



MAX PLANCK INSTITUTE

FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

MPIL RESEARCH PAPER SERIES | No. 2020-21

DIÁLOGO DEMOCRÁTICO Y EMERGENCIA EN AMÉRICA LATINA

Roberto Gargarella, Jorge Ernesto Roa Roa



MAX PLANCK INSTITUTE

FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

MPIL RESEARCH PAPER SERIES

No. 2020-21

DIÁLOGO DEMOCRÁTICO Y EMERGENCIA EN AMÉRICA LATINA

AUTHORS

Roberto Gargarella, Jorge Ernesto Roa Roa

EDITORIAL DIRECTORS

Armin von Bogdandy, Anne Peters

EDITOR-IN-CHIEF

Raffaella Kunz

TECHNICAL ASSISTANCE

Verena Schaller-Soltau

Angelika Schmidt

ABSTRACT

Democratic Dialogue and Emergency in Latin America

In this paper we propose eight propositions to analyze the measures that have been adopted in Latin American countries to respond to the COVID-19 pandemic. The document expresses some concerns regarding questions of deliberation and democracy, about the specific content of these measures, their consequences and the perspectives on how the governments have reacted to a situation that has caused a health, scientific, economic, social, and democratic crisis. The analysis will focus on the controversial institutional elections that affect the constitutional democracies' foundations. The following topics will be discussed: i) the use of emergency powers in crisis situations; ii) the decision to declare (or not) states of siege or emergency to face the pandemic; iii) the value of democratic deliberation during this critical times; iv) the predominant understanding of the separation of powers principle; v) the democratic erosion problem; vi) the context of inequality and the threats posed by a growing economic crisis; vii) criminalization and militarization of measures to deal with the coronavirus; viii) precautions against surveillance through applications that invade privacy; and ix) the role of judges in this context.

En este artículo se proponen ocho tesis orientadoras para analizar las medidas que se han adoptado en los Estados de América Latina como respuesta a la pandemia del COVID-19. En el documento se formulan algunas preocupaciones, en clave deliberativa y democrática, por el contenido concreto de esas medidas, sus consecuencias y las perspectivas sobre la forma como se ha respondido frente a una situación que ha causado una crisis sanitaria, científica, económica, social y democrática. El análisis se centrará en las controvertidas elecciones institucionales que afectan los fundamentos de las democracias constitucionales. Se discutirán los siguientes i) el uso de poderes de emergencia en situaciones de crisis; ii) la decisión de declarar (o no) estados de sitio o de excepción para enfrentar la pandemia; iii) el valor de la deliberación democrática en esta coyuntura crítica; iv) la comprensión predominante del principio de separación de poderes; v) el problema de la erosión democrática; vi) el contexto de desigualdad y las amenazas planteadas por una creciente crisis económica que la emergencia del COVID-19 ha agravado seriamente; vii) la penalización y la militarización de las medidas para enfrentar el coronavirus; viii) las cautelas frente a la vigilancia mediante aplicaciones informáticas que invaden la intimidad y ix) el rol de los jueces en este tipo de contextos.

KEYWORDS:

democratic erosion, deliberation, COVID-19, Latin America, separation of powers

erosión democrática, deliberación, COVID-19, América Latina, separación de poderes

Diálogo democrático y emergencia en América Latina¹

ROBERTO GARGARELLA²
JORGE ERNESTO ROA ROA³

1. Introducción⁴

El objetivo de este texto es proponer ocho tesis orientadoras para analizar las medidas que se han adoptado en los Estados de América Latina como respuesta a la pandemia del COVID-19. Aún más, se trata de formular algunas preocupaciones, en clave deliberativa y democrática, por el contenido concreto de esas medidas, sus consecuencias y las perspectivas sobre la forma como se ha respondido frente a una situación que ha causado una crisis sanitaria, científica, económica, social y democrática. El análisis se centrará en algunas de las controvertidas elecciones institucionales adoptadas durante la emergencia y, particularmente, en aquellas que afectaron la base de nuestras democracias constitucionales. Se discutirán diferentes temas, incluyendo: i) el uso de poderes de emergencia en situaciones de crisis; ii) la decisión de declarar (o no) estados de sitio o de excepción para enfrentar la pandemia; iii) el valor de la deliberación democrática en esta coyuntura crítica; iv) la comprensión predominante del principio de separación de poderes; v) el problema de la erosión democrática; vi) el contexto de desigualdad y las amenazas planteadas por una creciente crisis económica que la emergencia del COVID-19 ha agravado seriamente; vii) la penalización y la militarización de las medidas para enfrentar el coronavirus; viii) las cautelas frente a la vigilancia mediante aplicaciones informáticas que invaden la intimidad y ix) el rol de los jueces en este tipo de contextos. Los puntos se presentarán en términos abstractos y se ilustrarán a través de ejemplos tomados de la práctica política contemporánea de América Latina.

Algunas de las alertas que se incluyen en este texto se han activado a propósito de la reacción gubernamental frente a la pandemia. Sin embargo, muchas otras de las preocupaciones que se señalan a continuación son viejas, quizá muy viejas. En efecto, desde hace años se ha denunciado la concentración del poder en el ejecutivo bajo la idea del hiperpresidencialismo latinoamericano. De manera que esta crisis solo ha permitido confirmar, ratificar o, en el peor de los casos, profundizar y

¹ Este texto es producto del intercambio, deliberación y trabajo colectivo de los dos autores. Se trata de un documento relativamente largo y sustantivo que refleja los acuerdos de los autores sobre las tesis que aquí se defienden. Sin embargo, en la sección 7, los autores mantienen algunos pequeños matices sobre el rol de los jueces en el contexto latinoamericano. Ambos están de acuerdo, eso sí, en que esas diferencias enriquecen el texto y no restan valor a lo que aquí se sostiene.

² Profesor de las Universidades de Buenos Aires y Torcuato Di Tella.

³ Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, profesor de la Universidad Externado de Colombia e investigador visitante del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Contacto: jorgeroaroa@gmail.com

⁴ Algunas de las ideas de este texto han sido presