieron el contenido de la libertad y de la igualdad y se constituyeron, desde entonces, en límites de contención al poder del Estado.

Será la Constitución el instrumento al servicio de las libertades, la que establecerá los derechos fundamentales como espacios vedados al

3 María José Fariñas Dulce, *Democracia y Pluralismo, una mirada a la emancipación*, (Madrid: Dickyson) 40.

poder, que solo pueden ser restringidos por la ley resultado de la voluntad soberana del pueblo.

El diálogo, el consenso, la contención al poder desde la Constitución, el Estado de derecho tienen una inspiración común “nuestros derechos fundamentales”; estos como ficción, se han convertido en los argumentos de la lucha política permanente de los grupos y sujetos de la sociedad, que intentan atrapar el contenido de los mismos, dadas las aspiraciones permanentes de justicia que reivindican.

Como aspiraciones de justicia, ganados por reivindicaciones de grupos y movimientos sociales, los derechos fundamentales crearon y crean nuevos sentidos a las ficciones de libertad e igualdad y de manera paulatina han incorporado a estos sectores y grupos sociales a la existencia política del Estado constitucional mediante otra ficción: el reconocimiento.

1. Estado de derecho, Estado constitucional y Constitución

La legalidad unida al principio de separación de poderes son los principios fundantes del Estado de derecho:

“Los principios del Estado de derecho son los instrumentos encaminados a impedir la expansión totalitaria y, en general, el ejercicio sin control del poder del Estado. Estos principios forman parte del intento de dar respuesta a la vieja cuestión de cómo pueden realizarse a un mismo tiempo el orden y la libertad”⁴.

El reconocimiento de los derechos fundamentales y su garantía crean otro límite al poder, que regulado, sometido y controlado por el Derecho, se articulará con la idea de dignidad de la persona. Como estado, el Estado de derecho cuenta con un contenido básico esencial, consolidado históricamente: se encuentra integrado por una serie de exigencias morales, políticas y jurídicas, sin las cuales este no existiría:

“legalidad, separación de poderes, garantía de los derechos de libertad como principios del Estado de derecho es la ‘institucionalización jurídico-política de la democracia’ que se llama Estado de derecho; sin este

4 Reinhold. Zippelius, Teoría del Estado (Buenos Aires: Porrúa, 1989) 276.

no hay [...] democracia alguna: ni formal, ni material, ni liberal, ni social, ni 'burguesa', ni 'popular'"⁵.

El miedo a la pérdida de la vida y de la propiedad en el estado de naturaleza, el miedo posterior a la extralimitación del soberano que nos puede quitar la libertad y nos discrimina, son los miedos que, racionalizados en ficciones, se constituyen en fundamento del Estado de derecho.

Esta definición (ficción) del Estado de derecho será revisada luego de la Segunda Guerra Mundial por las consagraciones constitucionales (Alemania, Italia) y se convertirá en una nueva ficción, la del Estado constitucional.

Para Ferrajoli, se entenderá luego de la Segunda Guerra Mundial por Estado de derecho dos cosas diferentes: en sentido lato, débil o formal el estado de derecho designa cualquier ordenamiento jurídico en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y en los procedimientos establecidos por esta; en sentido fuerte o sustancial el estado de derecho designa a los ordenamientos jurídicos en los que los poderes no solo están sujetos a la ley no solo en las formas sino también en sus contenidos, en concreto los constitucionales. El primer modelo corresponde al estado legislativo de derecho o estado legal y el segundo al modelo del estado constitucional⁶.

Estado de derecho y Estado constitucional se encontrarán limitados por la Constitución: para el primero la Constitución es una norma política que regula los poderes del Estado y los controla, para el segundo, la Constitución es ley fundamental y norma suprema que garantiza los derechos fundamentales que consagra.

Para el Estado de derecho y para el Estado constitucional, la revisión de sus contenidos y alcances radica en la revisión de la definición (ficción) de la Constitución.

En su origen la Constitución para el Estado de derecho es la edición del contrato social en el que los derechos fundamentales son la ganancia de la libertad y de la igualdad formal.

Su definición aparece de manera explícita en la declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano y su artículo 16: "Una

5 Elías Díaz. "Derechos humanos y Estado de Derecho". En José Antonio López García y J. Alberto del Real eds., *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho* 123-146. Madrid Dykinson, Universidad de Jaén, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 2000.

6 Luigi Ferrajoli. "Pasado y futuro del estado de derecho". En Miguel Carbonell Sánchez, edit., *Neoconstitucionalismo(s)* 13-29. Madrid: Trotta, 2003.

sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

Derechos fundamentales y separación de poderes definen a la Constitución como instrumento que posibilita la contención al poder y el Estado de derecho:

“La Constitución de los Estados, abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan su círculo de su acción y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado”⁷.

Para el Estado constitucional, la Constitución como ficción es una norma suprema directamente aplicable:

(...) “la Constitución no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *la lex superior*, por varias razones. Primero porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho (...) Segundo, porque en la medida en que la Constitución es una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia”⁸.

Esta fue reivindicada por sujetos y grupos sociales excluidos por la versión liberal de la participación política y de la participación económica; la Constitución en su origen liberal, dotó de contenido mercantilista a los derechos de libertad e igualdad; la Constitución garantizará en el Estado constitucional los derechos de igualdad material que fueron reivindicados a lo largo del siglo XX por trabajadores, mujeres, afrodescendientes, y que se consolidan luego de la Segunda Guerra Mundial en el proceso de constitucionalización del derecho.

La Constitución ya no es, solo, un instrumento necesario para controlar el poder por medio del principio de separación de poderes y para garantizar los derechos fundamentales como espacio de libertad de los individuos⁹, la Constitución se convierte en norma suprema para garantizar una sociedad más igualitaria. Ello se logra dadas dos condiciones: la existencia del control de constitucionalidad y la rigidez constitucional¹⁰.

7 Georg Jellinek. *Teoría General del Estado*, México: Fondo de Cultura Económica, 2000. 457.

8 Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1985. 49-50.

9 Nicola Mateucci *Organización del poder y de la libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madrid: Trotta, 1998.

10 Ricardo Guastini. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En Miguel Carbonell Sánchez, edit., *Neoconstitucionalismo(s)* 49-73. Madrid: Trotta, 2003.

La Constitución para el Estado constitucional es un instrumento de racionalización y materialización del poder de hecho en poder de derecho y mantendrá a los derechos fundamentales como la gran ficción que alberga acuerdos de convivencia social más no verdades definitivas, los derechos, sus garantías, su contenido como fundamento del derecho y la legitimidad del estado se mantendrá bajo las expectativas políticas del reconocimiento de los mismos y de la defensa de los grupos sociales más vulnerables.

2. El contenido y fundamento de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales y su garantía por parte de los poderes del Estado no se constituyen solamente como contención al poder y en límites al mismo, son uno de los pilares fundamentales de la existencia del Estado de derecho, de su revisión y afirmación como Estado constitucional, además, posibilitan la vida en democracia.

Los conceptos de libertad e igualdad, como fundamento de la democracia y del contenido de la dignidad humana, han luchado políticamente entre contradicciones y reasignaciones de sentido a lo largo de más de dos siglos de confrontaciones sociales, económicas y políticas.

La libertad fue la primera reivindicación de derechos fundamentales, su contenido bajo el concepto Kantiano descrito por Bobbio es el “derecho inherente al ser humano, aquel que transmite a todo hombre la naturaleza y no lo da la autoridad constituida (...) es la independencia respecto a toda obligación impuesta por la voluntad de otro”¹¹.

Este es el sentido positivo de la libertad descrito por Berlin: el sentido “positivo” de la palabra “libertad” se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño¹².

En un primer momento de reconocimiento y garantía constitucional fueron los derechos fundamentales los derechos de libertad, conocidos como derechos civiles y políticos, con ideales de autonomía y capacidad bajo el interés de la propiedad. Estos maduraron en un clima político y cultural dominado por el iusnaturalismo y el contractualismo: los hombres

11 Norberto Bobbio. Teoría General de la Política. Madrid: Trotta, 2003. 512.

12 Isaiah Berlin, Cuatro ensayos sobre la libertad. Madrid: Alianza, 1996. 201

tienen derechos naturales a la formación de la sociedad, derechos que el Estado debe reconocer y garantizar como derechos del ciudadano¹³.

Los derechos fundamentales como derechos de libertad cuya interpretación se convertía en excluyente y que, como ficción, solo posibilitaba la existencia política de un solo grupo social, fueron ganados por los no propietarios; emerge entonces la ficción de la igualdad material y la Constitución como norma y espacio de reconocimiento de otros derechos fundamentales que no estaban consagrados bajo el contenido del concepto de la libertad.

La ganancia de los derechos sociales y económicos va de la mano del vaciamiento de los derechos de libertad de su contenido mercantilista:

“Los derechos sociales reconocidos como procesos de desmercantilización de los derechos fundamentales (...) se presentan como expectativas ligadas a la satisfacción de necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la salud, la alimentación o la educación (...) tienen que ver con la supervivencia y con el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la libertad o de la autonomía, la reivindicación de los derechos sociales interesa a todas las personas”¹⁴.

Esta lógica lineal de ganancias políticas de derechos bajo el reconocimiento constitucional supone la integración del contenido de igualdad material como el contenido de la dignidad humana:

“Los derechos fundamentales representaron en el momento político de la creación del estado de derecho la tutela tradicional de las libertades civiles: libertad personal, política, económica, eran la defensa contra la intervención del Estado; a su vez, los derechos sociales representan los derechos de participación (en el poder político y en la distribución de la riqueza social producida)”¹⁵.

Luego de la reivindicación por la libertad y la igualdad formal que se torna en igualdad material, aparece una nueva ficción: los tribunales constitucionales son los encargados de garantizar la igualdad material y la defensa de los derechos de las minorías.

13 Nicola Matteucci, “Derechos del hombre”. En Diccionario de Política, México: Siglo XXI. 10 edición, 1997. Tomo I, 1997. 458.

14 Gerardo Pizzarello. Los Derechos Sociales y sus garantías: elementos para su reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.11.

15 Gustavo Gozzi. “Estado de Derecho y Estado Social”. En Diccionario de Política, México: Siglo XXI. 10 edición. Tomo I. 1997. 541.

La igualdad como contenido y fundamento de los derechos fundamentales tendrá una doble interpretación: la igualdad es posible en la medida en que todos los individuos seamos tratados de manera universal y abstracta por la ley y con ello negar los privilegios; y la igualdad como reconocimiento de la diferencia, para promover condiciones y oportunidades de igualdad a los grupos y sujetos al margen del sistema económico, político y social.

Ambos conceptos de ficción se funden en los contextos históricos situados y contingentes de cada sociedad:

“La igualdad formal centra su contenido en el principio de igualdad ante la ley, al tiempo que se aleja de la praxis social (contingencia). La igualdad material se cristaliza en las luchas sociales por la igualdad sustantiva o derechos sociales de las personas, particularmente en la segunda mitad del siglo XX, que es cuando accedemos a una conciencia de universalidad y de humanidad, especialmente en lo que hace a los derechos de las personas (derechos humanos): la idea de igualdad hay que entenderla como proceso histórico de emancipación”¹⁶.

Actualmente, las propuestas neoliberales como la desregularización y la apertura de los mercados han facilitado la imposición de la *lex mercatoria*, esta solo reconoce como derechos fundamentales a los derechos de libertad y define a los derechos sociales como meras expectativas. Esta visión ideológica pretende que el Estado deje, a los grupos sociales que no poseen capital y que no acceden en condiciones de igualdad al mercado, en condiciones de vulnerabilidad y de pobreza.

Pensamos que las ficciones de la igualdad material serían suficientes para conjurar la ambición y la codicia del capital, no caímos en cuenta que el proceso de desmercantilización de los derechos fundamentales, vaciaron de contenido los derechos sociales, amenazados por un nuevo mercado que fijó sus intereses en la especulación financiera.

Esto supone que el estado actual de los derechos fundamentales en los que reconocemos no solo las libertades sino los derechos de igualdad material se encuentran en contraposición a intereses económicos que excluyen a la mayor parte de la población del planeta, que demanda derecho al trabajo, a la educación, a la salud.

16 José María Seco Martínez. “De la igualdad formal a la igualdad materia”, Cuestiones previas y problemas a revisar derechos y libertades No 36, (2017), pp. 55-89.

Las ficciones acerca del Estado, la Constitución y los derechos fundamentales que como aspiraciones han alentado las luchas por su interpretación y por sus reconocimientos racionales, hoy están vaciadas de contenidos de certeza y nos plantean una revisión acerca de su fundamento y contenido, no solo por la realidad global económica sino por la realidad de incertidumbre acerca de la permanencia de nuestras vidas en medio de esta pandemia.

¿Pervivirá la ficción acerca de que los derechos fundamentales son una ganancia luego de una lucha por el reconocimiento de los mismos, ahora que tenemos miedo a morir por una razón distinta a la extralimitación de poder?

3. Los derechos fundamentales en época de incertidumbre

Hay una ficción que identifica el progreso moral con el progreso de los derechos fundamentales:

“En el camino inexorable e irreversible de la humanidad hacia el progreso, nosotros, hombres vivientes y pensantes en un fin de siglo que ha conocido dos guerras mundiales no tenemos la misma seguridad de Kant, ni en general de la edad de las luces. Hemos comprendido que la historia humana es ambigua y puede ser interpretada de manera diferente dependiendo de quien la interpreta, y según el punto de vista de quien la transmite. Se creía que el progreso científico y el progreso moral avanzaban al mismo ritmo (...) “Hoy no tenemos dudas acerca del progreso triunfal de la ciencia y de la técnica y tenemos dudas sobre el concomitante progreso moral”¹⁷.

La guerra declarada contra el virus, origen de la pandemia mundial, ha revivido los miedos que crearon el gran Leviathan. La racionalidad liberal que había atado al monstruo por medio de la Constitución y del principio de legalidad con el fin de garantizar la libertad ha cedido ante los miedos: emerge el miedo a que la vida en estado de naturaleza se convierta en frágil, corta y brutal.

El Leviathan de Hobbes fue creado por el sentimiento del miedo. Este fue el fundamento del orden político moderno además de varios deseos: el de vivir, el de la preservación física, el de disfrutar de los frutos de

17 Norberto Bobbio. Teoría General de la Política. Madrid: Trotta, 2003. 512.

nuestro trabajo¹⁸; es el miedo a la pérdida de la propiedad, la sensación de inseguridad, de incertidumbre y de contingencia los que crean al Estado, y que vuelve a emerger de manera global ante la imposibilidad de conjurar la agresividad del contagio del virus con el consecuente riesgo de perder las libertades.

El derecho a la vida, identificado por los liberales burgueses como vida – propiedad, cuyo goce se despliega en condiciones de libertad, se vaciará de contenido en medio de esta crisis sanitaria mundial para interpretarse como supervivencia.

La vida, como derecho, será interpretada conforme al miedo de su pérdida como derecho de supervivencia; dicho contenido traerá como riesgo el de negar la existencia de los otros, en momentos donde es necesario sentir empatía y fraternidad, pues vivimos en las mismas circunstancias de riesgo y de fragilidad.

En esta contingencia la vida no es una oportunidad para desarrollar un proyecto libre y a futuro, la vida es una oportunidad para sobrevivir, que se encuentra limitada a los avances de la ciencia. La vida en esta época no se nos garantiza en condiciones de igualdad, se ha convertido en una expectativa que depende de un hallazgo científico.

La libertad interpretada con el sentido del miedo al contagio y a la muerte vaciará el sentido racional de medio- fin que tuvo a lo largo de 200 años. El sentido que en épocas de certeza comprendía a la libertad como presupuesto necesario para lograr proyectos de vida autónomos y exitosos en el mercado, claudicará ante los sentidos de supervivencia y ante la necesidad de contribuir a la supervivencia de los demás.

La libertad racional en épocas de certeza, interpretaba a los “otros” como competidores o aliados de nuestros intereses de progreso, este sentido hoy desaparece ante la idea del otro como enemigo de mi salud y de mi vida.

Las libertades interpretadas como capacidad y autonomía son imposibles de garantizar en época de pandemia, esas libertades personales, sociales, económicas y políticas se encuentran reducidas en espacios de confinamiento y distanciamiento social.

18 María Teresa Uribe de Hincapié. “La incidencia del miedo en la política: una mirada desde Hobbes”. En El miedo reflexiones sobre su dimensión social y cultural. 25-46 Corporación Región, Medellín, 2002.

El riesgo ante estos nuevos sentidos atrapados por el miedo se encuentra en la aceptación acrítica que hacemos de los poderes exorbitantes que el Estado se ha arrogado en momentos de crisis por el poder ejecutivo. Esa conciencia de la inutilidad de nuestras libertades en momentos en los que nos debemos ocupar por sobrevivir al contagio ha creado una inconsciente e inhumana apuesta a los autoritarismos de Estado.

La igualdad aparece entonces negada en su contenido de igualdad en la diversidad y la diferencia en su proscripción de discriminación. La pandemia ha develado que la igualdad material no es suficiente para reconocer la vida de los otros. Construimos los derechos de igualdad material bajo la figura racional de los reconocimientos constitucionales y hemos descubierto las verdaderas exclusiones cuando enfrentamos que los derechos sociales se encuentran no solo limitados por intereses del mercado sino por el miedo a la muerte y al contagio.

No todos podemos acceder al confinamiento, aquellos que pueden hacerlo tienen un trabajo que ha sido reconocido por la figura del teletrabajo; a su vez, los que subsisten del empleo informal se enfrentan al miedo de perecer por causa del virus o perecer por falta del sustento de su trabajo informal.

Los que tienen un trabajo formal enfrentan el miedo a perder el trabajo en medio de la crisis económica y han aceptado reducir las garantías constitucionales permitiendo acuerdos de desmejoramiento a su derecho al trabajo como: rebaja de salarios, cambio de jornadas laborales, postergación del pago de primas, vacaciones anticipadas.

Miedo, egoísmo y codicia se enfrentan para darle contenido a los derechos de igualdad material y a los derechos sociales, negados en esta época que suponen recursos y son costosos, serán por ende relegados a aspiraciones en medio de una economía colapsada y tendrán que ceder para evitar la contracción de la economía, la pérdida del empleo y la caída el PIB.

Confinados y distanciados sentimos que emergen otros derechos en medio de nuestros miedos: miedo a perder la comunicación con los demás y con el entorno, miedo a no tener la información de los avances en la lucha contra la enfermedad, miedo a ser contagiados, miedo a perder el trabajo.

Se hace entonces necesario el derecho a la información, el derecho a la conectividad, el derecho al mínimo vital para poder acceder a un confinamiento necesario para evitar la expansión del virus, el derecho a la salud sin restricciones, el acceso a la justicia a pesar de la suspensión de los términos judiciales, el derecho a gozar de los avances de la ciencia que buscan el antídoto que nos permita regresar a la normalidad.

Reproducimos entonces la realidad humana de los sentimientos y la política: son los miedos los que propician las luchas por las aspiraciones de vivir y ahora son el fundamento de nuevas ficciones.

Segunda parte

Garantías de derechos humanos y fundamentales en época de covid-19, el caso colombiano

En el caso colombiano el virus llegó en momentos de transición política y de expectativas de reconciliación, luego de un proceso de paz que dividió a la sociedad colombiana. La muerte como sentido de la vida se contrasta y contradice con las declaraciones de los derechos hechas por la Constitución de 1991, cuyos contenidos son unos de los más amplios a nivel global.

El reto de hacer eficaces y posibles los derechos fundamentales con la consagración de la Constitución de 1991 se ha constituido en nuestra apuesta política y social para acabar con más de 200 años de guerra ininterrumpida y posibilitar la paz.

Luego de la suscripción de los acuerdos con las FARC le dimos un nuevo sentido a nuestros derechos fundamentales: el de sentir que el dolor y el resentimiento deben ceder ante la verdad, la reparación y la no repetición de las víctimas del conflicto armado; ese era nuestro compromiso social e institucional con los derechos fundamentales en medio de esta transición, cuando nos sorprendió la pandemia.

A los miedos globales que determinaron el vaciamiento de los derechos fundamentales de libertad e igualdad se unieron los miedos de nuestra sociedad de continuar con el conflicto armado y de incumplimiento de los acuerdos.

1. Contexto en el que surge la pandemia

En el caso colombiano las respuestas deben ser situadas en su contexto histórico, pues el proceso de paz y los acuerdos fruto del mismo aparecen postergados por la decisión del gobierno nacional de declarar la emergencia sanitaria y económica, con el fin de proveer de recursos a las medidas de contención de la enfermedad y evitar el daño que esta le causa al mercado y a la economía neoliberal que promueve el gobierno de turno.

El 17 de marzo de 2020 el gobierno nacional decreta la emergencia social, que es un tipo de estado de excepción que consagra la Constitución de 1991, por medio de un decreto legislativo, decreto que fue controlado de manera automática por la Corte Constitucional; el primer confinamiento de la población colombiana se hace también por vía de decreto de facultades ordinarias el 25 de marzo de 2020, dichas medidas de excepción y ordinarias fueron ampliadas y se mantuvieron hasta el 31 de Agosto de 2020. La emergencia es declarada con fundamento en el artículo 215 de la Constitución nacional.

Hasta el momento la emergencia social ha sido declarada dos veces mediante los decretos 417 de 2020 y 637 de 2020 y se mantiene el confinamiento por medio de decretos ordinarios que han declarado las restricciones a las libertades ciudadanas en razón de la emergencia sanitaria. En estos decretos, se considera a la Covid-19 como un hecho que perturba y amenaza perturbar el orden económico, social y ecológico del país, y se constituye en grave calamidad pública.

Para finales del mes de abril de 2020 la Corte Constitucional publica en su página oficial que estudia de manera oficiosa la constitucionalidad del decreto 417 de 2020 (que declara la emergencia) y el control de 72 decretos que regulan materias como: cierre de fronteras, nuevos impuestos y exenciones, la contratación estatal en época de Covid -19, la reinstalación de los servicios públicos de agua y luz para los sectores morosos en el pago, la creación de un fondo de mitigación de la emergencia FOME, los subsidios a los programas sociales de familias en acción – jóvenes en

acción y personas de la tercera edad, la autorización a los alcaldes para redistribuir y reorientar el presupuesto y reducir tarifas de impuestos locales, la modificación de los aranceles aduaneros para la importación de equipos y materiales médicos y quirúrgicos, la declaración de los servicios públicos de telecomunicaciones como servicios esenciales, la autorización a FINDETER y BANCOLDEX (entidades crediticias del Estado) para asumir nuevos créditos, la autorización para el levantamiento de la suspensión de los términos judiciales como potestad de la Corte Constitucional, el plan de alimentación escolar en confinamiento, la regulación de las actividades artísticas, la importación de dispositivos médicos, la regulación del servicio público de transporte, incentivos económicos a los trabajadores del campo, la suspensión de los términos en trámites de extradición, la conservación del empleo, el fortalecimiento del fondo nacional de garantías, contratación internacional de dispositivos médicos, el acceso a los bienes de la canasta básica para sectores vulnerables, autorización a los alcaldes para modificar los presupuestos y mover los rubros, proyectos de inversión pública y recursos de regalías, servicio de televisión abierta, diferir las facturas de los servicios públicos hasta por 36 meses a los estratos uno y dos, programa de ingreso solidario para quienes no se encuentren en programas sociales, la adición al presupuesto de la nación por 3 billones de pesos, la prohibición de la importación de alcohol carburante, diferir las facturas de acueducto-alcantarillado y aseo por 36 meses a los estratos uno y dos, exención al gravamen de impuestos financieros a las entidades sin ánimo de lucro, el ingreso de los estudiantes a la universidad sin el requisito de examen de estado, programa de alimentación preescolar, la devolución del IVA, las restricciones al domicilio, audiencias públicas para la adjudicación de contratos por vía virtual, la adecuación de los lugares de prestación de los servicios de salud, los protocolos de bioseguridad del Ministerio de Salud, la exención del IVA al servicio de internet, la prórroga del servicio militar por 3 meses más, autorización de reuniones no presenciales para los órganos colegiados.

Los decretos que han obligado al confinamiento son decretos reglamentarios que se fundamentan en las competencias del Presidente como Jefe de Gobierno y los argumentos fundamentales han sido la defensa de la salubridad pública y el orden público.

Durante esta época se advierte una clara diferenciación entre medidas para proteger el mercado, medidas para apoyar los sectores vulnerables y medidas de restricción de libertades, dándole mayor prevalencia a las medidas de carácter económico en lo referente a la protección del mercado.

Frente a las primeras el gobierno nacional permitió la salida del confinamiento para que los consumidores pudieran comprar productos sin IVA los días 19 de junio y 3 de Julio. En estos días se privilegió la economía y la estabilidad del capital, a la salud pública.

Entre las medidas de apoyo a los sectores vulnerables se encontraba la del subsidio al pago de los servicios públicos y la reconexión, decisión que fue declarada inconstitucional el día 21 de julio por parte de la Corte Constitucional colombiana por vicios de forma.

Las medidas de confinamiento permanecen a pesar de que el estado de emergencia social fue levantado por el gobierno nacional, pese a que aún no se sabe si las medidas de ayuda y de apoyo a los sectores vulnerables puedan ser declaradas inconstitucionales.

Nos encontramos ante la redición del hiperpresidencialismo bajo la figura de una emergencia social, que ha permitido que el gobierno regule prioritariamente la economía y limitadamente las ayudas y apoyos a la sociedad y a los grupos más vulnerables; la excesiva regulación para enfrentar la pandemia ha dejado de lado el compromiso con los acuerdos de paz suscritos durante el año 2016.

Lo anterior se explica, porque existe un contexto histórico y cultural en nuestro país que ha posibilitado que el gobierno nacional legisle para restringir derechos de libertad (como el caso del confinamiento obligado) y postergue sus obligaciones de intervenir socialmente en la erradicación de la desigualdad.

Este contexto de pandemia revive las prácticas políticas centenarias heredadas del siglo XIX en Colombia y que han interpretado de otra manera las ficciones liberales: la Constitución como instrumento para excluir al distinto y a la oposición¹⁹, la concentración del poder de legislar y aplicar el derecho en el Presidente de la República y la limitación de los derechos fundamentales por la necesidad de restablecer el orden público.

Durante el siglo XX después de 1948, bajo la figura de los estados de excepción asumimos de manera acrítica que la normalidad era vivir en la excepcionalidad de la Constitución; esta fue suspendida por la mayoría de los gobiernos de turno para sofocar las demandas sociales, práctica política definida por Mauricio García Villegas como “constitucionalismo perverso”²⁰.

19 Hernando Valencia Villa. Cartas de batalla. Una crítica del Constitucionalismo Colombiano. Bogotá: Panamericana. 2000.

20 Mauricio García Villegas. “Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957 -1997” En Caleidoscopio de las Justicias en Colombia Boaventu-

Por lo anterior no es extraño a las prácticas políticas cotidianas del país y excepcionales, que se hayan exacerbado en medio de la pandemia, y estas, se acepten por parte de la sociedad civil como necesarias para la defensa de la salubridad pública y de la economía de mercado.

A pesar de que la Constitución de 1991 es amplia en la consagración de derechos sociales y económicos vemos cómo los mismos han sido vulnerados por las políticas proteccionistas al sector privado y al capital, y se ha cedido en la protección a la vida de los líderes sociales y de los reinsertados luego de la desmovilización de las FARC.

2. Los derechos vulnerados durante la pandemia en Colombia

Bajo los postulados liberales racionales del constitucionalismo, la Constitución de 1991 en su artículo 2 establece que son fines del Estado garantizar los derechos fundamentales de las personas residentes en nuestro territorio:

“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

En medio de esta pandemia la vida no ha sido garantizada. Dos hechos constatan que el gobierno y la fuerza pública han estado al margen de los fines y de las obligaciones determinadas por el artículo 2 de nuestra Constitución: hasta el 20 de Mayo de 2020 han muerto 71 líderes sociales y 20 desmovilizados; además, murieron 23 reclusos durante una reivindicación en la cárcel modelo, que fue reprimida por la policía y por el ejército.

ra de Soussa Santos, Mauricio García Villegas Eds., 317-370, Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

En Colombia existe una población de 120.000 reclusos y la estructura carcelaria permite albergar una población de 80.000 lo que supone un hacinamiento de más del 50% en las cárceles.

Vida y libertad se confrontan, pues el hacinamiento en las cárceles hace que el virus de la C ovid -19 se propague más fácilmente en estos espacios en los que el Estado colombiano ha demostrado su ineficiencia para la prestación adecuada del servicio de salud.

Hasta el momento la población carcelaria no ha tenido medidas para evitar que la vida de las personas privadas de la libertad sea garantizada; el decreto 546 de 2020 tenía como fin descongestionar las cárceles y establecer la prisión domiciliaria, pero al establecer solo tres casos en la que esta era posible, dejó por fuera de este beneficio a la mayoría de la población carcelaria que continua con el peligro a su vida dado el hacinamiento.

Se ha hecho evidente la desigualdad y la inequidad que no habíamos percibido en circunstancias de “normalidad”: desigualdad en el acceso a la internet y a la conectividad, desigualdad en el confinamiento para proteger a los sectores más vulnerables a la enfermedad, desigualdad en las condiciones de trabajo.

La desigualdad ante la conectividad y el acceso a la internet determina, a su vez, desigualdades en el acceso a la educación y en el acceso a la justicia.

Según datos del MINTIC solo el 48% de la población colombiana accede a internet lo que determina que en la actual situación de pandemia en la que la educación (en todos sus niveles: primaria, secundaria y superior) se desarrolla por medios virtuales ha sido excluida de ese derecho la mitad de la población colombiana.

El acceso a la justicia en condiciones de igualdad como derecho fundamental también ha sido vulnerado; los términos judiciales fueron suspendidos y se accede a la justicia por medios electrónicos, pues el Consejo Superior de la Judicatura habilitó correos electrónicos para que las personas interpusieran acciones de tutela por esta vía; ante la falta de conectividad y acceso a internet, esto hace que el derecho de acceso a la justicia virtual se encuentre restringido en las mismas circunstancias de inequidad que el derecho a la educación virtual.

La desigualdad también se ha evidenciado en los índices de pobreza extrema y de empleo informal, conforme al DANE (Departamento

Administrativo Nacional de Estadística en Marzo 2020 existen 3 millones de colombianos en pobreza extrema, el desempleo es del 12% y el 46 % vive del empleo informal. Estas estadísticas muestran en la imposibilidad que tiene un tercio de la población colombiana para cumplir con las restricciones del confinamiento como estrategia para controlar la pandemia, no solo porque no tienen vivienda (no te pueden obligar a estar en casa si no tienes casa) también porque es en la calle donde encuentran el sustento a su existencia. El confinamiento solo puede ser obedecido por una parte de la sociedad que se convierte en una elite: la de los trabajadores formales, que pueden desarrollar las actividades propias de su empleo mediante el teletrabajo.

Las libertades se encuentran en riesgo por dos realidades: la falta de control político por parte del Congreso y las competencias que se han arrogado algunos gobernadores y algunos alcaldes para crear restricciones a la libertad de locomoción, al prohibir la entrada de extranjeros a sus territorios ²¹.

Las funciones de coordinación entre gobiernos locales y gobierno nacional se han desdibujado, ejemplo de ello es la creación FOME (Fondo de mitigación de emergencia) cuyos recursos fueron trasladados de los fondos de pensiones territoriales FONPEP a cargo de los departamentos creando una relación de asimetría entre el ejecutivo central y los ejecutivos regionales.

El *habeas data* y el derecho a la intimidad han sido vulnerados por las políticas del ejecutivo al establecer una *app* llamada *coronapp*, que debe ser bajada en los celulares de las personas que quieran trabajar en las actividades exceptuadas del confinamiento para poder trasladarse de sus casas a su lugar de empleo, o cuando se pretende ingresar a un centro comercial.

En el caso de la ciudad de Medellín el alcalde creó una plataforma “Medellín me cuida” en la que deben ser dejados los datos personales propios y de los familiares con quienes se convive, para poder trabajar. El ejecutivo local no advirtió al momento de tomar esta medida, cuál será el destino final de la información allí reseñada por los particulares que pretenden seguir laborando y cuál va a ser la destinación de la misma una vez termine la pandemia.

21 El Decreto No. 183 del 17 de marzo de 2020 expedido por el Gobernador de Boyacá que cerró las fronteras del Departamento a extranjeros y no residentes.

Los controles que pueden ser desplegados por los ciudadanos, como el derecho de petición a la información se ha visto vulnerado, al permitir que las instituciones del Estado, que manejen recursos públicos puedan contestar en 20 días hábiles. Antes de la pandemia, en Colombia, según la liga contra el silencio, durante el periodo de 2017 a 2019 se dejaron de contestar más de 9000 derechos de petición y advirtió que en época de pandemia se mantuvo la tendencia bajo la regulación extraordinaria del decreto 420 de 2020.

Ante las restricciones a la libertad, las regulaciones que pretenden mantener el consumo, las políticas de intervención a los sectores más vulnerables de la población que no han sido adecuadas y suficientes, mantenemos en Colombia la ficción de que la excepcionalidad que padecemos solo puede ser controlada por la Jurisdicción. Creemos que el control judicial es suficiente y adecuado para limitar los excesos del ejecutivo y contrarrestar la anomia de los poderes democráticos en la regulación de nuevos derechos que no han sido consagrados para conjurar la desigualdad y la inequidad en la que se encuentra la sociedad.

El Gobierno Nacional ha declarado en dos ocasiones la emergencia económica y social, mediante los decretos 417 de 2020 y el 637 de 2020, que entre ambos sumaron 60 días.

La Corte Constitucional antes del 6 de mayo, fecha en la que vencía el término estipulado de un mes por parte del decreto 417 de 2020, había recibido 72 decretos – legislativos. Bajo la vigencia del decreto 637 de 2020 el ejecutivo había emitido hasta el 6 de junio 32 decretos legislativos.

La jurisdicción constitucional y la de lo contencioso administrativo aparecen como únicas garantías de control automático. A la Corte Constitucional le corresponde el conocimiento de los decretos legislativos y con fuerza de ley emitidos por el Gobierno Nacional en medio de la crisis y al Consejo de Estado el control inmediato de la legalidad de los decretos ordinarios emitidos por el Gobierno Nacional y a los Tribunales Contenciosos Administrativos para los actos de gobernadores y alcaldes.

El Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos de todos los procesos judiciales salvo los de acción de tutela, que como recurso de amparo busca evitar la vulneración de los derechos fundamentales. Dicha acción puede ser interpuesta por correo electrónico por cualquier particular en cualquier tiempo.

Conclusión

Las garantías no institucionales de los derechos fundamentales:

Desde la suscripción de los acuerdos de paz se consagraron como fundamentales los derechos a la memoria, la verdad, la reparación y la no repetición; asimismo derechos como la reinserción de los desmovilizados, su acceso a la participación política, a la salud, a la educación y a condiciones de vida digna en medio de proyectos económicos subvencionados por el Estado.

A ellos se suman nuevos derechos, que surgen en medio del confinamiento: a la conectividad, a la información acerca de la emergencia, del acceso a la salud en condiciones de dignidad y no de usuario de un sistema económico, el derecho a gozar en condiciones de igualdad de los adelantos científicos que logran la erradicación del virus, el derecho a las manifestaciones virtuales de inconformidad, al mínimo vital en época de pandemia, de defensa del consumidor virtual, una vivienda digna para el confinamiento, un teletrabajo regulado, derecho al saneamiento, derecho a la privacidad para no ser perseguido por razón del contagio, derecho a la negociación colectiva con mínimos de supervivencia entre otros.

Si queremos que existan garantías a los derechos fundamentales nuevos y a los acordados para lograr la paz, para que estos sean verdaderos derechos (no declaraciones racionales) deberíamos iniciar con la construcción de otra ficción “no judicialista” de su defensa y garantía que involucre además a la sociedad.

Estamos convencidos de la ficción del origen contradictorio y en tensión de los derechos fundamentales, los cuales han sido consagrados constitucionalmente luego de luchas de los grupos que han sido discriminados por el derecho, por el Estado y por la propia Constitución y que se encuentran garantizados por nuestros tribunales y jueces.

Sin embargo, ahora la lucha tiene otro contenido: es la lucha por no perecer en medio del contagio, por el hambre o por las condiciones de pobreza en la que se ha sumido la sociedad por la contracción de la economía.

Estas ficciones de lucha por la reivindicación y por el reconocimiento de la dignidad humana y la igualdad, fundamento material de los derechos fundamentales, no son ahora suficientes para reconocer estos

nuevos derechos en la actual situación de miedo, incertidumbre, inequidades resultantes del neoliberalismo como sistema económico global y por la pandemia.

Somos protagonistas de una realidad vaga, sin soluciones a futuro, realidad que no puede ahora proyectar, bajo pensamientos racionales de medios afines "los reconocimientos de los derechos fundamentales", estos, en el momento actual no significan la lucha solo por la redistribución y el reconocimiento, hoy su significado adquiere el contenido de supervivencia.

Este contenido no será posible formalizarlo ni regularlo en declaraciones racionales de igualdad y de libertad; su contenido será el de supervivencia y protección a la vida en medio de esta incertidumbre.

Para sobrevivir a la incertidumbre y proteger la vida (contenido actual de los derechos) debemos apelar al principio de fraternidad, olvidado del republicanismo liberal el cual nos permitirá interpretar nuestra dignidad humana contingente y situada, actualmente somos hermanos en el miedo a perecer, cualquiera sea la causa: virus, enfermedad, hambre y miseria.

Sin ficciones, sin ideologías, sin explicaciones racionales de los derechos fundamentales y de cómo pueden ser ellos garantizados debemos vivir el presente asumiendo el principio político reivindicado por los revolucionarios franceses en 1789 para poder sobrevivir: la fraternidad.

Un principio identificado por la moral religiosa como virtud, pero que puede dotarse de contenido político para poder interpretar las circunstancias actuales de incertidumbre y miedo al futuro.

Según Victoria Camps²² es la fraternidad el antídoto contra el individualismo exacerbado de la modernidad; su papel hoy día más que una virtud es una obligación moral imprescindible para lograr una sociedad más justa, que debe sobrevivir a esta situación de emergencia global.

La fraternidad de los revolucionarios franceses buscaba garantizar la emancipación real de las clases subalternas, de todos aquellos que dependían de los demás para poder vivir: jornaleros, campesinos y, en general, todo tipo de personas sometidas a la pobreza que, en el caso francés de esa época, era el 90% de la población. Su contenido era la promesa de que ningún ciudadano o ser humano acabaría siendo dominado por otro.

22 Victoria Camps. "La fraternidad como condición de la Justicia", *Daimon. Revista Internacional de Filosofía* (2018) 139-149.

La fraternidad quedó plasmada en 1948 en la declaración universal de los derechos humanos, en el primer artículo, que establece que habiendo nacido libres e iguales, “todos los seres humanos tienen el deber de comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Tanto la libertad como la igualdad vaciadas de certezas en medio de un mundo de incertidumbres y miedos deberán ser interpretadas bajo el contenido de la fraternidad para superar esta etapa de confinamiento, egoísmo, exclusiones.

Se trata entonces de asumir que la igualdad tiene un contenido fraterno y la libertad un contenido solidario. Estos principios de la democracia tendrán que interpretarse sin el egoísmo y la ambición que fue dado por la propiedad y luego por la lucha del reconocimiento de los excluidos del mercado.

Si queremos sobrevivir al momento actual, la razón no será suficiente, es por ello que debemos asumir tanto los poderes públicos del Estado como todos los particulares, la consideración de que la humanidad no se va a sobreponer de esta emergencia sin que todos aportemos una dosis de empatía y de fraternidad para hacer realidad la vida después de la pandemia.

En nuestro caso colombiano se hace necesario revisar si las circunstancias de excepcionalidad no han sido el pretexto para dejar de cumplir con los pactos acerca de la paz; es por ello que la fraternidad reivindicada antes de la pandemia bajo el nombre de solidaridad se hace ahora más necesaria como el primer espacio en el que se dotará de sentido a los derechos fundamentales de una sociedad que necesita reconciliarse además de superar esta crisis mundial.

Bibliografía

Berlin, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1996.

Bobbio, Norberto. *Teoría General de la política*. Madrid: Trotta 2003.

Camps, Victoria. "La fraternidad como condición de la Justicia". *Daimon. Revista Internacional de Filosofía* No 7 (2018): 139 -149.

Díaz, Elías. "Derechos humanos y Estado de Derecho". En José Antonio López García y J. Alberto del Real eds., *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, 123-146. Madrid: Dykinson, Universidad de Jaén, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 2000.

Fariñas Dulce, María José. *Democracia y Pluralismo, una mirada a la emancipación*, Madrid: Dickynson, 2014.

Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del estado de derecho". En Miguel Carbonell Sánchez, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 13-29. Madrid: Trotta, 2003.

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1985.

García Villegas, Mauricio. "Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957 -1997". En Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas Eds., *Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, 317-370, Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

Gozzi, Gustavo. "Estado de Derecho y Estado Social". *En Diccionario de Política*, México: Siglo XXI. 10 edición. Tomo I. 1997.

Guastini, Ricardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". En Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo (s)*, 49-73, Madrid: Trotta, 2003.

Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*, México: Fondo de Cultura Económica, 2000

Mateucci, Nicola. *Organización del poder y de la libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madrid: Trotta, 1998.

Pizzarello, Gerardo. *Los Derechos Sociales y sus garantías: elementos para su reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

Seco Martínez, José María. "De la igualdad formal a la igualdad material", *Cuestiones previas y problemas a revisar derechos y libertades* No 36, (2017): 55-89.

Uribe de Hincapié, María Teresa. "La incidencia del miedo en la política: una mirada desde Hobbes". En *El miedo reflexiones sobre su dimensión social y cultural*. 25-46 Corporación Región, Medellín, 2002.

Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá: Panamericana. 2000.

Zippelius, Reinhold. *Teoría del Estado*. Buenos Aires: Porrúa, 1989.

DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍA EN FASE DE PANDEMIA:

CENTRALISMO QUE MATA¹

Liliana Estupiñán Achury²

Introducción

Colombia, al igual que la mayoría de los países de América Latina, evidencia la marca centralista propia de la administración colonial que padeció durante más de trescientos años y la impronta del modelo unitario francés, en todo lo corrido de la fase republicana. Esta apuesta centralista hizo catarsis en plena fase de pandemia, ante la consabida debilidad de sus territorios tanto institucional, económica, política como social. Siglos de castración de la autonomía local, hoy hacen parte de la tarea por reconstruir en un nuevo pacto constitucional que será posible una vez superada la actual emergencia mundial, el cumplimiento del posacuerdo, la construcción de una decente democracia en clave no autoritaria, además de la construcción del Estado en los territorios en consonancia con los derechos humanos y no humanos, y el Estado social de derecho.

1 Este capítulo es resultado del proyecto de investigación titulado: "Justicia y derechos en el sur global: Conflictos territoriales y gobernabilidad democrática", adscrito al Grupo de Investigación "Estudios Constitucionales y de la Paz" de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

2 Doctora Ph.D. en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia. Posdoctorada en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia (España). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución, Ed. V de la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo - España). Magíster en Derecho Procesal, especialista en Derecho Constitucional, en Derecho Administrativo y abogada de la Universidad Libre (Colombia). Investigadora senior MinCiencias (Colombia) desde el año 2015, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, directora de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, directora del Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz (Universidad Libre) y profesora de Derecho Constitucional, Régimen territorial nacional y comparado, metodología jurídica y socio jurídica, derechos de la naturaleza, paz territorial y constitucionalismo transicional, autonomía territorial y paz.

Varios aspectos están relacionados con el tema territorial, la distribución del poder en el territorio; el papel de cada una de las entidades territoriales y su correspondiente relación y articulación; recursos, superación de la pobreza y de las inequidades; la creación de territorios en clave de oportunidades y de derechos; el reconocimiento de las asimetrías; la existencia de un modelo económico y político que permita la construcción del Estado social de derecho en toda la geografía nacional y de lógicas plurales y paz territorial.

1. Recentralización e inequidad, constantes históricas de la organización territorial en Colombia

1.1 Imitación de un modelo europeo. Agotamiento

Al revisar el artículo 72 de la Constitución Política francesa, se observan varias similitudes con los niveles de gobierno establecidos en el artículo 286 de la Constitución Política de 1991. Niveles de gobierno que, para el caso colombiano, han sido creados bajo el ropaje de una República unitaria con descentralización y autonomía territorial. La Constitución francesa habla de municipios o comunas, departamentos, regiones, entidades de estatuto particular, de ultramar y otras creadas por la ley. Principio dispositivo en materia de distribución y asunción de competencias, experimentación territorial, poder reglamentario - hecho que lo diferencia de cualquier otro modelo territorial más descentralizado (federal, regional o autónomo) y principio de subsidiariedad.

En la misma línea, Colombia combina varios principios que irradian el tema territorial desde el artículo 1° de la Constitución Política de 1991, los cuales deben leerse bajo las limitaciones propias de una República unitaria. Criptotipo que marca no solo la historia, la volatilidad constitucional sino a todas luces las ramas del poder público, la legislativa, la judicial, y, por supuesto, la ejecutiva. Pero que también tiene incidencia en los territorios y en la espera de las directrices o de las limitaciones que se imponen desde Bogotá.

La nación, los municipios, los departamentos, los distritos, los territorios indígenas, las regiones y las provincias. Siete niveles de gobierno fueron establecidos por el constituyente de 1991 para el asunto territorial. Los territorios indígenas hacen parte del componente de pluralismo terri-

torial que pudo arrebatar el movimiento indígena a la Asamblea Constituyente de lógica blanca y mestiza de 1991³. Apenas dos indígenas y otro con voz pero sin voto, tuvieron incidencia en esa gran transformación que aún no logra toda la concreción esperada⁴.

En el nivel local, los municipios, los distritos y las provincias, estas últimas vienen identificadas desde la colonia, con un significativo arraigo histórico y sociológico muy importante en varios de los territorios⁵. En todo caso, una figura territorial sin concreción actual, excepto en el enfoque administrativo o de mera asociatividad territorial. Los distritos, por su parte, tienen un régimen especial dado en razón de sus características sociales, políticas, históricas, económicas, ambientales, portuarias, turísticas, etc., que ameritan un tratamiento más amplio en materia de autonomía y de construcción de sus propios estatutos. Gozan, como lo señala la ley, de facultades especiales diferentes a las contempladas para los municipios en su régimen ordinario. En ningún caso, dichas facultades, exceden las limitaciones propias de una república unitaria como la colombiana.

En el nivel intermedio de gobierno, la figura departamental y la futura región como entidad territorial. La región tuvo que esperar treinta años, luego de la expedición de la Constitución de 1991, para ver su precaria reglamentación en una ley orgánica. Hoy caminan y con dificultades algunas regiones, pero desde la perspectiva administrativa (paso previo para su futura conversión en figura territorial). Colombia es un país regional, pero esta vocación geográfica, política y cultural, aún no se refleja en su división político-administrativa⁶.

3 Las entidades territoriales indígenas, actualmente en proceso de creación provisional (Decreto 1952 de 2014) y también a la espera de la ley orgánica de ordenamiento territorial, para efectos de su configuración definitiva. El reconocimiento de los territorios indígenas, constituye un elemento novedoso y de mestizaje del modelo territorial unitario, además de la inserción del pluralismo territorial, en un Estado caracterizado por el centralismo a ultranza.

4 Soraya Pérez, *La otredad Indígena en los procesos constituyentes en Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 139.

5 La figura provincial fue impulsada por el constituyente Orlando Fals Borda, quien así habló de esta institución: "(...) podemos ver que ha habido en Colombia una tendencia constante de mantener a la provincia pequeña o mediana, sin timbres marciales, como unidad territorial básica, con varios municipios (y cabildos) como sus componentes. En varias zonas, como Boyacá y Santander, las provincias siguen relativamente vivas. Esto parece natural en vista de que en la provincia se cumplen los requisitos públicos de parsimonia (esfuerzo mínimo) y propinquidad o cercanía de grupos e instituciones primarias (interacción espacial). Por eso, los investigadores no han tenido muchas dificultades en identificar las provincias en el terreno. Según factores socioeconómicos, Ghul y Fornaguera (1969; 1976: 35-45) determinaron 73 subdivisiones geográficas provinciales ("comarcas") en el territorio colombiano ocupado por el 95% de la población; y según Massiris (1987:106), al aplicar criterios funcionales de áreas de influencia en municipios existentes y coeficientes adecuados de centralidad, habría alrededor de 130 provincias en Colombia." Orlando Fals-Borda y Ernesto Guhl, *La Insurgencia de las provincias: hacia un nuevo ordenamiento territorial para Colombia* (Colombia: Siglo XXI Editores de Colombia, 1988), 31.

6 Es importante recordar, que el modelo territorial de 1991 previó un proceso de regionalización lento, esto es, de regiones administrativas y de planificación (RAP - art. 306) a regiones como entidades territoriales (RET - art- 307). De hecho, solamente hasta la Ley 1454

Como se observa, algunas de las entidades territoriales nombradas, tienen similitud en titulación y funciones, con las relacionadas en la Constitución territorial francesa. La impronta del modelo está dada.

República unitaria, descentralización, autonomía territorial, pluralismo, democracia, participación, derechos humanos y Estado social de derecho, son los principios básicos de la organización territorial en Colombia. Los siete niveles deben actuar en consonancia, conforme a las directrices de la propia Constitución, la ley orgánica de ordenamiento territorial, otras leyes orgánicas debidamente ordenadas por el mismo texto político y leyes ordinarias. Más todo el sistema de fuentes que en los niveles territoriales llegan al nivel reglamentario o bajo la denominación de actos administrativos.

Estos principios se deben leer en concordancia con las vastas competencias determinadas para el poder legislativo, rama que tienen el poder prevalente de creación de las leyes en Colombia. En general, es la que marca la partitura que deben tocar las entidades en sus territorios. Así mismo, en consonancia con el excesivo papel del ejecutivo en el sistema presidencial colombiano y con las limitadas atribuciones de las entidades y los recursos otorgados, según se lee en los títulos XI y XII de la Constitución Política de 1991.

1.2. Medir la inequidad territorial en Colombia

En más de 2.070.408 km² de los cuales 1.141.748 corresponden a territorio continental y 928.660 km de territorio marítimo, existen 1.103 municipios. Varios de ellos en quinta y sexta categoría, clasificación dada en razón de la población o de los recursos⁷. Un tema que los hace mayor-

de 2011, o Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, se habló, en el marco de la asociatividad territorial, de la figura de la región administrativa y de planificación (RAP), por cierto, bastante mermada en esta normativa, tanto en los aspectos institucionales como en los económicos, y peor aún, fue el trato dado por esta LOOT a la región como entidad territorial (RET). Hoy la figura (RET) cuenta con la Ley Orgánica No 1962 de 2019 que dio mayor músculo financiero a la RAP y las mismas condiciones a la RET. Esta norma se encuentra demandada a la hora de la escritura de este artículo, por posible vulneración del artículo 287 de la Constitución Política o artículo que desarrolla el principio de la autonomía territorial en Colombia. En caso de sobrevivir el control constitucional, esta entidad territorial tendrá serias limitaciones para cumplir el cometido constitucional en la escala regional que le impuso la Constitución Política de 1991.

7 Con respecto de la clasificación de los municipios, el DNP afirma: *“Vale la pena aclarar que en Colombia más del 90% de los municipios están clasificados en sexta categoría, lo cual quiere decir, según las disposiciones legales que son municipios con una población no mayor a 10000 habitantes y con unos ingresos corrientes de libre destinación que no superan los 15000 SMLMV. No obstante, aunque los municipios de sexta categoría son los de mayor proporción, a su vez, son los más desprotegidos desde el punto de vista jurídico-administrativo”* Departamento Nacional de Planeación DNP, Diagnostico de la capacidad institucional de municipios de sexta categoría (Bogotá: Departamento Administrativo de la Función Pública, 2013) Más detalles respecto a la clasificación de los municipios en el Artículo 7°. de la Ley 1551 de 2012.

mente vulnerables, ya que deben cumplir con los mismos deberes constitucionales y legales de los demás niveles territoriales.

El municipio es y ha sido la pieza fundamental de la organización territorial del Estado en Colombia. Es la entidad fundamental para la prestación de servicios públicos, la construcción de obras, ordenación del territorio, la promoción de la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes. Antes y durante la pandemia, esta institución básica de la organización territorial ha padecido de serios problemas:

(...) tenemos instituciones modernas que rigen en un país que no siempre es moderno. Esta disparidad entre instituciones modernas y sociedad premoderna es particularmente evidente cuando se observa el país desde el punto de vista territorial o geográfico. En muchas partes hay alcaldías, juzgados, concejos, personerías, pero no en todas ellas existe la realidad institucional que corresponde a lo previsto por esas instituciones. Dicho en otros términos, buena parte del territorio nacional carece de las condiciones fácticas necesarias - paz social, infraestructura, cultura ciudadana, capacidad burocrática, etc. -, que permiten el arraigo y el funcionamiento de dichas instituciones. En muchos sitios hay alcaldes, pero no alcaldías, hay jueces pero no hay justicia, hay policía pero no hay seguridad. En estos contextos, las rutinas institucionales existen - se expiden decretos, se producen sentencias, se capturan a los presuntos delincuentes, etc. -, pero detrás de esas rutinas es muy poco lo que obedece a las instituciones previstas en el papel⁸.

Los departamentos, como único nivel intermedio de gobierno actual. Inicialmente ligados a la desconcentración y al modelo francés de los prefectos o de Napoleón en los territorios, hoy con un gobernador a la cabeza (a partir de la Constitución de 1991), elegido popularmente, pero que tiene doble condición de representante legal de sus territorios y jefe de la administración seccional, así como agente del presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general. Además, la figura departamental está dotada de una corporación político-administrativa, que además de funciones reglamentarias, ostenta algunas de control político, hasta la fecha poco desarrolladas. Esta última institución seriamente cuestionada por inoperante y clientelar.

8 Mauricio García y otros, *Los Estados del país. Instituciones municipales y realidades locales* (Bogotá: Dejusticia, 2011), 18-19.

En principio, este nivel intermedio de gobierno debe concentrar su labor en la planificación del desarrollo económico y social dentro de su territorio, ejercer funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, y, conforme lo anota la propia constitución, de intermediación entre la nación y los municipios y de prestación de servicios públicos.

Esta entidad presenta grandes dificultades institucionales y económicas en la práctica. Colombia tiene 32 departamentos que presentan serias asimetrías en términos económicos, sociales e institucionales. Se ha hablado en muchos escenarios sobre la subrepresentación o sobrerrepresentación de algunos territorios en el nivel nacional, regional o local, sobre este asunto, Restrepo⁹ demuestra que los territorios con mayor participación en el PIB nacional suelen tener mayor representación o sobrerrepresentación en el Congreso de la República. Los de menor participación, corresponden con la mayoría de los departamentos que han sido golpeados por la guerra: Guajira, Sucre, Caquetá, Chocó, Arauca, Putumayo, San Andrés, Guaviare, Amazonas, Vichada, Guainía y Vaupés. De manera relacional, varias de estas entidades territoriales quedan excluidas de la representación territorial en el nivel legislativo, ya sea sin representación en el Senado o con inequitativa representación en la Cámara de Representantes.

En la misma línea, Kalmanovitz señala que los “departamentos más pobres y menos poblados no tienen representación en el Senado y solo dos representantes en la Cámara”.¹⁰ Cifras corroboradas por Rodríguez¹¹ quien señala que en la Cámara de Representantes también hay una sobrerrepresentación de tres entidades territoriales: Bogotá D.C., Antioquia y Valle, frente a los territorios consabidos que apenas logran dos curules. La frustrada reforma de equilibrio de poderes apenas hizo una tímida propuesta en esta materia, “un senador para departamentos con menos de 500.000 habitantes, que todavía dejaba subrepresentados a los entes medianamente poblados”¹². Sin duda, una fórmula que se debe revisar nuevamente.

9 Darío Indalecio Restrepo, “Dimensiones Territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo” *Planeta Paz. Sectores Sociales Populares para la Paz en Colombia*. 2016.

10 Salomón Kalmanovitz, “Descentralización sin representación” *El Espectador*, 5 de marzo de 2017, sección opinión.

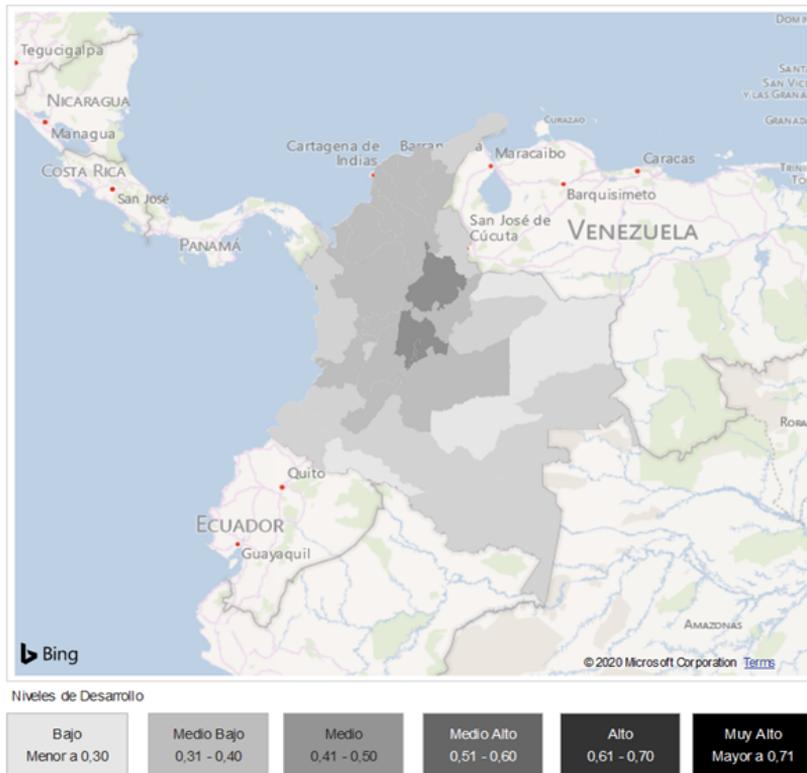
11 Jorge Armando Rodríguez, “Descentralización (y centralización) sin representación. A propósito de la composición territorial del Congreso Colombiano” *Documentos FCE – CID, Escuela de Economía No 81*. (2017)

12 Salomón Kalmanovitz, “Descentralización sin representación” *El Espectador*, 5 de marzo de 2017, sección opinión.

Pero el tema va más allá del Congreso, al interior de los departamentos también pervive el centralismo y la subrepresentación. Sobre este mismo punto, Restrepo analiza los casos de Santander, Cauca y Caquetá:

La capital del departamento de Santander, Bucaramanga, concentra el 47% de los asambleístas, mientras 78 municipios (el 90% del total) no tienen representación alguna. El departamento del Cauca presenta igual situación, su capital Popayán concentra el 46% de los asambleístas, mientras 38 municipios (el 83%) carecen de representación. Y en el Departamento de Caquetá la concentración se acentúa porque Florencia tienen el 73% del poder en la asamblea, mientras el 81% del departamento no tiene quien los represente.¹³

Figura 1.



Fuente: Índice de Desarrollo Regional Latinoamérica <http://www.iderelatam.com/>

13 Darío Indalecio Restrepo "Dimensiones Territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo" *Planeta Paz. Sectores Sociales Populares para la Paz en Colombia*. 2016.

Restrepo y Peña, han dividido las inequidades que padecen los territorios en Colombia en dos aspectos: la vertical y la horizontal. La primera referida a la concentración de ingresos y recaudo que realiza el Estado centro. Concentración que también lo lleva a ser el mayor ejecutor de gastos, por supuesto, todo en clave de centralismo político, económico e hiperpresidencialismo 14. Incluso en los últimos años se ha llevado a cabo un fenómeno preocupante de recentralización de recursos en el Estado central.

Con base en ellos, directamente desde la presidencia de la República se fortalecieron varios programas de focalización de la población calificada de vulnerable, muchos de los cuales ejecutaban proyectos y políticas ya descentralizadas, desde el área de la salud y la educación, hasta la alimentación escolar y el desarrollo comunitario. En virtud de la recentralización fiscal, la tecnocracia central -a través de los aparatos estatales y las burocracias- en alianza con los políticos de proyección nacional, le arrebataron recursos y protagonismo a los políticos, funcionarios y comunidades locales, en la asignación del gasto público social. Durante la década del doble recorte a los porcentajes relativos de las transferencias (2001 y 2007), se incrementó el gasto público social, es decir, se generó una sustitución de la descentralización de la política social por su recentralización o, dicho de otra manera, de los líderes políticos y sociales locales, a la tecnocracia y políticos que controlan la nación¹⁵.

Por otra parte, la inequidad horizontal referida al sistema de reparto de los recursos en las entidades territoriales, así, como lo anotan Restrepo y Peña, “unos departamentos y municipios tienen suficientes recursos propios y de transferencias para cubrir la financiación de las dotaciones básicas de política social y servicios públicos, mientras muchos otros no”¹⁶.

Son innegables los avances observados en los últimos treinta años en materia de política social y distribución de competencias, pero el equilibrio no es la tendencia. Serias dificultades económicas padece el nivel intermedio y local de gobierno en Colombia, una situación que se agravará luego de la pandemia mundial.

14 Darío I Restrepo Botero y Camilo A Peña, “Hacia el Cambio Estructural Territorial de la Economía Colombiana Alternativas Programáticas UN” Inédito (octubre 2020).

15 Darío Indalecio Restrepo, Camilo Peña, “Economía política de la descentralización y de la recentralización (1986 - 2016)” en La cuestión territorial a debate: España y Colombia, edits. Liliana Estupiñán Achury, Gabriel Moreno González y Antonio Montiel Márquez (Bogotá: Universidad Libre, 2018), 165 - 196.

16 Darío I. Restrepo Botero y Camilo A. Peña, “Hacia el Cambio Estructural Territorial de la Economía Colombiana Alternativas Programáticas UN” Inédito (octubre 2020).

Cuadro 1.

Sector	Punto de partida (2016)	Meta esperada al 2010	Logros al 2016
Educación	90,1%	100,0%	94,6%
Salud	73,0 %	100,0%	94,6%
Acueducto	Urbano: 97,4%	Total: 92,6%	Total: 89,9%
	Rural: 68,6%		
Alcantarillado	Urbano: 90,2%	Total: 87,2%	Total: 77%
	Rural: 60,1%		

Fuente: Bonet, Pérez, & Ayala (2016) y Encuesta de Calidad de Vida 2016.¹⁷

Muy a pesar de estos avances, el desarrollo regional y local esperado no se ha cristalizado ni tampoco la concreción del Estado de derecho en los territorios. De ahí que una de las grandes tareas antes de la pandemia sería la de superar el agotado discurso fiscalista de la descentralización. Sobre este punto González¹⁸ sostiene que la descentralización fiscal cumplió ya su papel, que las entidades territoriales han realizado enormes sacrificios en las últimas décadas y que los seguirán haciendo bajo el manto de las leyes que proscriben cualquier acto de corrupción y despilfarro. Con todo y esto, dichos instrumentos no son suficientes y, en consecuencia, es imprescindible que la descentralización vire de un enfoque limitado y fiscal a uno de carácter espacial, social y plural, de tal forma que los consabidos esfuerzos fiscales y tributarios dejen de ser las únicas alternativas de solución con las que se cuenta para salvar a las entidades territoriales.

En la misma línea Restrepo y Peña consideran que “las distintas fuentes de financiación territorial no tienen vocación para financiar el Cambio Estructural Territorial por tres razones principales: a- porque no obedecen a sus sectores de inversión, b- porque la nación carece de suficiente coordinación de la inversión pública territorial a partir de diagnósticos, visiones y dinámicas de los diferentes mercados, instituciones y poblaciones locales o c- porque los ingresos propios y las transferencias de las entidades adscritas solo otorgan recursos significativos con destino posible para el desarrollo económico territorial, a las escasas entidades territoriales con suficiente actividad económica previa”¹⁹.

17 Cuadro citado por Darío Indalecio Restrepo, Camilo Peña, “Economía política de la descentralización y de la recentralización (1986 - 2016)” en La cuestión territorial a debate: España y Colombia, eds. Liliana Estupiñán Achury, Gabriel Moreno González y Antonio Montiel Márquez (Bogotá: Universidad Libre, 2018), 165 - 196.

18 Jorge Iván González, “Transferencias y equidad: hacia la descentralización espacial” en *Desarrollo de las regiones y autonomía territorial.*, coords. Alejandro Becker, Sandra Castro y Miguel Eduardo Cárdenas (Bogotá: GTZ FESCOL, 2004).

19 Darío Indalecio Restrepo, Camilo Peña, “Economía política de la descentralización y de la recentralización (1986 - 2016)” en La cuestión territorial a debate: España y Colombia, eds.

Así las cosas, la descentralización y la distribución del poder en el territorio no funcionaban bien antes de la pandemia. Los territorios golpeados por la tragedia, apenas han tenido herramientas básicas para enfrentar la crisis suscitada y la violación de derechos fundamentales y humanos en tensión. La democracia, el desarrollo y la autonomía local todavía no hacen parte del ADN de Colombia. Un criptotipo centralista marca el tema de la organización territorial, a pesar de las tímidas reformas impulsadas desde los años 80 del siglo XX y lo corrido del siglo XXI.

2. Pandemia y territorio, más de lo mismo

“El Estado de derecho no está en cuarentena”, pero las diversas figuras jurídicas y medidas económicas y sociales adoptadas por los diferentes Estados del mundo para enfrentar la emergencia sanitaria o pandemia, han minado aún más la fragilidad de este gran propósito constitucional y democrático. Para América Latina, la fragilidad ya consabida de sus Estados se ha agravado en los últimos meses. La excepción o el estado de emergencia en escenarios de vulnerabilidad política, económica y social, terminó por exacerbar los poderes ya desequilibrados en fase de normalidad y desdibujar el equilibrio de poderes y los controles políticos²⁰.

Los derechos humanos y no humanos, centro de cualquier Estado constitucional, la división de poderes, los mecanismos de control, el control social, los movimientos y las organizaciones de la sociedad civil, el control político, la paz, las mujeres, niños y niñas, los y las adolescentes y todos los grupos vulnerables, la economía de los comunes y de los grandes empresarios, el control constitucional y judicial, el gobierno y la autonomía local, entre otras grandes bondades del Estado de derecho, han terminado seriamente afectados ante el sinnúmero de medidas tomadas por el ejecutivo o ante su omisión y las dificultades que presentan los diversos órganos del Estado y de control.

En general, la mayoría de los Estados del mundo, buscaron opciones de estado de excepción o de emergencia para enfrentar la tragedia del Covid. De manera excepcional, Estados como Alemania, han utilizado sus mecanismos normales de control sin acudir a estas lógicas de excepción. En América Latina, la regla ha sido el estado de emergencia, estado de ex-

Liliana Estupiñán Achury, Gabriel Moreno González y Antonio Montiel Márquez (Bogotá: Universidad Libre, 2018), 165 - 196.

20 Para una mayor discusión ver Liliana Estupiñán Achury, “COVID-19 y fragilidad del Estado de derecho en América Latina” En Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Estado de derecho, control político y emergencia social. (Bogotá: 2020)

cepción por catástrofe, estado de calamidad pública, la cuarentena, la suspensión de clases, el desarrollo sui generis de las ramas del poder público, cierre de fronteras, el confinamiento, el teletrabajo, prohibición de eventos, suspensión de términos en la administración de justicia, las limitaciones en materia de locomoción, excepto para lo que se ha denominado casos de excepción, que en el tema colombiano ha impactado tantos sectores como las cifras de aumento por contagio y movilización.

Tal como lo señalan Restrepo y Peña:

La respuesta en el caso colombiano incluyó un mes de confinamiento estricto, la ampliación de las Unidades de Cuidados Intensivos en los hospitales, fondos para otorgar créditos de urgencia a las empresas, una transferencia equivalente a 40 dólares mensuales para 2.5 millones de hogares, entre muchas otras medidas establecidas en los 168 decretos presidenciales de emergencia; además de las miles de medidas expedidas por gobiernos subnacionales. Sin embargo, a pesar del número de medidas tomadas, la respuesta en el caso colombiano es una de las más débiles de la región. Como lo señala la Cepal (2020), el paquete de rescate de Colombia se ubica en el puesto 12 de 17 países latinoamericanos, al representar tan solo el 2.5% del PIB²¹.

Todas estas medidas han tenido impacto en el débil modelo territorial. Al final, las entidades territoriales, con las consabidas dificultades anotadas, han tenido que hacer frente a la calamidad mundial. Buenas intenciones de los mandatarios y autoridades locales en espacios abandonados por el Estado, violentados por décadas o con serias deficiencias institucionales, económicas y sociales.

21 Darío Indalecio Restrepo, Camilo Peña, "Causas estructurales de la profundidad de la crisis COVID en Colombia". "Inédito" (Colombia: 2020).

2.1 Choque de trenes entre niveles territoriales de gobierno

El sistema de gobierno presidencial, que para el caso de América Latina, ya sufría de vicios de mesianismo, autoritarismo, pandemia de la reelección eterna y concentración máxima de poder, se ha visto agravado en algunos países de la región. Sin duda esta fase de crisis sanitaria llevará a cuestionar seriamente esta constante estructural del constitucionalismo en América Latina: presidencialismo.

La pandemia ha exacerbado la figura presidencial y ha potenciado la crisis del sistema de gobierno presidencial en América Latina. Varios mandatarios estaban seriamente cuestionados en fase previa a la crisis sanitaria. Sobre este punto, Malamud y Núñez señalan que en la fase de pandemia se han acentuado:

“las características presidencialistas propias de América Latina, ha cambiado radicalmente las agendas públicas, ha resucitado las políticas contracíclicas para tiempos de depresión, y, más visualmente, ha mostrado dos tipos diferentes de mandatarios. Unos con capacidad de liderazgo social, flexibles y que han priorizado la toma de decisiones estratégicas frente a aquellos que han optado por tácticas cortoplacistas e incluso por negar la realidad. Obviamente son solo grandes tendencias, que se van modificando a medida que la crisis avanza y también del estilo de la gestión presidencial y de que incluyan o no en su política comunicacional los objetivos políticos más inmediatos, junto con los de medio o largo plazo”²².

En general, los gobiernos nacionales y locales han tenido que voltear el timón en clave de protección y de cuidado en fase de pandemia.

La actuación de los gobiernos nacionales en fase excepcional:

ha provocado una notable concentración del poder, con intensidad y mecanismos diversos, en el ejecutivo, y ello, ha afectado al orden constitucional. (...) Pág. XV

22 Carlos Malamud y Rogelio Núñez, “La crisis del coronavirus en América Latina: un incremento del presidencialismo sin red de seguridad” ARI 34/2020-2 de abril de 2020-Real Instituto Elcano (2020).

- 1) El abuso de las ordenanzas sin necesidad.
- 2) La degradación de los controles políticos, institucionales y sociales.
- 3) La restricción de derechos fundamentales en el Estado de alarma.

(...)

Se trata según creo, de una desconsideración al parlamento que conduce a su degradación, no solo en su función legislativa sino también en la función de control²³.

La excepción en esta etapa se ha convertido en la regla. Colombia, por ejemplo, ha expedido más de 187 decretos, todo un ejecutivo gobernando en lógica de excepción. Varios de estos decretos en la categoría de reglamentarios ordinarios que carecen de control automático por parte de la Corte Constitucional. “La elusión constitucional”²⁴ hoy es un hecho más agravado que nunca.

El cambio de prioridades y de agenda también han impactado con más fuerza las relaciones entre el centro y la periferia. Algo de protagonismo ha sido necesario para enfrentar la emergencia y de paso subir las cifras de aceptabilidad seriamente afectadas para la mayoría de los mandatarios. Por supuesto, en este cambio de fuerzas el modelo centralista y el presidencialismo han sido plenamente potenciados. En Colombia esta tensión se ha dado entre el gobierno central y los gobiernos locales, de forma permanente se encuentran noticias sobre las divergencias entre el presidente Duque y algunos de sus mandatarios locales y, de manera especial, con la alcaldesa de la ciudad capital²⁵.

La pandemia puso en evidencia tres grandes problemas de la descentralización en Colombia, así lo hizo evidente José Antonio Ocampo y Natalie Gómez Arteaga²⁶: el primero, relacionado con la falta de un verdadero

23 Daniel Barceló Rojas, Sergio Díaz, Javier García, y María Elizabeth Guimarães, *COVID-19 y parlamentarismo Los parlamentos en cuarentena*. (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2020).

24 Manuel Fernando Quinche Ramírez, *la elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2009).

25 Archivo El Tiempo “La relación Iván Duque y Claudia, en el punto más bajo” *El Tiempo*, 15 de septiembre 2020.

26 José Antonio Ocampo y Natalie Gómez Arteaga, “La pandemia sacó a relucir los problemas de la descentralización” *El Tiempo*, 17 de septiembre 2020.

estatuto de la descentralización, una verdadera ley orgánica que establezca una división clara y precisa de competencias entre todos los niveles de gobierno (nacional, departamental y municipal). La actual ley orgánica no hizo la tarea. Peor aún, salud y educación están a merced del mercado. Estos dos grandes derechos fueron afectados de forma definitiva en fase de pandemia. ¿Quién responde?

El segundo y el tercer punto están relacionados con el tema de las inequidades verticales y horizontales ya anotadas. Frente al segundo, hay que recordar que las entidades territoriales no tienen suficientes fuentes de ingresos, y para colmo de males, tienen autonomía nula o limitada, tal como lo señala Ocampo y Gómez, para “crear nuevas fuentes de ingresos, restricciones para acceder a financiación externa y límites estrictos para los gastos de funcionamiento. Cabe anotar que la única flexibilidad en materia tributaria para impuestos municipales se otorgó hace casi cuatro décadas, como iniciativa de la administración Betancur”²⁷. Sobre este punto, los recaudos tributarios para el año 2020 y 2021, de seguir la pandemia, estarían plenamente afectados ante la falta de reactivación económica y las consecuencias que ello genera, en impuestos claves como el de Industria y Comercio, por ejemplo.

En tercer lugar, los territorios reciben del Sistema General de Participaciones, una cifra que ha sido disminuida en las dos últimas décadas²⁸. Esta cifra está condicionada a los sectores de educación (58.5%), salud (24.5%), propósito general (11.6%), agua potable y saneamiento básico (5.4%) (total: 96%) y una asignación especial de 4% para resguardos indígenas (0.52%), municipios ribereños Magdalena (0.08%) y programas de alimentación escolar distritos y municipios (0.5%). Esta inflexibilidad deja poco o nulo margen para los temas de gastos de funcionamiento o

27 José Antonio Ocampo y Natalie Gómez Arteaga, “La pandemia sacó a relucir los problemas de la descentralización” *El Tiempo*, 17 de septiembre 2020.

28 “Las transferencias intergubernamentales o participaciones, denominación asumida a partir de la Reforma Constitucional de 1991, tienen, conforme lo reitera la Contraloría General de la República, tres objetivos para el desarrollo de la descentralización. El primero, referido a disminuir o atenuar los desequilibrios fiscales verticales entre el gobierno nacional y los gobiernos subnacionales; el segundo, orientado a disminuir los desequilibrios entre el mismo nivel de unidades de gobierno, tales como ingresos tributarios y gastos presupuestales *per cápita*; y, el tercero, como instrumentos de financiación de la política social, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de acceder a los mismos bienes y servicios sociales en todo el territorio nacional. Así, el Sistema General de Participaciones constituye la fuente primordial de recursos para el ejercicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley. La inversión de la dependencia y la construcción de una cultura de generación de ingreso propio deben desarrollarse de forma lenta y pausada, sin menoscabar el grado de participación y dependencia que tienen las entidades territoriales sobre aquellas”. Lilibiana Estupiñán Achury, *Desequilibrios Territoriales Estudio sobre la Descentralización y el Ordenamiento Territorial colombiano. Una mirada desde el nivel intermedio de gobierno* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012), P. 240.

cubrimiento de otros gastos sociales. Sobre este punto Ocampo y Gómez, agregan, “en particular, los principales recursos con los que cuentan, los del Sistema General de Participaciones (SGP), se destinan en un alto porcentaje a gasto corriente en educación y salud. A su vez, los recursos del Sistema General de Regalías son para inversión”²⁹. Estos recursos tendrán una disminución contundente para el año 2021 y siguientes.

En general, varias de las medidas tomadas en el marco del estado de emergencia, tienen como objetivo mitigar a corto plazo la crisis económica y social generada por la pandemia. Algún marco de flexibilidad que no cambiará ni a corto ni a mediano ni a largo plazo el tema de la inequidad territorial desde el punto de vista horizontal ni vertical. Los mismos alcaldes y gobernadores, tan dispuestos a las lógicas del centro, consideraron que con las medidas adoptadas pudieron y “podrán tener mayor flexibilidad financiera al autorizar la reorientación de algunas rentas para la atención, e incluso para financiar gastos de funcionamiento”³⁰. “Se superan limitaciones de tipo presupuestal para orientar los recursos de acuerdo con la urgencia”³¹. En la misma línea, la Asociación de Ciudades Capitales, Asocapitales “consideró que estas facultades otorgadas son medidas muy acertadas para las finanzas territoriales, que permitirán mitigar los impactos financieros y económicos generados por la ocurrencia de esta situación atípica que estamos viviendo, con la propagación de la Covid-19”³².

Sin duda, sorprendió el nivel de anuencia que tuvieron las federaciones de departamentos, municipios y capitales con las medidas paliativas adoptadas por el gobierno central durante la fase de pandemia, y la superación del control de constitucionalidad de la mayoría de ellas, ya sea total, parcial o condicionada.

29 José Antonio Ocampo y Natalie Gómez Arteaga, “La pandemia sacó a relucir los problemas de la descentralización” *El Tiempo*, 17 de septiembre 2020.

30 COLPRENSA, “El salvavidas que le lanzó el gobierno nacional a los entes territoriales con un decreto” *La República*, 23 de mayo de 2020, sección Economía.

31 COLPRENSA, “El salvavidas que le lanzó el gobierno nacional a los entes territoriales con un decreto” *La República*, 23 de mayo de 2020, sección Economía.

32 Asociación Colombiana de Ciudades Capitales, “Reorientar las rentas de destinación específica y modificar el presupuesto, permitirá reactivar económicamente las ciudades” ASOCAPITALES, <https://www.asocapitales.co/html/reorientar-las-rentas-de-destinacion-especifica-y-modificar-el-presupuesto-permitira-reactivar> (consultada el 26 de noviembre de 2020).

2.2 Territorios de paz y pandemia

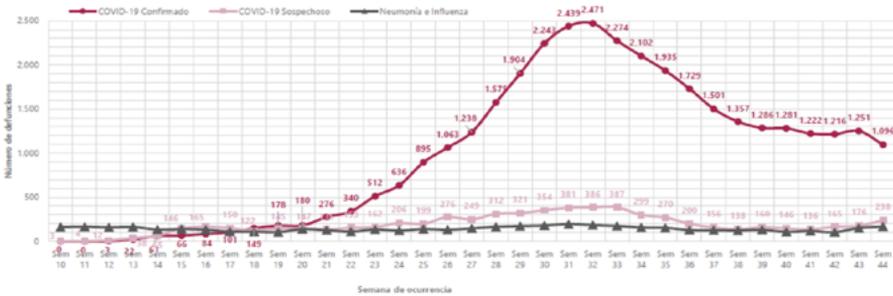
A la fecha de escritura del presente artículo Colombia presenta una cifra significativa de contagios y muertes. Actualmente el país es el décimo con mayor nivel de contagio³³ y el número 12 con mayor nivel de defunciones³⁴.

Cuadro 2.

Información 2 de marzo a 01 de noviembre 2020^{Pr}

Entre el 2 de marzo y el 1 de noviembre de 2020 se reportaron en el país 34.686 defunciones por COVID-19 confirmado, 6.602 por COVID-19 sospechoso, y 4.958 fallecimientos por neumonía e influenza.

Defunciones por COVID-19 confirmado y sospechoso, neumonía e influenza, según semana Total nacional 2 de marzo al 1 de noviembre (2020pr)



Fuente: DANE. Estadísticas Vitales
Pr: Cifras preliminares.

Fuente: Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.

33 Statista, "Número de casos confirmados de coronavirus en el mundo a fecha de 27 de noviembre de 2020, por país", <https://es.statista.com/estadisticas/1091192/paises-afectados-por-el-coronavirus-de-wuhan-segun-los-casos-confirmados/> (consultada el 26 de noviembre de 2020).

34 Statista, "Número de personas fallecidas a causa del coronavirus en el mundo a fecha de 27 de noviembre de 2020, por país", <https://es.statista.com/estadisticas/1095779/numero-de-muertes-causadas-por-el-coronavirus-de-wuhan-por-pais/> (consultada el 26 de noviembre de 2020).

Cuadro 3.

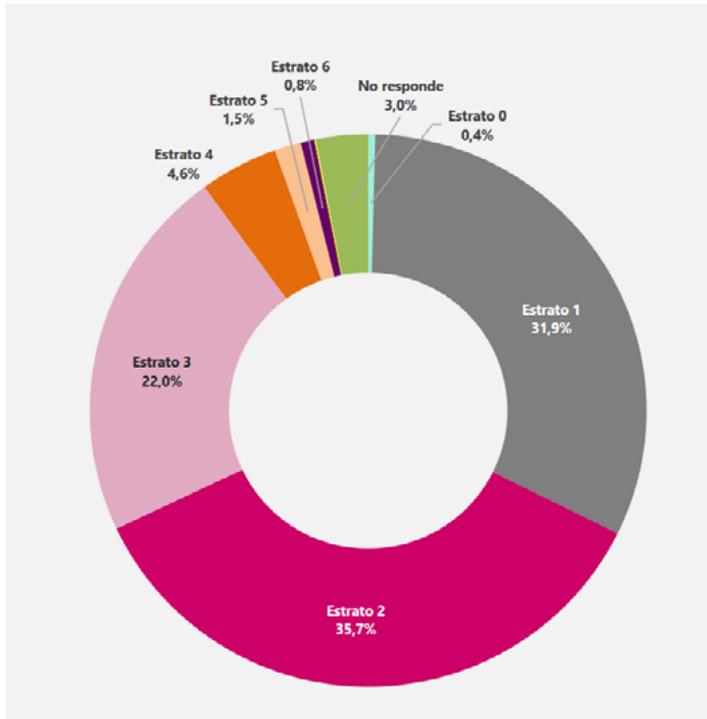


Fuente: Ministerio de Salud. Colombia.

El impacto en las grandes ciudades no se ha hecho esperar, la cifra de muertos ha afectado a los sectores más pobres y vulnerables. De hecho, “los estratos socioeconómicos 1, 2 y 3 concentran el 90,3% de las defunciones relacionadas con COVID-19 en el país. Sin embargo, los estratos 1 y 2 concentran el 69,0% del total nacional”³⁵.

35 DANE, Defunciones por COVID-19 – Cifras oficiales semana 10 a 34 (Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2020).

Cuadro 4: defunciones por COVID-19 ordenadas por estratos.



Fuente: Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE

Colombia ha enfrentado la Covid-19, en medio de un recrudecimiento de la violencia. El asesinato de líderes y lideresas sociales no cesa. Vovió el macabro asesinato colectivo. según el Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz INDEPAZ, se han registrado 77 masacres en el año 2020, en su mayoría en los departamentos de Antioquia, Cauca y Nariño³⁶. Según esta ONG se han registrado 256 asesinatos de líderes, lideresas sociales, defensores y defensoras de derechos humanos a lo largo de este año³⁷.

36 INDEPAZ, "Informe de masacres en Colombia durante el 2020", <http://www.indepaz.org.co/informe-de-masacres-en-colombia-durante-el-2020/> (consultada el 26 de noviembre de 2020).

37 INDEPAZ, "Líderes sociales y defensores de Derechos Humanos asesinados en 2020", <http://www.indepaz.org.co/lideres/> (consultada el 26 de noviembre de 2020).

Por otra parte, la implementación del Acuerdo de Paz con la ex guerrilla de las FARC, constituye otro de los grandes problemas a resolver. El gobierno de turno ha bloqueado de varias formas su cumplimiento, sin duda este es uno de los grandes proyectos que, de cumplirse, impactará de forma radical y positiva al territorio. Según Indepaz a lo largo del 2020, 56 firmantes del acuerdo de paz entre el gobierno y la ex guerrilla de las FARC han sido asesinados³⁸. Un total de 242 excombatientes asesinados desde la firma del acuerdo de paz³⁹.

También los pueblos indígenas se ven afectados por la violencia y por la pandemia. Según el último informe de la Organización Nacional Indígena de Colombia, 72 pueblos han sido afectados por la COVID-19, existen 35.012 casos confirmados y 1.209 personas han fallecido. Además, 537.252 familias indígenas están en riesgo de contraer la enfermedad pandémica.⁴⁰ Por otra parte, según informes del mes de junio realizados por INDEPAZ, existe un registro de 47 líderes indígenas asesinados durante el año 2020⁴¹.

Otro de los sectores que ha sufrido el embate de la violencia que se vive en el país es el de los ambientalistas, el informe de Global Witness “Defender el Mañana” indica que Colombia es el país con mayores índices de asesinatos en contra de líderes ambientalistas y defensores de recursos naturales: “64 personas defensoras fueron asesinadas en Colombia en 2019, siendo el lugar con el mayor número de muertes en el mundo. De forma impactante, representa el 30% de los asesinatos documentados a nivel mundial”⁴².

Todas estas cifras hablan de la necesidad de una gran transformación territorial en clave democrática y de Estado social de derecho.

38 INDEPAZ, “Líderes sociales y defensores de Derechos Humanos asesinados en 2020”, <http://www.indepaz.org.co/lideres/> (consultada el 26 de noviembre de 2020).

39 Sebastián Forero Rueda, “Cuatro años de la firma del Acuerdo de Paz: estos son los 242 excombatientes asesinados”, *El Espectador*, 24 de noviembre 2020. Sección país.

40 ONIC, “Boletín 052 Sistema De Monitoreo Territorial - Smt (Onic) Información Para Proteger La Vida Y Los Territorios”, <https://www.onic.org.co/comunicados-osv/4081-boletin-052-sistema-de-monitoreo-territorial-smt-onic-informacion-para-proteger-la-vida-y-los-territorios> (consultada el 26 de noviembre de 2020).

41 INDEPAZ, “Líderes indígenas asesinados”, <http://www.indepaz.org.co/lideres-indigenas-asesinados/> (consultada el 26 de noviembre de 2020).

42 Global Witness, “Defendiendo el Mañana” <https://www.globalwitness.org/es/defending-tomorrow-es/> (consultado el 26 de noviembre de 2020).

A manera de conclusión

Si antes de la pandemia, conforme a las cifras entregadas en la primera parte de este capítulo, se hacía necesaria una reforma estructural en materia de organización territorial, esta idea se ha corroborado aún más, en medio de la desesperanza territorial vivida durante todo el año 2020. La pandemia agudizó la crisis del modelo territorial centralista, colonial y afrancesado.

Es evidente que el modelo de organización territorial de la Constitución Política de 1991 está agotado. “Barajar de nuevo”, tal como se ha señalado en varios escritos y ponencias, en asuntos de distribución del poder en el territorio se hace necesario. En cualquier caso, una construcción muy propia que vaya más allá de la distribución de competencias y de precarios recursos. Un modelo que invoque la heterogeneidad, asimetría, diversidad, regionalidad, gradualidad y plurinacionalidad, pero también, un modelo que descentralice las oportunidades, la riqueza y el desarrollo. Esto es, una propuesta territorial en clave de Estado social de derecho y de derechos humanos y no humanos, para los territorios.

La geografía de la guerra; los desequilibrios territoriales; los departamentos grandes, medianos y pequeños, no solamente en tamaño, sino en municipios, población y recursos; las vocaciones territoriales distintas; los niveles de desarrollo diferentes; la cooptación de organizaciones criminales y territorios con más o menos institucionalización, entre otros aspectos, reclaman una seria revisión constitucional.

La vacuna nunca será el centralismo. La vacuna democrática está dada en el fortalecimiento de los territorios, la construcción verdadera del Estado en los espacios abandonados o violentados por siglos. Una revisión sería de las divisiones territoriales que necesita Colombia en nota plural; una definición clara de las escalas y las funciones de todos los niveles, desde el nacional, intermedio y local; y de todas las opciones administrativas posibles de administración. La ruptura contra la tendencia inequitativa fiscal horizontal y vertical que afecta a los territorios y que causa pobreza, muerte y falta de oportunidades.

Transformar el ADN centralista y francés que está agotado en pleno siglo XXI. Todo esto se debe hacer en clave de democracia, pluralismo territorial, autonomía local y de un modelo económico que no deje los bienes públicos en cabeza de los privados ni los derechos fundamentales como la salud y la educación al albur del mercado.

Bibliografía

Archivo El Tiempo . «La relación Iván Duque y Claudia, en el punto más bajo.» *El Tiempo*, 15 de Septiembre de 2020.

ASOCAPITALES. *Reorientar las rentas de destinación específica y modificar el presupuesto, permitirá reactivar económicamente las ciudades*. 2020. <https://www.asocapitales.co/html/reorientar-las-rentas-de-destinacion-especifica-y-modificar-el-presupuesto-permitira-reactivar> (último acceso: 26 de noviembre de 2020).

Barceló Rojas, Daniel, Sergio Díaz, Javier García, y María Elizabeth Guimarás. *COVID-19 y parlamentarismo Los parlamentos en cuarentena*. México: niversidad Nacional Autónoma de México, 2020.

Boletín 52 Sistema De Monitoreo Territorial - Smt (Onic) Información Para Proteger La Vida Y Los Territorios. 2020. <https://www.onic.org.co/comunicados-osv/4081-boletin-052-sistema-de-monitoreo-territorial-smt-onic-informacion-para-proteger-la-vida-y-los-territorios> (último acceso: 26 de Noviembre de 2020).

Castaño García, Christian Camilo. «Participación, reivindicaciones políticas y sociales de los raizales en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 .» *Cuadernos del Caribe*, 2016: 58.

COLPRENSA. «El salvavidas que le lanzó el gobierno nacional a los entes territoriales con un decreto .» *La República*, 23 de Mayo de 2020.

DANE. *Defuncionespor COVID-19 Cifras oficiales Semana 10 a 402 de marzo al 4 de octubre de 2020pr*. 2020. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/defunciones-covid19/presentacion-defunciones-covid-2020-02mar-04oct.pdf> (último acceso: 26 de noviembre de 2020).

DNP. *Diagnóstico de la capacidad institucional de los municipios de Sexta Categoría*. Bogotá: Departamento Administrativo de la Función Pública, 2013.

Estupiñán Achury, Liliana. «COVID-19 y fragilidad del Estado de derecho en América Latina.» En *En Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Estado de derecho, control político y emergencia social*. . Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2020.

Estupiñán, Liliana, Gabriel Moreno González, y Antonio Montiel, . *La cuestión territorial a debate: España y Colombia* . Bogotá: Universidad Libre, 2018.

Fals-Borda, Orlando, y otros. *La Insurgencia de las provincias: hacia un nuevo ordenamiento territorial para Colombia*. Bogotá: Siglo XXI Editores de Colombia, 1988.

García Villegas, Mauricio, Juan Carlos Rodríguez Raga, Miguel García Sánchez, Javier Eduardo Revelo Rebolledo, y José Rafael Espinosa Restrepo. *Los Estados del país. Instituciones municipales y realidades locales* . Bogotá: Dejusticia, 2011.

González, Jorge Iván. «Transferencias y equidad: hacia la descentralización espacial». En *Desarrollo de las regiones y autonomía territorial*, traducido por Alejandro Becker, Sandra Castro y Miguel Eduardo C. Bogotá: GTZ FESCOL, 2004.

INDEPAZ. *Informe de masacres en Colombia durante 2020*. 2020. <http://www.indepaz.org.co/informe-de-masacres-en-colombia-durante-el-2020/> (último acceso: 26 de noviembre de 2020).

—. *Líderes indígenas asesinados*. 2020. <http://www.indepaz.org.co/lideres-indigenas-asesinados/> (último acceso: 26 de noviembre de 2020).

—. *Líderes sociales y defensores de derechos humanos asesinados en el 2020*. 2020. <http://www.indepaz.org.co/lideres/> (último acceso: 26 de noviembre de 2020).

Kalmanovitz, Salomón. «Descentralización sin representación.» *El Espectador*, s.f.

Malamud, Carlos , y Rogelio Núñez. «La crisis del coronavirus en América Latina: un incremento del presidencialismo sin red de seguridad .» *Real Instituto Elcano* , 2020.

Ocampo , José Antonio, y Natalie Gómez Arteaga. «La pandemia sacó a relucir los problemas de la descentralización” .» *El Tiempo*, 17 de Septiembre de 2020.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *La elusión constitucional Una política de evasión del control constitucional en colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.

Restrepo, Darío Indalecio, y Camilo A Peña. «Hacia el Cambio Estructural Territorial de la Economía Colombiana Alternativas Programáticas UN".» 2020.

Restrepo, Darío Indalecio. «Dimensiones Territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo.» *Planeta Paz. Sectores Sociales Populares para la Paz en Colombia.*, 2016.

Restrepo, Darío Indalecio, y Camilo Peña. «Causas estructurales de la profundidad de la crisis COVID en Colombia.» Bogotá, 2020.

Restrepo, Darío Indalecio, y Camilo Peña. «Economía política de la descentralización y de la recentralización (1986 – 2016).» En *La cuestión territorial a debate: España y Colombia*, editado por Liliana Estupiñán Achury, Gabriel Moreno González y Antonio Montiel. 2018.

Rodríguez, Jorge Armando. «Descentralización (y centralización) sin representación. A propósito de la composición territorial del Congreso Colombiano.» *Documentos Escuela de Economía FCE - CID N° 81*, 2017.

Soraya, Pérez. *La otredad Indígena en los procesos constituyentes en Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

Statista. *Número de casos confirmados de coronavirus en el mundo a fecha de 27 de noviembre de 2020, por país*. 2020. <https://es.statista.com/estadisticas/1091192/paises-afectados-por-el-coronavirus-de-wuhan-segun-los-casos-confirmados/> (último acceso: 26 de noviembre de 2020).

—. *Número de personas fallecidas a causa del coronavirus en el mundo a fecha de 27 de noviembre de 2020, por país*. 2020. <https://es.statista.com/estadisticas/1095779/numero-de-muertes-causadas-por-el-coronavirus-de-wuhan-por-pais/> (último acceso: 26 de noviembre de 2020).

CAUSAS ESTRUCTURALES DE LA PROFUNDIDAD DE LA CRISIS POR LA COVID-19 EN COLOMBIA

Darío Indalecio Restrepo¹
Camilo Andrés Peña²

Introducción

La irrupción de la Covid-19 en la escena global fue tan abrupta que en tan solo unas semanas condujo al confinamiento generalizado a la mayoría de la población mundial, a la interrupción de las cadenas de abastecimiento y al cierre generalizado de las fronteras.

La respuesta, en el caso colombiano, incluyó un mes de confinamiento estricto, la ampliación de las Unidades de Cuidados Intensivos en los hospitales, fondos para otorgar créditos de urgencia a las empresas, una transferencia equivalente a 40 dólares mensuales para 2.5 millones de hogares, entre muchas otras medidas establecidas en los 168 decretos presidenciales de emergencia; además de los miles de medidas expedidas por gobiernos subnacionales. Sin embargo, a pesar del número de medidas tomadas, la respuesta en el caso colombiano es una de las más débiles de la región. Como lo señala la Cepal (2020), el paquete de rescate de Colombia se ubica en el puesto 12 de 17 países latinoamericanos, al representar tan solo el 2.5% del PIB.

1 Filósofo y especialista en desarrollo de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Doctor en historia y profesor en la Universidad Nacional de Colombia. Director del grupo de investigación en Protección Social y Coordinador de la red de grupos de investigación de la Universidad Nacional de Colombia, Alternativas Programáticas. Miembro de la Red Rinde y de la Iniciativa de la Sociedad Civil de América Latina y el Caribe, ISALC.

2 Economista y Magíster en Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador asociado, Grupo de Investigación Protección Social del Centro de Investigaciones para el Desarrollo - CID. Investigador, Red de Iniciativas para la Gobernabilidad, la Democracia y el Desarrollo Territorial - RED RINDE.

Esta débil respuesta del Estado llevará a la profundización de la inesperada crisis. A finales de junio de 2020, la Cepal pronosticaba una reducción en el PIB del -5.6%, mientras que la pobreza y la pobreza extrema aumentarían en un 5.1% y un 4%, respectivamente (CEPAL, 2020). Para julio de 2020, según las cifras publicadas por el DANE, la tasa de desempleo creció cerca de 10 puntos porcentuales, al pasar de 10.7% al 20.2%, con un impacto significativamente mayor en las mujeres, quienes enfrentan una tasa de desempleo 10 puntos porcentuales mayor a la de los hombres. El resultado de la pandemia no será otro, entonces, que el del aumento de la precariedad y la inequidad, por lo que el índice de GINI se deteriorará al menos un 4% (CEPAL, 2020).

Sin embargo, la magnitud final de la crisis y de la velocidad en la recuperación dependerá tanto de los resultados en la contención de la propagación del virus como de una serie de condiciones económicas de carácter estructural que han llevado al país a la fragilidad macroeconómica e institucional. Estas condiciones están relacionadas directamente con el modelo de desarrollo adoptado por las elites del país, el cual se centra en la depredación de la naturaleza con propósito de exportación, al tiempo que las “fuerzas del mercado” tienen el rol principal en la definición de los patrones de producción y especialización del país, por lo que la protección e inclusión de los individuos y colectivos de la sociedad y la promoción de los derechos laborales, quedan sometidos a los veredictos del mercado.

Este documento estudia cada una de las condiciones previas que explican los impactos de la emergencia generada y las posibilidades de la esperada recuperación venidera. El documento se compone de tres secciones, la primera es la presente introducción, la segunda trata las *condiciones estructurantes* que agravan la crisis; y la tercera, presenta algunas recomendaciones.

Condiciones estructurantes

En tres grandes grupos se pueden clasificar aquellas condiciones que llevan a la fragilidad del aparato productivo y del Estado, a la precarización de las condiciones sociales, al aumento de la degradación de la naturaleza y de las desigualdades económicas y, como consecuencia, a la inacción ante la peor crisis en la historia del país. Cada una de estas condiciones

no representa simples “asuntos desatendidos”, problemas emergentes o aislados, por el contrario hacen parte estructural del modelo de desarrollo vigente en el país.

I) Del extractivismo, la desagrarización, la desindustrialización y la diversidad productiva

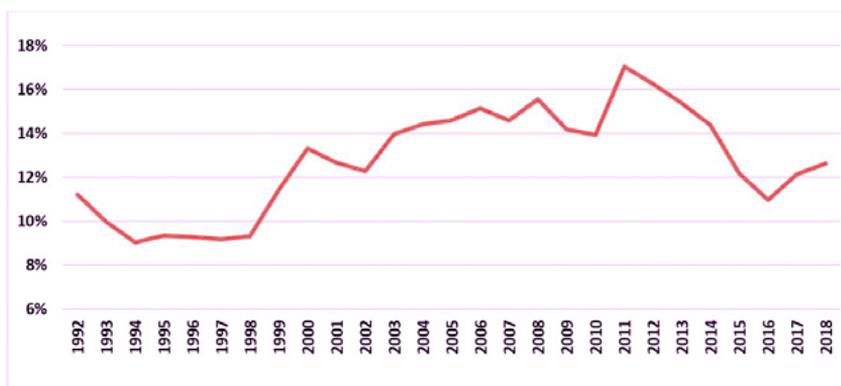
Como en muchos países de América Latina, Colombia abandonó el *Modelo de Industrialización Liderado por el Estado* en la década de los años 80's (Ocampo & Bértola, 2013). Este cambio, se da por la reestructuración del campo económico del poder, ligado con el nuevo discurso dominante (Misas Arango, 2002). En el nuevo modelo, el rol del Estado en cuanto a la promoción del desarrollo económico se restringe a la generación de las condiciones básicas para la producción. En primer lugar, garantizar un equilibrio macroeconómico que subordina la política fiscal y el gasto público a la política monetaria. Impera una concepción en la que el pago a los acreedores de la deuda estatal y privada, así como las rentas de los tenedores de activos financieros, es privilegiada por las macro decisiones comerciales, tributarias, fiscales y monetarias del país. En segundo lugar, el Estado debe asegurar la seguridad, los derechos de propiedad y la seguridad jurídica de los contratos. En tercer lugar, garantizar el desarrollo adecuado de las vías y puertos, la conectividad virtual y la red energética para facilitar los flujos de capital y mercancías desde y hacia el mercado mundial. Dicha provisión de bienes básicos se restringe territorialmente a las zonas portuarias, las regiones intensivas en la producción de bienes del extractivismo agrario y minero energético y a los tradicionales polos de poder político y económico.

De forma tal que, en el reino del mercado, el país abraza la explotación de bienes primarios, principalmente mediante el extractivismo minero energético y agrícola, con el que se depreda la naturaleza con intervenciones a gran escala. Dicho *modelo de desarrollo extractivista* se caracteriza, además, por la generación de la escasez de los encadenamientos productivos, -tanto a nivel nacional, como en las regiones de intensa actividad de enclave-, en la medida en que la mayoría de su producción está destinada al mercado externo.

Como se muestra en el gráfico 1, la exportación de estos productos creció en forma acelerada durante los primeros 14 años del siglo, hasta el año 2014 en el que el país experimenta una turbulencia económica ge-

nerada por la caída de los precios de las materias primas, particularmente del petróleo. De esta forma, la principal consecuencia de la dependencia de la exportación de bienes extractivos (minería, hidrocarburos y mono plantaciones agro-comerciales) es la fragilidad económica. En la medida en que el determinante del equilibrio fiscal interno y de la balanza comercial externa depende de un único precio, el cuál es determinado por las políticas económicas de las potencias y los movimientos, especulativos o no, de los mercados de capitales.

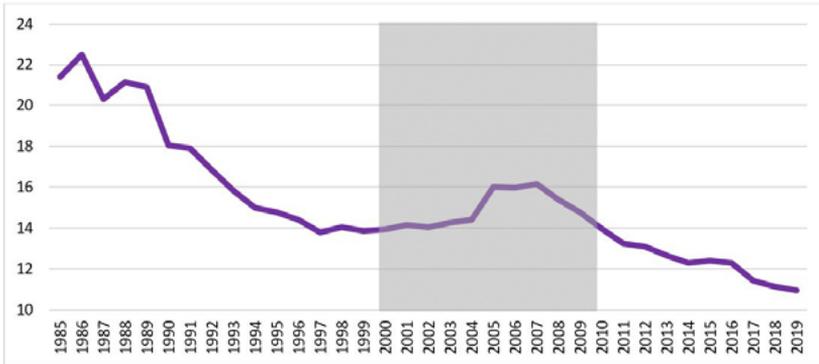
Gráfico 1. Exportaciones minero energéticas como porcentaje del PIB. 1992 - 2018



Fuente: cálculos propios con información de CEPALSTAT y COMTRADE.

El auge de las exportaciones de materias primas, sumada a la llegada de capitales ávidos de los beneficios del extractivismo y el aumento del crédito externo, generan una excesiva revaluación de la moneda. La entrada de cuantiosos dólares en la economía abarata su costo, con lo cual se rebaja el precio de los bienes importados. De esta manera, se genera un incentivo a importar bienes de consumo y de capital que antes se producían en el mercado nacional. Al mismo tiempo, los exportadores de bienes diferentes a la exportación de materias primas obtienen menos ganancias. La coincidencia entre al auge importador y la contracción de exportaciones no primarias alimenta un proceso de desindustrialización, en virtud del cual las manufacturas pierden 10 puntos porcentuales de participación en el PIB (Gráfico 2).

Gráfico 2. Valor agregado del sector industrial en el PIB. 1985 - 2019



Fuente: Banco Mundial

Dicho proceso de desindustrialización se acelera después de la crisis del Atlántico Norte del año 2009, como consecuencia de la *Dominancia en Balanza de Pagos*, que se refiere a un régimen en el que la dinámica económica interna de corto plazo está regida fundamentalmente por el sector externo, todo esto en un contexto de auge de las finanzas (Ocampo, 2016). Es decir, que las dinámicas internacionales, como la especulación con los precios de las materias primas, se convierten en las principales determinantes de los vaivenes de las economías nacionales, que dependen de la venta de la naturaleza, como Colombia y otros países de América Latina.

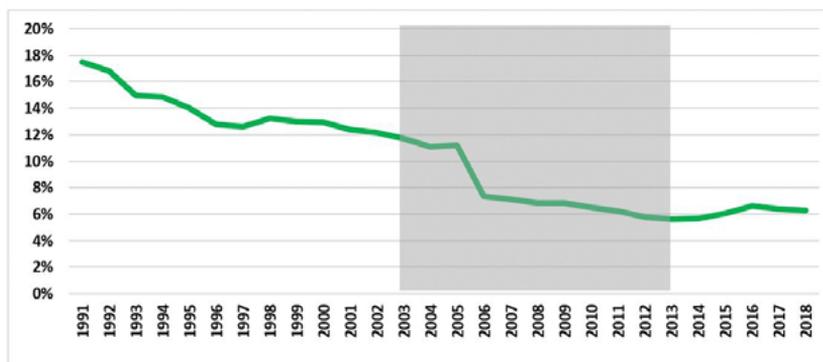
Esta situación es particularmente relevante para el caso Colombiano, en el que la desindustrialización se relaciona de forma indirecta con el auge del sector petrolero, toda vez que la balanza comercial resulta ser permanentemente deficitaria, por lo que cobra relevancia la *enfermedad holandesa financiera*, es decir, la pérdida de valor agregado industrial, producto de la llegada de capitales financieros relacionados con la industria petrolera (Botta, 2015; Botta et al., 2015).

Cabe aclarar que hoy en día el sector industrial no es el único sector generador de innovación y cambio técnico. Sin embargo, este sigue siendo fundamental para la promoción del cambio estructural, toda vez que genera mayores encadenamientos económicos, niveles significativos de innovación, mayor empleo de alta calidad y mayor valor agregado. Por todo esto, la pérdida de 10 puntos porcentuales del valor agregado industrial se convierte en un lastre para la economía y genera las condiciones para que, en el marco de un choque externo, haya un menor margen de

acción para la recuperación, vía promoción de exportaciones no minero energéticas o de políticas de empleo activo, por ejemplo.

A la par del proceso de desindustrialización, se presenta el proceso de desagrarización, que lleva a la pérdida de importancia de la producción del sector agrícola en la economía nacional. Como muestra el gráfico 3, el país ha perdido cerca de 12 puntos porcentuales de la participación del sector en el PIB entre 1991 y 2018, esto a pesar de que en el mismo periodo el territorio con cultivos ha crecido en un 63%, según información de la FAO. En otras palabras, la producción agrícola se ve rezagada a pesar de que aumenta significativamente la frontera agrícola.

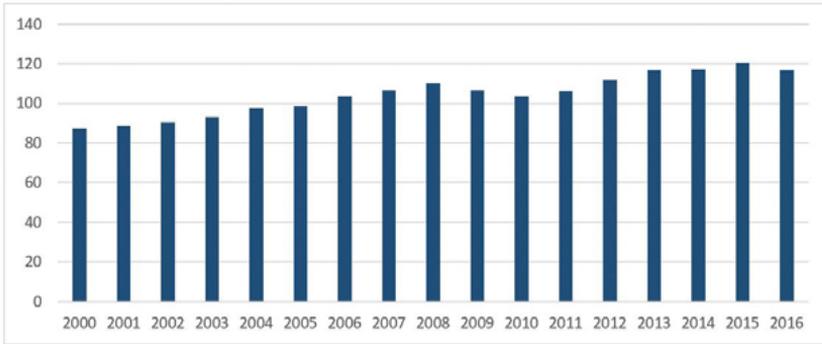
Gráfico 3. Valor agregado del sector agrícola como del PIB. 1991-2018



Fuente: Banco Mundial

La desagrarización conduce a un aumento del 33% en la cantidad de alimentos importados por el país, como se muestra en el gráfico 4. El aumento en la dependencia alimentaria socava la seguridad y soberanía alimentaria y la adecuada nutrición de la población, puesto que el país queda expuesto a los vaivenes de los mercados internacionales y al valor de la moneda extranjera. En el año 2014, la fuerte depreciación de la economía colombiana llevó al aumento inmediato de los precios de los alimentos.

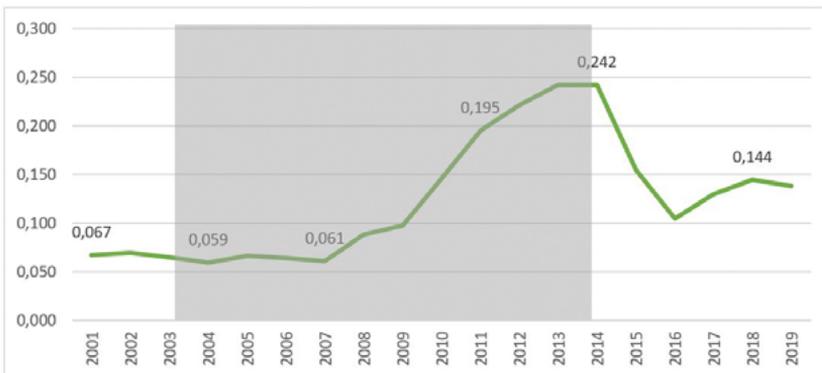
Gráfico 4. Índice de importaciones de alimentos en volumen. 2004 – 2006 base 100. 2000 – 2016



Fuente: FAO

Lo anterior explica que dentro de las economías más grandes de América Latina, Colombia es el país que pierde más diversidad productiva durante el boom de precios de las materias primas (Peña Galeano, 2019). Esta pérdida de diversidad se puede comprobar mediante el Índice de Herfindahl de las exportaciones, en dónde 0 representa la economía más diversificada y 1 aquella que solo exporta un producto. Como se puede observar en el gráfico 5, Colombia retrocedió en un 350% durante el auge de la bonanza de precios de los *commodities*.

Gráfico 5. Concentración exportaciones colombianas. 2001 – 2019



Fuente: Cálculos propios con base en TradeMap

Esta pérdida de diversidad se presenta en el marco de la heterogeneidad estructural, según la cual los sectores (y subsectores) con alta productividad coexisten con otros de baja productividad (Cimoli & Porsile, 2013). Es decir, que la creciente producción intensiva de la palma africana con destino a la exportación, se da a la par del marchitamiento de la producción agrícola tradicional. De forma similar sucede con la industria, en la que el crecimiento de la exportación de bienes textiles, se da a la par del debilitamiento del sector tradicional textil, caracterizado por la intensidad de mano de obra que emplea.

Todo esto explica la altísima vulnerabilidad económica del país, al tiempo que resulta determinante para la velocidad de la recuperación económica y social después de la pandemia. En este panorama son muy pocos los sectores que cuentan con posibilidades de aportar significativamente a la recuperación económica, a través de la generación de divisas, empleos de calidad y encadenamientos productivos.

II) Empleo y sistema de salud basado en el reino del mercado

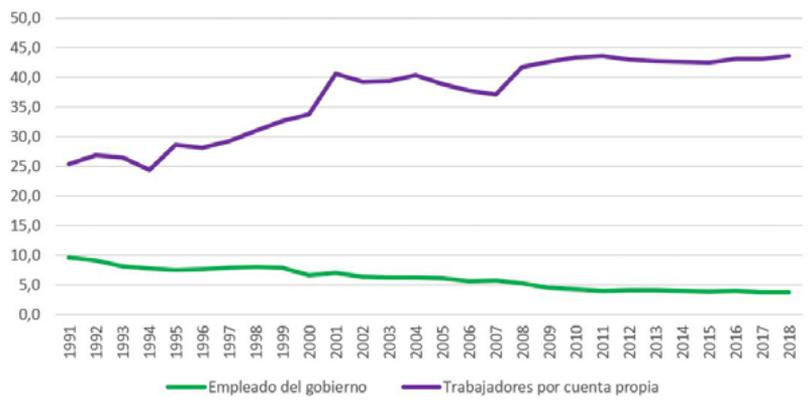
La pérdida de la diversidad productiva, incluyendo la debilidad de los sectores intensivos en mano de obra, lleva a una pérdida acelerada del empleo de calidad, y ello pese a que la tasa de desempleo se reduce de un 20.5% en el año 2000 a un 8.3% en el año 2015, como resultado de la mayor actividad económica.

En el modelo neoliberal el Estado no tiene un rol significativo en la promoción del pleno empleo, de forma tal que la determinación de la cantidad y la calidad queda en manos del mercado. Mientras que la decisión sobre la cuantía del salario mínimo resulta de una concertación entre sindicatos, empresarios y gobiernos, en la cual el gobierno nacional toma la decisión, en caso de que no se llegue a un acuerdo entre las partes. La decisión sobre la remuneración de los empleados del sector privado que ganan más de un salario mínimo también reposa en manos del mercado. No sorprende entonces que esta época se haya caracterizado por el debilitamiento de los sindicatos y de las uniones de trabajadores, así como por una progresiva pérdida de los derechos laborales.

En el Estado, caracterizado por su débil rol en la economía, se reproduce la precarización del empleo, mediante la generalización de voluminosas nóminas paralelas. Los nuevos trabajadores estatales son vinculados a través de un contrato de prestación de servicios, el cual no asegura estabilidad alguna del empleo y pierden la calidad de funcionarios públicos. Las nóminas paralelas resultan particularmente nocivas para los gobiernos subnacionales, dado que en 2015 los departamentos tenían cerca del 43% de empleados contratados por esta modalidad, mientras que los municipios, el 65% (Transparencia por Colombia, 2018).

La flexibilidad y precarización de los contratos de trabajo en el mercado y el Estado se refleja en la participación del empleo total en la economía. Como se muestra en el gráfico 6, la participación de los empleados por cuenta propia crece en 20 puntos porcentuales, mientras que la participación del empleo público se reduce más de 6 puntos porcentuales, al pasar del 10% al 3.8%.

Gráfico 6. Participación del empleo en el gobierno y por cuenta propia en el empleo total. 1991 - 2017



Fuente: DANE

La precarización del empleo se acompaña del debilitamiento del sistema de protección al trabajo mediante la privatización, la financiarización y la pérdida del sentido colectivo de la protección (Arévalo, 2018). En particular, en el sistema de salud el servicio se presta a partir de la financiación de la demanda con la entrega de gigantescas sumas de dinero a las Empresas Promotoras de Salud – EPS, unos intermediarios financieros

cuyo rol es fungir como intermediario entre el Estado y las empresas que prestan los servicios de salud. De esta forma se debiera garantizar la seguridad económica de los pacientes.

Sin embargo, las ganancias para el intermediario financiero crean barreras de acceso a los pacientes para una atención oportuna y de calidad, en la medida en que las utilidades de las empresas se alimentan de la baja de los costos de la atención mediante la postergación de citas, la negación de procedimientos especializados y la reducción del acceso a medicamentos necesarios. En particular se pone en riesgo la vida de todos aquellos pacientes que resultan demasiado costosos para ser atendidos adecuadamente por las EPS. Por otra parte, este modelo de aseguramiento condena a la decadencia a los hospitales públicos y restringe el papel de la salud pública, la salud preventiva y la salud comunitaria (Martínez, 2018).

Asimismo, el nuevo sistema se caracteriza por la inequidad territorial e individual del gasto, toda vez que la mayoría de los pagos se realizan en las grandes ciudades (Grupo de Investigación Protección Social, 2009), al tiempo que los pacientes que hacen parte del mayor quintil de ingreso son quienes reciben la mayor atención (Fedesalud, 2012). También se debe resaltar que el esquema de prestación de servicios de salud basado en el reino del mercado no resulta económico, puesto que en el año 2019 el país giró a las EPS cerca de 50.6 billones de pesos, es decir, cerca de la quinta parte del presupuesto del gobierno central del mismo año y el doble de la inversión que el gobierno ha destinado para la atención de la emergencia por la Covid-19.

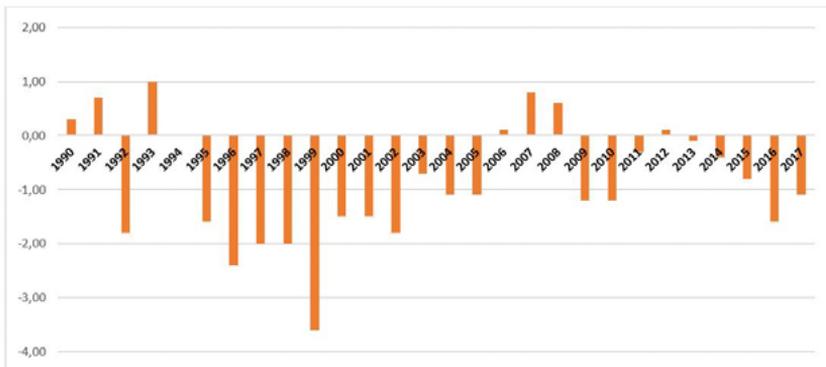
Se debe destacar la crucial relación entre el sistema de protección social y el empleo, en la medida en que la financiación del primero proviene en buena parte de los impuestos generados por el segundo, por lo que la precarización de la relación laboral y el auge de los contratos por prestación de servicios llevan a la reducción de los recursos disponibles para el sistema de salud.

Todo lo anterior lleva a que en este escenario de pandemia el país se encuentre en las condiciones más desfavorables posibles. La precarización laboral explica el rápido aumento del desempleo, pues los trabajadores cuentan con garantías mínimas de estabilidad, al tiempo que aportan recursos limitados al sistema de salud. De esta manera, el modelo centrado en la demanda, dejando de un lado la oferta (financiación de hospitales) y la salud pública, lleva a que el país cuente con capacidades limitadas para atender la emergencia, especialmente en los departamentos más alejados del centro del país.

III) Del Estado débil y la “disciplina” fiscal

En el año 2011, Colombia adoptó la Regla Fiscal, con la cual se le dio rango constitucional al principio de sostenibilidad fiscal y se adoptaron mecanismos para garantizar el equilibrio de las finanzas públicas, a partir del control sobre el déficit fiscal. La mayor “disciplina fiscal” del país permitió un menor endeudamiento público, pues cada vez era necesario financiar un menor desequilibrio entre los ingresos y gastos de la nación. Sin embargo, esto fue cierto hasta el año 2014, cuando un choque externo (tan sencillo como una variación a la baja del precio del petróleo) llevó a un gran déficit de las finanzas públicas, a la devaluación de la moneda local, a la multiplicación de la deuda externa y a la expedición de dos reformas tributarias (una en el año 2014 y otra en el año 2016).

Gráfico 7. Déficit fiscal del Gobierno Central en porcentaje del PIB. 1990 - 2017



Fuente: Ceptalstat

Respecto al recaudo tributario se debe destacar que en el año 2015, como consecuencia de la caída de los precios del petróleo, se conformó una comisión encargada de la revisión del sistema tributario. Dicha comisión determinó que el recaudo tributario para el caso colombiano, teniendo en cuenta su estructura económica y el grado de apertura, debía equivaler al menos a 24% del PIB (Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria, 2015), aun cuando el recaudo promedio de los países de la OECD, organización de la que Colombia hace parte, alcanza el

34% del PIB. Para el año 2017 el recaudo tributario estaba en 20.8% del PIB, pero un año más adelante se aprobó una reforma tributaria (ratificada en el año 2019), con la cual el gobierno central perderá por lo menos 1% del recaudo con relación al PIB (González & Bonilla, 2019).

Se debe destacar que el bajo recaudo tributario del país tiene que ver con los excesivos privilegios tributarios, que llevan a que la tasa de tributación efectiva sea significativamente menor a la tasa nominal (Villabona Robayo & Quimbay Herrera, 2017) pertenecientes a cada uno de los sectores de la economía colombiana, usando la información disponible en los agregados de declaraciones de renta de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Además, dichos privilegios se concentran principalmente en los sectores con mayor ingreso y con mayor patrimonio del país (Garay & Espitia Mora, 2020).

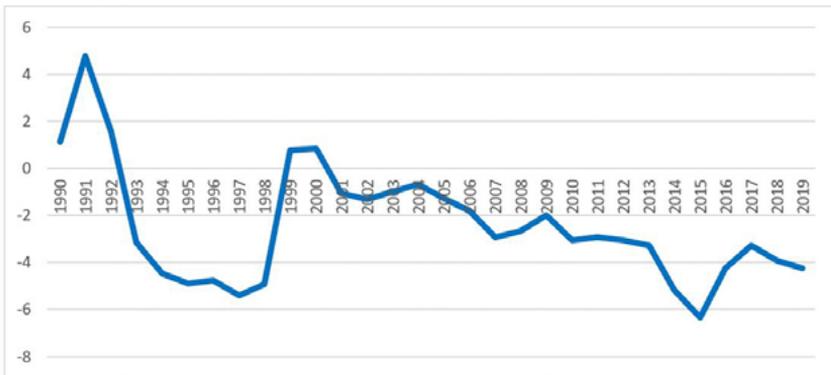
Por otra parte, se debe resalta la muy limitada capacidad distributiva del sistema tributario y del gasto público, toda vez que el elevado índice de GINI, que se ubicó en 0.52 en el año 2018, no se reduce cuando se descuenta el papel del recaudo tributario ni del gasto público (Izquierdo & Pessino, 2018; OCDE, 2015). Lo que implica una mayor fragilidad fiscal del país, toda vez que no se está cobrando impuestos de forma progresiva (no se le cobra a quién más tiene), lo que necesariamente lleva a un menor recaudo, al tiempo que no se está gastando en la población, ni en los territorios que más lo necesitan.

Todo esto da cuenta de las limitaciones de la “disciplina fiscal” como instrumento para la estabilidad macroeconómica del país. La *tacañez fiscal* lleva a la suspensión o al aplazamiento de inversiones fundamentales para el desarrollo del país, tales como la implementación del Acuerdo de Paz (incluyendo la Reforma Rural Integral y la reparación a las víctimas), la inversión significativa en ciencia, tecnología e innovación y en educación y, en especial, el fomento directo de sectores productivos potencialmente relevantes para el desarrollo del país.

La baja inversión en estas necesidades indispensables para el desarrollo económico y social del país, y en general el débil papel del Estado como impulsor del desarrollo, llevan al incremento de la dependencia en los sectores extractivistas de la economía. Esto crea un círculo vicioso, en el cual la falta de inversiones alimenta la dependencia de las economías extractivas y generan la austeridad. Lo anterior, conduce a una mayor inestabilidad macroeconómica y a la consecuente carencia de recursos, lo cual circularmente retroalimenta nuevamente una mayor dependencia de las economías extractivas.

Lo anterior se refleja en el déficit en cuenta corriente, el cual, como se muestra en el gráfico 8, tiene una tendencia creciente que coincide con la profundización de la maquinaria extractiva. El déficit de cuenta corriente expresa la diferencia entre los bienes y servicios del exterior que se consumen en el país, frente a los productos nacionales que se consumen en el exterior. De forma tal que su magnitud negativa explica la obligación que cada país adquiere, año tras año, con el resto del mundo, obligaciones que deben ser canceladas en algún momento y que se traducen en mayor deuda y reformas tributarias periódicas. De esta manera, la magnitud del déficit externo se convierte en el problema central de la política macroeconómica del país, el cual obliga a la reducción del gasto público social y disminuye los recursos para la inversión productiva. De nuevo la disciplina fiscal y el moderado papel del Estado resultan ser insuficientes para atacar el problema central de la política macroeconómica del país.

Gráfico 8. Déficit de cuenta corriente como porcentaje del PIB. 1990 - 2019



Fuente: Banco Mundial

El país recibió la pandemia con un déficit fiscal moderado, un bajo recaudo tributario, una limitada capacidad de tributación y de gasto público, así como un muy elevado déficit en cuenta corriente. Todo lo anterior explica que Colombia sea uno de los tres países más inequitativos de América Latina, la región más inequitativa del mundo.

Los paupérrimos gastos destinados a la atención de la emergencia, junto con la fuerte caída de ingresos provocados por la crisis, llevan al país a una situación tan frágil desde el punto de vista fiscal y macroeconómico que ya se revaluó “la disciplina fiscal” como principio del orden macroeconómico neoliberal.

Conclusiones

La pérdida de la diversidad productiva, el auge de la economía extractiva, el limitado rol del Estado, la precarización del trabajo y la mercantilización de la salud ayudan a explicar la fragilidad del país al momento de comprender la profunda crisis sanitaria, económica y social generada por la pandemia.

Estos factores podrían ser también determinantes en el ritmo e intensidad de la recuperación y de la reconstrucción de la economía y la sociedad en la post-pandemia. Si la respuesta institucional y social es abrazar nuevamente la economía extractiva, mantener el limitado rol del Estado, el regresivo sistema tributario, la salud como una mercancía y el modelo de salud basado en la demanda y la precarización laboral, los impactos de la crisis se mantendrán de forma permanente, al tiempo que las crisis podrían volverse aún más recurrentes.

Sin embargo, el país tiene la posibilidad de afrontar las condiciones estructurales que llevan a la profundización de la crisis como mecanismo para afrontar la reconstrucción. Abrazar las tecnologías verdes y los sectores productivos sustentables; transitar a un nuevo modelo de salud enfocado en la generación de capacidades y en la prevención, en el que el paciente sea el eje central; dignificar el empleo a partir de la garantía de los derechos laborales, iniciando con los empleados estatales; resignificar la equidad tributaria a partir del cobro justo de impuestos y el fin de las exenciones, son solo algunos de los caminos que llevarían al país a una recuperación más sólida, sostenible y sustentable.

Referencias

Arévalo, D. (2018). Concentración del capital y fragmentación social, dos efectos del sistema de aseguramiento pensional colombiano. In *Poder Político y mercado en las reformas a la seguridad social*. Universidad Nacional de Colombia.

Botta, A. (2015). *The Macroeconomics of a Financial Dutch Disease* (Issue Working Paper No . 850).

Botta, A., Godin, A., & Missaglia, M. (2015). *Finance, Foreign Direct Investment, and Dutch Disease: The Case of Colombia* (Issue Working paper 853).

CEPAL. (2020). *Informe Especial Covid No. 5. Enfrentar los efectos cada vez mayores del COVID-19 para una reactivación con igualdad*.

Cimoli, M., & Porsile, G. (2013). Tecnología, heterogeneidad y crecimiento. In *Serie Desarrollo Productivo* (Issue 194).

Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria. (2015). *Informe Final*.

Fedesalud. (2012). *Equidad en el Financiamiento de la Salud*. Bogotá.

Garay, L. J., & Espitia Mora, L. E. (2020). *Desigualdad y Reforma estructural tributaria en Colombia*. Ediciones Desde Abajo.

González, J. I., & Bonilla, E. (2019). Afortunadamente se cayó la Ley de financiamiento. *Razón Pública*. <https://razonpublica.com/afortunadamente-se-cayo-la-ley-de-financiamiento/>

Grupo de Investigación Protección Social. (2009). *Análisis de la metodología de cálculo y estudio de suficiencia de la UPC*.

Izquierdo, A., & Pessino, C. (2018). *Mejor gasto para mejores vidas*. Banco Interamericano de Desarrollo BID.

Martínez, F. (2018). La salud en "el juego del mercado." In *Poder Político y mercado en las reformas a la seguridad social*. Universidad Nacional de Colombia.

Misas Arango, G. (2002). *La Ruptura de los 90's. Del gradualismo al fracaso*. Universidad Nacional de Colombia.

Ocampo, J. A. (2016). Balance of Payments Dominance: Its Implications for Macroeconomic Policy. In *Macroeconomics and Development: Roberto Frenkel and the Economies of Latin America* (pp. 211–228).

Ocampo, J. A., & Bértola, L. (2013). *El Desarrollo Económico de América Latina desde la Independencia*. Fondo de Cultura Económica.

OCDE. (2015). *Economic Surveys: Colombia 2015*.

Peña Galeano, C. (2019). *La desindustrialización frente a la Dominancia en Balanza de Pagos en América Latina*. Universidad Nacional de Colombia.

Transparencia por Colombia. (2018). *15 años de hallazgos a la institucionalidad colombiana - Índice de Transparencia de las Entidades Públicas*.

Villabona Robayo, J. O., & Quimbay Herrera, C. J. (2017). Tasas efectivas del impuesto de renta para sectores de la economía colombiana entre el 2000 y el 2015. *Innovar*, 27(66), 91–108. <https://doi.org/10.15446/innovar.v27n66.66805>

The background of the image is a stylized, layered mountain range. The mountains are rendered in various shades of green, from light to dark, creating a sense of depth and texture. The word "BOLIVIA" is centered over the middle of the image in a bold, white, sans-serif font.

BOLIVIA

MAMA OCLLO Y UN MATE DE COCA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA ¿TIENEN VOZ LOS HISTÓRICAMENTE OPRIMIDOS?

María Elena Attard Bellido¹

1. Un mate de coca y una introducción propicia en tiempos de pandemia

Mama Ocllo, mítica mujer indígena², en una fría tarde invernal de junio, frente a su aromática y sagrada bebida, un *mate de coca*³, con la mirada en lontananza, deseosa de un mejor mañana, al borde de la ventana, trenza su larga cabellera negra y acomoda su colorida manta⁴, mientras, en tiempos de pandemia, sus pensamientos más profundos la llevan a sus añoranzas *plurinacionales* destinadas a consolidar el *suma qamaña* (vivir bien), a través de procesos dialógicos inter-culturales y horizontales que respeten la diversidad cultural y libre determinación de los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas.

Los pensamientos discurren a partir de sus recuerdos más gratos en el proceso constituyente boliviano que, gracias a una importante participación de pueblos indígenas, aprobó la Constitución de 2009⁵, la cual moldeó las bases de un *Estado constitucional plurinacional de derechos* a la luz de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y

1 Docente de posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Bolivia), Universidad Mayor de San Andrés, Universidad Mayor de San Simón, Universidad Mayor de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Universidad Católica Boliviana, entre otras.

2 Cuenta la leyenda que desde la imponente mirada de Inti -el dios Sol-, al abrigo de las montañas andinas y a los pies del sagrado lago Titicaca, una mítica mujer, Mama Ocllo, junto a su compañero histórico Manco Cápac, pusieron los pilares de la cultura incaica en los Andes.

3 El mate de coca, es una bebida aromática a base de la hoja sagrada. Esta infusión es ampliamente consumida en los territorios de Bolivia y Perú.

4 Las mujeres indígenas en el altiplano boliviano, visten coloridas mantas tejidas en base a lana de oveja o alpaca con largos flecos, aseguradas en la parte delantera por un gancho o prendedor llamado *topo*.

5 La Asamblea Constituyente se llevó a cabo entre agosto de 2006 a diciembre de 2007; y, la Constitución fue aprobada mediante referendo constitucional el 25 de enero de 2007 y promulgada el 7 de febrero de ese año.

descolonización⁶. Sin embargo, cuando las nubes negras azotaron el límpido cielo azul de su natal tierra altiplánica, las tibias tierras de los pintorescos valles intermedios, así como los verdes llanos amazónicos bolivianos y se declaró la pandemia por el brote de Coronavirus (Covid-19), los pilares mismos de este modelo de Estado fueron resquebrajados y las voces de los históricamente oprimidos, absolutamente silenciadas, en medio de un escenario no solo de muerte y desolación; sino de *gobierno por decretos*, propicio para el desconocimiento de derechos de *naciones y pueblos indígenas originario campesinos*, en medio de una democracia agonizante y cada vez menos plural y dialógica.

2. Pensando en clave de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. El paradigma del suma qamaña

Mama Oclo, inmersa en sus más profundos pensamientos, recuerda el diseño del modelo de *Estado constitucional plurinacional de derechos* consagrado por la Constitución de 2009, a partir de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, que proyectó a este texto constitucional como un paradigma constitucional y que, desde una complementariedad en constante construcción, planteó profundos procesos de *traducción-entendimiento*⁷, entre los diversos sistemas de justicia y con el derecho internacional de los derechos humanos en aras a la construcción plural de derechos bajo enfoques de interculturalidad y no únicamente desde la perspectiva de la universalidad⁸.

Desde esta vorágine de recuerdos que invaden a Mama Oclo, en su mente visualiza a Quijano, quien sustentó el *giro decolonial* y la invitación a pensar desde otras racionalidades⁹, criterio que permite entender el desafío de la construcción de un Estado plurinacional, en el cual, las na-

6 Este modelo de Estado se enmarca en el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador descrito por la Declaración Constitucional Plurinacional DCP 0030/2014.

7 Raimon Panikkar, Sobre el *diálogo intercultural* (Salamanca: CIUDAD Editorial San Esteban, 1990), 90-91.

8 Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, *Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario*, Acuerdo de Sala Plena no. 316/2017. La Paz: Tribunal Supremo de Justicia, 2017, 38-39; ver también María Elena Attard Bellido, "Entre la diosa Themis y Mama Oclo: la propuesta de argumentación jurídica plural desde la filosofía intercultural andina de la Chakana", *Diálogo de Saberes* (2018).

9 Anibal Quijano, "Colonialidad y modernidad/racional", *Perú Indígena*, vol. 13, no. 29 (1992): 11-20.

ciones y pueblos indígena originario campesinos, forman parte del modelo de Estado a través de una estructura orgánica *transversalizada por lo plurinacional* que, desde las identidades plurinacionales, consagra a los pueblos indígenas su capacidad política para definir su destino¹⁰.

Asimismo, agrega Mama Oclo, que esta *transversalización de lo plurinacional*, asegura una composición plural en todos los niveles de organización territorial del Estado, legitimada por una democracia plural que comprende la *democracia comunitaria* en complementariedad y armonía con la directa y representativa¹¹; destinada a la construcción de una interculturalidad plurinacional¹²; y, descolonizadora¹³, en el marco de diálogos inter-culturales e inter-jurisdiccionales para que desde la reivindicación de nuevos saberes¹⁴, en el marco de mecanismos dialógicos que consideren la voz de los históricamente oprimidos, se realicen construcciones plurales de derechos individuales o trans-individuales en un escenario de pluralismo jurídico de tipo igualitario¹⁵, en aras de consolidar el equilibrio, la armonía, la relacionalidad y la reciprocidad¹⁶, para *vivir bien* y en armonía, características que estructuran el paradigma del *suma qamaña* y que a su vez, son la impronta esencial del Estado constitucional plurinacional de derechos.

Entre suspiros y su humeante *mate de coca*, Mama Oclo sustenta que el *paradigma del suma qamaña* plantea: “la construcción de *otros saberes-poderes* a partir de diálogos diversos”¹⁷, para así “cuestionar el sa-

10 Raquel Yrigoyen Fajardo, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización”. VII Congreso de RELAJU, 2010.

11 El art. 11.II de la Constitución boliviana consagra la democracia plural que integra la democracia directa, representativa y comunitaria.

La democracia comunitaria fue abordada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 2114/2013 y en la Declaración Constitucional Plurinacional DCP 0030/2014.

12 Ariza Rosembergt Santamaría, “Derecho Aplicable, en *Elementos y técnicas de Pluralismo Jurídico, manual para operadores de justicia*, coord. Juan Carlos Martínez (Ciudad de Guatemala: Konrad Adenauer Stittung, 2010).

13 La plurinacionalidad descolonizadora fue desarrollada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0006/2013. Ver también Catherine Walsh, “El Estado Plurinacional e Intercultural”, en *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad* (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009).

14 Claudia Storini, “Pluralismo popular como paradigma de un constitucionalismo de la diferencia”, en *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*, ed. Claudia Storni, Serie Estudios Jurídicos, 41 (Quito: Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, 2017).

15 Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal* (Ciudad de Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999).

16 Josef Estermann, *Filosofía andina* (La Paz: Instituto Superior Ecueménico Andino de Teología, 2009), 247.

17 Claudia Storini y Fausto Quizphe, “Hacia otro fundamento de los derechos de la Naturaleza”, en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, ed. Lilian Estupiñán et al. (Bogotá: Universidad Libre, 2019).

ber dominante”¹⁸. Entonces, en el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, desde las diversas voces de los pueblos de tierras altas, bajas y medias, en constantes diálogos con la sociedad diversa, géneros y generaciones¹⁹, para vivir bien y en armonía como fin esencial del Estado de acuerdo al artículo noveno de la Constitución, se buscará la redefinición de una “sociedad sustentable, libre de todas las formas productivas de extractivismo y de visiones mecanicistas de desarrollo económico”²⁰.

Mama Ocllo, en coherencia con sus reflexiones precedentes, agrega que el Estado constitucional plurinacional de derechos diseñado por la Constitución boliviana de 2009, en el marco del paradigma del *suma qamaña*, teje con claridad los hilos de la plurinacionalidad, el pluralismo y la interculturalidad con componentes esenciales del Estado constitucional, entre ellos, el valor normativo de la Constitución, a partir del cual se consagra la aplicación directa de derechos²¹, la igualdad jerárquica de los mismos; y, su directa justiciabilidad a través de mecanismos eficaces de control tutelar de constitucionalidad²².

Luego de estas cavilaciones, al borde de su ventana, en una gélida tarde invernal altiplánica, con la mirada fija en el *Tata Illimani*²³, Mama Ocllo, en sus pensamientos íntimos, insiste en la importancia de la vigencia del *paradigma del vivir bien* en tiempos de pandemia, en los cuales, los pueblos indígenas se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad; por lo que toda medida que sea asumida en este aciago periodo, debe superar discursos epistémicos hegemónicos, antropocéntricos y visiones monoculturales sesgadas que omitan considerar a las normas, procedimientos, cosmovisiones y voces de los históricamente oprimidos, más aún cuando dichas medidas afecten su forma de vida y puedan poner en riesgo su pervivencia cultural.

18 *Ibíd.*

19 Alberto Acosta, “Construcción constituyente de los derechos de la naturaleza. Repensando una historia con mucho futuro”, en *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, ed. Lilian Estupiñán et al. (Bogotá: Universidad Libre, 2019).

20 Antonio Wolkmer et al., “Derechos de la Naturaleza: para un paradigma político y constitucional desde América Latina”, en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, ed. Lilian Estupiñán et al. (Bogotá: Universidad Libre, 2019).

21 SCP 0112/2012.

22 De acuerdo a la Constitución y el Código Procesal Constitucional, existen cinco acciones tutelares: Las acciones de libertad, amparo, protección de privacidad, cumplimiento y popular.

23 El Tata Illimani, es una montaña andina sagrada que se encuentra en la Cordillera Real, a cuyo pie está la ciudad de La Paz.

En este línea, Mama Ocllo, desde sus íntimos pensamientos que flotan en la soledad de estos tiempos de aislamiento, considera que toda política pública en pandemia y post-pandemia, deberá consolidar procesos dialógicos para la construcción plural de derechos en coherencia con el paradigma del *suma qamaña* y los postulados del Estado constitucional plurinacional de derechos. Asimismo, al sentir su humeante taza de *mate de coca*, reflexiona sobre la importancia de la adopción de medidas que no desconozcan ni generen regresividad en cuanto a los procesos de *reconstitución territorial, restitución de instituciones propias y procesos de igualación* para naciones y pueblos indígenas históricamente discriminados²⁴. Es así que, desde esta óptica, la mítica mujer andina, considera que toda medida normativa que plasme una política pública formulada y ejecutada sin la voz de los históricamente oprimidos, no solo tendrá un rasgo de *monoculturalidad*, sino que además, será contraria a los pilares mismos del Estado constitucional plurinacional de derechos.

3. ¿Y las voces de los históricamente oprimidos? Pandemia, silencio, decretos...

Mama Ocllo, desde su ventana observa el naranja intenso del atardecer que se entremezcla con el gris del horizonte para dar cabida a la noche estrellada en las altiplanicies andinas; y, con nostalgia retoma sus cavilaciones sobre sus añoranzas plurinacionales en medio de la pandemia, que tanto dolor trajo a los habitantes del Estado Plurinacional de Bolivia y que colocó a los pueblos indígenas y sus miembros en una situación de mayor vulnerabilidad²⁵.

Desde este fatídico escenario, Mama Ocllo medita sobre las medidas asumidas mediante *decretos supremos* que bajo el rótulo de *emergencia sanitaria*²⁶, plasman un rasgo monocultural y discriminatorio para los pue-

24 SCP 0778/2014.

25 Defensoría del Pueblo, *Informe sobre el impacto de Covid-19 en los pueblos indígenas en el Estado Plurinacional de Bolivia*, <https://bit.ly/3eMB4r8>.

26 En este sentido, a través del Decreto Supremo 4179 de 12 de marzo se realizó la Declaratoria de Situación de Emergencia Sanitaria por la presencia del brote de Coronavirus Covid-19 y otros fenómenos adversos; luego, se realizó la declaratoria de emergencia sanitaria nacional y cuarentena a través del DS 4197 de 18 de marzo; y, también se establecieron medidas restrictivas a derechos a través del DS 4200 de 25 de marzo. Posteriormente, el DS 4190 dispuso la suspensión de vuelos directos desde y hacia Europa; el DS 4192 establece medidas de prevención y contención para la emergencia nacional contra el brote de Coronavirus Covid-19 en todo el territorio nacional; el DS 4199, declara cuarentena total en todo el territorio del Estado Plurinacional de Bolivia. Luego, el DS 4214 amplía el plazo de la cuarentena total de 25 de marzo de 2020

blos indígenas y sus miembros, a pesar de que en el Estado Plurinacional de Bolivia, de acuerdo al último censo nacional (2012), 49.3% de la población boliviana se auto identifica como indígena. Existen 119 grupos poblacionales diferenciados, clasificados en mayoritarios, minoritarios, y otros²⁷. Con nostalgia, esta mujer que es la voz de las *otras jurisdicciones*, observa también que las medidas asumidas en esta *emergencia sanitaria*, tampoco consideraron de manera diferenciada para una protección reforzada a los *indígenas urbanos* que, en un porcentaje del 43.7%, se encuentran en las ciudades, y en muchos casos en situaciones de pobreza extrema²⁸.

Desde su ventana y frente a los rayos del *tata inti* (dios sol) que iluminan sus dos trenzas negras y su hermoso rostro cobrizo, Mama Oclo piensa que en la pandemia, el derecho a la salud de los pueblos indígenas no ha sido abordado desde los alcances del *paradigma del suma qamaña*, así lo evidencia verbigracia, la guía para el manejo de la Covid-19, aprobada el 9 de marzo de 2020, que disciplina mecanismos de detección, notificación, diagnóstico y tratamiento de casos. Esta guía, en contra de los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad y sin ningún tipo de mecanismos dialógicos que consideren las normas, procedimientos y cosmovisiones de los pueblos indígenas y su particular situación de desventaja, omite establecer medidas diferenciadas para la protección de sus miembros. De hecho, la ficha de notificación epidemiológica que se anexa a este documento, no desagrega la posibilidad de auto-identificación cultural y ubicación territorial del paciente²⁹, por lo que desde este sesgo monocultural, se impulsa una atención sanitaria desde la homogeneidad y no así desde la diversidad cultural, visión que implica un trato discriminatorio para los miembros de los pueblos indígenas al acceso a los servicios de salud, máxime que en algunos casos, las condiciones geográficas y económicas de la población indígena no les permite llegar a un centro de salud y las políticas de homogeneización visibilizan los constantes tratos discriminatorios contra ellos en los centros de salud.

El diseño de medidas de detección, notificación, diagnóstico y tratamiento de casos en tiempos de pandemia, refleja una *epistemología de la ceguera*³⁰, que desde la venda del monoculturalismo, omite visibilizar y

hasta el día jueves 30 de abril. Posteriormente, el DS 4245 establece continuar con la cuarentena nacional, condicionada y dinámica hasta el 30 de junio de 2020, según las condiciones de riesgo en las jurisdicciones de las Entidades Territoriales Autónomas ETAs.

27 Defensoría del Pueblo, *Informe sobre el impacto*.

28 *Ibíd.*

29 *Ibíd.*

30 Boaventura de Sousa Santos, "Epistemologías del Sur", *Utopía y praxis en Latinoamérica*. *Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social CESA-FCES*, 16 (2011).

brindar una atención reforzada y diferenciada en territorios indígena originario campesinos (TIOC), que están siendo fuertemente azotados por la Covid-19, entre ellos los pueblos Cayubaba, Guarayo, Yuqui, Guaraní y Chiquitanos, entre otros. Mama Oclo, con profundo pesar, advierte que el pueblo Yuqui es uno de los más afectados en tiempos de pandemia, ya que se encuentra en mayor riesgo porque en su población existen antecedentes de tuberculosis y fibrosis pulmonar³¹. Sin embargo, poco o nada hacen las medidas asumidas desde la homogeneidad, porque la impronta monocultural en plena vigencia del Estado Plurinacional, las hace ineficaces.

Mama Oclo, al ver lejanos sus sueños de plurinacionalidad en tiempos de pandemia, observa que los miembros de los pueblos indígenas encuentran barreras geográficas, económicas y culturales para el acceso a la salud, ya que deben trasladarse a establecimientos de segundo y tercer nivel en las ciudades³², lo que agrava su situación de vulnerabilidad, especialmente por las dificultades de transporte y los escasos recursos con los que cuentan, sin contar con los múltiples casos reportados de discriminación en centros de salud³³. En este tan fatídico escenario, observa también que tampoco se han tomado medidas diferenciadas para que los miembros de los pueblos indígenas, accedan al cobro de los bonos brindados por el Estado en tiempos de pandemia³⁴.

Mientras revisa los reportes periodísticos, la información de redes sociales y los nutridos mensajes de los grupos de WhatsApp, observa con profundo dolor que la discriminación hacia los pueblos indígenas y sus miembros se ha exacerbado en tiempos de pandemia, en ese sentido, invoca a la Defensoría del Pueblo que identifica actos de estigmatización, a través de redes sociales de indígenas aymaras “señalándolos como personas que podrían propagar el virus por no respetar o no estar de acuerdo con las medidas de confinamiento”³⁵.

Mama Oclo siente que estas estigmatizaciones y actos discriminatorios rompen el anhelado sueño de plurinacionalidad, de armonía y de construcción colectiva del Estado para consolidar el paradigma del *suma qamaña*. En este escenario, en una vorágine de presurosas remembranzas que surgen de lo más profundo del baúl de los recuerdos, su mirada puesta en el horizonte, anhela los debates del proceso constituyente boliviano, en el cual: “Lo nuevo era lo ancestral, lo que nunca tuvo respeto ante la homo-

31 Defensoría del Pueblo *Informe sobre el impacto*.

32 *Ibíd.*

33 *Ibíd.*

34 *Ibíd.*

35 *Ibíd.*

geneidad de la dominación. Lo que se resistía a morir³⁶. Sin embargo, con tristeza concluye que la pandemia no solo afecta la vida de miles de personas, sino también las identidades plurinacionales que en estos tiempos, frente a la monoculturalidad de las políticas públicas y muchos discursos de odio, sigue resistiéndose a morir en medio de los silencios de complicidad de una sociedad plural y diversa que todavía no ha podido erradicar las múltiples formas de racismo, discriminación y silenciamiento a los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas.

4. “Nuestras semillas nativas, patrimonio de los pueblos indígenas”

Luego de un profundo suspiro, Mama Ocllo concluyó que, en este tan aciago panorama, la impronta monocultural de las medidas asumidas para luchar contra la Covid-19, tienen un sello característico: *el gobierno por decreto*, que emerge de la voz única del órgano ejecutivo, lo que significa un quiebre constitucional contrario al diseño del Estado constitucional plurinacional de derechos. En este contexto, Mama Ocllo, con convicción, sustenta entre sus pensamientos, el deber de declaratoria de *estado de excepción* de acuerdo al artículo 137 y siguientes de la Constitución³⁷; y no así la *emergencia sanitaria* decretada, la cual, permite un *gobierno por decretos* sin la fiscalización y el control de la Asamblea Legislativa Plurinacional para el caso de supresión o limitación a derechos, en particular de grupos en situación de alta vulnerabilidad como son los pueblos indígenas³⁸.

Mama Ocllo, en el silencio sepulcral de la pandemia, con indignación, en el marco de esta *emergencia sanitaria* y a través de un *gobierno por decretos*, identifica uno de los mayores actos de silenciamiento a las voces

36 Liliانا Estupiñán Achury, “Neoconstitucionalismo ambiental y derechos de la naturaleza en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, ed. Lilian Estupiñán et al. (Bogotá: Universidad Libre, 2019).

37 El art. 137 de la Constitución establece los presupuestos de declaratoria de *estado de excepción*. En este marco, de acuerdo al art. 138 de la Constitución, la vigencia de la declaración del estado de excepción dependerá de la aprobación posterior de la Asamblea Legislativa Plurinacional, que tendrá lugar apenas las circunstancias lo permitan y, en todo caso, dentro de las siguientes setenta y dos horas de la declaración del *estado de excepción*, tal como reza el art. 138 de la Constitución. En este marco, esta disposición establece que los derechos consagrados en esta norma suprema no quedarán en general suspendidos por la declaración del estado de excepción. Por su parte, el artículo 139 señala que el ejecutivo rendirá cuentas a la Asamblea Legislativa Plurinacional de los motivos que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, así como del uso que haya hecho de las facultades conferidas por la Constitución y la ley.

38 El tema de los decretos de emergencia y el estado de excepción, ha sido desarrollado por Gabriela Sauma Zankys y Patricia Serrudo Santelices en esta misma publicación.

de los históricamente oprimidos en la pandemia: el Decreto Supremo 4232 de 7 de mayo de 2020, que sin la participación de los pueblos indígenas, sin consulta previa y en medio de su grave situación de vulnerabilidad por la Covid-19, autorizó al Comité Nacional de Bioseguridad, la facultad de emitir procedimientos administrativos abreviados para la evaluación del maíz, caña de azúcar, algodón, trigo y soya, genéticamente modificados en sus diferentes eventos, destinados al abastecimiento del consumo interno y comercialización externa. En otras palabras, sin ley emanada de la Asamblea Legislativa Plurinacional, aprovechando la situación de desventaja de los pueblos indígenas y sin consulta previa, autorizaron el uso de semillas transgénicas a través de la implementación de procedimientos abreviados, lo que afecta sus derechos e incluso su pervivencia cultural y desconoce el *paradigma del suma qamaña* que, tal como ya se señaló, plantea una construcción plural de derechos a partir de mecanismos dialógicos, para vivir bien y en armonía³⁹.

Luego de un profundo suspiro, en medio de sus turbulentos pensamientos, sostiene que el DS 4232, vulnera el derecho al *hábitat* de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En este sentido, Mama Ocllo recuerda que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el contexto de la vigencia de un Estado constitucional plurinacional de derechos, a través de la SCP 0572/2014 de 10 de marzo, desarrolló el estándar jurisprudencial más alto en cuanto al derecho al hábitat de los pueblos indígenas desde la mirada indígena⁴⁰.

En efecto, en una interpretación coherente con el paradigma del *suma qamaña*, en la referida sentencia constitucional plurinacional, el máximo contralor de constitucionalidad, estableció que para los pueblos indígenas: “la tierra no es un simple bien o un medio de producción, sino parte de su vivencia, de su ser, de su existencia, concebida como una integralidad, la casa en la cual vivieron sus antepasados, el territorio que vio el comienzo de los tiempos, viviendo en comunidad con sus hermanos, plantas, animales y otros seres a quienes se les llama “achachilas”, “Awichas”, “Waq’as”⁴¹. Con nostalgia, Mama Ocllo afirma que el DS 4232, concibe a la tierra como un medio de producción, sin considerar que por el uso de semillas transgénicas podría afectarse la existencia de los pueblos indígenas en su inte-

39 Posteriormente, el Decreto Supremo 4238 de 14 de mayo de 2020, también en pandemia, modifica parcialmente la disposición transitoria única del Decreto Supremo No. 4232 de 7 de mayo y establece: “Para dar cumplimiento al presente Decreto Supremo, en un plazo de hasta cuarenta (40) días calendario computables a partir de la publicación del mismo, el Comité Nacional de Bioseguridad, deberá aprobar los procedimientos abreviados”.

40 La doctrina del estándar jurisprudencial más alto fue desarrollada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 2233/2013.

41 SCP 0572/2014.

gralidad, ya que el hábitat de los indígenas, comprende no solo la tierra, sino también el territorio; es decir, abarca el espacio ancestral donde se desarrollan sus específicas formas de vida, donde se desarrolla su cultura, espiritualidad, su organización social y política, así como sus conocimientos en relación con los recursos naturales y se despliegan todas sus instituciones⁴².

Mama Oclo recuerda también que el *hábitat* es la casa grande de los pueblos indígenas “donde todas las cosas pertenecen a todos y a nadie en particular, bajo una comprensión integral⁴³, en la cual, se encuentra sus ríos, cerros, montañas, cascadas, bosques, plantas, árboles etc., cada uno en su especie, llenos de significados profundos sobre la cosmovisión de estos pueblos⁴⁴. Entonces, para los pueblos indígenas, “el hábitat es el santuario, pues allí está su medicina, sus alimentos, lo que da vida, lo que mantiene y alivia el espíritu, es el principio y el fin, es su vida misma, en conexión con el “multiverso” y aún después de la muerte sus “ajayus” estarán allí, bajo otra forma de expresión...”⁴⁵.

El hábitat -como se señaló-, tal como bien apunta Mama Oclo que al lado de su ventana se encuentra inmersa en sus pensamientos, supera una visión mercantilizada o privatista de la tierra y más bien comprende los derechos a la territorialidad desde una integralidad, en el marco de elementos materiales y espirituales que unen a los pueblos indígenas con sus territorios⁴⁶, en un escenario de necesaria interdependencia con otros derechos como el de la consulta previa⁴⁷, la libre determinación⁴⁸; y, en interconexión con los derechos de la madre tierra. Así las cosas, esta

42 Ibíd.

43 Ibíd.

44 Ibíd.

45 Ibíd.

46 La Corte Interamericana de Derechos Humanos (C IDH), estableció la especial relación que une a los pueblos indígenas con su territorio. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrs. 148-149 y 151.

47 La CIDH, ha desarrollado los estándares interamericanos en cuanto a la consulta previa, estableciendo que este es un derecho que forma parte del contenido esencial del derecho a la territorialidad, en ese sentido, ha establecido que los Estados miembros tienen el deber de convocar a consulta de buena fe a los pueblos indígenas, destinadas a obtener su consentimiento previo, libre e informado, en el marco de discusiones internas, de acuerdo a sus normas y procedimientos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 133-147; caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párrs. 159-167, 171, 177-187 y 190-2011. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párrs. 215-218, 222-224. El estándar jurisprudencial más alto en cuanto a consulta previa se encuentra en la SCP 0487/2014.

48 El derecho a la libre determinación está consagrado en los arts. 2 y 30.I de la Constitución y tiene un estándar jurisprudencial más alto en la DCP 0006/2013.

comprensión integral de derechos a la luz del *hábitat* desde la cosmovisión de los pueblos indígenas, en todo momento, así como en tiempos de pandemia y post-pandemia, conlleva a la formulación de políticas públicas y de medidas normativas, basadas en una construcción plural y dialógica de derechos como un rasgo esencial del Estado constitucional plurinacional de derechos.

En coherencia con lo señalado, Mama Oclo, luego de acomodar su colorida manta y sus largas trenzas negras, considera que la emisión del referido decreto supremo, refleja una visión monocultural de desarrollo, impuesta a partir de un *gobierno por decretos* que vulnera el derecho al *hábitat* de los pueblos indígenas; y, por interdependencia, los derechos a la consulta previa, a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; así como los derechos de la madre tierra, derechos que deben ser garantizados en un escenario de complementariedad entre territorio, plurinación y derechos de la naturaleza⁴⁹.

De manera específica, Mama Oclo, sustenta que desde el *paradigma del suma qamaña*, con carácter reforzado, debe resguardarse el derecho a la consulta previa, especialmente en casos en los cuales se encuentra comprometido el derecho al *hábitat* de los pueblos indígenas; entonces, medidas como la introducción de semillas transgénicas sin una consulta previa, de manera contraria a la buena fe (*pata sunt servanda*) por haberse asumido por decreto y en tiempo de pandemia y sin la adopción de mecanismos dialógicos horizontales, sin duda, afectan a los pilares más esenciales del Estado constitucional plurinacional de derechos, máxime cuando estas medidas pueden afectar la pervivencia cultural de los pueblos indígenas.

Mama Oclo, con nostalgia recuerda a sus hermanos de tierras bajas y de tierras medias y considera que todos, incluidos los de tierras altas, estarán afectados con el *agronegocio* validado por la mencionada medida normativa inconsulta y ordenada por decreto supremo. Desde sus reflexiones al borde de su ventana, esta mítica mujer indígena, resalta las consecuencias de estas medidas, que, podrían generar graves alteraciones en la madre tierra, como inundaciones en territorios ancestrales, desplazamientos forzados, contaminación en los sembradíos y otros daños irreparables⁵⁰.

49 Georgia Pavani, "Los derechos de la naturaleza, el territorio y la plurinación", en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, ed. Lilian Estupiñán et al. (Bogotá: Universidad Libre, 2019).

50 Según los datos, el mercado mundial de semillas transgénicas está manejado por Monsanto, que tiene más del 90% del mercado. Boletín de prensa colectivo de comunidades

Con su taza de *mate de coca* entre las manos, Mama Ocllo afirma que la implementación de estas medidas, aprovechando la situación de alta vulnerabilidad de los pueblos indígenas en la pandemia y de manera contraria al modelo económico plural contenido en la Constitución⁵¹, afectará directamente sus territorios, generará la pérdida de variedades o ecotipos de maíz nativo, base de las diversas culturas en tierras altas, medias y bajas⁵²; sin contar los conflictos por el territorio que se agudizarán en el país, lo que exacerbará los conflictos sociales que ya existen, generando además, mayor criminalización de las autoridades indígenas por la defensa de sus territorios.

Mama Ocllo, entre sus cavilaciones, recuerda que la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra, que fue suscrita el año 2010 en la ciudad de Cochabamba por pueblos indígenas en el ejercicio de su libre determinación, documento que destaca el rechazo de los pueblos indígenas a las lógicas capitalistas de progreso y crecimiento ilimitado, en este sentido, desde las voces de los pueblos indígenas en esta declaración, se apela a la revalorización y fortalecimiento de sus conocimientos ancestrales y la sabiduría de las comunidades indígenas, con base en el vivir bien y en el reconocimiento de la madre tierra como ser vivo, en el marco de una relación con los seres humanos, indivisible, interdependiente, complementaria y espiritual⁵³.

La mítica mujer indígena, luego de recordar esta icónica declaración emergente de la libre determinación de los pueblos indígenas, suspira y mira un documento que tiene en sus manos, enviado por sus hermanos del Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca que titula: "Nuestras semillas nativas, patrimonio de los pueblos indígenas"⁵⁴, el cual reza:

"El maíz -Avatí, representa un alimento imprescindible en nuestra cultura ancestral, por la estrecha relación que guarda con nuestra cultura e identidad, ya que involucra aspectos que van desde la historia, la organización social y nuestra cosmovisión, sigue siendo un dador de vida y un elemento fundamental de nues-

indígenas y campesinas de Oaxaca, Puebla, Chihuahua, Veracruz, 9 de octubre de 2003. *Contaminación transgénica del maíz en México: mucho más grave*, <https://bit.ly/3dT36jj>.

51 La Constitución boliviana regula el modelo económico plural en el art. 306.

52 Georgina Catacora et al., "Maíz y Vivir Bien: Agrobiodiversidad nativa como expresión biocultural del bienestar colectivo en Bolivia", *Agua y Medio Ambiente*. Revista Técnica del Ministerio de Medio Ambiente y Agua (2018).

53 Antonio Wolkmer et al., "Derechos de la Naturaleza: para un paradigma político y constitucional desde América Latina", en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, ed. Lilian Estupiñán (Bogotá: Universidad Libre, 2019).

54 Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca, *Nuestras semillas nativas, patrimonio de los pueblos indígenas* (Monteagudo, documento inédito, 23 de junio de 2020).

tra identidad, es nuestro grano sagrado, preservado por cientos de años, por nuestras abuelas y abuelos guaraníes.

Nuestras fiestas como el *arete guasu* están acompañadas de alimentos locales y propios del lugar, *arete guasu* como fiesta grande expresa nuestro agradecimiento por las abundantes cosechas de maíz y otros alimentos en nuestro territorio ancestral.

Actualmente dentro de nuestro territorio de manera ilegal se vienen sembrando maíces transgénicos que supuestamente entran como grano comercial, razón por la cual nuestros maíces nativos corren el riesgo de contaminarse, mediante la polinización, por consiguiente, perderse y con ello se perderá nuestra alimentación, nuestra cultura y nuestras tradiciones.

Por lo que para nosotros los guaraníes, es deber, un derecho y patrimonio el resguardar, proteger, revalorizar y conservar nuestras semillas nativas, en defensa de nuestros saberes y conocimientos ancestrales y nuestra soberanía alimentaria, respetando la Constitución Política del Estado (CPE) y por encima de todo el legado de nuestros antepasados.

Como pueblo indígena originario guaraní, rechazamos rotundamente la autorización de uso de todo tipo de semillas transgénicas o semillas manipuladas genéticamente”.

Mama Ocllo, con el corazón acelerado al escuchar las voces de uno de los pueblos afectados, considera que el estándar jurisprudencial más alto desarrollado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0572/2014 en cuanto al derecho al *hábitat* y su interdependencia con otros derechos como a la consulta previa, la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que a su vez, se interrelacionan con los derechos de la madre tierra, deben materializarse desde la voz de los pueblos indígenas, como el pueblo Guaraní, cuya matriz cultural, al igual que muchos otros pueblos de tierras altas, medias y bajas, está basada en el maíz, a partir del cual se entretajan las redes culturales en su territorio, se entrelazan sus cosmovisiones, sus fiestas y su identidad cultural; sin embargo, el maíz transgénico y la arremetida de la agroindustria, avalada por un decreto supremo inconsulto a los pueblos indígenas y emitido en tiempos de pandemia, pone en riesgo su existencia y pervivencia como pueblos indígenas, en un proceso de *desconstitucionalización* o de vaciamiento de los principios constitucionales (De Sousa Santos; 2012, p. 14), que en vez de generar el tránsito del “viejo Estado nación a la lógica plurinacional”⁵⁵, en pandemia, involuciona a las viejas tradiciones republi-

canas, monoculturales, excluyentes y homogeneizantes, prácticas que por cierto también fueron realizadas antes de la pandemia y en plena vigencia de la Constitución de 2009.

Entonces, en un diseño constitucional realizado en clave de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad, Mama Ocllo, con preocupación observa que: “Por si sola la constitución no es la pieza clave para desterrar el autoritarismo”⁵⁶, hará falta por tanto ajustar la *sala de máquinas*⁵⁷; fortalecer el *modelo crítico interdisciplinario de racionalidad emancipatoria*⁵⁸; para poder así erradicar una cultura que plantea una reconducción al pensamiento constitucional conservador⁵⁹, a pesar de la vigencia de un Estado constitucional plurinacional de derechos. Sin embargo, frente a la arremetida de visiones monoculturales, racistas y excluyentes, será el Tribunal Constitucional Plurinacional en el marco del sistema plural de control de constitucionalidad, el llamado a salvar la promesa constitucional hecha en clave de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad⁶⁰.

5. El último suspiro con un mate de coca

Mama Ocllo, en su último suspiro y su última taza de *mate de coca*, al borde de su ventana a través de la cual se refleja la desolación y desesperanza, concluye que la pandemia por Covid-19, afecta la vida de las personas y también el ejercicio pleno de derechos, especialmente para aquellos que, como los pueblos indígenas, se encuentran en una situación de desventaja, discriminación y exclusión. Entonces, este momento histórico, desafía a la adopción de medidas desde la plurinacionalidad y no así desde la venda monocultural, para que así primen mecanismos dialógicos horizontales destinados a construcciones plurales de derechos, acordes con el paradigma del *suma qamaña*, que destierren todo discurso de odio, de exclusión y discriminación y que más bien, siembren redes de esperanza

56 Acosta, Alberto, “Construcción constituyente”.

57 Roberto Gargarella, “La ‘sala de máquinas’ de las constituciones latinoamericanas.

Entre lo viejo y lo nuevo”, *Revista Nueva Sociedad* 228 (205).

58 Antonio Wolkmer, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho* (Sevilla: Ed. MAD, 2006).

59 Rubén Martínez Dalmau, “El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución: entre el constitucionalismo criollo y el nuevo constitucionalismo”, en *El legado de las Cortes de Cádiz*, coords. Pilar García Trobat y Remedio Sánchez Férriz (Valencia: Tirant Lo Blanc, 2011).

60 La Defensoría del Pueblo activó contra estos decretos una acción de inconstitucionalidad abstracta que se encuentra pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

y tejidos de plurinacionalidad en una democracia agonizante y cada vez menos plural, en la cual los pueblos indígenas están “oprimidos, pero no vencidos”⁶¹.

61 Silvia Rivera Cusicanqui, *“Oprimidos pero no vencidos”. Luchas del campesinado aymara y qhуechuwa 1900-1980* (La Paz: La mirada salvaje, 1984), 4.

Bibliografía

Acosta, Alberto, "Construcción constituyente de los derechos de la naturaleza. Repasando una historia con mucho futuro". En *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, editado por Lilian Estupiñán et al., 155-206. Bogotá: Universidad Libre, 2019.

Ariza Santamaría, Rosember, "Derecho Aplicable". En *Elementos y técnicas de pluralismo Jurídico, manual para operadores de justicia*, coordinado por Juan Carlos Martínez et al., 45-48. Ciudad de Guatemala: Konrad Adenauer Stitung, 2010.

Attard Bellido, María Elena, "Entre la diosa Themis y Mama Ocllo: la propuesta de argumentación jurídica plural desde la filosofía intercultural andina de la Chakana". *Diálogo de Saberes* (2018): 79-100.

Boletín de prensa colectivo de comunidades indígenas y campesinas de Oaxaca, Puebla, Chihuahua, Veracruz, 9 de octubre de 2003. *Contaminación transgénica del maíz en México: mucho más grave*, <https://bit.ly/3dT36jj>.

Catacora, Georgina y et al., "Maíz y Vivir Bien: Agrobiodiversidad nativa como expresión biocultural del bienestar colectivo en Bolivia". *Agua y Medio Ambiente. Revista Técnica del Ministerio de Medio Ambiente y Agua* (2018); 17-25.

Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca, *Nuestras semillas nativas, patrimonio de los pueblos indígenas*. Monteagudo: documento inédito, 23 de junio de 2020.

Defensoría del Pueblo, *Informe sobre el impacto de Covid-19 en los pueblos indígenas en el Estado Plurinacional de Bolivia*, <https://bit.ly/3eMB4r8>.

Boaventura de Sousa Santos, "Epistemologías del Sur". *Utopía y praxis en Latinoamérica. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social CESA-FCES*, 16 (2011): 17-39.

—, "Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena plurinacionalidad e interculturalidad". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, 13-50. Quito: 2012.

Estermann, Josef, *Filosofía andina*. La Paz: Instituto Superior Ecu-
ménico Andino de Teología, 2009.

Estupiñán Achury, Liliana. "Neoconstitucionalismo ambiental y de-
rechos de la naturaleza en el marco del nuevo constitucionalismo latino-
americano". En *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo
democrático*, editado por Lilian Estupiñán et al., 365-385. (Bogotá: Universi-
dad Libre, 2019).

Gargarella, Roberto. "La 'sala de máquinas' de las constituciones la-
tinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo". *Revista Nueva Sociedad* 228 (205):
98-106.

Martínez Dalmau, Rubén. "El constitucionalismo fundacional en
América Latina y su evolución: entre el constitucionalismo criollo y el nuevo
constitucionalismo". En *El legado de las Cortes de Cádiz*, coordinado por Pilar
García Trobat y Remedio Sánchez Férriz, 815-826. Valencia: Tirant Lo Blanc,
2011.

Panikkar, Raimon, *Sobre el diálogo intercultural*. Salamanca: CIU-
DAD Editorial San Esteban, 1990.

Pavani, Georgia. "Los derechos de la Naturaleza, el territorio y la
plurinación". En *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalis-
mo democrático*, editado por Liliana Estupiñán et al., 17-27. Bogotá: Univer-
sidad Libre de Colombia, 2019.

Quijano, Aníbal. *Colonialidad y modernidad/racional. Perú Indígena*,
vol. 13, no. 29 (1992): 11-20.

Rivera Cusicanqui, Silvia. "*Oprimidos pero no vencidos*". *Luchas del
campesinado aymara y quechua 1900-1980*. La Paz: La mirada salvaje,
1984.

Storini, Claudia y Fausto Quizphe. "Hacia otro fundamento de los
derechos de la Naturaleza". En *La Naturaleza como sujeto de derechos en el
constitucionalismo democrático*, editado por Liliana Estupiñán Liliana et al.,
17-25. Bogotá: Universidad Libre, 2019.

Storini, Claudia. "Pluralismo Popular como paradigma de un cons-
titucionalismo de la diferencia". En *Constitucionalismo y nuevos saberes jurí-
dicos*, editado por Claudia Storini, Serie Estudios Jurídicos, 41, 31-46. Quito:
Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.

Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, *Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario*, Acuerdo de Sala Plana no. 316/2017. La Paz: Tribunal Supremo de Justicia, 2017.

Walsh, Catherine. "El Estado Plurinacional e Intercultural". En *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, 64-78. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

Wolkmer, Antonio et al. "Derechos de la naturaleza: para un paradigma político y constitucional desde América Latina". En *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, editado por Liliana Estupiñán et al., 71-108. Bogotá: Universidad Libre, 2019.

Wolkmer, Antonio. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Sevilla: Ed. MAD, 2006.

Yrigoyen Fajardo, Raquel. "El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización". VII Congreso de RELAJU, 1-16. Lima: IIDS, 2010.

—, "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos". *Revista El Otro Derecho*, 30 (2003): 8-23.

—, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Ciudad de Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

LA ECONOMÍA Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE BOLIVIA EN ÉPOCA DE CRISIS

Tahí Abrego Marín¹

1. Pueblos indígenas originarios, guardianes de la biodiversidad de Bolivia, desde la Amazonía a los Andes

El Estado Plurinacional de Bolivia alberga un valioso patrimonio natural y cultural, constituyéndose en uno de los primeros 15 países con mayor biodiversidad del mundo². Biodiversidad estrechamente ligada a la diversidad étnica cultural de los más de cuarenta y nueve pueblos indígenas originarios campesinos y afrobolivianos que hablan treinta y seis idiomas originarios reconocidos en la Constitución Política del Estado CPE³, y que en base a sus prácticas culturales ancestrales y los principios de sus cosmovisiones, respetan los derechos de la madre tierra (naturaleza) y luchan por su conservación, constituyéndose en sus guardianes desde los Andes hasta la Amazonía.

1 Magíster en Dirección y Gestión por la Universidad de Barcelona. Directora de la ONG Realidades, y de la Plataforma de Investigación y formación especializada PIFE. Presidenta de la red del Observatorio de Derechos. Psicoanalista.

2 Ministerio de Medio Ambiente y Agua: Bolivia cuenta con 12 ecorregiones (las más importantes: ecosistemas de la Amazonía, Yungas, Bosque Chiquitano, Gran Chaco y Bosques Interandinos, por tener un alto valor como centros de diversidad biológica y endemismo), tiene 198 ecosistemas diferentes que albergan 2600 especies de animales vertebrados, 1358 especies de aves identificadas y alrededor de 20.000 especies de plantas superiores.

3 ONG Realidades, *Cosmovisiones y desarrollos La encrucijada de los pueblos indígenas y sus derechos*, Sucre-Bolivia, 2013.

Gráfico 1



La falta de conocimiento de los pueblos indígenas que habitan Bolivia, y el limitado desarrollo investigativo sobre los mismos, sobre todo en la zona andina y los valles interandinos, produce que la población y las autoridades públicas -entre ellas los jueces ordinarios, agroambientales y constitucionales-, confundan los 36 idiomas, con los pueblos indígenas de Bolivia - que son 49 autoidentificados y organizados en estructuras orgánicas ancestrales y campesinas - dejando invisibilizados a muchos pueblos indígenas, tanto a nivel del conocimiento social y del ordenamiento jurídico, como de la garantía efectiva de sus derechos individuales y colectivos, a pesar de su amplio reconocimiento en la CPE y el bloque de constitucionalidad, el cual contiene a los instrumentos y estándares internacionales de derechos.

Gráfico 2



Varios pueblos indígenas comparten la lengua aymara o quechua, que fue un idioma expansivo tanto en la época del imperio incaico como en la colonia, momentos históricos en los que, por la asimilación cultural, y con el paso de los años diferentes lenguas se dejaron de hablar, como el puquina.

Esa errónea interpretación que se realiza de los idiomas reconocidos en la Constitución, versus los pueblos indígenas existentes en Bolivia, marca el principio de invisibilidad de varios pueblos indígenas, y conlleva una limitada aplicación normativa que no garantiza el efectivo ejercicio de sus derechos reconocidos en la Constitución y el bloque de constitucionalidad. Por esta razón las premisas de los Nuevos Constitucionalismos Latinoamericanos son tan importantes para garantizar la protección reforzada de los derechos de grupos de atención prioritaria como los pueblos indígenas.

Al respecto, Viciano y Martínez Dalmau afirman que:

El nuevo constitucionalismo defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir, que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y generar reglas limitativas del poder político pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía⁴.

En esta línea, destacamos el reconocimiento del derecho a la participación ciudadana como ejercicio de la democracia, que resalta en la actual Constitución de Bolivia y define garantías de participación en asuntos públicos a través de instancias de control social y participación ciudadana en la generación y seguimiento de políticas públicas; mediante el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada y de buena fe a los pueblos indígenas; y mediante procedimientos de control de constitucionalidad que se pueden activar también desde la ciudadanía.

En el Artículo 109 I., la Constitución define que *"Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales*

4 Ruben Martínez Dalmau y Roberto Viciano, *Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos y el nuevo paradigma Constitucional- Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla, México, 2010.*

garantías para su protección", consagrando el principio de directa justicia-bilidad de todos los derechos, a través de mecanismos expeditos, rápidos, oportunos y eficaces para su protección, entre ellos las acciones tutelares o de defensa⁵. Mecanismos que pueden garantizar la protección de los derechos vulnerados y lograr la reparación integral de daños en vía interna, de acuerdo al artículo 113 de la norma suprema.

Los 49 pueblos indígenas de Bolivia luchan día a día por el reconocimiento material de sus derechos. No ha sido suficiente que se plasmen en la Constitución para su directa aplicación, existen políticas públicas y fallos judiciales que contradicen la Constitución y el bloque de constitucionalidad, lo que profundiza las brechas en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

Frente a esas situaciones, los pueblos indígenas han presentado acciones de defensa, por ejemplo Yampara Suyu y Qhara Qhara Suyu, no ejercen su derecho de representación política en los niveles subnacionales, pero han interpuesto acciones ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, que en la Declaración Constitucional Plurinacional 0039/2014, a la letra dice:

Sobre el particular, si bien el art. 57 de la citada ley, no identifica la existencia de pueblos y naciones indígena originario campesinos en el departamento de Chuquisaca, el último censo de población y vivienda efectuado en la gestión 2012, registra la presencia de al menos dos pueblos indígenas originarios campesinos en este departamento, que fueron cuantificados en la categoría de "otros" y que por lo tanto, no forman parte de los grandes pueblos y naciones quechuas y aymaras, tal como acredita el Instituto Nacional de Estadística mediante oficio N° CITE INE-DGE- 157/13 de 12 de agosto de 2013, señalando que la Nación Originaria Qhara Qhara cuenta con 1478 habitantes originarios; y la Nación Originaria Yampara con 6623 habitantes originarios, según afirma el oficio CITE INE-DGE-825/2014 de 28 de abril de 2014 emitido por el mismo instituto.

En este marco, toda vez que existe una solicitud expresa de las naciones Yampara y Qhara Qhara de ejercer su derecho de representación y participación política en la Asamblea Departamental de Chuquisaca en condición de minorías indígena originaria campesinas, este Tribunal considera que dicha petición se encuentra debidamente respaldada en la obligación que tiene el Estado de velar por el ejercicio efectivo de sus dere-

5

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), Artículos 115, 125 al 136.

chos fundamentales previstos en el art. 30.II numerales 2), 5), 14) y 18) de la CPE, como garantía que reafirma el fin esencial del Estado de consolidar las identidades plurinacionales, no solo de las naciones solicitantes, sino de todas aquellas que coexistan en la jurisdicción territorial del gobierno departamental de Chuquisaca (Guaraníes, entre otras). En este contexto estando acreditada la existencia de pueblos indígenas originario campesinos en situación de minoría poblacional, como resultado del último censo de población y vivienda efectuado en la gestión 2012, corresponde que la previsión analizada haga mención específica a dichos pueblos, remitiendo a una ley departamental, la cantidad y la forma de distribución de los escaños que correspondan ante el órgano deliberante departamental.

Sin embargo, la SCP 0520/2015-S1 posteriormente va a denegar la tutela frente a la demanda de las naciones originarias Yampara Suyu y Qhara Qhara Suyu de vulneración de sus derechos políticos frente a la falta de actualización de circunscripciones especiales para diputados en la Resolución TSE-RSP 0146/2014 de 28 de abril de acuerdo a los datos del último censo para las elecciones generales de 2014, además, de la Resolución TSE-RSP 0249/2014 de 11 de junio, en la que se ratifica la exclusión de la representación de los pueblos indígenas auto identificados, que a la fecha no ejercen su derecho a la participación política directa.

Pero esto no detiene a los pueblos indígenas, que continúan concentrando sus esfuerzos en la preservación de su cultura, idioma, estructuras ancestrales, y en la lucha por sus derechos y los derechos de la madre tierra. En un contexto adverso por las profundas desigualdades socioeconómicas que caracterizan a Bolivia y por el modelo de desarrollo extractivista no sustentable que afecta directamente a los derechos de la madre tierra (naturaleza) y que continúa prevaleciendo, a pesar del reconocimiento de los principios constitucionales del vivir bien, afectando directamente el desarrollo y consolidación del modelo económico plural de Bolivia⁶.

1.1. Desigualdades socioeconómicas

De acuerdo al informe sobre desarrollo humano 2019, el Índice de Desarrollo Humano de Bolivia, ubica al Estado en el grupo de países de “desarrollo humano alto”, alcanzando un IDH de 0.703 en el puesto número 114 de 189 países y territorios. Denotando que el desarrollo socioeconómico del país ha mejorado progresivamente en los últimos años; sin embargo, persisten las desigualdades, ya que:

⁶ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), Artículos 8 y 307.

al ajustar el IDH por desigualdad, Bolivia pierde 24,2% de progreso en desarrollo humano y su valor desciende a 0.533 - Desarrollo Humano Bajo. El componente que presenta mayor pérdida por el ajuste a la desigualdad es el ingreso (29,7%), esto significa que a pesar del alto crecimiento económico del país con respecto a su Producto Interno Bruto (4.9% de crecimiento anual en promedio en los últimos 10 años), los ingresos derivados no se han podido distribuir de una manera más equitativa entre la población. Todavía persisten desigualdades significativas por área geográfica, condición étnica, género y estrato socio-económico.

Según datos del INE, en 2018 la diferencia urbano rural de la incidencia de pobreza moderada y extrema permaneció con un valor significativo. En el área rural, el 54% estaba en situación de pobreza moderada y el 33,4% de pobreza extrema. En el área urbana, el 26% en pobreza moderada y el 7,2% en pobreza extrema. La diferencia de la desigualdad monetaria medida por el coeficiente de Gini también fue significativa por área geográfica: 0,38% en el área urbana y 0,49% en el área rural⁷.

Estos datos demuestran que todavía existen brechas significativas en el desarrollo humano de Bolivia, que denotan una desigualdad sistemática y estructural, disparidades que afectan principalmente a los pueblos indígenas, que habitan las zonas rurales y a otras poblaciones prioritarias como la niñez y adolescencia. Esto explica la prevalencia de demandas de la población por el acceso a servicios y la consecuente vulneración de derechos fundamentales a la educación, salud, agua y saneamiento, al acceso a la justicia, a las libertades políticas, a la igualdad de género y el ambiente, entre otros.

En este marco, el informe señala que:

la desigualdad y la crisis climática son problemas interrelacionados, desde las emisiones y los efectos hasta las políticas y la resiliencia. El impacto global sobre la población dependerá de su exposición y vulnerabilidad. Ambos factores están entrelazados con la desigualdad formando un círculo vicioso. Los países en desarrollo y las comunidades pobres tienen menor capacidad para adaptarse al cambio climático y a los fenómenos meteorológicos extremos que los países más ricos. Por lo tanto, los efectos del cambio climático ahondan las brechas socioeconómicas existentes –en-

⁷ Naciones Unidas Bolivia, *Bolivia es clasificado por primera vez como país de "desarrollo humano alto"*, 2019. <https://bit.ly/3hEAPyM>

tonces - reducir las desigualdades en los servicios de suministro de agua y saneamiento, en los servicios de salud, en la cobertura de los esquemas de protección social, en la calidad de los empleos, en la resiliencia climática y en los aspectos de género, requiere de una reflexión profunda que permita diseñar una nueva arquitectura de políticas públicas diferenciadas para los contextos urbanos y rurales.

Las autoridades ejecutivas, legislativas, judiciales y constitucionales, deben analizar las causas estructurales de las situaciones de vulnerabilidad y su relación con el efectivo ejercicio de los derechos, promoviendo la protección de grupos de atención prioritaria a fin de garantizar que las intervenciones del Estado lleguen a dichos segmentos poblacionales en situación de vulnerabilidad, generando acciones preferenciales a su favor⁸, para modificar las situaciones de múltiple discriminación que viven, a partir de la aplicación del enfoque de derechos, género e interseccional o diferencial⁹ y de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y complementariedad¹⁰.

1.2. El modelo de desarrollo extractivista frente a los derechos de los pueblos indígenas y de la madre tierra

Bolivia es uno de los primeros quince países con mayor biodiversidad del mundo, ligada a la cultura milenaria de las naciones y pueblos indígenas originarias, contando con saberes y formas de uso y manejo de la biodiversidad, que han permitido su conservación; pero también ocupa el séptimo lugar entre los diez países con mayores pérdidas de áreas forestales, debido a la degradación por presión demográfica, quema, extracción de especies, contaminación y explotación de recursos naturales, entre otros, que contribuyen a la profunda crisis ambiental que vivimos tanto a nivel local como global. Sin duda nos afecta a todos en general, y a los pueblos indígenas originarios en particular, y más en tiempos de pandemia por la Covid- 19 (desarrollaremos este aspecto en el siguiente apartado del documento).

A finales de 2019 el director ejecutivo de la Autoridad de Bosques y Tierras de Bolivia, informó públicamente que los incendios forestales en

8 Resumen de la *Declaración de Entendimiento Común de las Naciones Unidas sobre los Enfoques Basados en los Derechos Humanos para la Cooperación y la Programación para el Desarrollo* (el Entendimiento común), adoptada por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUD).

9 Sentencias Constitucionales Plurinacionales SSCPP 394/2018-S4, 001/2019-S2. SSC- CPP 0010/2018-S2, 0019/2018-S2, 0394/2018-S2

10 Artículos 1 y 8 de la CPE, en la SCP 0778/2014 de 14 de abril y la SCP 0112/2012.

el país durante el último año consumieron alrededor de 5,3 millones de hectáreas, de las que se han perdido alrededor de 4 millones de hectáreas de bosques y pastizales en la región de la Amazonía boliviana y de la Chiquitania (Departamentos de Santa Cruz y Beni) entre julio y octubre de 2019¹¹, de las cuales cerca a 1.4 millones de hectáreas corresponde a áreas de bosques de acuerdo a Fundación Amigos de la Naturaleza, lo que afecta a 27 territorios indígenas y 20 áreas protegidas según CEJIS, porque más del 40% de los territorios afectados correspondían a áreas protegidas y reservas municipales de Tucabaca, Parque Nacional Noel Kempff Mercado o Ñenbi Guasu, territorio de pueblos ayoreos no contactados entre otros de los pueblos indígenas más afectados por los incendios en Bolivia como los Chiquitanos, Ayoreos, Guarayos, Cayubaba, Baures, Sirionó y Araona¹².

Este desastre ecológico, catalogado como uno de los más graves de los últimos 10 años en Bolivia, ha ocasionado la pérdida de alrededor de 40 millones de árboles, que afectó a 1.200 especies de animales. Donde además perdieron la vida 5 bomberos voluntarios. Este fue ocasionado por la práctica de tala y quema de árboles para desmonte de bosques, para su habilitación como espacios de crianza de ganado y cultivos de exportación, buscando responder a un protocolo que la Cancillería del Estado Boliviano había suscrito con la Administración de Aduana de China para exportar 20 mil toneladas de carne a ese país¹³.

Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, son tres las actividades económicas que más contribuyen al proceso de destrucción de los bosques: la agricultura mecanizada a gran escala, la agricultura a pequeña escala y la expansión ganadera hacia áreas boscosas. Percepción que coincide con el Informe de la ABT en el que se afirma que,

La deforestación es un proceso provocado generalmente por la acción humana, en el que se destruye la cobertura forestal, principalmente debido a los chaqueos y quemas y el cambio de uso para la agricultura y ganadería... La evolución de la deforestación en Bolivia está estrechamente relacionada con el avance de la frontera agropecuaria, el crecimiento de la población y la expansión de la red vial y ferroviaria¹⁴.

11 Opinión Diario de circulación nacional, "Confirman 5.3 millones de hectáreas quemadas y Santa Cruz es el más afectado", Bolivia, (2020). <https://bit.ly/3iLB5h2>

12 CEJIS, UNITAS, Diakonia, IWGIA, *Deforestación e Incendios Forestales en Bolivia, Derechos humanos y de pueblos indígenas*. Septiembre de 2019

13 ANF Agencia de Noticias Fides, "China y Bolivia firman protocolo para la exportación de carne al país asiático", Bolivia, (2019). <https://bit.ly/3iFOCIH>

14 Ministerio de Medio Ambiente y Agua, Estado Plurinacional de Bolivia - ABT. *Deforestación en el estado plurinacional de Bolivia 2016-2017*. 2018.

Al respecto, en relación al caso “Chiquitania, Chaco y Amazonía Vs. Estado Plurinacional de Bolivia” el Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza, afirma que se tiene por demostrado:

“que la promulgación y puesta en vigencia de leyes y políticas administrativas que permitieron la quema para expandir la frontera agrícola y que garantizaron la impunidad de las quemas ilegales; y, la débil institucionalidad de los órganos estatales en sus distintos niveles de gobierno responsables de control y fiscalización de los bosques, hayan sido factores fundamentales que causaron los hechos denunciados en el presente caso - .en relación al que - resuelve que se trata de un ecocidio provocado por la política de Estado y el agronegocio por lo que se han vulnerado todos los derechos de la Naturaleza contenidos en el artículo 2 de la Declaración de la Madre Tierra”.

Asimismo, el Tribunal determina que ha existido afectación a los derechos de los pueblos indígenas al territorio, a la consulta y consentimiento previo libre e informado, a vivir en ambiente sano y a participar en los asuntos que le afecten, en particular resuelve que se ha puesto en grave riesgo el derecho a existir del pueblo indígena Ayoreo, en aislamiento voluntario.

Este Tribunal también resuelve que los hechos denunciados han constituido una vulneración a los derechos de las personas a vivir en un ambiente sano, a la salud, a la alimentación adecuada y al agua¹⁵, denotando la directa interrelación que existe entre los derechos de la madre tierra y los derechos de los pueblos indígenas originarios.

2. Políticas socioeconómicas en tiempos de pandemia por la Covid -19 en Bolivia amenazan los derechos de los pueblos indígenas y de la naturaleza

La pandemia por la Covid -19 ha dejado terribles consecuencias en las familias - con 27.598. 479 casos y 898.020 muertes, en el mundo. Y con 122,308 casos y 7097 muertes en Bolivia¹⁶ - y ha puesto en descubierto los desequilibrios y profundas desigualdades socioeconómicas estructurales

¹⁵ Tribunal Internacional de los derechos de la naturaleza, *Caso Chiquitania, Chaco y Amazonia vs. Estado plurinacional de Bolivia: veredicto final*, 2020. <https://bit.ly/3kviTbB>

¹⁶ Bolivia Segura Covid-19, Casos por Covid -19 al 09 de septiembre de 2019 de acuerdo a los datos oficiales de <https://bit.ly/33ArkeZ>

y la alta vulnerabilidad en el ejercicio de derechos a la que se enfrentan poblaciones de atención prioritaria, como los pueblos indígenas.

Pese a la declaración de emergencia de salud pública realizada por la Organización Mundial de la Salud el 30 de enero de 2020 y la consecuente reacción de los Estados, que han desplegado importantes esfuerzos para brindar una respuesta frente a la pandemia por Covid -19, en Latinoamérica en general no se ha tenido la capacidad de brindar respuestas estructurales y aplicar medidas de protección reforzada a poblaciones en mayor situación de vulnerabilidad, toda vez que Latinoamérica tiene actualmente la tasa de mortalidad por Covid- 19 más alta del mundo, situación que está profundizando las brechas socioeconómicas, culturales, de género y generacionales.

Los seis meses que Bolivia aplicó la cuarentena rígida, tuvieron un impacto altamente negativo a nivel económico, social, cultural y ambiental afectando principalmente a la población empobrecida.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL prevé que la pobreza extrema en Bolivia alcance el 16,8% de la población, incrementándose en casi un 4%, en relación al 12,9% reportado por el INE el año 2019, esto quiere decir que, para fin de año, cerca de 453 mil bolivianos más habrán caído en la extrema pobreza (según el cálculo de población del INE, de 11,6 millones de bolivianos). Respecto a la pobreza moderada, el cálculo del organismo señala que un 36,1% de los bolivianos será pobre (aproximadamente 4,2 millones de bolivianos) este indicador, comparado con lo calculado por el INE en 2019, del 39,2%, muestra un decrecimiento de 1,1 puntos porcentuales, lo que puede significar una movilidad hacia abajo, es decir que las personas consideradas pobres, pasarán a ser consideradas pobres extremos¹⁷.

Situación reflejada también en los datos que CEPAL planteó en América Latina, respecto a los que la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, refiere su preocupación al señalar:

proyectando durante el 2020 que el número de personas viviendo en pobreza se incrementaría en casi 30 millones de personas y otras 16 millones ingresarían a condiciones de pobreza extrema como consecuencia de la pandemia afectando, de manera desproporcional y dramática, principalmente a grupos de alta

17 Página siete, "La Cepal prevé que en Bolivia la pobreza extrema llegue al 16,8%", Bolivia, (2020). <https://bit.ly/3hySyaY>

vulnerabilidad, como las mujeres y los pueblos indígena originarios¹⁸.

El referido informe señala también que estas personas y grupos de atención prioritaria, se enfrentan a riesgos adicionales durante la pandemia, por las debilidades estructurales en asegurar su acceso a la tierra y alimentación.

En Bolivia la pandemia por Covid -19 se ha producido en un contexto sociopolítico de un gobierno en transición, después de una profunda crisis política que se enfrentó en octubre de 2019, producto de ello, el país se encuentra en pleno proceso de elecciones generales programadas para el 18 de octubre de 2020. Y ha evidenciado las profundas brechas socioeconómicas existentes en el país, pero también ha puesto al descubierto la debilidad de los sistemas de atención en general, de salud, educación, y protección en particular, que no están al alcance de toda la población.

El Estado boliviano declaró situación de emergencia nacional por la presencia del brote de la Covid-19 el 12 de marzo de 2020¹⁹ y el 17 de marzo declaró emergencia sanitaria nacional y cuarentena en todo el territorio nacional²⁰, estableciendo una de las cuarentenas más rígidas de la región – suspendiendo las actividades públicas y privadas, el transporte, el funcionamiento de mercados y comercio, la restricción de circulación, y posteriormente emitió una serie de decretos supremos con diferentes medidas frente a la pandemia por Covid -19, que consistieron principalmente en²¹:

- La declaratoria de cuarentena total.
- La autorización para la adquisición de insumos y equipamiento médico, que llegaron de manera muy limitada a los municipios urbanos y no llegaron a los municipios rurales, por lo que:

Se observa aspectos de exclusión social para los pueblos indígenas, ello debido a la poca capacidad hospitalaria del sistema de salud que en Bolivia alcanza a 12.000 camas para una población estimada en 11 millones. Según estudios de carácter público

18 CIDH y su REDESCA urgen a los Estados a proteger con efectividad a las personas que viven en situación de pobreza y pobreza extrema en las Américas frente a Covid -19. 2 de junio 2020

19 Decreto Supremo N° 4179, (Bolivia, Gaceta oficial, 2020).

20 Decreto Supremo N° 4196, (Bolivia, Gaceta oficial, 2020).

21 Medidas Económicas ante la Covid -19, (Bolivia, Ministerio de Economía y finanzas Públicas, 2020)

solo el 25% de la población más vulnerable cuenta con acceso a la atención de primer nivel con un abordaje solo preventivo, de diagnóstico precoz, por lo que la atención de la Covid-19 obliga a los pueblos indígenas a trasladarse a establecimientos de segundo y tercer nivel en las ciudades capitales, encontrándose con barreras geográficas, económicas y culturales. Así mismo el Ministerio de Salud elaboró la guía para el manejo de la Covid -19, que carecía de medidas diferenciadas dirigidas a los pueblos indígenas²².

- La distribución de atribuciones departamentales y municipales frente a la pandemia (que tienen un escaso cumplimiento por el limitado presupuesto asignado).
- La dotación de canastas familiares y bonos para familias con escasos recursos económicos.
- El diferimiento de créditos y la reducción parcial de pago de servicios básicos.
- La evaluación excepcional de semillas transgénicas para abastecimiento del consumo interno y comercialización externa (sin consulta previa a pueblos indígenas).
- La implementación del Plan Nacional de Respuesta y Rehabilitación para el sector agropecuario frente a la Covid-19, con un presupuesto de 472,5 millones de dólares (destinado principalmente al gran y mediano productor).
- Plan para mitigar efectos de la Covid-19 en pueblos indígenas originarios para beneficiar a más de 62 mil familias (que equivale al 8% de la población auto identificada como perteneciente a un pueblo indígena en el censo de población y vivienda).
- Además, de manera progresiva se determinó la suspensión de actividades educativas, modificando la modalidad de enseñanza presencial a educación virtual (sin contemplar una adecuada organización curricular, la carencia de equipamiento informático y acceso a internet en una gran cantidad de la población estudiantil), y la clausura del año escolar.

Entre las mencionadas medidas económicas, se identifican aquellas que favorecen principalmente a las grandes empresas, la agroindustria y la ganadería extensiva e intensiva, como los decretos supremos N° 3242

²² Defensoría del pueblo, *Informe sobre el impacto de Covid-19 en los pueblos indígenas en el Estado Plurinacional de Bolivia*, (Bolivia, Defensoría del Pueblo, 2020).

de 7 de mayo de 2020 y N° 3248 de 14 de mayo de 2020, que sin la participación de los pueblos indígenas y los ciudadanos, sin brindar información transparente y de fuentes plurales, autorizan al Comité Nacional de Bioseguridad, la expedición de procedimientos administrativos rápidos para el uso de transgénicos en el maíz, caña de azúcar, algodón, trigo y soya, destinados al abastecimiento del consumo interno y comercialización externa, lo que afecta directamente a los derechos de la madre tierra y los pueblos indígenas originarios campesinos, sin respetar el derecho a la consulta libre, previa e informada.

Recordemos que la CIDH y su REDESCA enfatizan la importancia del reconocimiento y cumplimiento estricto de los estándares interamericanos para la realización del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado como aspecto más específico de esquemas de participación respecto de asuntos que involucren los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales en el marco de actividades empresariales.²³

Frente a esta situación, el Pueblo Guaraní y Yampara Suyu, presentaron una acción popular preventiva y suspensiva²⁴, pidiendo que se suspenda de manera inmediata la ejecución de todos los actos asociados a la ejecución del D.S. 4232/20, el D.S. 4238/20, y en particular la autorización excepcional otorgada al Comité Nacional de Bioseguridad hasta que el Tribunal Constitucional Plurinacional emita la decisión final en las acciones de inconstitucionalidad abstracta interpuestas por varios actores, pidiendo actuar en función al principio precautorio y al deber de la debida diligencia contenidos en la OC 23/17, emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta acción popular se presentó frente a varias amenazas que se identifican de la ejecución de los SD 4232/20 y 4238/20, que autorizan la evaluación para la producción de cultivos transgénicos resistentes al glifosato y/o glufosinato de amonio, que ponen en riesgo la salud y atentan contra la vida de los pueblos indígenas en sus territorios y la salubridad de usuarios y consumidores²⁵.

23 El aseguramiento de mecanismos de participación en los temas que involucran el campo de las empresas y los derechos humanos debe ser amplio y deben estar orientados a incluir que se escuche efectivamente a las personas, comunidades y poblaciones directamente afectadas, a defensores de derechos humanos así como organizaciones de derechos humanos de la sociedad civil.

24 Artículos 135 y 136 de la Constitución Política del Estado y Artículo 68 del Código Procesal Constitucional.

25

En la referida acción popular, como herramienta de democratización de los derechos, se presentó el *amicus Curiae* denominado: “Las amenazas a los derechos al hábitat y otros derechos colectivos de los pueblos indígenas en interdependencia con los derechos de la madre tierra (Pacha Mama), la salubridad pública y el derecho a la alimentación saludable de consumidoras y consumidores por el uso de transgénico”.

El mencionado *amicus curiae*, fue presentado por la ONG Realidades, argumentándose el riesgo que significa el uso de transgénicos por ser organismos modificados mediante ingeniería genética (OGM), lo que amenaza los derechos de la madre tierra, y por ende a la biodiversidad. En este documento se advierte también los efectos irreversibles e imprevisibles sobre los ecosistemas, porque pueden transferir su modificación genética a los cultivos convencionales y ecológicos, afectando los cultivos tradicionales y la diversidad de semillas nativas, que son sustento alimenticio y patrimonio natural y cultural que los pueblos indígenas han preservado a través del manejo ancestral de las mismas.

En este *amicus curiae*, -en base a evidencias científicas-, también se advierte que el incremento de uso de agrotóxicos que implica el uso de los transgénicos, son una fuente directa de la contaminación genética del suelo, agua y aire, lo que afecta o a la biodiversidad y el ambiente, porque evita el crecimiento de la vegetación y dificulta procesos de sucesión importantes para la regeneración del suelo y la vegetación; y afecta a la salud humana - la Organización Mundial de la Salud - OMS el 2015 ha clasificado el glifosato como “probablemente cancerígeno para los seres humanos”, y afirma que los transgénicos pueden afectar la seguridad alimentaria y la alimentación.

En este contexto, para una eficaz protección preventiva, la mencionada acción popular y el *amicus curiae* presentado, tienen como objeto lograr la tutela de los siguientes derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado:

- Derechos colectivos de pueblos indígenas, a la libre determinación, al territorio y el hábitat²⁶, a la consulta previa, a la identidad cultural, a la libre existencia²⁷.

26 SCP 0572/2014.

27 Convenio 169 de la OIT. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. la SCP 0645/2012 de 23 de julio. SCP 0281/2016-S2 de 23 de marzo. OC 23/17 CIDH

- Derechos de la madre tierra²⁸, considerada un sujeto colectivo de interés público por lo que tiene derechos propios, como el derecho a la vida, a la diversidad de la vida, al agua, al aire limpio, al equilibrio, a la restauración, y a vivir libre de contaminación.
- Derechos de los consumidores a la alimentación sana y adecuada en interdependencia con los derechos a la salubridad pública y el derecho a la alimentación sana y adecuada²⁹, los cuales también son interdependientes con los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de la madre tierra³⁰.

Este caso es un claro ejemplo de la limitada aplicación de medidas económicas definidas desde una visión plural con enfoque intercultural, que contemple los derechos de los pueblos indígenas y de la madre tierra, el desarrollo constitucional y el bloque de constitucionalidad.

Las medidas del Estado Boliviano frente a la Covid -19 no contemplan el desarrollo del modelo económico plural, establecido en los artículos 306 y 307 de la Constitución, que está orientado al vivir bien de todos los bolivianos, sobre la base de la economía social y comunitaria, que comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos, recogidos en el artículo 8 de la Constitución, como el Suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble), visión que también se recoge en la SCP 0778/2014 de 14 de abril, la cual estableció:

el tránsito del Estado-Nación al Estado Plurinacional... debe fundarse en la interculturalidad, a partir de la cual, rigen los principios de complementariedad, solidaridad, respeto mutuo entre culturas ancestrales y el pueblo de Bolivia en general, visión que garantizará la materialización del fin esencial del Estado Plurinacional de Bolivia: el vivir bien.

Los pueblos indígenas originarios, como el pueblo Guaraní y Yampara Suyu, tienen una identidad cultural que emerge de una profunda relación con su entorno natural, su cosmovisión reconoce a la naturaleza como la madre tierra – denominada como Pacha Mama por Yampara Suyu, e Ivi

28 Ley N° 071, (Bolivia, Asamblea Legislativa Plurinacional,2010). Ley N° 300, (Bolivia, Asamblea Legislativa Plurinacional,2012)

29 Art. XI de la Declaración Americana establece la alimentación como derecho para el bienestar y salud de la persona. Art. 26 y 34 de la Convención Americana referido a los derechos económicos, sociales y culturales (CIDH y su REDESCA)

30 DCP 0030/2014 de 28 de Mayo. SCP 0326/2019-S2.

por el Pueblo Guaraní - como el todo que integra a los individuos, los animales y el territorio en relación a los cuales existe un equilibrio que no se debe romper, que marca la vida en comunidad, las actividades productivas y los rituales agrícolas de la siembra y cosecha, aspectos que serían afectados con la introducción de los transgénicos.

El Estado Plurinacional de Bolivia es centro de origen secundario de 77 variedades de maíz, que son parte del patrimonio genético y cultural desde hace más de 7.000 años, biodiversidad de semillas nativas que se vería afectada y reemplazada por monocultivos, con semillas transgénicas que controlan las transnacionales que incluyen en el paquete la dependencia de la mecanización agrícola, que reemplazaría las prácticas tradicionales de producción ecológica, comunitaria y familiar.

La expansión de los monocultivos resistentes a los agroquímicos y herbicidas, promoverán el acaparamiento de tierras porque no se puede producir nada más que ese producto, y la dependencia de los pequeños y medianos productores a las transnacionales, a las que tienen que pagar por el uso de las semillas y agroquímicos (como el glifosato) a través de patentes (derechos de propiedad intelectual para cobrar regalías sobre las semillas transgénicas), lo que afectaría a la economía familiar y comunitaria, perdiendo soberanía, autonomía y erosionando las prácticas ancestrales, destruyendo la biodiversidad y el patrimonio natural y cultural y además desplazando de sus territorios a los pueblos indígenas.

Al respecto el Concejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca manifiesta:

Actualmente dentro de nuestro territorio, de manera ilegal se vienen sembrando maíces transgénicos que supuestamente entran como grano comercial, razón por la cual nuestros maíces nativos corren el riesgo de contaminarse, mediante la polinización, por consiguiente, perderse y con ello se perderá nuestra alimentación, nuestra cultura y nuestras tradiciones.

Conclusiones

En época de pandemia por la Covid -19 el Estado Boliviano ha implementado medidas económicas favorables a la agroindustria de base transgénica, que responde a un sistema económico de lógica extractivista, sin respetar el modelo económico plural de avanzada que establece la Constitución Política del Estado de Bolivia, que es un modelo de producción solidaria y recíproca, que articula las diferentes formas de organización económica, en base a los principios de complementariedad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia.

Este modelo económico plural reconoce la organización económica comunitaria que comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en la visión de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos, noción social y solidaria de economía, base de la seguridad y soberanía alimentaria en equilibrio con la naturaleza, que ahora está amenazada por los Decretos Supremos N° 3242 y N° 3248, a pesar de las recomendaciones realizadas por la CIDH en relación a que los Estados deben

abstenerse de promover iniciativas legislativas y/o autorizar proyectos extractivos, de explotación o desarrollo en o alrededor de los territorios de los pueblos indígenas, de conformidad con los estándares internacionales aplicables.

Bibliografía

ONG Realidades. *Cosmovisiones y desarrollos La encrucijada de los pueblos indígenas y sus derechos*. Sucre-Bolivia. 2013.

Martínez Dalmau Ruben y Viciano Roberto. *Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos y el nuevo paradigma Constitucional- Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla*. México. 2010.

PNUD. *Panorama general Informe de Desarrollo Humano. Más allá del ingreso, más allá de los promedios, más allá del presente: Desigualdades en el desarrollo humano en el siglo XIX*. 2019.

Naciones Unidas Bolivia. *Bolivia es clasificado por primera vez como país de "Desarrollo Humano Alto"*. 2019. <https://bit.ly/3hEAPyM>

Opinión Diario de circulación nacional. "Confirman 5.3 millones de hectáreas quemadas y Santa Cruz es el más afectado". *Bolivia*. (2020). <https://bit.ly/3iLB5h2>

CEJIS, UNITAS, Diakonia, IWGIA. *Deforestación e Incendios Forestales en Bolivia, Derechos humanos y de pueblos indígenas*. Septiembre de 2019

ANF Agencia de Noticias Fides. "China y Bolivia firman protocolo para la exportación de carne al país asiático". *Bolivia*. (2019). <https://bit.ly/3iFOCIH>

Ministerio de Medio Ambiente y Agua. Estado Plurinacional de Bolivia - ABT. *Deforestación en el estado plurinacional de Bolivia 2016-2017*. 2018.

Tribunal Internacional de los derechos de la naturaleza. Caso Chiquitania, Chaco y Amazonía vs. Estado Plurinacional de Bolivia: veredicto final. 2020. <https://bit.ly/3kviTbB>

Bolivia Segura Covid-19. Casos por Covid -19 al 09 de septiembre de 2019 de acuerdo a los datos oficiales de <https://bit.ly/33ArkeZ>

Página siete. "La Cepal prevé que en Bolivia la pobreza extrema llegue al 16,8%", *Bolivia*. (2020). <https://bit.ly/3hySyaY>

Medidas Económicas ante la Covid -19. (*Bolivia*, Ministerio de Economía y finanzas Públicas. 2020).

Defensoría del pueblo. *Informe sobre el impacto de Covid-19 en los pueblos indígenas en el Estado Plurinacional de Bolivia*. (Bolivia. Defensoría del Pueblo. 2020).

LA EMERGENCIA SANITARIA: SU INCIDENCIA EN EL ESTADO PLURINACIONAL CON AUTONOMÍAS

Bolivia: entre decretos de emergencia y estado de excepción

Mónica Gabriela Sauma Zankys¹

Patricia Serrudo Santelices²

1. El Estado plurinacional de Bolivia y el modelo autonómico

La promulgación de la Constitución boliviana en febrero de 2009, expresa un replanteamiento profundo de las estructuras político-económico-sociales, jurídicas y culturales imperantes en la sociedad boliviana, edificada hasta ese entonces bajo un modelo de Estado nación con homogeneidad cultural, no obstante su realidad plural, cimentando un nuevo modelo de Estado que plantea dos antítesis estructurales: un Estado plurinacional y un Estado compuesto con autonomías.

La primera nace desde la plurinacionalidad y se asienta, en palabras de Rojas, en el sujeto constituyente: naciones y pueblos indígena originarios y afrodescendientes, que conserva y lleva en sí la herida colonial y busca crear una alternativa al Estado moderno liberal “para descentrar la teoría política dominante y el sistema jurídico dominante bajo los cuales se ha organizado el Estado moderno y el constitucionalismo continental, y vaciar, de esta manera, el centro de organización de la discursividad de la

1 Magíster en Derecho Penal, con cursos de postgrado en Pueblos Indígenas, Gobernabilidad Democrática y Derechos Humanos, Pluralismo Jurídico e Interculturalidad. Ha sido letrada del Tribunal Constitucional Plurinacional, y actualmente es consultora, investigadora y docente en temas vinculados a Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Género y Pluralismo Jurídico.

2 Abogada, Magíster en Derecho Constitucional, con estudios de especialización en Derechos Humanos, pluralismo jurídico y en administración de justicia. Docente de posgrado en las asignaturas de derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos. Ha sido Letrada del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y Abogada Asistente del Tribunal Supremo de Justicia. Actualmente se desempeña como investigadora y consultora en Derechos Humanos y Derecho Público y ejerce litigio estratégico para la protección de derechos.

forma del Estado y del lenguaje predominante, y que -a partir de lo plural-, se genere un diálogo político entre las comunidades de derechos, dando paso a un posible Estado Plurinacional y pluralismo político en devenir”.³

En efecto, la plurinacionalidad concibe a naciones y pueblos indígena originario campesinos (NPIOC) no solo como culturas diferentes —en el marco de una noción multicultural— sino como *naciones*, entendiendo a estas en una doble dimensión: como comunidades históricas con un territorio natal determinado que comparte lengua y cultura diferenciada⁴ y como pueblos con capacidad política para definir sus destinos⁵ en la construcción del Estado plurinacional.

La segunda antítesis, se expresa en el Estado con autonomías, que se opone al Estado simple y centralizado, y se edifica sobre la base de las reivindicaciones sociales de territorialidad, libre determinación y autogobierno de las NPIOC y de las demandas regionales de mayor descentralización económica y política, que postularon la necesaria redistribución del poder político con base territorial, diseñando un complejo proceso de construcción y articulación entre las diferentes autonomías y el nivel central del Estado (NCE), que tiene como eje articulador el “desmontaje de una administración estatal centralizada o unipolar para proceder a la distribución territorial del poder político”⁶ que implica, a su vez, una nueva organización territorial con cuatro tipos de autonomías junto con el NCE: departamental, regional, municipal y autonomía indígena originaria campesina (AIOC).

En este sentido, este nuevo esquema constitucional, en el marco del principio de soberanía, asume un modelo de Estado compuesto: Estado con autonomías, que no supone un trasplante de otros modelos autonómicos, ya que su diseño tiene como bases axiológicas el pluralismo, la plurinacionalidad, la interculturalidad, la complementariedad y la descolonización, postulados a partir de los cuales, se produce una reingeniería de la organización territorial, de la distribución del poder y del relacionamiento entre las distintas entidades territoriales autónomas (ETA) y el NCE en el marco de una redefinición del concepto de “cualidad gubernativa multinivel”, que

3 Farith Rojas Tudela, “Dimensiones de lo plurinacional”, en *Diversidad institucional. Autonomías indígenas y Estado Plurinacional en Bolivia* (La Paz: Órgano Electoral Plurinacional, 2018), 45.

4 Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado y Sociedad. Luchas (de)Coloniales de nuestra época* (Quito: Ediciones Universidad Andina Simón Bolívar, Abya-Yala, 2009), 111.

5 Raquel Yrigoyen, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, coord. César Rodríguez Garabito (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011), 139-160.

6 Servicio Estatal de Autonomías, “Consejo Nacional de Autonomía. Residualidad, asignación competencial y cláusula residual”, *Boletín Informativo*, 3 (sep. 2016): 12.

desde el enfoque de la libre determinación de las NPIOC, contempla las AIOC.

En este contexto, la plurinacionalidad trasciende en el régimen autonómico que redefinió la organización territorial en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos (art. 269.I de la Constitución Política del Estado, CPE), entendidas como unidades territoriales, para la distribución del poder entre el NCE y las ETA, estas definidas como la institucionalidad que administra y gobierna en la jurisdicción de una unidad territorial, de acuerdo con las facultades y competencias asignadas por la Constitución y la ley (art. 6.II.1 de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización Administrativa, LMAD)⁷.

Otra característica del modelo autonómico es la “cualidad gubernativa” de las ETA, por la que se les otorga un reconocimiento competencial para el ejercicio de las funciones predeterminadas por la Constitución; a partir de esta cualidad gubernativa cada una de las ETA, elige directamente a sus autoridades, administra sus recursos económicos y ejerce facultades legislativas, reglamentarias, fiscalizadoras y ejecutivas por sus órganos de gobierno autónomo, en el ámbito de su jurisdicción territorial y de las competencias y atribuciones establecidas, con igualdad jerárquica entre ellas y no bajo una lógica de subordinación, así lo establece el art. 276 de la CPE. En el caso de las AIOC, estas, en el marco de la plurinacionalidad, pluralismo y la descolonización, eligen a sus autoridades de acuerdo a su democracia comunitaria, sus normas, procedimientos propios, y su institucionalidad responde a su cosmovisión y libre determinación; además, es la única autonomía que tiene la facultad jurisdiccional (art. 304.I.8 de la CPE).

Consecuentemente, el diseño constitucional, desde la plurinacionalidad, exige un modelo autonómico plural, que tiene como fin esencial la distribución de funciones político-administrativas en igualdad jerárquica, de manera equilibrada, sostenible y razonada, para que las decisiones sean asumidas en el marco de un diseño participativo de políticas públicas cuya materialización se plasme en un escenario de máxima proximidad a los habitantes, de manera tal que sea más eficaz la satisfacción de las necesidades colectivas y de desarrollo integral del país, desmontando las tendencias centralistas y profundizando de manera progresiva y gradual la cláusula autonómica.

⁷ Los alcances del Estado Plurinacional con autonomías, fueron desarrollados por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) en las Declaraciones Constitucionales Plurinacionales (DCP) 0001/2013, 0007/2013, 0008/2013, 0009/2013, 0009/2014, 0042/2014, 0016/2015, entre otras.

2. Estado de excepción y estado de emergencia sanitaria: su distinción

El estado de excepción se encuentra regulado en los artículos que van desde 137 al 140 de la CPE, normas que se constituyen en verdaderas garantías de los derechos, bajo el entendido que, en caso de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural -que son los supuestos que habilitan la declaratoria de excepción⁸- el Ejecutivo del nivel central solo podrá limitar los derechos y asumir competencias excepcionales bajo las condiciones establecidas en el art. 138 de la CPE:

1. Declarado el estado de excepción, su vigencia dependerá de la aprobación posterior de la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP), que tendrá lugar apenas las circunstancias lo permitan y, en todo caso, dentro de las 72 horas.
2. La aprobación de la declaración del estado de excepción indicará las facultades conferidas y guardará estricta relación y proporción con el caso de necesidad.
3. Una vez finalizado el estado de excepción, no podrá declararse otro dentro del siguiente año, salvo autorización legislativa previa.
4. El ejecutivo debe rendir cuentas a la ALP de los motivos que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, así como del uso que haya hecho de las facultades conferidas por la Constitución y la ley.
5. Si existe violación a los derechos establecidos en la Constitución serán objeto de proceso penal por atentado contra los derechos.

⁸ Art. 137 de la CPE: "En caso de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural, la Presidenta o el Presidente del Estado tendrá la potestad de declarar el estado de excepción, en todo o en la parte del territorio donde fuera necesario. La declaración del estado de excepción no podrá en ningún caso suspender las garantías de los derechos, ni los derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los derechos de las personas privadas de libertad".

Conforme a lo anotado, si bien el estado de excepción puede ser declarado por el órgano ejecutivo, sin embargo, su vigencia depende de la aprobación de la ALP, y esto se explica a partir de su concepción como garantía de los derechos, pues, su limitación supondrá un estricto análisis de proporcionalidad, en el marco de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Ahora bien, como emergencia de la Pandemia de la Covid-19, el órgano ejecutivo ha emitido, entre otras medidas, el Decreto Supremo (DS) 4200 de 25 de marzo de 2020, que dispone el estado de emergencia sanitaria y cuarentena en todo el territorio boliviano, con suspensión de actividades públicas y privadas, y adopta las siguientes medidas:

1. Prohibición de circulación de vehículos públicos y privados, salvo aquellos destinados al traslado de personal dedicado a la prestación de servicios básicos y al abastecimiento de artículos de primera necesidad.
2. Prohibición de portar armas de fuego, armas blancas y explosivos que pudieran atentar contra la integridad o bienes públicos o privados.
3. Prohibición de organizar reuniones sociales, políticas, mítines, manifestaciones, huelgas y bloqueos de calles, caminos urbanos, rurales y vecinales.
4. Permanencia de las personas en sus domicilios, con desplazamientos mínimos e indispensables.

Adicionalmente, el art. 13 del DS 4200, sostiene que las personas que incumplan lo dispuesto en dicha norma, serán sancionadas con arresto de ocho horas más la imposición de una multa pecuniaria, sin perjuicio de la denuncia penal por la comisión de delitos contra la salud pública.

Conforme se observa, el Decreto limita el ejercicio de los derechos a la libertad personal, de locomoción y de reunión, entre otros; derechos que si bien no se encuentran dentro de las prohibiciones de restricción previstas en el art. 27 de la CADH⁹; sin embargo, el DS que se analiza fue

⁹ El art. 27.2 de la CADH, señala que en los estados de excepción, no se autoriza: "... la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la integridad); 6 (Prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (Libertad

emitido en virtud del art. 100 de la LMAD¹⁰ y la Ley 602, Ley de Gestión de Riesgos, que prevé la posibilidad que el nivel central emita una declaratoria de estado de emergencia y que aplique un régimen de excepción, que de ninguna manera autoriza la limitación al ejercicio de los derechos fundamentales, sino únicamente la realización de modificaciones presupuestarias y transferencias entre partidas¹¹, así como la contratación de bienes y servicios bajo la modalidad de contratación por desastres o emergencias, orientada a la atención inmediata y oportuna de las poblaciones y sectores afectados. Cabe señalar que esas normas tampoco habilitan a que el nivel central ejerza funciones de otros niveles de gobierno, sino que, al contrario, los esfuerzos para paliar la amenaza deben ser realizados de manera coordinada con las ETA.

De ello se desprende que, en el marco de un estado de emergencia sanitaria, correspondía únicamente la regulación sobre los temas antes anotados, más no así la limitación a derechos fundamentales ni la afectación competencial a los otros niveles de gobierno, pues estas restricciones solo son posibles en el marco de un estado de excepción, bajo las condiciones previstas en la CPE y las normas del bloque de constitucionalidad que exigen que las restricciones sean necesarias en una sociedad democrática, que satisfagan el principio de legalidad y el de proporcionalidad y, en ese sentido, que las medidas adoptadas sean idóneas para alcanzar la finalidad constitucional buscada, que no existan medios menos lesivos para alcanzarla y que la afectación a los derechos no resulte más perjudicial que el beneficio obtenido¹².

de conciencia y de religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la nacionalidad), y 23 (Derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

10 El art. 100 de la LMAD establece que el nivel central del Estado tiene la competencia exclusiva de establecer parámetros y clasificar las categorías de declaratoria de desastre o emergencia, así como declarar desastre o emergencia, de acuerdo a las categorías establecidas, y ejecutar acciones de respuesta y recuperación integral de manera coordinada con las entidades territoriales autónomas.

11 El art. 32 establece que “la declaratoria de desastres y/o emergencias permite que las entidades públicas de todos los niveles del Estado encargadas de su atención, realicen modificaciones presupuestarias y transferencias entre partidas presupuestarias, de acuerdo a la normativa existente y la normativa específica que establezca el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas”.

12 Los estándares del sistema interamericano sobre los estados de excepción, contenidos, fundamentalmente en la OC-8/87 de 30 de enero de 1987 y la OC 9/87 del 6 de octubre de 1987, han sido resumidos en el Comunicado de Prensa de la CIDH de 17 de abril de 2020, por el que llama a los Estados a asegurar que las medidas de excepción adoptadas para hacer frente a la pandemia Covid-19 sean compatibles con sus obligaciones internacionales. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/076.asp>

3. Los efectos del estado de emergencia por la pandemia en el ejercicio de competencias multinivel

El régimen autonómico boliviano tiene una asignación competencial de carácter rígido, puesto que la Constitución realiza una primera distribución de competencias en catálogos específicos y cerrados a los diferentes niveles de gobierno. La naturaleza de esta distribución radica en que cada competencia debe ser ejercida únicamente por el nivel de gobierno al cual la norma fundamental le ha asignado la titularidad. Así el art. 297 de la CPE define cuatro tipos de competencias: privativas, exclusivas, concurrentes y compartidas, que se distribuyen en nueve listas (arts. 298 al 304 de la CPE). Este reparto se realiza en relación a materias y a las facultades que los niveles de gobierno pueden ejercer respecto a cada tipo de competencia, en el marco de la asignación competencial constitucional y dentro de su jurisdicción.

De acuerdo con lo establecido en la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 2055/2012 de 16 de octubre, los gobiernos autónomos no pueden elegir arbitrariamente la titularidad de las competencias, porque están obligados a asumir las competencias asignadas, aunque su ejercicio sea gradual; por ello, existen dos tipos de asignación competencial: una primaria, que es la realizada por la Constitución a través de las listas distribuidas en el catálogo competencial y, una secundaria, que se realiza respecto de competencias no previstas primariamente y que se reputan automáticamente a favor del NCE, que deberá reasignarlas mediante ley a las diferentes ETA, en aplicación de la cláusula residual¹³.

Respecto a la salud, los cuatro niveles de gobierno tienen facultades y responsabilidades distribuidas. Así en cuanto a la gestión del sistema de salud, es una competencia concurrente, en mérito de la cual el NCE tiene para sí la legislación, en tanto que los otros niveles de gobierno tienen la facultad ejecutiva y reglamentaria (art. 299.II.2 de la CPE), asimismo, la política sobre salud es una competencia exclusiva del NCE (art. 298.II.17 de la CPE).

En este marco de distribución competencial en salud, la declaratoria de estado de emergencia es distinta al estado de excepción, cuyas características diferenciadoras inciden efectivamente en el ejercicio de competencias multinivel, puesto que el estado de excepción solo puede ser

13

Respecto a la asignación competencial se ha pronunciado la DCP 0008/2013.

declarado por el NCE, en tanto que el de emergencia puede ser declarado por cualquier nivel de gobierno respecto a alguna competencia asignada.

En efecto, el estado de emergencia opera ante la necesidad de establecer políticas públicas de urgencia para determinado sector, por cierta situación de conflictividad, tales los casos de desastre natural, ecológico, sanitario como el caso de la Covid-19 u otra circunstancia que exija la adopción de medidas destinadas a mejorar el problema que se está atravesando, y que puede ser determinado por cualquier nivel de gobierno en el ámbito de sus competencias; de tal manera el estado de emergencia no es restrictivo de derechos, por el contrario, permite ampliar la política pública a través de modificaciones presupuestarias, de planificación, etc., hasta superar la emergencia, siendo un recurso de la gestión pública para generar medidas inmediatas y efectivas.

Evidentemente en el régimen autonómico boliviano, donde los distintos niveles de gobierno coparticipan a partir de las facultades y responsabilidades asignadas en materia de salud, las particularidades de una declaratoria de emergencia sanitaria, exigen una mayor vinculación a los principios rectores del Estado con autonomías, como los de coordinación, lealtad institucional, subsidiariedad, provisión de recursos económicos, transparencia (art. 270 de la CPE) y una mayor articulación del principio autonómico y no así del centralismo.

La emergencia sanitaria por la pandemia de la Covid-19, a la luz de las restricciones contenidas en el DS 4200, debió haber sido dispuesta a través de la declaratoria de un estado de excepción, por cuanto -como se ha visto- en dicha norma se limitan derechos fundamentales, lo que excede a las regulaciones de un estado de emergencia, en el marco de lo previsto en la Ley 402 que se circunscribe al manejo de recursos económicos para enfrentar la amenaza.

Efectivamente, si la declaratoria de estado de excepción permite que el ejecutivo nacional asuma medidas provisionales de urgencia que limitan derechos, bajo la condición de que la ALP las apruebe a la luz de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, también a partir de dicha declaratoria podría afectarse el ejercicio competencial de los otros niveles de gobierno, bajo las mismas condiciones, con un estricto nivel de coordinación con las diferentes ETA, para no deslegitimizar el modelo autonómico.

La emergencia por la pandemia de la Covid-19 en Bolivia ha desnudado la insuficiencia de recursos para afrontarla, por la falta de equi-

pamiento de los hospitales, insuficiencia de medidas de bioseguridad, laboratorios, personal médico, enfermeras, logística, etc., provocando una redefinición de las políticas públicas con incidencia en el ejercicio competencial multinivel; redefinición que si bien podría resultar proporcional dada la dimensión de la emergencia. Sin embargo, es evidente que este aspecto debió haber sido establecido a través de la declaratoria del estado de excepción y la intervención de la ALP bajo las condiciones antes señaladas.

En dicho contexto, se advierten fisuras en el régimen autonómico en cuanto a los niveles de coordinación entre las ETA y entre estas con el NCE, que quiebran el andamiaje de la autonomía y su funcionamiento en los marcos constitucionales previstos, toda vez que la regulación del actual estado de emergencia declarado por el DS 4200, no ha seguido los cauces constitucionales previstos para los estados de excepción.

No debe olvidarse que a partir del principio de lealtad institucional en el marco de la interculturalidad del régimen autonómico, se exige que el NCE y las ETA tomen en cuenta el impacto que sus acciones puedan tener, evitando aquellas que las perjudiquen, promoviendo el diálogo en torno a las medidas susceptibles de afectarles negativamente, respetando el ejercicio legítimo de sus competencias, facilitando toda información pública para su mejor desempeño (art. 5.15 de la LMAD), principio que aún en la declaratoria de estado de excepción debe mantenerse, así como los niveles de coordinación con las ETA.

Estos principios han sido inobservados por el nivel central, al determinar en el art. 12 del DS 4200 que la administración de los Servicios Departamentales de Salud (SEDES), dependientes de los gobiernos autónomos departamentales, pasen al gobierno nacional de forma excepcional y temporal, durante la vigencia de la emergencia sanitaria por la Covid-19, así como las designaciones y cambios de directores de los SEDES¹⁴; pues dichas determinaciones, se reitera, debieron estar precedidas de una declaratoria de estado de excepción, siempre y cuando quedare demostrada la desinteligencia, la falta de coordinación y la ineficacia o la obstrucción de los otros niveles de gobierno para encarar la emergencia.

Asimismo, a partir del principio de subsidiariedad se asegura que la toma de decisiones y provisión de los servicios públicos sea realizada desde el gobierno más cercano a la población, excepto que por razones de eficiencia y escala se justifique proveerlos de otra manera (art. 5.12 de la LMAD); En este contexto, ante la posible insuficiencia del SEDES, porque

14

Resolución Ministerial No. 196 del 13 de abril de 2020.

presuntamente no estaría atendiendo con eficacia la emergencia de la pandemia, el gobierno del NCE tenía a su alcance la posibilidad de ejecutar de manera directa los recursos sin invadir la institucionalidad de la gobiernos autónomos departamentales, invirtiendo de manera directa los recursos para los insumos, equipamiento de hospitales y demás requerimientos, por ello se hace necesario recordar que las autonomías no son un obstáculo, sino más bien, su sentido involucra el acercamiento más próximo del Estado en la atención de las necesidades concretas de la población.

Consecuentemente, las medidas asumidas por el NCE, ciertamente afectan la cláusula autonómica con incursiones de centralismo, que aun mediando la declaratoria de estado de excepción debe mantenerse a través de la coordinación entre las ETA; afectación que es más evidente si se considera el defecto de origen del DS 4200.

4. IV. Las consecuencias del estado de emergencia en las AIOC y las NPIOC

Tratándose de las AIOC, la coordinación y el relacionamiento del NCE debe ser aún mayor; pues, tienen una cualidad autonómica que se fundamenta en el derecho a la libre determinación de las NPIOC y en los derechos reconocidos tanto en el art. 30 de la CPE como en el Convenio 169 de la OIT, las Declaraciones de las Naciones Unidas y Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la CIDH. Además, debe aclararse que el relacionamiento y coordinación antes señalado, no debe estar enfocado únicamente en las AIOC, sino también en las NPIOC, por cuanto la titularidad de los derechos colectivos es independiente de su constitución o no en autonomías.

El art. 2 de la CPE garantiza la libre determinación de las NPIOC, “que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales”; derecho que también se encuentra contemplado en el art. 30.II.4 de la CPE, y que se vincula con el derecho a la consulta previa; pues, si a partir de su dimensión interna, la libre determinación implica el derecho de las NPIOC a definir libremente sus condiciones de desarrollo¹⁵,

¹⁵ El art. 7.1. del Convenio 169 señala: “1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desa-

que incluye el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo, salud y educación, es evidente que el derecho a la consulta previa, implicará que las medidas –legislativas o administrativas– que afecten directamente a las NPIOC, les sean consultadas a través de sus instituciones representativas, conforme lo determina el art. 6.1. del Convenio 169 y el art. 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

El art. 6 del Convenio 169 determina que los Estados deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente y en todos los niveles en la adopción de decisiones sobre políticas y programas que les conciernen, y de acuerdo al art. 7.2 del mismo Convenio, el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo, salud y educación de los pueblos indígenas, debe contar con su participación y cooperación.

Los derechos de las NPIOC, si bien no se encuentran dentro de los derechos prohibidos en su limitación establecidos en el art. 27.2 de la CADH. Sin embargo, ello no significa que puedan ser suspendidos ni limitados; al contrario, en el marco de una interpretación favorable deberán merecer una protección reforzada por la discriminación estructural e histórica que han sufrido, que ha determinado que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad que requiere de una atención reforzada por parte del Estado.

Además, en el marco de una interpretación evolutiva de derechos¹⁶, la CIDH ha interpretado las normas de la CADH desde una dimensión colectiva, señalando que la norma internacional relativa a pueblos indígenas les reconoce derechos como sujetos colectivos¹⁷. Por ende, los derechos previstos en el art. 27.2 de la CADH, como el reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, también se aplican a los pueblos indígenas desde una dimensión colectiva.

De ello se desprende que los Estados deben garantizar el ejercicio de los derechos de las NPIOC en estados de excepción, más aún cuando, conforme ha quedado expresado, en el caso boliviano no se han cumplido con las condiciones –garantías– para la limitación legítima de derechos

rollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente".

16 Interpretación evolutiva que fue desarrollada en la Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

17 Corte IDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones), parr. 231.

fundamentales. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la Resolución 1/2020 de 10 de abril, en el documento “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, efectuó recomendaciones específicas a los Estados respecto a los pueblos indígenas¹⁸, que fueron posteriormente ampliadas por la CIDH, el 6 de mayo de 2020, que hizo referencia a la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a la pandemia de Covid-19 y llamó a los Estados a tomar medidas específicas, acordes con su cultura y respeto a sus territorios¹⁹, entre ellas:

1. Garantizar su derecho a la salud desde los enfoques de interculturalidad, género y solidaridad intergeneracional; tomando en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales.

2. Asegurar su participación, mediante la inclusión de sus entidades representativas, líderes y autoridades tradicionales, en la formulación e implementación de políticas públicas orientadas a la prevención y atención médica de esta población.

3. Abstenerse de promover iniciativas legislativas o autorizar proyectos extractivos, de explotación o desarrollo en o alrededor de los territorios de los pueblos indígenas, en virtud de la imposibilidad de llevar adelante los procesos de consulta previa, libre e informada.

Las recomendaciones anotadas deben ser aplicadas en Bolivia para las diferentes NPIOC y claro está, para las AIOC que, de acuerdo al art. 289 de la CPE, consisten en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las NPIOC, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias. Las AIOC se conforman a partir de los territorios indígena originario campesinos, o los municipios y regiones que adoptan esa cualidad (art. 291.I de la CPE).

De acuerdo con los datos existentes en el Viceministerio de Autonomías²⁰, de diecinueve AIOC que se encuentran en trámite, únicamente

18 Las Recomendaciones son las siguientes: 1. Proporcionar información sobre la pandemia en su idioma tradicional; 2. Respetar de forma irrestricta el no contacto con los pueblos y segmentos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario; 3. Extremar las medidas de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el marco de la pandemia de la Covid-19, tomando en consideración su derecho a recibir una atención de salud con pertinencia cultural; 4. Abstenerse de promover iniciativas legislativas o avances en la implementación de proyectos productivos o extractivos en los territorios de los pueblos indígenas durante el tiempo en que dure la pandemia.

19 Comunicado de prensa de 17 de abril de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/2YMEKDL>
20 Viceministerio de Autonomías, Bolivia <https://bit.ly/31pYIWl>.

tres (Charagua Iyambae, Uru Chipaya y Raqaypampa) cuentan con implementación de gestión administrativa como ETA, es decir, que están ejerciendo su autonomía. Ello se explica porque la conformación de AIOC, tiene un procedimiento lento y difícil para las NPIOC, pues tienen que cumplir estrictos requisitos para ejercer el derecho a la autonomía.

Efectivamente, de acuerdo al art. 56 de la LMAD, para el acceso a la AIOC, el ahora Viceministerio de Autonomías debe certificar, en cada caso, la condición de territorios ancestrales, actualmente habitados por NPIOC, requisito que si bien es suficiente para la conversión de municipio o autonomía regional en AIOC, no lo es respecto a la constitución de la autonomía a partir de un territorio indígena originario campesino, pues en este caso se requiere de la viabilidad gubernativa y la base poblacional (10.000 habitantes para NPIOC de tierras altas y mínimamente 1000 para NPIOC minoritarias).

Los requisitos anotados, evidentemente “occidentalizan” el acceso a la AIOC; pues condicionan el ejercicio del derecho a la autonomía al reconocimiento estatal de su condición de pueblos ancestrales, de su viabilidad gubernativa y base poblacional, no obstante que, en el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas no puede estar condicionado al cumplimiento de requisitos exigidos por parte del Estado²¹.

Una vez que se accede a la AIOC, existe un largo camino por recorrer; pues las NPIOC deben elaborar su Estatuto de acuerdo a normas y procedimientos propios, que luego será sometido a control de constitucionalidad, existiendo posteriormente un procedimiento administrativo de adecuación de sus normas propias a las de gestión pública y acreditación de cuentas fiscales, lo que, además de generar demora en la tramitación, provoca conflictos en sus propias instituciones.

Todo este engorroso trámite tiene como resultado que únicamente tres AIOC –como se tiene dicho- se encuentren en ejercicio de la autonomía con posibilidad de realizar las competencias previstas en la CPE y la ley, entre ellas, las correspondientes al ámbito de salud; de lo que podría concluirse que los niveles de coordinación, desde la perspectiva de los derechos de las NPIOC solo alcanzaría a las tres ETA antes referidas; sin embargo, como se tiene señalado, tratándose de NPIOC, con independencia de su constitución en autonomías, deben respetarse sus derechos a la

21 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128

consulta previa, coordinación y participación en las políticas de salud, más aún en situación de la pandemia Covid-19; estándares que, empero, no han sido desarrollados en el Estado boliviano.

Efectivamente, de acuerdo al portal de noticias del Ministerio de la Presidencia, el 6 de mayo de 2020 se anunció que el Gobierno de Bolivia sería el primero en desarrollar un protocolo de salud para NPIOC para prevenir la Covid-19, con la cooperación de la Organización Panamericana de Salud²². En la noticia, el Viceministro de Coordinación con Movimientos Sociales y Sociedad Civil, felicitó a las NPIOC por encapsular sus territorios y señaló que se encontraban “trabajando y coordinando con los municipios y sus autoridades, para atender sus necesidades y dotarles de insumos de bioseguridad, evitando así que la pandemia ingrese a sus regiones”.

Sin embargo, a la fecha aún no se ha publicado o socializado el Protocolo²³, conforme se extrae del Informe de la Defensoría del Pueblo al Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, publicado en la página web de la Defensoría el 21 de junio de 2020, en el que respecto al derecho a la salud, la Defensora sostiene que en la Guía para el Manejo de la Covid-19, emitida por el Ministerio de Salud no existen medidas diferenciadas para la protección de las NPIOC, lo cual repercute en la falta de una política pública en salud que prevenga y los proteja frente a la Covid-19²⁴.

En el informe también se señala que existe poca capacidad de resolución en los servicios de primer nivel, falta de recursos humanos e insumos para la toma de muestras, carencia de equipos de bioseguridad y falta de servicios culturalmente apropiados y accesibles, lo cual se refleja en mayor medida en los municipios del área rural donde habitan la mayoría de las NPIOC minoritarias.

En cuanto a la información y participación de NPIOC, el informe sostiene que las acciones desarrolladas en torno a la pandemia, no han contado con procesos de consulta previa ni su participación en ninguno de los niveles de gobierno para la toma de decisiones.

Los datos contenidos en el informe se confirman a partir de pronunciamientos de los diferentes NPIOC. Así, el 11 de mayo, la Confederación de Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB) solicitó a la Presidenta, la implementación de pruebas rápidas, brigadas de salud iti-

22 Ministerio de la Presidencia, Bolivia. Disponible en: <https://bit.ly/2YKF3im>

23 Los portales tanto del Ministerio de Salud como del Ministerio de la Presidencia revisados al 24.06.2020, no contienen la publicación de dicha herramienta.

24 El informe puede ser encontrado en la siguiente página: Defensoría del Pueblo, Bolivia, <https://bit.ly/2YIXVOH>

nerantes, bono Covid-19, apoyo municipal y estatal, la participación de la CIDOB en acciones estatales, educación bilingüe entre otros aspectos²⁵. Por su parte, la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG), pidió a los diferentes niveles de gobierno atender sus necesidades en salud²⁶. En similar sentido, la coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA) y las coordinadoras del área de la mujer y la familia emitieron un pronunciamiento en el que solicitan a las autoridades “tomen medidas urgentes de protección para las comunidades indígenas, garantizando además las participación de la mujer indígena en el diseño e implementación de políticas públicas integrales con pertinencia cultural para enfrentar la pandemia”; asimismo, piden a los organismos internacionales que se pronuncien sobre la falta de políticas públicas adaptadas a sus necesidades y realidades, y que se garantice el acceso a la medicina ancestral, en complementariedad con la medicina occidental²⁷.

También cabe mencionar al manifiesto público de las naciones Qhara Qhara y Sura, del 11 y 15 de mayo, respectivamente, por el que instan a las naciones y pueblos indígenas a resguardar su territorio y a los gobiernos nacional, departamentales y municipales, a coordinar con las autoridades originarias para el cuidado y prevención de la Covid-19. En dicho pronunciamiento también solicitan la abrogación del DS 4232 de 7 de mayo 2020 por el que se autoriza el uso de transgénicos; punto sobre el cual también se pronunció la AIOC guaraní Charagua Iyambae adhiriéndose a los pronunciamientos de la APG que efectuaron una denuncia nacional e internacional respecto al citado Decreto²⁸.

Asimismo, varias ONG e instituciones, el 1 de junio de 2020 presentaron una nota a la Presidenta del Estado, solicitando el envío de medicamentos, personal de salud a los pueblos indígenas, socialización de protocolos de bioseguridad para la prevención y gestión de la enfermedad y que las acciones sean coordinadas con los gobiernos departamentales, municipales y las autoridades indígenas propias, en el marco del respeto de su autogobierno y libre determinación; nota de la cual se envió una copia al Relator Especial de Naciones Unidas para los pueblos indígenas y a la CIDH²⁹.

25 ibid.

26 Agencia de Noticias FIDES, 25 de junio de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/2Ai2Uwm>

27 ibid.

28 El pronunciamiento puede ser revisado en la siguiente página del Gobierno de la AIOC de Charagua <https://bit.ly/2VrbTTm> El tema de los transgénicos y el derecho a la consulta previa ha sido desarrollado por María Elena Attard Bellido, en esta misma publicación.

29 CEDIB. Disponible en: <https://bit.ly/2VuK1NX>

Conforme a lo desarrollado, es evidente que los estándares internacionales e internos para la protección de los derechos de las NPIOC no han sido cumplidos por el Estado, pues no se ha garantizado la consulta y participación de las NPIOC respecto a las medidas asumidas por la emergencia de la pandemia y tampoco se las ha socializado ni se ha adoptado un enfoque intercultural en la atención de salud.

5. Balance final

A partir de todo lo desarrollado, se puede advertir que en nuestro modelo de Estado, Constitucional, Plurinacional y con autonomías, la Constitución regula el estado de excepción como una garantía para la defensa de los derechos, los cuales si bien pueden ser limitados en dicho periodo; empero, deben cumplirse expresamente las condiciones previstas en la norma fundamental y el bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, la decisión que inicialmente asuma el ejecutivo del nivel central, debe ser aprobada por la ALP en el marco de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, efectuando además el control sobre los actos asumidos durante el periodo que duró el estado de excepción. Dichas garantías también son aplicables a aquellas medidas que excepcionalmente involucren una afectación en el ejercicio competencial para asegurar la eficacia de las políticas públicas asumidas para afrontar la emergencia, sin anular la coordinación que debe existir entre el NCE y las ETA.

Si bien es el ejecutivo del NCE quien declara el estado de excepción, y que por ello, tiene la obligación de remitir dicha declaratoria ante la ALP, de conformidad con el art. 138.I de la CPE, a efecto de su aprobación. Sin embargo, si el ejecutivo incumple con esta remisión, es el legislativo el que, de oficio, debería efectuar el control correspondiente; conclusión que se desprende del propio art. 138 de la CPE y del principio de separación, coordinación y cooperación entre órganos, que se encuentra previsto en el art. 12.I de la CPE.

Estas obligaciones constitucionales no han sido cumplidas por el órgano ejecutivo ni legislativo; pues, el primero, conforme se ha mostrado en este artículo, ha obviado la declaratoria de estado de excepción y, el segundo, no ha actuado oficiosamente, dentro de los plazos previstos en la Constitución, ejerciendo el control sobre los actos del ejecutivo.

Si bien Bolivia atraviesa un escenario políticamente complejo debido a que se encuentra bajo un gobierno transitorio con apoyo parlamentario minoritario, y que las elecciones no pueden ser desarrolladas dentro de los plazos inicialmente previstos debido a la Pandemia de la Covid-19, sin embargo, esta situación particular no justifica el incumplimiento de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad para la declaratoria del estado de excepción, la limitación de derechos fundamentales y la afectación excepcional al ejercicio competencial a los diferentes niveles de gobierno.

El incumplimiento de las garantías para la declaratoria del estado de excepción que han sido referidas en este texto, provoca un defecto de origen debido a que no se siguió el procedimiento constitucional para el efecto. Adicionalmente, tratándose de derechos de las NPIOC, se constata que no se ha garantizado su derecho a la consulta previa ni su participación en la definición de las medidas adoptadas para combatir la Covid-19 y tampoco se ha adoptado una perspectiva intercultural, recogiendo sus saberes y prácticas ancestrales, que exige nuestro diseño constitucional, como lo han denunciado las diferentes NPIOC.

Más allá del defecto de origen de la norma, en los hechos, se ha advertido una falta de relacionamiento y coordinación entre las ETA y el NCE para hacer frente a la pandemia Covid-19, afectándose el modelo de Estado con autonomías y, el Estado Plurinacional, en la medida en que las AIOC y en general, las NPIOC no han sido atendidas en el marco de los estándares internacionales e internos.

Bibliografía

Anaya, James, *El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación*, <https://bit.ly/38cjPnt>

Defensoría del Pueblo, *Informe sobre el impacto de Covid-19 en los pueblos indígenas en el Estado Plurinacional de Bolivia*, <https://bit.ly/3eMB4r8>.

Rojas Tudela, Farith, "Dimensiones de lo plurinacional". En *Diversidad institucional. Autonomías indígenas y Estado Plurinacional en Bolivia*, 39-50. La Paz: Órgano Electoral Plurinacional, 2018.

Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: Plural/CESU-UMSS, 2010.

Servicio Estatal de Autonomías, "Consejo Nacional de Autonomías. Residualidad, asignación competencial y cláusula residual", *Boletín Informativo*, 3 (sep. 2016): 12.

Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado y Sociedad. Luchas (de) Coloniales de nuestra época* (Quito: Ediciones Universidad Andina Simón Bolívar, Abya-Yala, 2009).

Yrigoyen, Raquel, "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización". En *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, coordinado por César Rodríguez Garabito, 139-160. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

OC-8/87 de 30 de enero de 1987, *El Hábeas corpus bajo suspensión de garantías*.

OC 9/87 del 6 de octubre de 1987, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*.

OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*.

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones).

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Tribunal Constitucional Plurinacional

DDCCPP 0001/2013, 0007/2013, 0008/2013, 0009/2013, 0009/2014, 0042/2014, 0016/2015

SCP 2055/2012

Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comunicado de prensa de 17 de abril de 2020, <https://bit.ly/2YME-KDL>

Páginas web

Agencia de Noticias FIDES, 25 de junio de 2020, <https://bit.ly/2Ai2Uwm>

CEDIB, <https://bit.ly/2VuK1NX>

Defensoría del Pueblo, Bolivia, <https://bit.ly/2YIXVOH>

Gobierno Autónomo Charagua, de <https://bit.ly/2VrbTTm>

Ministerio de la Presidencia, Bolivia, <https://bit.ly/2YKF3im>

Viceministerio de Autonomía, Bolivia <https://bit.ly/31pYIWl>

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA: EL CASO BOLIVIANO

Juan Carlos Estivariz¹

Introducción

El panorama de la pandemia es propicio para analizar la garantía de los derechos desde distintas perspectivas, que debido a la extensión del presente trabajo no pueden ser abordadas a profundidad. De ahí que en la primera parte de este ensayo se analizará de manera general la vulneración de derechos de algunos grupos vulnerables, con la finalidad de impulsar al lector a investigar tales violaciones y proponer acciones.

El resto del presente trabajo se abocará a analizar, a profundidad, el derecho a la salud. Lo anterior debido a que: 1) La Covid-19 es una enfermedad que hasta el momento ha causado cerca de 500.000 muertes devastando los sistemas de salud de países incluso del “primer mundo”. Y, 2) El desarrollo pretende sentar bases para emprender acciones tendientes a la garantía del derecho a la salud.

Para cumplir con el objetivo citado en el párrafo precedente y siendo que el derecho a la salud se encuentra dentro de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), es imprescindible hacer una breve referencia al problema suscitado respecto a la justiciabilidad directa de este grupo de derechos.

¹ Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la UASB - Ecuador. Candidato a Doctor por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Al respecto, los DESCAs han sido separados de los derechos civiles y políticos (DCP), en la medida en la que los primeros fueron entendidos como prestacionales, mientras que los segundos como libertades; aunque tal distinción ha sido disuelta entre otros por Holmes y Sunstein².

Esta distinción ha generado un tardío reconocimiento de los DESCAs como directamente justiciables; en el caso del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) su reconocimiento está ligado a la guerra fría³, evento que muestra cómo los dos bloques “enfrentados” en dicha contienda pretendieron imponer su ideología a nivel global; prueba de ello es que los países que representan al bloque comunista se abstuvieron de votar a favor del proyecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁴.

Además de lo anterior es imperante resaltar que el SUDH hace la distinción entre DCP y DESC, dotando a los primeros de un procedimiento de comunicaciones individuales desde el año 1966; mientras que los segundos recién contarán con lo anterior desde el año 2008.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)⁵ ocurre un hecho similar, pues la justiciabilidad directa de los DESCAs también resultó tardía. Lo anterior ocurrió debido a las interpretaciones que se dio al art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁶, que derivó en el reconocimiento de dicha tutela directa recién desde el año 2017⁷.

Tal tardía justiciabilidad directa de los DESCAs es el resultado de imposiciones ideológicas; por ejemplo Bobbio a tiempo de desarrollar las “falsas promesas de la democracia”, señala: “Cuando los que tenían el derecho de votar eran solamente los propietarios era natural que pidiesen al poder público que ejerciera una sola función fundamental, la protección de

2 Cfr. Stephen Holmes and Cass Sunstein, *El Costo de Los Derechos: Porqué La Libertad Depende de Los Impuestos* (Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2011), 56 y ss.

3 Un análisis a profundidad se encuentra en: Robert McMahon, *La Guerra Fría, Una Breve Introducción* (Madrid, España: Alianza Editorial, 2009), 12 a 17.

4 Al respecto, en el siguiente enlace puede visualizarse la votación: <https://web.archive.org/web/20190121232151/http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=140243550E15G.60956&profile=voting&uri=full=3100023~!909326~!676&ri=1&aspect=power&menu=search&source=~!horizon>

5 Un análisis pormenorizado en: Jorge Calderón Gamboa, “Consolidando Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales En El Sistema Interamericano: La Justiciabilidad Directa En La Sentencia Lagos Del Campo y La Relatoría DESCAs,” en *70 Aniversario de La Declaración Universal de Derechos Humanos, La Protección Universal de Los Derechos Humanos En Cuestión*, ed. Héctor Olasolo, Carol Proner et al. (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018), 343. 354.

6 Cfr. Voto parcialmente disidente del Juez Sierra Porto. Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

7 Cfr. Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

la propiedad. De aquí nació la doctrina del Estado limitado (...) la configuración del Estado como asociación de los propietarios para la defensa de aquel derecho natural (...) que para Locke era la propiedad⁸; denotando de lo anterior la falta de atención a otros derechos como la educación y la salud⁹.

1. Vulneración de derechos en tiempos de pandemia (grupos vulnerables)

A tiempo de iniciar el presente trabajo se dijo que el contexto de la pandemia era propicio para analizar la vulneración de derechos desde distintas ópticas; a tal efecto conviene señalar que, por ejemplo, producto del confinamiento 1) Se incrementaron los casos de feminicidio y de infanticidio¹⁰; y, 2) La tasa de desempleo subió de 4.8% a 7.38%¹¹.

Esos desalentadores datos merecen análisis profundos que, debido a la extensión y al objeto de este trabajo, no serán desarrollados.

De otro lado, nuestro objetivo es desarrollar la vulneración del derecho a la salud en tiempos de pandemia, en tal sentido, antes de cumplirlo es oportuno analizar la situación de algunos grupos vulnerables respecto al citado derecho.

Así, conforme se mostrará *infra* existen dos grupos vulnerables cuyo derecho a la salud se ha visto considerablemente disminuido en el contexto de la pandemia, a saber: 1) privados de libertad; y, 2) pueblos indígenas.

En cuanto a los privados de libertad, es necesario contextualizar su situación antes de la pandemia; al respecto, la Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia ha emitido un informe titulado "Presos

8 Norberto Bobbio, 27.

9 Para reflexionar respecto a estas imposiciones ideológicas es imprescindible analizarlas desde su "función simbólica" cuestionando su doble intencionalidad; a tal efecto ver: Paul Ricoeur, *El Conflicto de Las Interpretaciones. Ensayos de Hermenéutica*, Segunda (Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2015), 253 a 265.

10 Producto de tal incremento la Fiscalía General del Estado ha implementado la "Fiscalía especializada en delitos contra la vida". Cfr. <https://www.fiscalia.gob.bo/index.php/noticias/3696-ministerio-publico-implementa-la-fiscalia-especializada-en-delitos-contra-la-vida-para-la-investigacion-agil-de-infanticidios-y-feminicidios>.

11 Ver: <https://www.opinion.com.bo/opinion/editorial/covid-19-desempleo-bolivia/20200701213450775477.html>

sin sentencia”¹², de cuya revisión destaca que el 69% de los privados de libertad en los 14 recintos penitenciarios de Bolivia son detenidos preventivamente, es decir “presos sin sentencia”.

Respecto al citado dato recuérdese que el uso excesivo de la detención preventiva genera hacinamiento, en tal sentido bastaría ese dato para deducir que en los recintos penitenciarios bolivianos existe hacinamiento, como concluye el mismo informe: “El hacinamiento es producto de que la mayoría de los privados de libertad son preventivos”¹³.

No obstante, el citado informe contiene un análisis detallado respecto al hacinamiento. Así señala que: “Según datos de la Dirección General de Régimen Penitenciario, en Bolivia el nivel de sobrepoblación carcelaria alcanza al 302%, ya que el total de las cárceles están habilitadas para albergar a 4.884 individuos y en la actualidad superan los 13.940, sin embargo datos de Naciones Unidas refieren que en algunos casos sobrepasa los 600%”¹⁴. Entre los casos más estremecedores están: “cárcel de Quillacollo” que fue construida para albergar a 30 personas, sin embargo actualmente se encuentran reclusas 320; “Palmasola” construida para 600 personas, alberga a la fecha del informe a 5.450¹⁵.

Con esos datos se muestra que los niveles de hacinamiento en los recintos penitenciarios en Bolivia son críticos. Ahora bien, la Organización Mundial de la Salud dentro de las medidas de protección básicas exhorta el “distanciamiento social” debido a que “cuando alguien con una enfermedad respiratoria, como la infección por la Covid-19”, tose o estornuda, proyecta pequeñas gotículas que contienen el virus. Si está demasiado cerca, puede inhalar el virus”.

Ahora bien, el mismo informe señaló que existe una deficiente atención en salud¹⁶, a ello sumémosle el hipotético caso de un interno que diere positivo para la Covid-19; el resultado sería desastroso.

Lamentablemente el hipotético se convirtió en una realidad. Y actualmente existen 91 casos positivos en las cárceles a nivel nacional, ade-

12 Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia. Informe “Presos sin sentencia”: La Paz Bolivia, 2016. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/situacion-actual-de-las-personas-privadas-de-libertad-preventivas-en-los-recintos-penitenciarios-de-bolivia.pdf>

13 Ibíd, 22.

14 Ibíd, 22.

15 Ibíd, 22.

16 Ibíd, 23.

más de 99 sospechosos¹⁷ e incluso ya se reportaron oficialmente 17 muertes en recintos carcelarios¹⁸.

Respecto a ello, debe recordarse que la Corte IDH ha establecido que el Estado se encuentra en una “posición de garante” con respecto a las personas privadas de libertad, “con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal (procurándoles) las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención”¹⁹.

En tal sentido y en el contexto de la pandemia, el Estado está incumpliendo esa posición de garante respecto a los privados de libertad; ahora desde nuestro lugar estamos también en la obligación de proponer algunas acciones que se deben tomar; en el caso concreto y conforme a la jurisprudencia constitucional boliviana, es factible la interposición de una acción de libertad en su modalidad “correctiva”²⁰ con el objeto de impetrar el resguardo del derecho a la salud de los privados de libertad.

En cuanto a los pueblos indígenas, la Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia recientemente ha emitido un informe titulado “Impacto de Covid19 en los Pueblos Indígenas en el Estado Plurinacional de Bolivia”²¹.

Del citado documento es imperante destacar que a la fecha del informe se tienen confirmados 64 casos positivos en territorios indígenas distribuidos de la siguiente manera: 5 Cayubaba, 14 Guarayo, 17 Yuqui, 17 Guaraní y 11 Chiquitanos.

De estos casos, los que causan mayor preocupación son los pueblos Yuqui y Cayubaba, debido a que el contexto de la pandemia “repercute en un posible riesgo de extinción física y cultural por tratarse de pueblos

17 <https://www.lostiempos.com/actualidad/pais/20200709/reportan-91-casos-positivos-99-presos-sospecha-covid-19-carceles-del-pais>

18 <https://www.lostiempos.com/actualidad/pais/20200709/cifra-muertos-penales-sube-17-no-hay-plan-contra-covid-19>

19 Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112., párr. 159.

20 La jurisprudencia constitucional boliviana ha establecido que: “La acción de libertad correctiva, también alcanza en su protección a supuestos donde se denuncia afectación al derecho a la salud y la vida de un privado de libertad, en ese sentido la SC 1199/2005-R de 26 de septiembre, reiterada por la SC 0739/2011-R de 20 de mayo” Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0658/2018-S3.

21 Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia. “Informe Impacto de Covid19 en los Pueblos Indígenas en el Estado Plurinacional de Bolivia”. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/informe-npioc-relator-nnuu.pdf>

en situación de alta vulnerabilidad, en el primer caso el pueblo yuqui que cuenta con antecedentes de tuberculosis y fibrosis pulmonar y en el segundo constituido por los Cayubaba, pueblo demográficamente reducido y con procesos de aculturación”²².

A estos dos casos identificados por la Defensoría del Pueblo, debe sumarse el del pueblo Guaraní, respecto del cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha emitido un informe titulado “Comunidades cautivas: Situación del pueblo guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia”²³, en el que resaltó que: “La situación actual de las comunidades cautivas del pueblo guaraní se caracteriza por la escasa atención que ha dado el Estado en las áreas de educación y salud”²⁴.

Es decir, en un contexto “normal” la atención en cuanto a salud de dicho pueblo era escasa, en plena pandemia (en la que en ciudades capitales el sistema de salud es deplorable), el citado derecho estará afectado.

En tal sentido es imprescindible reflejar la conclusión de la Defensoría del Pueblo respecto al derecho a la salud de los pueblos indígenas en el contexto de la pandemia: “existe poca capacidad de resolución en los servicios de primer nivel, falta de recursos humanos e insumos para la toma de muestras, carencia de equipos de bioseguridad y la falta de servicios culturalmente apropiados y accesibles lo cual se refleja en mayor medida en los municipios del área rural donde habita la mayoría de los pueblos indígenas minoritarios”.

Reflejadas así las preocupaciones respecto a estos dos grupos vulnerables, a continuación se pasará a analizar el derecho a la salud en el contexto de la pandemia.

22 Ibíd, 2.

23 CIDH. “Comunidades cautivas: Situación del pueblo guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia” OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58, 24 diciembre 2009. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/COMUNIDADES%20CAUTIVAS.pdf>

24 Ibíd, párr. 157

2. El derecho a la salud en el contexto de la pandemia

2.1. El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico boliviano

Es imprescindible señalar que el derecho a la salud ha ido evolucionando desde los textos constitucionales; así, en una primera etapa (Constituciones de 1826 a 1834), la salud fue entendida como un bien que debía ser sacrificado en nombre del país²⁵.

La segunda etapa implica un cambio sustancial, pues en la Constitución de 1938 se entiende a la salud ya como un derecho, aunque en su dimensión de derecho asistencial. Alcance reflejado también en las Constituciones de 1945 y 1947²⁶.

Posteriormente, en el texto constitucional de 1961 existe un reconocimiento de la salud como un derecho fundamental; extremo también reflejado en las Constituciones de 1967, 1994 y 2004²⁷.

Finalmente, la Constitución vigente, de 2009, continuará con la línea plasmada anteriormente, aunque desarrolla el contenido de este derecho en su art. 18: "1. Todas las personas tienen derecho a la salud. 2. El Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas, sin exclusión ni discriminación alguna.

III. El sistema único de salud será universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo, con calidad, calidez y control social. El sistema se basa en los principios de solidaridad, eficiencia y corresponsabilidad y se desarrolla mediante políticas públicas en todos los niveles de gobierno"²⁸.

De lo sucintamente mostrado debe concluirse que, el tratamiento de la salud a nivel constitucional tuvo tres etapas: 1) Reconocimiento como un bien que debe ceder en favor del Estado; 2) Como derecho meramente prestacional; y, 3) Como derecho fundamental.

25 Constitución de 1826 art. 12.4, Constitución de 1831 art. 11 y Constitución de 1834 art. 11.

26 Constitución de 1938 art. 124, Constitución de 1945 art. 125 y Constitución de 1947 art. 127.

27 Constitución de 1961 art. 6, Constitución de 1967 art. 7, Constitución de 1994 art. 7 y Constitución de 2004 art. 7.

28 Constitución de 2009

En lo que respecta a la jurisprudencia constitucional, un precedente importante es, en ese entonces, el “recurso” de amparo constitucional planteado por una persona con VIH, quien había pedido continuar recibiendo medicamentos antiretrovirales, imprescindibles para su tratamiento; empero, tal pedido no fue atendido.

En ese contexto el entonces Tribunal Constitucional (TC) emitió la Sentencia Constitucional (SC) 0026/2003-R, de 8 de enero, que declaraba la violación de los derechos a la vida y a la salud del recurrente con el siguiente argumento: “(al haber declarado) improcedente la solicitud del representado de la recurrente para proporcionarle los medicamentos antiretrovirales que requiere con urgencia para continuar su tratamiento contra el sida, pues conforme lo manifiestan los certificados médicos corrientes a fs. 10 a 14, es imprescindible la continuidad en dicho tratamiento, toda vez que la suspensión de la medicación, hace que el paciente presente infecciones oportunistas con riesgo inminente para su vida, además de crear resistencia al tratamiento instaurado”.

Otro precedente es el “recurso” de amparo constitucional planteado por un paciente con insuficiencia renal crónica, quien, luego de haber recibido el tratamiento de hemodiálisis por varias semanas, fue trasladado a otro centro de atención médica en el cual le negaron el tratamiento.

Al respecto, el entonces TC, a través de la SC 1294/2004-R de 12 de agosto, declaró la vulneración de los derechos a la salud y a la vida del impetrante de tutela con el siguiente argumento: “si bien la transferencia tiene un sustento legal, la misma debió cumplir la condición de asegurar la continuidad y efectividad de los servicios de hemodiálisis a favor del representado del recurrente, lo que no sucedió en el caso de autos, pues como consecuencia de la interrupción del servicio, su salud derivó en un estado urémico descompensado”.

En el contexto de la Constitución de 2009, debido a la implementación del Seguro Universal de Salud, el sector médico decretó un paro de actividades, anunciando un nuevo paro que podría ser indefinido. Con tales antecedentes se planteó una acción popular, alegando la vulneración del derecho a la salubridad pública, pues tales medidas y amenazas afectarían a sectores vulnerables de la población; sin que fuera suficiente la prestación del servicio a través de la atención de emergencias, extremo propuesto por el sector médico.

En tal sentido se emitió la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0326/2019-S2 de 29 de mayo, para resolver la cuestión antes planteada. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCP) analizó los siguientes puntos:

1) El contenido mínimo del derecho a la salud: con base en lo establecido por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales el TCP concluyó que "...el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud..."; entre ellos 'la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano"; en tal sentido el referido derecho abarcaría cuatro elementos esenciales, a saber: "a) Cada Estado debe tener disponibles 'un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas'; b) Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna (esto en lo que respecta a no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información); c) Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser (aceptables) respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate; y, d) Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también de buena calidad, apropiados desde el punto de vista científico y médico".

2) El acceso a servicios de salud: previamente el TCP señaló que este componente del derecho a la salud, tiene una dimensión individual y otra difusa; luego esta SCP estableció que cuando se restringe el acceso a la salud, "las personas en situación de debilidad (vulnerabilidad) serán quienes enfrenten mayores obstáculos para satisfacer sus necesidades de acceso a tal servicio".

Con base en tal desarrollo, aunque lo resuelto es irrelevante²⁹ para el propósito del presente trabajo, el TCP realizó una evaluación sobre las condiciones de validez de la medida adoptada por el sector médico, concluyendo que esta era desproporcionada y en tal sentido afectaba los derechos antes citados, por lo que concedió la tutela impetrada.

De conformidad con el texto constitucional así como de la jurisprudencia constitucional referida, el derecho a la salud importa los siguientes elementos: 1) Directamente justiciable; 2) Incluye el disfrute de toda una gama de facilidades entre las que se encuentran la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un ambiente sano; 3) Generador del deber estatal de garantizar un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas; 4) Dichos servicios de salud deberán ser también de buena calidad, apropiados desde el punto de vista científico y médico; 5) Los servicios de salud deberán ser continuos y efectivos.

2.2. La vulneración del derecho a la salud en el contexto de la pandemia, causas y consecuencias

Conforme se ha establecido líneas arriba, la Covid-19, según la Organización Mundial de la Salud, es una “enfermedad infecciosa causada por el coronavirus que se ha descubierto más recientemente”³⁰.

Al ser una enfermedad, a todas luces el avance de esta así como las acciones emprendidas por el Estado boliviano, tienen que ver con el derecho a la salud. En tal sentido, dicho derecho se constituye en el eje transversal de la tutela/vulneración de otros derechos, esto debido al carácter interdependiente de los derechos.

Así, el derecho a la salud en el contexto de la pandemia se encuentra vinculado principalmente con derechos de grupos de atención prioritaria: privados de libertad, pueblos indígenas, entre otros.

29 Como se señaló desde el inicio, el propósito de este trabajo es mostrar la garantía del derecho a la salud en el contexto de la pandemia; de ahí que la problemática jurídica resuelta por el TCP en la Sentencia analizada supra (los límites de la huelga en el sector médico) no es concordante; empero los fundamentos establecidos en ella sí lo son.

30 <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advise-for-public/q-a-coronaviruses>

En el contexto boliviano la falta de respuesta estatal oportuna ha generado que dichos grupos de atención prioritaria se vean afectados, al respecto hasta el presente se registraron dos motines en centros penitenciarios, además existen pueblos indígenas en los cuales la Covid-19 está presente³¹.

Las dos problemáticas referidas en el párrafo precedente no serán abordadas en el presente trabajo, el objeto de citarlas es el de invitar a su reflexión y emprender acciones tanto académicas como jurídicas.

En tal sentido, es imperante retornar al tema principal del presente trabajo, que es el derecho a la salud en el contexto de la pandemia.

2.3. Acciones emprendidas por el SIDH

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) instaló su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a la crisis en relación con la pandemia de la Covid-19 (SACROI Covid-19) con el objeto de fortalecer sus capacidades institucionales para la protección y defensa de las libertades fundamentales y derechos humanos en este contexto, en especial del derecho a la salud y otros DESCAs.

Asimismo, el 10 de abril de 2020 la CIDH ha adoptado la Resolución 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”³², en su introducción puntualizó: “Las Américas es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región; así como por la falta o precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento; la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado”.

En la misma Resolución, la CIDH recomendó a los Estados miembros a:

Garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias y sus consecuencias incorporen, de manera prioritaria, el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales, los cuales se relacionan con el contenido de

31 <http://www.filac.org/wp/comunicacion/actualidad-indigena/avanza-el-covid-19-en-territorios-indigenas-se-confirman-tres-casos-en-el-pueblo-yuqui/>

32 <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

otros derechos humanos, como la vida e integridad personal y de otros DESCAs, tales como acceso a agua potable, acceso a alimentación nutritiva, acceso a medios de limpieza, vivienda adecuada, cooperación comunitaria, soporte en salud mental, e integración de servicios públicos de salud; así como respuestas para la prevención y atención de las violencias, asegurando efectiva protección social, incluyendo, entre otros, el otorgamiento de subsidios, rentas básicas u otras medidas de apoyo económico³³.

Por su parte, la Corte IDH ha emitido la “Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20”³⁴ de 9 de abril de 2020; a través de la cual, entre otros puntos, consideró que:

El derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.

En suma, tanto la CIDH como la Corte IDH han resaltado algunos elementos que deben ser garantizados por los Estados miembros del SIDH con el objeto de precautelar el derecho a la salud; así, se tiene: 1) Acceso al agua potable; 2) Medidas de apoyo económico; 3) Disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud.

Dichos elementos nos servirán de base para analizar las medidas adoptadas por el Estado boliviano con el objeto de garantizar el derecho a la salud en el contexto de la actual pandemia; y, en tal sentido encontrar problemas, limitaciones y propender a mostrar algunas soluciones al respecto.

33 CIDH. Resolución 1/2020, parte resolutiva párr. 4.

34 Corte IDH. Declaración 1/20. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>

3. Medidas adoptadas por el Estado Plurinacional de Bolivia con el objeto de garantizar el derecho a la salud en el contexto de la actual pandemia

3.1. Acceso al agua potable

Bolivia ha transitado por problemas directamente vinculados con el acceso al agua, recuérdese, por ejemplo, la denominada “guerra del agua”, conflicto caracterizado por dos elementos, a saber: la presencia de la inversión extranjera protegida estatalmente; y, un contexto representado por una situación de agua, crítica, y una larga y compleja tradición de conflictos en torno al agua³⁵.

Además de lo anterior, se han presentado ante la jurisdicción constitucional diversas acciones de control tutelar cuyo objeto fue precisamente el acceso al agua potable. Así el año 2012 se planteó una acción tutelar en la que una comunidad pedía ser incluida en un proyecto de sistema de agua potable³⁶; en 2015 se presentó una acción de amparo constitucional en la que se reclamó la imposibilidad de hacer uso de una “toma de agua” que impedía el aprovisionamiento de agua tanto para la comunidad como para los niños que asisten al centro educativo de la misma³⁷; en 2018 se planteó otra acción popular mediante la cual los accionantes denunciaron que una comunidad aledaña desviaba el curso de una vertiente dejándolos sin acceso al agua³⁸.

De lo brevemente señalado se tiene que el acceso al agua potable, en general, es un problema para el Estado boliviano. Es más, el caso de 2018 reflejado en el párrafo precedente muestra la existencia de comunidades cuyo único acceso al agua es a través de vertientes o tomas de agua naturales, demostrándose la falta de atención del Estado.

Ahora bien, conforme lo señalado por la CIDH y por la Corte IDH, en el contexto de la pandemia, con el objeto de garantizar el derecho a la salud, es necesario que el Estado garantice el acceso al agua potable.

35 Un análisis pormenorizado respecto a este conflicto: Thomas Kruse, “La Guerra Del Agua En Cochabamba, Bolivia: Terrenos Complejos, Convergencias Nuevas,” in *Sindicatos y Nuevos Movimientos Sociales En América Latina* (Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005).

36 Tribunal Constitucional Plurinacional. SCP 0176/2012 de 14 de mayo.

37 Tribunal Constitucional Plurinacional. SCP 1293/2015-S3 de 30 de diciembre.

38 Tribunal Constitucional Plurinacional. SCP 0037/2018-S4 de 12 de marzo.

Lo anterior es concordante con las recomendaciones básicas realizadas por la Organización Mundial de la Salud: “Lávese las manos con frecuencia con un desinfectante de manos a base de alcohol o con agua y jabón. Lavarse las manos con un desinfectante a base de alcohol o con agua y jabón mata el virus si este está en sus manos”³⁹.

Así pues, en Bolivia existe un problema en lo que respecta al acceso al agua potable, como se mostró, existen comunidades que carecen de tal acceso incluso para su consumo. En tal sentido, si no tienen acceso al agua potable para consumo, menos podrán acatar las recomendaciones básicas realizadas por la OMS, lo que sin duda generará focos infecciosos ante la inacción del Estado vulnerando en tal sentido el derecho a la salud.

De ahí que el Estado debe emprender acciones urgentes y prontas con el objeto de garantizar el acceso al agua potable de la población boliviana en general.

3.2. Medidas de apoyo económico

En Bolivia, como es de conocimiento generalizado, mediante Decreto Supremo (DS) 4196 de 17 de marzo de 2020 se declaró emergencia sanitaria nacional y cuarentena en todo el territorio, contra el brote de Coronavirus (Covid-19)⁴⁰. Seguidamente, se emitió el DS 4197, de 18 de marzo de 2020, cuyo art. 2.I otorgó el “Bono Familia” de Bs500.- (quinientos 00/100 Bolivianos), con la finalidad de apoyar a las niñas y niños del Nivel de Educación Primaria Comunitaria Vocacional de las Unidades Educativas Fiscales y de Convenio (Fiscales) del Subsistema de Educación Regular⁴¹.

Seguidamente, la Disposición Final Primera del DS 4199⁴², de 21 de marzo de 2020, amplió el alcance del citado bono al Nivel de Educación Inicial en Familia Comunitaria de las Unidades Educativas Fiscales y de Convenio del Subsistema de Educación Regular. Luego la Disposición Adicional Única del DS 4205⁴³, de 1 de abril de 2020, lo amplió a estudiantes con discapacidad que

39 <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>

40 Estado Plurinacional de Bolivia. DS 4196 de 17 de marzo de 2020, art. 2.

41 Estado Plurinacional de Bolivia. DS 4197 de 18 de marzo de 2020, art. 2.I.

42 Estado Plurinacional de Bolivia. DS 4199 de 21 de marzo de 2020, Disposición Final Primera.

43 Estado Plurinacional de Bolivia. DS 4205 de 1 de abril de 2020, Disposición Adicional Única.

se forman en Centros de Educación Especial Públicos, bajo Modalidad Directa, del Subsistema de Educación Alternativa y Especial.

El alcance del “Bono Familia” continuó ampliándose, así, mediante DS 4210 de 8 de abril de 2020, se amplió a los estudiantes del Nivel de Educación Secundaria Comunitaria Productiva de las Unidades Educativas Fiscales y de Convenio del Subsistema de Educación Regular⁴⁴.

Finalmente, mediante DS 4215 de 14 de abril de 2020 a los estudiantes de las Unidades Educativas Fiscales y de Convenio del Área de Educación de Personas Jóvenes y Adultas del Subsistema de Educación Alternativa y Especial; y de las Unidades Educativas Privadas de los niveles inicial, primaria y secundaria⁴⁵. Además, el mismo DS, instituyó el “Bono Universal” equivalente a Bs500.- (quinientos 00/100 Bolivianos) a todos los bolivianos desde los dieciocho hasta los sesenta.

En tal sentido, se tiene que, en lo que respecta a las recomendaciones tanto de la CIDH como de la Corte IDH respecto a las medidas de apoyo económico, conforme se mostró, el Estado ha emprendido acciones conducentes a su cumplimiento.

3.3. Acceso a los servicios de salud

Las obligaciones estatales que se derivan tanto de la jurisprudencia interamericana como del propio TCP respecto al derecho a la salud, específicamente el acceso a los servicios de salud en el contexto de la actual pandemia, tienen que ver básicamente con los siguiente extremos, que el Estado boliviano no está siquiera cerca de alcanzarlos, lo que genera preocupación: 1) Número suficiente de establecimientos de salud; 2) Servicios de salud de buena calidad; y, 3) Servicios de salud continuos y efectivos.

Al respecto, debe tenerse presente que en las últimas semanas del mes de junio del año en curso, los casos positivos de la Covid-19 en Bolivia fueron incrementándose considerablemente, a la fecha se tienen aproximadamente 21.000 casos confirmados. En la medida en la que los casos van creciendo, se van desnudando las falencias de nuestro sistema de salud.

Espantosamente se registraron decesos incluso en la vía pública, por ejemplo, en la ciudad de Cochabamba, el 20 de junio, el Instituto de

44 Estado Plurinacional de Bolivia. DS 4210 de 8 de abril de 2020, art. 2.

45 Estado Plurinacional de Bolivia. DS 4215 de 14 de abril de 2020, art. 3.

Investigaciones Forenses, hizo el levantamiento de trece cadáveres que yacían en las calles; y otros, en algunos domicilios particulares⁴⁶.

Estos hechos propiciaron que, por ejemplo, la CIDH manifestara su consternación a través de su cuenta de *twitter*⁴⁷.

El hecho de que despertemos con cadáveres en las calles, se debe a que el Estado está incumpliendo su deber de brindar a los ciudadanos el acceso a los servicios de salud, en sus tres niveles. Recuérdese que al iniciar este apartado, se dijo que si bien existen estos tres elementos para evaluar el deber general antes citado, dado el contexto de la pandemia se analizarán estos de manera global; ello además que si el Estado incumple con el primero de los deberes (suficiente número de establecimientos) obviamente los otros dos serán de imposible cumplimiento, máxime en el contexto antes citado.

Es de conocimiento generalizado que el Estado boliviano cuenta con un pobre sistema de salud; y, esto se desnuda y se confirma en este contexto de la pandemia; así, recientemente el Presidente del Colegio Médico de Santa Cruz, declaró ante los medios de prensa que: “estamos con el sistema colapsado, no tenemos espacio ni en hospitales ni en clínicas”, y detalló que “en el sistema público solo se cuenta con 37 máquinas o respiradores para pacientes críticos, pero en este momento se necesitan de 138 a 140 respiradores de alta gama para atender los casos complicados”⁴⁸.

Actualmente no se cuenta ni siquiera con la mitad de los equipos requeridos para hacer frente a la Covid-19.

Además de lo anterior, hace algunas semanas estalló un hecho de corrupción en cuanto a la compra de respiradores, que propició la detención preventiva del entonces Ministro de Salud⁴⁹.

Así, los ciudadanos bolivianos actualmente estamos echados a nuestra propia suerte, esto debido a no solo las omisiones de nuestras autoridades, sino también a acciones, como la compra de respiradores con sobreprecio.

46 Cfr. <https://www.lostiempos.com/actualidad/cochabamba/20200621/idif-hizo-levantamiento-13-cuerpos-casas-publica-ayer>

47 <https://cnnespanol.cnn.com/2020/06/17/alerta-bolivia-la-cidh-expresa-consternacion-por-muertes-en-las-calles-de-bolivia/>

48 <http://www.cabildeodigital.com/2020/06/jornada-de-horror-en-santa-cruz-colapsa.html>

49 <https://elpais.com/internacional/2020-05-20/detenido-el-ministro-de-salud-de-bolivia-por-la-compra-de-respiradores-con-sobreprecio.html>

Todo esto nos lleva a señalar, que en situaciones extremas, como las que estamos viviendo, si no se tomaron las previsiones en cuanto a tener un sistema de salud aceptable, de poco servirá acudir a instancias jurisdiccionales locales o internacionales.

Conclusiones

Dado que la Covid-19 es una enfermedad que hasta el momento ha causado cerca de 500.000 muertes, devastando los sistemas de salud de países incluso del “primer mundo”, el derecho que está en juego es el derecho a la salud.

El derecho a la salud pertenece al grupo de DESCAs, que históricamente ha sido menospreciado, generando que estos no sean directamente justiciables; ello se ha reflejado tanto en el SUDH como en el SIDH, en el último de los sistemas recién con la sentencia del caso Lagos del Campo de 2018 se ha declarado la justiciabilidad directa de los DESCAs.

Lo contrario ha ocurrido en el ordenamiento jurídico boliviano, pues en dicho contexto, tenemos jurisprudencia constitucional que reconoce la justiciabilidad directa del derecho a la salud desde el 2002. Empero y paradójicamente, tal extremo no ha incidido en nuestro sistema de salud.

En lo que respecta al sistema de salud boliviano, estamos frente a dos enormes problemas: el primero es el acceso al agua potable, que amenaza directamente con la rápida propagación de la Covid-19; de otro lado, tenemos un servicio de salud atrozmente deficiente, actualmente no contamos ni con la mitad de los equipos médicos necesarios para hacer frente a la pandemia.

Estos dos problemas son consecuencia directa de la falta de importancia que se le ha dado históricamente a la salud, tanto local como globalmente. Urge repensar nuestras necesidades básicas.

Bibliografía

Jorge Calderón Gamboa. "Consolidando Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales En El Sistema Interamericano: La Justiciabilidad Directa En La Sentencia Lagos Del Campo y La Relatoría DES-CA." In *70 Aniversario de La Declaración Universal de Derechos Humanos, La Protección Universal de Los Derechos Humanos En Cuestión*, edited by Héctor Olosolo Carol Proner, Carol Proner, Carlos Villán Durán, Gisele Ricobom, and Charlotth Back, 343. 354. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018.

Norberto Bobbio. *El Futuro de La Democracia*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1992.

Paul Ricoeur. *El Conflicto de Las Interpretaciones. Ensayos de Hermenéutica*. Segunda. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2015.

Robert McMahon. *La Guerra Fría, Una Breve Introducción*. Madrid, España: Alianza Editorial, 2009.

Stephen Holmes, and Cass Sunstein. *El Costo de Los Derechos: Por qué La Libertad Depende de Los Impuestos*. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

Thomas Kruse. "La Guerra Del Agua En Cochabamba, Bolivia: Terrenos Complejos, Convergencias Nuevas." In *Sindicatos y Nuevos Movimientos Sociales En América Latina*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

Publicaciones jurídicas

Constitución Política del Estado de Bolivia [1826]. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Estado de Bolivia [1831]. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Estado de Bolivia [1834]. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Estado de Bolivia [1938]. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Estado de Bolivia [1941]. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Estado de Bolivia [1947]. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Estado de Bolivia [1961]. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Estado de Bolivia [1967]. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Estado de Bolivia [1994]. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Estado de Bolivia [2004]. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [2009]. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

DS 4196 de 17 de marzo de 2020. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

DS 4197 de 18 de marzo de 2020. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

DS 4199 de 21 de marzo de 2020 Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

DS 4205 de 1 de abril de 2020. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

DS 4210 de 8 de abril de 2020. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

DS 4215 de 14 de abril de 2020. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 366.

Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Tribunal Constitucional de Bolivia. SC 1294/2004-R de 12 de agosto

Tribunal Constitucional de Bolivia. SC 0026/2003-R de 8 de enero

Tribunal Constitucional Plurinacional. SCP 0326/2019-S2 de 29 de mayo

CIDH. Resolución 1/2020 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas

Corte IDH. "Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20" de 9 de abril de 2020

A stylized illustration of a mountain range. The mountains are represented by overlapping, rounded shapes in various shades of blue, from a deep navy blue in the foreground to a light sky blue in the background. The overall effect is a layered, atmospheric landscape.

PERÚ

DESAFÍOS DE LA PANDEMIA COVID -19 PARA EL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ

Ena Carnero Arroyo¹

Emergencia sanitaria y estado de derecho

A raíz de la declaración de la Covid- 19² como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS),³ el presidente peruano Martín Vizcarra, declara al país, mediante Decreto Supremo (DS) No 008-2020-SA del 11 de marzo del presente año, en emergencia sanitaria nacional por 90 días⁴. Se dispone la adopción de medidas sanitarias para la prevención y control de la propagación de la Covid-19, en puertos, aeropuertos y puestos de entrada terrestres; entre ellas el aislamiento domiciliario por 14 días para las personas provenientes de Italia, España, Francia y China; postergación o suspensión obligatoria de actividades educativas por el Ministerio de Educación y otras, respecto a mercados, comercio, transportes, establecimientos laborales⁵.

Para atender la emergencia sanitaria se aprueba el “Plan de Acción – Vigilancia, contención y atención de casos del nuevo Covid-19

1 Doctora en Derecho y Ciencias Políticas. Especialista en Derecho Internacional por la Universidad de Rusia de la Amistad de los Pueblos y Master of Law. Postgrado en Derecho Internacional y Organización para el Desarrollo en el ISS de la Haya. Profesora principal de Derecho Internacional y de Derecho de Integración en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo. Directora del Programa de Estudios Internacionales “Justicia y Derechos Humanos”.

2 La Covid-19 es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus. El coronavirus de tipo 2 (SARS-CoV-2) es el causante del síndrome respiratorio agudo severo.

3 El 30 de enero del 2020, la OMS, declara a la Covid 19, como una emergencia de salud pública de preocupación internacional y el 11 de marzo el director Tedros Adhanom Ghebreyesus, manifestó que el coronavirus pasaba de ser una epidemia a una pandemia, <https://bit.ly/3j1raEk>

4 Perú, *DS No 008-2020-SA*, Diario oficial del Bicentenario “El Peruano”, 11 de marzo de 2020.

5 *Ibid.*, art. 2.

en el Perú”, bajo la responsabilidad del Ministerio de Salud (MINSA), el Instituto Nacional de Salud (INS) y el Seguro Social de Salud- ESSALUD, señalándose la relación de bienes o servicios requeridos para atender la emergencia sanitaria⁶, la cual ha sido prorrogada por 90 días más hasta el 09 de septiembre del año en curso⁷.

Como una medida de seguridad para contener la pandemia, se dispone el aislamiento social (cuarentena) bajo el régimen de excepción denominado estado de emergencia, contemplado en el art. 137 de la Constitución de 1993⁸. En aplicación de este artículo se declara, mediante DS No 044-2020-PCM “el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del Covid-19”⁹, por el lapso de 15 días; disponiendo el aislamiento social obligatorio. Asimismo, se regula el acceso a servicios públicos, bienes y servicios esenciales, señalando que los trabajadores relacionados con el sector salud (público o privado), con la policía, militares, energía, gas, entidades bancarias, telecomunicaciones y periodistas podían seguir laborando. Se restringe, además, el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito¹⁰. Para reforzar el sistema nacional de salud se dispone que “Todas las entidades públicas, privadas y mixtas sanitarias del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedan bajo la dirección del Ministerio de Salud”¹¹. Este estado de emergencia se amplía cinco veces¹², disponiendo la inmovilización social obligatoria de todas las personas en sus domicilios desde las 20.00 horas hasta las 05.00 horas del día siguiente y el domingo todo el día. Hasta aquí podemos distinguir dos situaciones que impactan en el estado de derecho: la emergencia sanitaria y el estado de excepción, bajo la modalidad de estado de emergencia.

La emergencia sanitaria, según la normatividad nacional, es “un estado de riesgo elevado o daño a la salud y la vida de la población, de extrema urgencia”, producido, entre otras causas, por una epidemia o pan-

6 Perú, *DS No 010-2020-SA*, Diario oficial del Bicentenario “El Peruano”, 14 de marzo de 2020.

7 Perú, *DS No 020-2020-SA*, Diario oficial del Bicentenario “El Peruano”, 04 de junio de 2020.

8 Perú, *Constitución Política del Perú de 1993*, 31 de octubre de 1993, Capítulo séptimo del título IV, art. 137.

9 Perú, *DS No 044-2020-PCM*, Diario oficial del Bicentenario “El Peruano”, 15 de marzo de 2020, art. 1.

10 *Ibid.*, art. 3.

11 *Ibid.*, art. 5.

12 La prórroga del estado de emergencia se realiza mediante los Decretos Supremo No 051-2020-PCM; No 064-2020-PCM, No 075-2020-PCM, No 083-2020-PCM y 094-2020-PCM.

demia o cuando” la capacidad de respuesta de los operadores del sistema de salud para reducir el riesgo elevado es insuficiente”¹³. El riesgo también puede producirse por “la existencia de un evento que afecte la continuidad de los servicios de salud”¹⁴.

Bajo la justificación del riesgo elevado contra el derecho a la vida y a la salud el Ejecutivo concentra también la facultad legislativa, pero solo para las materias que le autoriza el Congreso¹⁵; el cual debe ejercer el control posterior de los decretos legislativos que se emitan. Por ley No 31011¹⁶, el Congreso de la República, delega en el Poder Ejecutivo, con cargo a darle cuenta de cada decreto legislativo, la facultad de legislar en diversas materias para la atención de la emergencia sanitaria producida por la Covid-19. En base a estas facultades el Ejecutivo ha emitido Decretos Legislativos (D. Leg.) para la prevención y atención de la salud; en materia fiscal y tributaria, para facilitar el cumplimiento de obligaciones tributarias de los administrados; para reactivar los proyectos de inversión; también para garantizar la seguridad ciudadana y orden interno; en educación, para garantizar la continuidad y calidad de los servicios educativos en todos los niveles, de manera semipresencial o no presencial; en materia de prevención y protección de las personas vulnerables; de bienes y servicios para la población; en materia económica, para proteger a los sectores productivos, extractivos y de servicios y turismo.

La restricción a las libertades de tránsito y de reunión cambió la modalidad de trabajo de todas las instituciones estatales y privadas. El Congreso, a fin de garantizar la continuidad de su funcionamiento, reformó su Reglamento para “implementar el desarrollo excepcional de sesiones virtuales de los diversos órganos de la organización parlamentaria, así como el trabajo remoto de funcionarios y trabajadores del Congreso” y agregó un nuevo órgano a la organización parlamentaria: la Junta de Portavoces¹⁷. El portavoz tiene la facultad de trasladar el voto nominal de los miembros que componen su grupo parlamentario para la verificación del quórum y de la votación¹⁸.

13 Perú, *Dec. Leg. No 1154 sobre medidas destinadas a garantizar el servicio público de salud en los casos en que exista un riesgo elevado o daño a la salud y la vida de las poblaciones*, Diario oficial del Bicentenario “El Peruano”, 11 de setiembre de 2013, art. 5.

14 Este último criterio coincide con el concepto amplio de emergencia sanitaria del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) de la OMS, como “un evento extraordinario que genera un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad”. OMS, *Reglamento Sanitario internacional*, adoptado por la 58ª Asamblea Mundial de la Salud el 23 de mayo de 2005 y entró en vigor el 15 de junio de 2007, art. 1.

15 Perú, *Constitución Política del Perú* de 1993, art. 137, parr. 1.

16 Perú, *Ley No 31011*, Diario oficial del Bicentenario “El Peruano”, 27 de marzo de 2020.

17 Perú, *Resolución Legislativa del Congreso No 002-2020-2021-CR*, Diario oficial del Bicentenario “El Peruano”, 26 de marzo de 2020, art. 27.

18 *Ibid.*, art. 27, A.

El Poder Judicial y los organismos constitucionales autónomos, por disposición del Ejecutivo, suspendieron los plazos procesales y procedimentales con el fin de no perjudicar a los ciudadanos ni a sus funciones jurisdiccionales¹⁹. De igual manera suspende sus labores y dispone el funcionamiento de algunos órganos jurisdiccionales para atender asuntos urgentes, tanto en la Corte Suprema como en las Cortes Superiores del país²⁰. Con el propósito de proteger a sus trabajadores del contagio de la Covid-19, aprueba el "Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del Covid-19"²¹, actualizado posteriormente mediante Resolución Administrativa No 000147-2020-CE-PJ, del 16 de mayo del presente. Estas medidas no impidieron que los servidores de estos órganos jurisdiccionales se contagiaron y enfermaran, reportándose ante el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial el aumento de estos casos y la falta de asistencia de parte de las direcciones regionales de salud correspondientes para la toma de pruebas a todos los trabajadores en funciones.

Lo mismo pasó con la policía, los trabajadores de las entidades bancarias y financieras y de otros sectores de la economía, que laboraban excepcionalmente; pero el sector más golpeado fue la minería. Hasta fines de junio, se habían contagiado de coronavirus cerca de 3000 trabajadores²².

A pesar del paquete de medidas económicas tomadas por el gobierno para ayudar a la población más vulnerable que se encontraba en aislamiento social; las medidas urgentes para ampliar la capacidad hospitalaria en cinco regiones del país en infraestructura y equipamiento, con una partida de S/ 392 340 946,00, las cifras de los contagios por Covid-19, han crecido exponencialmente, llegando al 13 de julio del presente año a un total de 330.123 casos Covid-19; unos 12, 054 fallecidos; 11, 897 hospitalizados, teniendo la mayor carga de pacientes los centros de salud estatales como ESSALUD, MINSA, de las Fuerzas Armadas y Policiales (FFAA y PNP), en contraposición con los centros privados que tienen solo 1335 pacientes. Las hospitalizaciones por coronavirus alcanzaron sus niveles más altos, las Unidades de Cuidados Intensivos (UCI) de los hospitales públicos y clínicas privadas presentaban una saturación del 90%. A la escasez de camas UCI,

19 Perú, *Decreto de urgencia No 026-2020*, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 15 de marzo de 2020.

20 Perú, *Resolución Administrativa N.º 115-2020-CE-PJ*, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 16 de marzo de 2020.

21 Perú, *Resolución Administrativa No 000143-2020-CE-PJ*, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 11 de mayo de 2020.

22 Diario Gestión, "Contagio de coronavirus en el sector minero ascienden a casi 3,000 trabajadores", 09 de julio de 2020, <https://bit.ly/3fa38nn>

se suman la falta de medicamentos vitales y de oxígeno; falta de equipos de protección para el personal de salud, lo que ha ocasionado que 1,830 médicos se hayan contagiado y 64 hayan fallecido²³. Los pacientes infectados o bien no son atendidos porque son personas de la tercera edad, a otros se les atiende en los pasillos de los hospitales o simplemente no son atendidos.

El primer caso de coronavirus confirmado en el país fue declarado por el presidente de la República el día 6 de marzo ²⁴; frente a lo cual pidió a la población mantener la calma, señalando que ya el MINSA estaba implementando el “Plan Nacional de Preparación y Respuesta frente al riesgo de introducción del coronavirus”. Dicho plan, fue aprobado el 31 de enero de este año mediante Resolución Ministerial No 039-2020 /MINSA y tiene como fin “reducir el impacto, sanitario, social y económico ante la potencial introducción de Covid-19 en el país”²⁵. Llama la atención que habiendo también alertado y establecido medidas de vigilancia y respuesta para prevenir la introducción del virus a territorio peruano a través de los viajeros internacionales- en particular los provenientes de China- no se tomaron oportunamente las medidas correspondientes, sabiendo que es el segundo país asiático con mayor número de turistas e inversiones en el país²⁶.

A esta negligencia se añade el bajo presupuesto asignado para ejecutar el Plan, el cual ascendía a la suma total de S/.3, 676, 600.00 soles para una población total de aproximadamente 32 millones de habitantes²⁷. La casi nula inversión en salud pública es una constante de los gobiernos peruanos. El año 2019 el Perú registró un gasto público per cápita por debajo del promedio de América Latina; siendo uno de los retos importantes “la mejora de la eficiencia del gasto dentro de la gestión de la salud pública”, ya que más del 70% de ese gasto se destina a problemas de salud individual y, entre un 6% y 7%, es asignado a la salud colectiva²⁸. Este es el mayor reto que nos muestra la pandemia: asignar mayor presupuesto y ejecutarlo eficientemente para prevenir enfermedades y discapacidades, realizar vigilancia poblacional y otras formas de evaluación empírica basadas en los determinantes multidimensionales de la salud²⁹, como la estructura

23 Perú, *Colegio Médico del Perú*, Comunicado No 049-2020, 23 de junio de 2020, numeral 3.

24 Se trataba de un joven de 25 años que se había contagiado en Europa en su viaje a España, Francia y República Checa. <https://bit.ly/2DF3sO8>

25 Perú, *RM No 039-2020/MINSA*, “Plan Nacional de Preparación y Respuesta frente al riesgo de introducción del coronavirus”, 31 de enero de 2020, numeral II.

26 *Ibid.*, numeral 6.2.2.

27 *Ibid.*, numeral 6.5.

28 Perú, *Diario Gestión*, 26/05 de 2019. <https://bit.ly/38RRBYF>

29 Pedro Villarreal Lizárraga, *Pandemias y Derecho. Una perspectiva de gobernanza global*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2019), 15-16, <https://bit.ly/2ZU8u1M>

poblacional; la carencia de un servicio adecuado de agua y desagüe, contaminación ambiental y la ocurrencia de desastres naturales y antrópicos, la pobreza y pobreza extrema³⁰.

El colapso del sistema de salud demuestra la insuficiente capacidad de respuesta de los operadores de dicho sistema³¹, debido no solo a la escasa inversión de parte del Estado en salud pública, sino también a la poca capacidad de gestión de los gobiernos regionales durante la crisis. Se detectaron problemas relacionados con el desarrollo de planes articulados para hacer frente a la crisis, intereses de por medio, negligencia en el cumplimiento de las disposiciones del gobierno central en cuanto a la distribución de canastas de productos básicos para ayudar a familias en situación de vulnerabilidad, competencia de los municipios provinciales y distritales³². Antecedentes como la falta de fiscalización oportuna de las secuelas de la corrupción que paralizaron obras públicas de hospitales en las distintas regiones del país, de profesionales de la salud debidamente capacitados para atender la emergencia sanitaria y la no ejecución de las políticas en materia de salud y de salud ambiental existentes³³, han contribuido al fracaso de todo esfuerzo por contener la propagación del virus, quedando la población en total indefensión.

El art. 43 de la Carta Magna peruana de 1993 define a la República del Perú como “democrática, social, independiente y soberana”. El Tribunal Constitucional Peruano ha interpretado que el Estado peruano “presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho” y que “se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del

30 MINSA, Dirección General de Epidemiología, “Análisis de situación de salud en el Perú”, setiembre de 2013. <https://bit.ly/3f3nz5p>. Este estudio concluye que las condiciones que hacen que la población peruana sea susceptible a la exclusión en salud son la incidencia de pobreza del 27,8%, la proporción de población sin seguro de salud (37,4%), la proporción de población pobre no asegurada que no usa servicios de salud por razones económicas (11%), el desempleo (25,7% en población pobre), prevalencia de partos no institucionales (13,2%), carencia de agua potable (21,1%) y de desagüe (11,5%). También se observa que el gasto nacional en salud es el menor de la región y por debajo del promedio de América del Sur.

31 Perú, Ley del Sistema Nacional Coordinado y descentralizado de Salud (SNDCS), N° 27813, 12 de agosto de 2002, Arts. 2 y 3. De acuerdo a estos artículos el Sistema de Salud está conformado por el Ministerio de Salud como órgano rector del sector salud, el Seguro Social de Salud, los servicios de salud de las municipalidades, las sanidades de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, los servicios de salud del sector privado, las universidades y la sociedad civil organizada. Tiene niveles de organización nacional, regional y local.

32 Renato Llerena, et al., “Emergencia, gestión, vulnerabilidad y respuestas frente al impacto de la pandemia Covid-19 en el Perú”, p. 2-4, <https://bit.ly/3eSaOuF>

33 El Perú cuenta con el Plan Nacional Concertado de Salud y con la Política Nacional de Salud Ambiental. MINSA, RM No 589-2007/MINSA, *Plan Nacional Concertado de Salud 2007-2020, 21 de julio de 2007*; MINSA, RM No 258-2011/MINSA, *Política Nacional de Salud Ambiental 2011-2020, 04 de abril de 2011*.

Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales”, dentro de una economía social de mercado³⁴; no obstante, en cuanto a los derechos sociales, la protección amplia y generosa que les brindaba la Constitución de 1979, se ha reducido a discretos derechos de contenido laboral, educativo, asistencial y prestacional ³⁵.

La pandemia de la Covid-19 ha puesto de relieve debilidades institucionales que han restringido aún más el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha recomendado a los gobiernos de los Estados miembros “Garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias y sus consecuencias incorporen de manera prioritaria el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales, los cuales se relacionan con el contenido de otros derechos humanos, como la vida e integridad personal y de otros DESCAs (...)”³⁶.

Estado de emergencia y derechos humanos

El art. 137 de la Constitución de 1993, contempla dos modalidades de estados de excepción: el estado de emergencia y el estado de sitio. El presidente de la República declaró el estado de emergencia para contener la pandemia de la Covid-19. Sin embargo, entre las causas que dan lugar a la emergencia están “la perturbación de la paz o del orden interno”, la ocurrencia de “catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”³⁷.

La pandemia se consideró como una grave circunstancia que afecta la vida de la nación y se sometió a la población al régimen represivo del control del orden por la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas³⁸, tal como lo prescribe la Constitución. Como podemos observar el art. 137 regula

34 Perú, Tribunal Constitucional, EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003, 4.1.

35 Gerardo Eto Cruz, *Constitución Política del Perú-Índice analítico* (Lima: Grijley, 2019), 25-27

36 OEA, CIDH, *Pandemia y Derechos Humanos*, 10 de abril de 2020, Res. No 01/20, 4

37 Perú, *Constitución Política del Perú de 1993*, art. 137,1. “Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo (...)”.

38 Perú, *ibid.*, art. 1, parr. 2 “En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el presidente de la República”. Perú, DS No 044-2020-PCM, art. 10 sobre la intervención de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas.

situaciones de distinta naturaleza que ameritan un tratamiento constitucional distinto. Una cosa son las emergencias provocadas por catástrofes o por una pandemia y otra son las acciones de índole socio-política como el terrorismo o la guerra³⁹ que atentan contra el Estado. En consecuencia, lo que está en peligro durante una pandemia no es la institucionalidad del Estado sino la salud, la integridad física y la vida de la población⁴⁰. Este supuesto “exige del gobierno facultades especiales de tipo normativo, administrativo o económico” no previstas en la Constitución⁴¹ y todas las medidas deberán estar encaminadas específicamente a impedir enfermedades o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados⁴². El inadecuado tratamiento de la pandemia bajo el régimen del estado de emergencia impacta en el goce de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú⁴³, los cuales, de acuerdo a la Constitución vigente, son parte del derecho nacional una vez aprobados⁴⁴.

Durante el estado de emergencia decretado a causa de la pandemia⁴⁵, aunque la Constitución permite suspender o restringir los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito, de conformidad con lo dispuesto por el art. 137, inc.1; el Estado debe asegurar que todas las medidas que adopte durante la emergencia sanitaria deben implementarse observando los principios de legalidad, proporcionalidad y temporalidad⁴⁶; bajo el respeto pleno a la dignidad humana, los derechos humanos

39 Abraham Siles, “Problemática Constitucional del estado de Emergencia en Perú: Algunas Cuestiones Fundamentales”, *Estudios Constitucionales*, No 2 (2017): 135

40 Carlos Ayala Corao, “Retos de la Pandemia del Covid-19 para el Estado de Derecho, la Democracia y los Derechos Humanos”, MPIL Research Paper Series No 2020-17 (2020): 2, <https://bit.ly/2D0OcuC>

41 Abraham Siles, “Problemática Constitucional del estado de Emergencia en Perú: Algunas Cuestiones Fundamentales”, 316.

42 ONU, Consejo Económico y Social, *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, mayo de 1984, doc. E / CN.4 / 1985/4, anexo (1985).

43 El Perú es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, aprobado por Decreto Ley No 22128, el 20 de marzo de 1978; del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobado por Decreto Ley No 22129, el 28 de marzo de 1978. También ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Decreto Ley No 22231, el 11 de julio de 1978 y, entre otros, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por Resolución Legislativa No 26448, el 27 de diciembre de 1994.

44 Perú, Constitución, art. 55: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

45 Perú, DS No 044-2020-PCM, art. 3.

46 ONU, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, resolución 2200 A (XXI), art. 4,1.; OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH), 22 de noviembre de 1969, Serie sobre tratados, OEA, NO. 36, art. 27, 1.

y las libertades de las personas⁴⁷, sin discriminación de ninguna clase. Además debe tener en cuenta los enfoques diferenciados para garantizar los derechos de los grupos en situación de especial vulnerabilidad al momento de adoptar medidas de atención, tratamiento y contención de la pandemia de la Covid-19; así como para mitigar los impactos diferenciados que dichas medidas puedan generar ⁴⁸.

La cuarentena dispuesta por el DS N° 044-2020-PCM, se encuentra entre las medidas de seguridad contempladas por el art. 130, b de la ley general de salud; no obstante la población no fue debidamente informada de esta medida antes de su implementación, lo que generó pánico y temor en la población⁴⁹. A la población se la obligó a un aislamiento social, sin evaluar previamente su situación sociocultural, la idiosincrasia, el comportamiento individual o colectivo de las personas⁵⁰. La pandemia puede generar una oportunidad para fortalecer el derecho a la participación ciudadana. Este descuido contribuyó a que fuera una fuente adicional de contaminación y diseminación de la enfermedad. Según la Encuesta Nacional de Hogares de 2019, el 11,8% de hogares pobres de Perú ocupa viviendas hacinadas, lo que dificulta mantener la distancia social en casa; la violencia contra las niñas y mujeres adultas al parecer se incrementó.

Según un Informe de la Defensoría del Pueblo, durante la emergencia, entre el 16 y 31 de mayo, han desaparecido 202 mujeres adultas y 355 de menores de edad ; también se han producido 21 feminicidios y 14 tentativas, lo cual revela que la violencia de género no se ha detenido y que más bien persiste como un problema latente, aunque continúa siendo invisibilizada por las medidas restrictivas que obstaculizan la denuncia y reducen la capacidad de atención de los miembros del Sistema Nacional de Justicia Especial. La Defensoría concluye que esta situación se debe a la restricción de la libertad de tránsito, que ocasiona demoras en la presentación de denuncias; tampoco permite a las familias de las víctimas realizar su propia búsqueda ante el temor de ser intervenidos por las fuerzas del orden. Las mujeres desaparecidas son mucho más vulnerables no solo al contagio del coronavirus, sino también a ser víctimas de otros delitos como la trata de personas, la explotación sexual ⁵¹.

47 OMS, RSI, art. 3

48 OEA, CIDH, Pandemia y Derechos Humanos, 38.

49 WHO, *Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (Covid-19)- Interim guidance*, 19 march 2020, parr. 8: "Before implementing quarantine, countries should properly communicate such measures to reduce panic and improve Compliance (...)".

50 Renato Llerena, et al., "Emergencia, gestión, vulnerabilidad y respuestas frente al impacto de la pandemia Covid-19 en el Perú", 4.

51 Perú, Defensoría del Pueblo, ¿Qué pasó con ellas durante el aislamiento obligatorio?, Reporte Igualdad y Violencia No 04, mayo 2020.

En otro Informe, la Defensoría del Pueblo manifestó que el aislamiento social podría incrementar el riesgo de la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, al estar conviviendo con sus agresores, y que el poder judicial tomó algunas medidas como el funcionamiento, durante la emergencia sanitaria, de juzgados y salas que atendieran casos de violencia familiar; así como fiscalías para los casos de violencia contra las mujeres. El derecho a la tutela jurisdiccional y efectiva contemplado en el art. 139, inc. 3 de la Constitución vigente, se vio obstaculizado porque solo seis (6) distritos judiciales, de treinta y cuatro existentes, publicaron sus resoluciones informando sobre los juzgados y salas competentes que funcionarían durante la emergencia. Asimismo, la atención de casos penales solo se dispuso para fragancia delictiva y cuando fueren de gravedad o de urgente atención. La Defensoría del Pueblo también señaló que, debido a esta disposición, no se atendieron los casos de violencia contra los niños y adolescentes, bien por no ser flagrantes o bien por no considerarse urgentes, sin tener en cuenta que la violencia en sí lesiona sus derechos a la dignidad, a la igualdad y no discriminación, buen trato, integridad personal, salud, entre otros⁵².

Otro problema detectado es el hecho de que los casos no considerados flagrantes solo han sido registrados por la Policía Nacional del Perú y se les daría trámite después de la cuarentena; acontecimiento posiblemente incierto, que dejaría en impunidad a los agresores. Se advierte también que no se ha dispuesto alguna estrategia paralela para la atención de casos de violencia en el ámbito rural o indígena, donde los servicios de justicia ordinarios no están disponibles para garantizar el acceso a la justicia⁵³.

El derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la protección de la familia, los derechos del niño y las garantías judiciales para proteger estos derechos, estos se cuentan entre los derechos que no pueden suspenderse durante un estado de excepción⁵⁴. La Convención de Belem do Para⁵⁵ para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, establece que los Estados tienen el deber de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. Tanto el Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUDH) como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (CIDH) han declarado

52 Perú, Defensoría del Pueblo, “La protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes víctimas de la violencia en el contexto de la emergencia sanitaria por Covid-19”, Serie Informes Especiales N° 007-2020-DP, 19 de abril de 2020, 5-9.

53 Ibid., 10.

54 OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, CADH, art. 27, inc. 2

55 OEA, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, CIM, 9 de junio de 1994, art. 7. Entro en vigor el 3 de febrero de 1995.

como fundamental el respeto a los derechos humanos para el éxito de la respuesta de la sanidad pública y la recuperación de la pandemia. Las directrices de la ACNUDH recomiendan a los Estados que las medidas de respuesta sanitaria deben priorizar el interés superior del niño, siendo más vulnerables los niños de la calle, los migrantes y los refugiados, los que son víctimas de trata de personas o el contrabando. También recomienda con carácter prioritario, se mantengan los servicios de apoyo y los albergues para los niños que están en situación de riesgo⁵⁶. Se recomienda incorporar en todas las medidas de respuesta a la pandemia los enfoques diferenciados para garantizar los derechos de los grupos considerados vulnerables (mujeres, grupo GLTBI, personas mayores, discapacitados, migrantes, comunidades indígenas, personas privadas de libertad, etc.)⁵⁷.

Pese a estas recomendaciones el derecho al acceso a la salud para recibir un tratamiento oportuno y adecuado no estuvo garantizado para estos grupos. Por ejemplo, en relación con las mujeres gestantes se detectó la ausencia de un protocolo de atención a gestantes Covid -19, a pesar de que se aprobaron directivas sanitarias para atender la salud de las gestantes y la planificación familiar; así como la Directiva Sanitaria para la prevención y atención de la gestante y del recién nacido con riesgo o infección por Covid -19. De otro lado, la prueba de despistaje de Covid-19 se toma solo a las pacientes que presentan síntomas y se descarta a las asintomáticas, lo que propicia un grave riesgo a la salud del recién nacido, de otras gestantes y del mismo personal de salud⁵⁸.

La discriminación por razones de género se hizo evidente también durante la cuarentena. Entre las medidas tomadas durante el estado de emergencia para evitar la aglomeración en las calles, el Ejecutivo dispuso que "(...) Los días lunes, miércoles y viernes únicamente podrían transitar personas del sexo masculino y los martes, jueves y sábados las personas del sexo femenino⁵⁹. Las mujeres transgénero⁶⁰ que salían a comprar alimentos o medicinas los días programados que correspondían a las mujeres, eran detenidas y sancionadas porque al presentar su documento de

56 ONU, ACNUDH, *Directrices relativas a la Covid-19*, 08 de mayo de 2020.

57 OEA, CIDH, *Pandemia y derechos Humanos en las Américas*, numeral 40-80.

58 Perú, Defensoría del Pueblo, "Estado de Emergencia Sanitaria: Supervisión a hospitales de Lima y Callao sobre los servicios de atención de la salud materna", Serie Informes Especiales N° 13-2020-DP, mayo de 2020.

59 Perú, DS No 057-2020-PCM, "Decreto Supremo que modifica el Artículo 3 del Decreto Supremo No 051-2020-PCM, que prorroga el Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo No 044-2020-PCM, por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del Covid-19", Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 02 de abril de 2020, 3.8.

60 Estas personas nacen con sexo masculino, pero se identifican como pertenecientes al género femenino.

identidad aparecían como personas del género masculino. Además, eran ridiculizadas y humilladas⁶¹. Sus derechos a la salud, a la alimentación, a la vivienda y al trabajo también fueron menoscabados. Sin poder salir de sus viviendas para conseguir ingresos económicos tuvieron que pedir donaciones para no morir de hambre⁶². Su situación empeoraba si procedían de provincias al verse forzadas a retornar a pie por la paralización del transporte interprovincial.

La paralización económica generó la pérdida de trabajo para muchas personas, afectando aún más a quienes migraron a Lima o a otras regiones del país, teniendo que regresar caminando a sus lugares de origen. En similar situación se encontraban las personas que habían comprado pasajes de retorno y no podían usarlos. Dentro de estos grupos se encontraban personas vulnerables como niños, personas adultas mayores, miembros de comunidades indígenas y personas con discapacidad. La Defensoría del Pueblo concluyó que: “el gobierno nacional no implementó medidas efectivas que incentivaran a las personas a permanecer en los lugares en los que se encontraban”, lo que causó desesperación y generó conflictos, aglomeraciones e incremento de los contagios⁶³.

Los derechos humanos de los pueblos indígenas fueron vulnerados por la falta de medidas estatales de protección y la negligencia de los gobiernos regionales. Los pueblos de la Amazonía peruana de la zona de Loreto entraron en aislamiento voluntario dentro de sus comunidades, sin tener abastecimiento suficiente de alimentos. En esta zona viven unas 1,170 comunidades nativas de diferentes etnias; y es la segunda región que tiene el mayor número de contagiados en todo el país⁶⁴,

La cuarentena terminó el 30 de junio⁶⁵ y El Ejecutivo inmediatamente anunció la reactivación de las actividades económicas correspondientes en los sectores de energía y minas, agricultura, construcción y otras enumeradas en el anexo del DS N° 117-2020-PCM⁶⁶. De igual manera con

61 Debate, Transexuales sufren discriminación de policías durante la cuarentena en Perú, 08 de abril de 2020, <https://bit.ly/3f49BQK>, acceso el 26 de julio de 2020.

62 Perú 21, Hambre durante el encierro: el drama de las chicas trans del Centro de Lima, 11 de abril de 2020, <https://bit.ly/2WY3pUa>

63 Perú, Defensoría del Pueblo, “Migración interna y varados durante la pandemia”, Serie Informes Especiales N.º 23-2020-DP, 06 de julio de 2020.

64 Perú, Diario Gestión, “Nadie sale, nadie entra”: nativos en Perú viven complejo encierro por coronavirus, 09 de abril de 2020. <https://bit.ly/32VAHXU>

65 Perú, DS N° 094-2020-PCM, Decreto Supremo que establece las medidas que debe observar la ciudadanía hacia una nueva convivencia social y prorroga el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia de la Covid-19, 23 de mayo de 2020, art. 2.

66 Perú, DS N° 117-2020-PCM., Diario oficial del Bicentenario “El Peruano”, 30 de junio de 2020.

fecha 15 de julio el Ministerio de Energía y Minas emite la Resolución Ministerial N° 171-2020-MINEM/DM para la suscripción de los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos. Mientras tanto los pueblos indígenas siguen protestando por falta de atención médica, alimentos y por la amenaza de ser expulsados de sus territorios a causa de las concesiones mineras, forestales o de hidrocarburos⁶⁷. El pueblo Achuar ha demandado al gobierno regional de Loreto por concesiones forestales que afectan a pueblos en aislamiento⁶⁸.

La cuarentena terminó y no ha logrado contener el contagio del coronavirus; al contrario, las cifras han aumentado. Al 24 de julio tenemos un total de 375, 961 casos. La emergencia sanitaria ha desatado otra emergencia: la lucha por la vida de los más vulnerables.

67 Peru, Wayka, "Video, El Estado nos condiciona: Tú me das petróleo, yo te doy oxígeno", 09 de julio de 2020.

68 Peru, Wayka, "Loreto: Demandan a gobierno regional por concesiones forestales que afectan a pueblos en aislamiento", 22 de julio de 2020.

Bibliografía

Ayala Corao, Carlos. Retos de la Pandemia del Covid-19 para el Estado de Derecho, la Democracia y los Derechos Humanos”, *MPIL Research Paper Series* No 2020-17 (2020): 1-22. <https://bit.ly/2D0OcuC>

Debate. “Transexuales sufren discriminación de policías durante la cuarentena en Perú,” 08 de abril de 2020, <https://bit.ly/3f49BQK>, acceso el 26 de julio de 2020.

Diario Gestión. “Nadie sale, nadie entra”: nativos en Perú viven complejo encierro por coronavirus, 09 de abril de 2020. <https://bit.ly/32VAHXU>

_____ “Contagio de coronavirus en el sector minero ascienden a casi 3,000 trabajadores”, 09 de julio de 2020, <https://bit.ly/3fa38nn>

Eto Cruz, Gerardo. *Constitución Política del Perú-Índice analítico*. Lima: Grijley, 2019.

Llerena, Renato et al. “Emergencia, gestión, vulnerabilidad y respuestas frente al impacto de la pandemia Covid-19 en el Perú”, <https://bit.ly/3eSaOuF>

OEA, CEIDH, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH), 22 de noviembre de 1969.

_____ *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. CIM, 9 de junio de 1994.

_____ CIDH. *Pandemia y Derechos Humanos*, 10 de abril de 2020, Res. No 01/20.

ONU. Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, resolución 2200 A (XXI).

_____ Consejo Económico y Social, *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, mayo de 1984, doc. E / CN.4 / 1985/4, anexo (1985).

_____ ACNUDH, Directrices relativas a la Covid-19, 08 de mayo de 2020.

OMS. *Reglamento Sanitario internacional*, adoptado por la 58ª Asamblea Mundial de la Salud el 23 de mayo de 2005.

Perú. Colegio Médico del Perú. "Comunicado No 049-2020", 23 de junio de 2020.

_____ *Constitución Política del Perú de 1993*, 31 de octubre de 1993.

_____ Decreto de urgencia No 026-2020, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 15 de marzo de 2020.

_____ DS No 008-2020-SA, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 11 de marzo de 2020.

_____ DS No 010-2020-SA, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 14 de marzo de 2020.

_____ DS No 044-2020-PCM, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 15 de marzo de 2020.

_____ DS No 057-2020-PCM, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 02 de abril de 2020.

_____ DS No 094-2020-PCM, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 23 de mayo de 2020.

_____ DS No 020-2020-SA, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 04 de junio de 2020.

_____ DS No 117-2020-PCM., Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 30 de junio de 2020.

_____ Defensoría del Pueblo, "La protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes víctimas de la violencia en el contexto de la emergencia sanitaria por Covid-19", Serie Informes Especiales No 007-2020-DP, 19 de abril de 2020.

_____ Defensoría del Pueblo, ¿Qué pasó con ellas durante el aislamiento obligatorio?, Reporte Igualdad y Violencia No 04, mayo 2020.

_____ Defensoría del Pueblo, "Estado de Emergencia Sanitaria: Supervisión a hospitales de Lima y Callao sobre los servicios de atención de la salud materna", Serie Informes Especiales N° 13-2020-DP, mayo de 2020.

_____ Defensoría del Pueblo, "Migración interna y varados durante la pandemia", Serie Informes Especiales N.º 23-2020-DP, 06 de julio de 2020.

_____ Ley del Sistema Nacional Coordinado y descentralizado de Salud (SNCDs), N.º 27813, 12 de agosto de 2002

_____ Ley No 31011, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 27 de marzo de 2020.

_____ MINSA, RM No 589-2007/MINSA, Plan Nacional Concertado de Salud 2007-2020, 21 de julio de 2007.

_____ MINSA, RM No 258-2011/MINSA, Política Nacional de Salud Ambiental 2011-2020, 04 de abril de 2011.

_____ MINSA, Dirección General de Epidemiología, "Análisis de situación de salud en el Perú", setiembre de 2013. <https://bit.ly/3f3nz5p>.

_____ Resolución Administrativa N.º 115-2020-CE-PJ, Diario oficial del Bicentenario "El Peruano", 16 de marzo de 2020.

_____ Resolución Administrativa No 000143-2020-CE-PJ, Consejo Ejecutivo del Poder, 11 de mayo de 2020.

_____ Tribunal Constitucional, EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

Perú 21. "Hambre durante el encierro: el drama de las chicas trans del Centro de Lima", 11 de abril de 2020, <https://bit.ly/2WY3pUa>

Siles, Abraham. "Problemática Constitucional del estado de Emergencia en Perú: Algunas Cuestiones Fundamentales", *Estudios Constitucionales*, Año 15, No 2 (2017): 123-166.

Villarreal Lizárraga, Pedro. Pandemias y Derecho. *Una perspectiva de gobernanza global*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2019, <https://bit.ly/2ZU8u1M>

Wayka, "Video, "El Estado nos condiciona: Tú me das petróleo, yo te doy oxígeno", 09 de julio de 2020.

Peru, Wayka, "Loreto: Demandan a gobierno regional por concesiones forestales que afectan a pueblos en aislamiento", 22 de julio de 2020.

WHO. *Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (Covid-19)- Interim guidance*, 19 march 2020.

LA ECONOMÍA EN EPÓCA DE CRISIS: UNA PERSPECTIVA DESDE EL PERÚ

Los esfuerzos para recuperar el rumbo después de la Covid-19

Denny Piña García¹

La Covid-19 y el contexto actual

La pandemia de Covid-19 ha registrado más de 10.8 millones de casos a nivel global y ha ocasionado la muerte de más de 520,000 personas alrededor del mundo². Como resultado de esta pandemia, declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como pandemia global³, y de las necesarias medidas de aislamiento generalizado para detener su pernicioso avance y evitar el colapso de los sistemas de salud en los distintos países, se ha originado una crisis considerada como peor que las crisis económicas del siglo pasado⁴.

La Covid-19 es una cepa de la familia de los coronavirus, no identificada previamente en humanos, que se propaga de persona a persona a través de gotas o partículas acuosas que se quedan en el ambiente al toser o estornudar⁵. Su capacidad de expansión y el alto nivel de contagio hicieron que se declarará como pandemia y que la mejor medida que diver-

1 Maestro en Diplomacia y Relaciones Internacionales por la Academia Diplomática del Perú "Javier Pérez de Cuéllar". Maestro en Gestión Pública por el KDI School of Public Policy and Management de Corea del Sur. Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo de Perú. Diplomático de carrera en el Servicio Diplomático de la República del Perú.

2 La información sobre la pandemia es actualizada diariamente sobre la base de la información oficial de los distintos países por la John Hopkins University, acceso el 02 de julio de 2020, <https://bit.ly/38v2L5q>

3 Tedros A. Ghebreyesus, declaró en su alocución del 11 de marzo de 2020 ante el mundo que el coronavirus era una pandemia global, acceso 20 de junio de 2020, <https://bit.ly/2YUf9IT>

4 La crisis del coronavirus se espera que impacte mucho más que la crisis de 1930, BBC News del 09 de abril de 2020, acceso el 20 de junio de 2020, <https://bbc.in/2Bzjnwz>

5 Esta definición técnica es proporcionada por el Gobierno del Perú en su página oficial bajo el título ¿Qué es el Covid-19 y que lo diferencia de otros coronavirus?, acceso el 22 de junio de 2020, <https://bit.ly/2NPttLL>

Los países adoptaron para controlarla fuera el aislamiento generalizado, siguiendo el ejemplo del primer país donde apareció, China.

El mundo previamente a esta crisis imprevisible y compleja vivía una ola de tendencias nacionalistas, tanto a escala global (Trump) como en el plano regional (Bolsonaro) y las prácticas proteccionistas derivadas de estas políticas atacaban a los patrones del orden internacional actual, la globalización y el multilateralismo, motivados por el rédito político del descrédito existente sobre los logros de ambos paradigmas entre muchas personas alrededor del mundo. El mundo no estaba preparado para enfrentar la presente crisis.

La crisis del coronavirus, según algunos especialistas, tendrá distintos efectos en los ámbitos político, económico y social, pero fundamentalmente modificará el orden internacional existente⁶, tal y como se viene presentando, la Covid-19 acelerará las tendencias existentes y la crisis económica actual tendrá repercusiones en el desenvolvimiento de las sociedades, así como generará nuevos paradigmas o modificará los existentes.

Este escenario de crisis ha fortalecido a los gobiernos populistas y autoritarios, que buscan evadir los controles constitucionales y normativos, esto implica el debilitamiento de los regímenes democráticos. Esta involución política ha tenido una expresión en distintos países que podrían ser considerados como de sistemas democráticos frágiles.

Muchos países se vieron obligados a tomar medidas unilaterales, tales como el cierre de las fronteras nacionales, la restricción del libre tránsito de personas entre Estados, el cierre o suspensión de vuelos, así como ciertas restricciones en el ámbito del comercio internacional, entre otras medidas de naturaleza similar⁷; lo que llevó a un coma inducido de la economía mundial, necesario para afrontar la crisis sanitaria.

Previamente, en 2019 América Latina en su conjunto no creció económicamente, diversos Estados de la región no cuentan con espacio fiscal y monetario suficiente, existen ingresos públicos limitados y prevalece en ellos una alta informalidad laboral (53% de la economía regional y 70 % de la peruana). Los faros del crecimiento económico (Chile, Perú y Colombia) mantenían el crecimiento regional, y la proyección de organismos

6 Henry Kissinger, «The Coronavirus Pandemic Will Forever Alter the World», *Walt Street Journal*, del 03 de abril de 2020, acceso el 28 de junio de 2020, <https://on.wsj.com/3isQgeY>

7 Margarita Rodríguez sobre las Medidas contra el Coronavirus: ¿qué es el distanciamiento social y por qué se habla de implementarlo hasta el 2022?, *BBC News* del 23 de abril de 2020, acceso 28 de junio de 2020, <https://bbc.in/3dQu4YJ>

multilaterales especializados en enero del presente año era prometedora y mantenía la tendencia de años previos, el Fondo Monetario Internacional (FMI) proyectaba un crecimiento de 1.6%⁸.

Sin embargo, recientemente esta misma institución ha proyectado que América Latina se contraerá en su crecimiento hasta -9,4⁹, lo cual significa que los efectos de la pandemia han sido más perniciosos de lo pensado, y aún no culminamos de ver todos sus efectos.

Es claro que la proyección global de crecimiento del PBI por el FMI en enero para el 2020 era de crecimiento lento pero sostenido, lastimosamente esta pandemia ha generado actualmente una proyección no muy alentadora.

En ese contexto, instituciones regionales como la CEPAL estiman que alrededor de 30 millones de personas en la región caerían en la pobreza¹⁰, afectando los logros de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de los últimos años; es decir, estaríamos entrando en una difícil fase de retroceso de los avances obtenidos debido a esta situación tan compleja e imprevisible que desencadenó la Covid-19, una crisis económica sin precedentes.

En resumen, el contexto de América Latina con la pandemia de la Covid-19 es que nos impactó en un momento de debilidad de la economía regional y de vulnerabilidad macroeconómica¹¹, y hace necesario dimensionar los esfuerzos de cada país para afrontar no solo su reactivación económica sino también su recuperación. Es un largo trabajo para los gobiernos de la región que viene acompañado de tendencias complejas que se han exacerbado y que constituirán retos importantes que se deberán tener en cuenta.

Los países más afectados serían Ecuador, Argentina y Brasil, por los altos niveles de endeudamiento público que afectarían su capacidad de aplicar medidas para afrontar la crisis. Los bajos precios internacionales del cobre afectarán el presupuesto público de Chile, en tanto que la caída del precio del petróleo a niveles sin precedentes tendrá el mismo efecto en el presupuesto de Colombia y el Ecuador.

8 Fondo Monetario Internacional, Actualización de las perspectivas de la economía mundial, enero de 2020, acceso 28 de junio de 2020, <https://bit.ly/2YVUNyM>

9 Fondo Monetario Internacional, Actualización de las perspectivas de la economía mundial, junio de 2020, acceso 28 de junio de 2020, <https://bit.ly/2BARapb>

10 CEPAL, informe especial Covid-19 No 02 del 21 de marzo de 2020.

11 CEPAL, informe especial ...

Este escenario claramente demuestra que la región latinoamericana no solo se ha convertido en un nuevo centro de la pandemia, sino también en un escenario donde la crisis económica afectará fuertemente los rendimientos esperados. Las soluciones necesarias pasan por procesos complejos en el plano interno, teniendo diversidad de respuestas unilaterales; pero que guardan cierta sintonía con respuestas de otros lugares del planeta. Es decir, primero afrontar la pandemia y contenerla, luego de lo cual se inicia el duro proceso de recuperación económica, porque la crisis resultante afectará el desempeño de los actores económicos en su conjunto.

Siendo esto así, diversos países alrededor del mundo, como el Perú, han buscado brindar una solución multilateral y basada en la cooperación a la crisis que representa la Covid-19 en el orden internacional, tanto a nivel sanitario, como en lo relativo al impacto económico, sobre todo a corto y mediano plazo.

En las últimas semanas, los principales socios comerciales del Perú han iniciado sus procesos de reactivación económica. La reacción de los mercados internacionales a estas reactivaciones ha sido positiva, pero aún queda por ver cómo se desenvolverá la necesaria recuperación y que esas reacciones iniciales sean sostenibles. La curva de recuperación aún es incierta.

En este contexto, el regionalismo sudamericano que actualmente se encuentra siendo criticado por algunos sectores, como sucede con el multilateralismo, con profundas diferencias entre los países del Pacífico y el Atlántico, tiene una nueva oportunidad para reafirmar su rol y sus capacidades, en la larga tradición integracionista de la región y que puede constituir un pilar de los procesos de recuperación económica que serán necesarios luego de la crisis.

La recuperación económica desde una perspectiva regional pasa por entender cómo las cadenas regionales de valor pueden funcionar y ser profundizadas, para ello existen instituciones y organizaciones internacionales que vienen proyectando no solo de forma descriptiva la crisis económica, sino también realizando propuestas que permitan soluciones conjuntas en la región.

El Perú y la crisis económica

En el Perú, la pandemia de la Covid-19 ha generado un daño considerable y aún no se saben las dimensiones que pueda alcanzar¹². A pesar que actualmente nos encontramos en el proceso de reactivación económica, la razón es que es una situación compleja y multidimensional, que aún no ha culminado. De acuerdo a la Asociación de Exportadores (ADEX), nuestras exportaciones al mundo se habrían contraído, solo en abril (a un mes y medio de las medidas de aislamiento social obligatorio y cierre de fronteras), alrededor 60%. De esta contracción, los bienes exportados tradicionales tuvieron un descenso de 62,4%, mientras que los no tradicionales cayeron 52,3%.

Si se compara con la evolución de nuestras exportaciones tanto tradicionales como no tradicionales en el mismo mes desde 2016 hasta el presente año, el impacto es importante y severo, siendo este el primer indicador que corrobora el daño de la pandemia y porque muchos especialistas hablan de una situación de crisis económica para el Perú.

En ese sentido, aunque se puede afirmar que los retos de la pandemia de la Covid-19 pueden ser vistos como coyunturales porque se originan de un hecho imprevisible y complejo, pero también el efecto en países como el nuestro se circunscribe a condicionantes estructurales y resulta difícil catalogarlos y separarlos en este momento. Sin embargo, es claro que las consecuencias políticas, sociales y, en especial, las económicas de la crisis presente no son menores y podrían significar una nueva década perdida.

Para la región y en particular para el Perú, la dependencia del precio internacional de *commodities* como son los minerales, la paralización de la actividad económica en sus principales socios externos, la reducción del comercio y la caída del turismo determinarían el efecto de perjuicio inmediato que muchos analistas esperan. Este impacto esperado y que se viene corroborando en nuestra realidad presente se debe tanto a factores externos como internos. Entre los factores externos es claro que el menor precio de las materias primas, la volatilidad de los mercados financieros y en general la disminución del comercio internacional serán condicionantes que dificultarán nuestros esfuerzos de recuperación económica.

12 Alex Vergara, «La crisis del Covid-19 como Aleph Peruano», en América Latina: Del estallido al Covid, ed. por Rafael Rojas y Vanni Pettina eds., (Lima: Editorial Universidad del Pacífico, 2020), <https://bit.ly/31L6VEZ>

Los factores internos tampoco son despreciables, y suman condiciones a nuestra compleja realidad. Por el lado de la oferta del mercado, las interrupciones en las cadenas de suministro y la menor producción serán de partida limitantes de la recuperación económica, porque los actores económicos deberán volver lentamente a los niveles anteriores a la pandemia. Asimismo, por el lado de la demanda, las menores compras, especialmente en servicios reducirán la capacidad de recuperación y el incentivo para incrementar rápidamente la producción.

Esta doble situación se agrava porque el Perú es un país con una realidad compleja, un país con 70% de informalidad, y la pandemia ha generado una crisis que proyecta una precarización significativa del mercado laboral, producido por un estimado crecimiento en 10% de la informalidad, y la lenta recuperación de puestos laborales luego de superada la crisis sanitaria.

No se puede conocer aún con total precisión el alcance del impacto económico de la pandemia en el Perú. Pero sí existe un consenso entre diversas entidades que la contracción del PBI para el 2020 será severa. Solo hasta el cuarto trimestre de este año se podrá saber el daño real en la capacidad productiva de país, midiendo el número de trabajadores y empresas perjudicadas, por pérdida de empleo y quiebras. Ese escenario será la base para el proceso de recuperación de la economía que, de acuerdo al BCR, se alcanzaría en el cuarto trimestre del 2021¹³.

Por otro lado, la extensión de la medida de aislamiento social obligatorio en el segundo trimestre, con un enfoque de reapertura gradual y sectorial de las actividades económicas desde mayo, para enfrentar la pandemia, que aún no era controlada en el país, motivó un impacto más severo en la economía, según el BCR, de alrededor de 12.5% de contracción¹⁴.

Los efectos económicos del coma inducido en la economía, para atender la crisis sanitaria, se vienen reflejando en menores ingresos de los hogares, pérdidas de empleos y el deterioro de las expectativas de consumo e inversión en lo que ha pasado del año, lo cual agrava la proyección que se tiene de los condicionantes para la recuperación económica, dada nuestra situación, un escenario ciertamente complejo.

Las empresas han sufrido una fuerte reducción de sus ingresos. Como consecuencia muchas de estas han incurrido en recortes, los cua-

13 BCR, «Panorama Actual y Proyecciones Macroeconómicas 2020-2021», Reporte de Inflación junio de 2020

14 BCR, «Panorama Actual y Proyecciones ...

les son realizados principalmente en inversiones y en planillas. Debido a esto la inversión privada se ha contraído significativamente los últimos tres meses, en comparación con el año pasado, y se espera que esta tendencia continúe el resto del año.

El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) al definir su plan de medidas económicas, tuvo que tener en consideración cómo la economía se había desacelerado, y para ello hizo uso de una estimación del nivel de producción durante los primeros meses de las medidas de restricción, con lo cual se podría definir la estrategia de la subsecuente reactivación.

A pesar de la fuerte caída en los niveles de producción y de ingresos de las empresas, las condiciones financieras del país no se han deteriorado. Esto se debe principalmente a dos factores; primero, los elevados niveles de liquidez en el mundo que han beneficiado al Perú; y, los buenos balances macroeconómicos del país debido a buenas medidas de política técnica monetaria. El sol se ha mantenido más estable que otras monedas de la región y según el BCR solo se habría devaluado en 6.8%, lo cual muestra una baja volatilidad, y la inflación se mantiene en 0.5%¹⁵.

Sin embargo, la disciplina macroeconómica no significa que nuestra economía no se verá gravemente afectada, como se ha señalado precedentemente. Es claro que una caída más acentuada del PBI como resultado de la pandemia también implicará una recuperación económica más lenta, lo cual pone presión sobre la estabilización del déficit y la deuda en los actores económicos¹⁶. La recuperación dependerá precisamente de la efectividad de la implementación de un plan adecuado de reanudación de las actividades y de la adaptación de las empresas al nuevo entorno de negocios, sobre todo de los sectores más afectados por las medidas de contención, los no primarios.

En simultáneo, la demanda interna acompañaría a la reapertura de la economía con la recuperación parcial de la capacidad de gasto de los ciudadanos, la progresiva recuperación de la confianza del consumidor y de las empresas, apoyada por los estímulos fiscal y monetario extraordinarios; sin embargo, esta demanda no significa que se regresará inmediatamente a los niveles anteriores a la pandemia.

De otro lado, el ritmo de crecimiento de nuestras exportaciones de materia prima (70% de nuestras exportaciones) dependerá en parte de

15 BCR, «Panorama Actual y Proyecciones ...

16 Semana Económica Editores, p. PBI: Lenta Recuperación, Semana Económica Lima, 7 de junio del 2020, Año XXXV, No 1722, p. 21

las perspectivas del crecimiento de China (33% de nuestras exportaciones), principal destino de nuestros productos. Se espera que la economía de ese país se reactive completamente y con mayor fuerza el próximo semestre, para retomar las altas tasas de crecimiento en 2021. No obstante, un eventual rebrote de la Covid-19, como el sucedido recientemente en Beijing, generaría un mayor cuadro de incertidumbre a futuro. Existen posiciones de que la economía china no regresará a operar a sus niveles anteriores a la pandemia¹⁷.

Es incierto cuál será el impacto de la crisis en las exportaciones agrícolas en el mediano plazo, nuestro principal activo en las exportaciones no tradicionales. Dos de nuestros principales destinos de productos agropecuarios (Estados Unidos y la Unión Europa) han sido escenarios de alto contagio. Las medidas económicas adoptadas en esos países podrían afectar los ingresos, reduciendo el consumo de alimentos no esenciales. El impacto podría ser mayor en la demanda de las uvas, arándanos y paltas (principales productos que exportamos a ese sector).

De otro lado, desde marzo la dinámica de los precios en la economía respondió en gran parte a las medidas tomadas ante el brote del coronavirus. En un primer momento, la declaración del estado de emergencia sanitaria y las medidas de aislamiento social dieron lugar a un fuerte aumento de la demanda por alimentos y de ciertos productos de limpieza, lo que provocó un alza de precios. Posteriormente, los precios de ciertos productos disminuyeron ante el impacto de la inmovilización social y los menores ingresos de la población.

Sin embargo, el mercado interno es reducido y los segmentos altamente movilizados no son lo suficientemente amplios para poder apreciar un efecto reducido en la economía, a eso se suma la alta informalidad y como se afirmó previamente. La recuperación económica será compleja y podría tener una curva de crecimiento de largo tiempo, por lo cual la respuesta estatal debe ser lo suficientemente amplia para permitir una recuperación económica que permita un Perú próspero e inclusivo.

17 Las medidas de aislamiento tomadas por los países para afrontar la crisis sanitaria han detenido las economías, pero los procesos de reactivación económica, inclusive en el primer gran ejemplo, China, no han superado del 90 % de su funcionamiento original, se define como una “nueva normalidad” en el cual la economía de un país tiene que adaptarse y las fuerzas del mercado van buscando nuevas alternativas, un escenario que para algunos es aún incierto sobre sus implicancias. Precisamente, el ejemplo de China permite dilucidar situaciones que hacen creer que la recuperación no será tan rápida como se necesita. The Economist Briefing, «The 90 % economy that lockdowns will leave behind: It will not just be smaller, it will feel strange», The Economist (April 30th, 2020), <https://econ.st/2BBCnuH>

Precisamente, es claro que el principal reto para la economía peruana, más que la demanda mundial, es el impacto de las medidas de contención en la demanda interna y en nuestra oferta exportadora; es decir, la capacidad que tengamos de reinsertarnos en la economía mundial cuando vuelva a reactivarse. Según algunos especialistas, para el Estado peruano la prioridad es contener la amenaza de la enfermedad en la población. Con una economía con una alta tasa de informalidad existe cierta preocupación por poder determinar el margen de acción para ello, y los datos no mienten, la informalidad se incrementó sorprendentemente y la economía paralizada ha generado una explosión de esta realidad.

La pandemia de la Covid-19 con su imprevisibilidad y complejidad, aunada a las medidas necesarias de contención, ha generado una crisis que costará mucho esfuerzo poder vencer, las instituciones nacionales tienen un rol importante, pero también nuestros agentes económicos tienen gran importancia en la reactivación. Es claro que la crisis existe, y el proceso de recuperación se va a ir desarrollando paulatinamente, los resultados totales son aún inciertos y se requiere de mayor información para poder definirlos.

La reactivación económica y el escenario futuro

Las principales reacciones de nuestro gobierno estuvieron alineadas con lo que la información disponible y los expertos aconsejaban. Más allá de errores lamentables que cualquier administración hubiera podido cometer, los peruanos no padecemos de un gobierno errático, tacaño o esotérico¹⁸.

En respuesta a la pandemia, el gobierno emprendió un plan económico que actualmente comprende el 17% del PBI¹⁹. Se ha reconocido que no se ha avanzado a la velocidad deseada y que ha habido problemas en la implementación. Sin embargo, no puede desconocerse que el esfuerzo ha sido importante y es tal vez uno de los más amplios de la región. Hasta el 31 de mayo se habían aprobado medidas por S/ 110,1 mil millones,

¹⁸ Alex Vergara, «La crisis del Covid-19 como Aleph Peruano», ...

¹⁹ El Gobierno del Perú desde el inicio de la pandemia en el país implementó un conjunto de medidas económicas para afrontar la situación de la crisis sanitaria y la posterior reactivación de la economía, <https://bit.ly/2NPittL>

que incluyen medidas tributarias por un valor de S/ 16,2 mil millones, gasto público por S/ 10,2 mil millones y otras medidas que dan la suma de S/ 83,6 mil millones.

Asimismo, se creó una comisión encargada de evaluar la reactivación de la economía como resultado de las medidas de distanciamiento social obligatorio necesarias para controlar la pandemia, y que fue extendida hasta el 30 de junio. La referida comisión a cargo de la titular del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) cuenta entre sus miembros con representantes del gobierno central, los gobiernos regionales, el gremio médico, el sector privado, los sindicatos de trabajadores, la academia y la prensa.

En este contexto complejo e imprevisible, el Estado peruano está monitoreando activamente la situación y ha adoptado y continúa adoptando las acciones necesarias para atender las necesidades. Las medidas tomadas por el gobierno permitirán continuar atendiendo la emergencia sanitaria y el soporte económico a las familias y las empresas, enfocado principalmente en la reactivación económica, para evitar rupturas en la cadena de pagos.

El Banco Central de Reserva, como órgano constitucional autónomo, encargado de la política monetaria del país, ha contribuido a través de sus acciones de política monetaria. La principal medida es claramente la reducción de la tasa de interés de referencia entre los meses de marzo y abril, de 2,25 a 0,25 por ciento, su mínimo histórico. Precisamente, esta política monetaria expansiva, para permitir mayor liquidez en la economía, ante una situación de paralización demuestra que nuestros tomadores de decisiones han operado de manera pragmática y acorde a las circunstancias.

Adicionalmente, son destacables otras políticas de naturaleza expansiva que tomó el Banco Central de Reserva, como la flexibilización de los requerimientos de encaje que significó una reducción de la tasa de encaje en soles de 5% a 4% y de la tasa de encaje para obligaciones en dólares con plazos menores a 2 años con entidades financieras extranjeras de 50% a 9%; la provisión de liquidez al sistema financiero y la reducción de la volatilidad de la tasa de interés de largo plazo y del tipo de cambio.

De otro lado, desde una perspectiva amplia para los agentes económicos, el Programa Reactiva nació con el objetivo de inyectar liquidez a la economía, de forma rápida, para que las empresas puedan reponer su capital de trabajo, pagar a sus trabajadores y a sus proveedores, y así asegurar la continuidad de la cadena de pagos. Es decir, una política mo-

netaria netamente expansiva con la finalidad última de generar liquidez en el mercado.

Los programas de créditos con garantía del gobierno como Reactiva Perú y el Fondo de Apoyo Empresarial para la MYPE o inclusive Arranca Perú, están permitiendo que las empresas que accedan a estos montos de dinero o tengan liquidez u obtengan beneficios, de esta forma se fomenta y se garantiza el sostenimiento de la cadena de pagos.

Lo anteriormente descrito demuestra que el gran esfuerzo del gobierno ha estado enfocado en, haciendo uso del dinero producto de dos décadas de orden fiscal y crecimiento económico, de un lado, respaldar con prestamos a las empresas y asegurar la cadena de pagos y, en otro frente, distribuir varios y diferentes bonos monetarios.

Sin embargo, pese al gran esfuerzo, la realidad del Perú mostró pronto los límites de los liderazgos, de las decisiones audaces y de la buena voluntad²⁰. Unas pocas medidas consiguieron regular de manera eficaz a los actores sociales; pero muchas otras fueron inútiles para regular a la sociedad en su conjunto, lo que evitó que se consiguieran los objetivos completamente, precisamente por los males perennes de la informalidad y la corrupción en nuestra realidad.

La reactivación económica sucedería por fases, de 10% mensual, teniendo en consideración que, al momento más crítico de las medidas de aislamiento social para controlar la emergencia sanitaria, los sectores esenciales representaban alrededor de 50% de la economía y era lo que continuaba operando. En la actualidad, con el inicio de la tercera fase de la reactivación, nos acercamos a más del 80% de la economía que vuelve a operar.

Las denominadas fases del proceso de reactivación económica iniciaron en mayo, y en su planeamiento original consideran los siguientes rubros progresivos: La primera fase empezaría con la reactivación en industria y minería de sustancias químicas básicas y abono, productos minerales no metálicos, industria del vidrio, industria del papel y cartón, textil y confecciones, maquinaria y equipo, así como la gran minería de proyectos; en construcción lo harían 56 proyectos de transportes y 36 obras de saneamiento. En comercio se iniciará con productos agrarios y electrónico (interno y externo); servicios/turismo tendría un inicio con restaurantes y afines solo por delivery, transporte de carga, vinculados a telecomunicaciones,

20 Alex Vergara, «La crisis del Covid-19 como Aleph Peruano», ...

complementarios a la agricultura, prestados a empresas y almacenamiento; y en pesca la de consumo humano indirecto.

Se proseguiría en una segunda fase con la reactivación en industria y minería de producción de papel e imprenta y con la gran minería, mediana minería y exploración. En construcción con 108 proyectos de transporte y 48 obras de saneamiento; en comercio con la apertura de centros comerciales con aforo reducido, productos agrícolas y bienes (exportaciones e importaciones) orientados al servicio retail; en servicios/turismo los prestados a empresas, servicios complementarios a la agricultura, restaurantes (capacidad limitada) y hoteles, transporte interprovincial y aéreo nacional y agencias de viajes (atención virtual).

La continuación de la tercera fase sería con la reactivación en minería de mediana minería y exploración; en construcción con 26 proyectos de transporte y 146 obras de saneamiento; en comercio al por mayor y menor y; en servicios/turismo los Business Process Outsourcing (Call Centers), conexos a la agricultura (monitoreo al cultivo), restaurantes en general, transporte internacional aéreo, agencias de viaje (presencial) y centros de entrenamiento y atractivos turísticos (capacidad limitada).

La reactivación concluiría en casi su totalidad con la cuarta fase representada en industria y minería con la elaboración de tabaco y habilitación de actividades mineras faltantes; en construcción con 99 obras de saneamiento y; en servicios/turismo con los rubros belleza, entretenimiento, arrendamiento, comercialización, complementarios a la agricultura (talleres y eventos en temas agrarios), transporte nacional e internacional en general, centros de entretenimiento, atractivos turísticos y, convenciones, ferias y reuniones en general.

Esta planificación ha debido ser modificada conforme a la realidad de la emergencia sanitaria, se aceleraron procesos y se modificaron cronogramas conforme a la viabilidad sanitaria, pero es claro que la economía peruana se encuentra en un proceso de reactivación avanzado.

En el corto plazo, el gran riesgo es el efecto que se generará cuando las personas y empresas reduzcan sus gastos para ahorro o por carencia de recursos y acorten sus planes de inversión. La expectativa de crecimiento es negativa para 2020. Aunque no se sepan sus efectos, es claro que un pesimismo generalizado existe; la caída puede que no haya tocado fondo, pero la reactivación económica se ha desencadenado; aun así, es difícil estimar la fecha de una posible recuperación. Aunque es más

que probable que la ansiada recuperación económica no sea posible el presente año.

Para la CEPAL, una presencia mayor del Estado en la economía será fundamental, así como la adopción de acciones orientadas a dar mayor relevancia a la regionalización de la producción; a la cooperación; a la transformación digital del sector público; y en especial, a la integración productiva, comercial y social²¹.

Precisamente, esta pandemia ha puesto de manifiesto la importancia de contar con instituciones eficaces, inclusivas y rendidoras de cuentas, para atender y superar las crisis. El Estado nación ha vuelto a ejercer el rol protagónico que parecía haber perdido frente a otros actores de la globalización.

En ese sentido, el gran reto del Estado peruano será generar la seguridad y la confianza necesaria que permita a las empresas y personas proyectar sus gastos, mantener planillas de empleo y planificar inversiones. Para ello se requiere de una gestión pública con un gran sentido de realismo, pragmatismo e imaginación y continuar con el proceso de modernización; en resumen, se necesita de instituciones sólidas.

Lo más probable es que la economía se normalice recién bien entrado el año 2021, y para ello, será necesario aumentar la recaudación tributaria y mantener ajustado el déficit fiscal para poder invertir en salud y educación, de forma prioritaria.

La estrategia ante este nuevo contexto internacional a causa de la pandemia de la Covid-19 debe estar enmarcada en el fortalecimiento de capacidades en línea con las nuevas tendencias de la digitalización, la sostenibilidad, y la bioseguridad, entre otros. La pandemia ha puesto de manifiesto la necesidad de una economía digital y de cadenas de valor sostenibles.

El libre comercio debe seguir siendo una fórmula directriz, porque el Perú tiene una amplia oferta para posicionarse. Precisamente, actualmente tenemos 20 acuerdos vigentes, siendo el Acuerdo de Libre Comercio Perú-Australia el último acuerdo que entró en vigencia durante el presente año. La estrategia del Perú, de posicionarse en las regiones estratégicas y mantener vinculaciones importantes en el plano económico-comercial va en la línea con esta perspectiva, y debe mantenerse.

21 CEPAL, informe especial ...

La cooperación internacional tendrá un rol fundamental en el proceso de recuperación económica; se hace necesaria la transformación digital del sector público y profundizar la misma en el sector privado. Se debe mantener la vocación permanente del Perú hacia la integración de la región en los escenarios de la Alianza del Pacífico y la Comunidad Andina, en particular, que constituyen esquemas que podrían amplificar nuestros esfuerzos en la recuperación económica y sobre todo porque el último es un escenario que antes de la pandemia tenía las cadenas de mayor valor agregado en la balanza comercial del Perú.

Para superar esta gran crisis será necesario aumentar la recaudación tributaria y mantener ajustado el déficit fiscal para poder invertir en salud y educación. Para apoyar a los sectores productivos, seguir apostando por las MIPYME, que dan empleo a la mayor parte de la PEA nacional será una clara directriz; es decir, una perspectiva pragmática.

En ese sentido, es importante identificar los intereses del Perú de acuerdo con cada uno de los espacios con el fin de promover acciones conjuntas que permitan la rápida recuperación productiva- impulsando la reactivación, diversificación y recuperación de mercados para las exportaciones-; así como, acciones en materia de tránsito fronterizo, cooperación sanitaria, seguridad y salud en el trabajo, democracia, defensa del ambiente, ciencia y tecnología.

Adicionalmente, la importancia del plano exterior se pone de manifiesto, el multilateralismo es de vital importancia para enfrentar la pandemia, asegurar el libre flujo y acceso a medicamentos, productos sanitarios, agrícolas y alimenticios; y contribuye a la generación de capacidades en áreas clave para una recuperación económica sostenible.

Sin embargo, se pueden observar ciertas tendencias en base a las decisiones y acciones adoptadas por los gobiernos durante la emergencia sanitaria, que tendrán un impacto sobre nuestro país, que nos obliguen a generar políticas de respuesta y un reajuste de posiciones tradicionales. El nuevo escenario se dará en un contexto de medios más escasos, debido a la recesión económica a escala mundial y el bajón del comercio internacional, que será una realidad y afectará nuestros propios esfuerzos.

Aunque los retos son complejos y grandes, esta crisis representa una oportunidad para el Perú, a pesar de nuestras debilidades patentes, para potenciar nuestro camino al desarrollo, ello incluye la integración regional y los esfuerzos de organizaciones como la Comunidad Andina, como

mecanismo para guiar a un mejor desarrollo del país. El gobierno peruano ha demostrado ser consciente de los desafíos y, ha buscado espacios para fomentar una mayor productividad y la articulación entre los distintos agentes económicos, no solo para la recuperación económica, tan necesaria, sino también de cara a enrumbarnos nuevamente a la senda del desarrollo.

En ese sentido, desde una visión pragmática la inversión en infraestructura será la principal estrategia que se deberá seguir para alcanzar la deseada recuperación económica de la región. Sin embargo, el reto será reducir la informalidad. No sería recomendable ejercer presiones tributarias sobre la pequeña base fiscal existente; más bien sería idóneo promover políticas públicas que incentiven la formalidad a través de ciertos beneficios para ensanchar la base fiscal.

El Banco Central de Reserva podría continuar contribuyendo con la reactivación económica manteniendo la inyección de liquidez al sistema financiero, con medidas de estímulo a través de las tasas de interés de referencia; es decir, mantener la política monetaria expansiva de forma pragmática mientras dure la crisis, una vez que la recuperación sea una realidad se podrá regresar a la ortodoxia monetaria que ha sido la base de los activos que permiten la holgura del Perú actualmente.

Asimismo, el sector privado debe buscar imitar las mejores prácticas empresariales de otros países, destinadas a asegurar una mayor liquidez mediante el acceso al crédito, a fin de no romper la cadena de pagos y de que las empresas puedan mantener sus puestos de trabajo. Este componente final, el de los trabajadores y sus puestos de trabajo debe ser realzado, una recuperación económica que no considere la necesidad de ser inclusivos tendrá serias deficiencias para retomar el camino, ese seguirá siendo el gran reto para el Perú en el arduo proceso de recuperación económica.

Bibliografía

Alex Vergara, «La crisis del Covid-19 como Aleph peruano», en América Latina: Del estallido al Covid, ed. por Rafael Rojas y Vanni Pettina (Lima: Editorial Universidad El Pacífico, 2020), <https://bit.ly/31L6VEZ>.

Banco Central de Reserva del Perú (BCR), «Panorama Actual y Proyecciones Macroeconómicas 2020-2021», Reporte de Inflación junio de 2020, Lima.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (CEPAL), «Dimensionar los Efectos del Covid-19 para pensar en la reactivación», informe especial Covid-19 No 02, 21 de marzo de 2020.

Editorial BBC, «Coronavirus peor que la depresión de 1930», BBC News del 09 de abril de 2020, acceso el 20 de junio de 2020, <https://bbc.in/2Bzjnwz>

Fondo Monetario Internacional, «Actualización de las perspectivas de la economía mundial», junio de 2020, acceso 28 de junio de 2020, <https://bit.ly/2BARapb>

Fondo Monetario Internacional, «Actualización de las perspectivas de la economía mundial», enero de 2020, acceso 28 de junio de 2020, <https://bit.ly/2YUUNyM>

Tedros A. Ghebreyesus, «Alocución del Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS)» del 11 de marzo de 2020, acceso 20 de junio de 2020, <https://bit.ly/2YUf9IT>

Gobierno del Perú. «¿Qué es el Covid-19 y que lo diferencia de otros coronavirus?», acceso 22 de junio de 2020, <https://bit.ly/2NPtTL>

Gobierno del Perú. «Medidas para afrontar el Covid-19?», acceso 28 de junio de 2020, <https://bit.ly/2NPtTL>

John Hopkins University & Medicine, Coronavirus Resource Center, acceso 02 de julio de 2020, <https://bit.ly/38v2L5q>

Henry Kissinger, «The Coronavirus Pandemic Will Forever Alter the World», Walt Street Journal, del 03 de abril de 2020, acceso el 28 de junio de 2020, <https://on.wsj.com/3isQgeY>

Margarita Rodríguez, «Las Medidas contra el Coronavirus: ¿qué es el distanciamiento social y por qué se habla de implementarlo hasta el 2022? », BBC News del 23 de abril del 2020, acceso el 28 de junio de 2020, <https://bbc.in/3dQu4YJ>

Semana Económica Editores, «PBI: Lenta Recuperación», en Semana Económica del 7 de junio del 2020, Año XXXV, No 1722, p. 21

The Economist Briefing, «The 90 % economy that lockdowns will leave behind: It will not just be smaller, it will feel strange», The Economist (April 30th, 2020), acceso el 02 de julio de 2020, <https://econ.st/2BBCnuH>

ISBN: 978-9942-847-03-4



9 789942 847034

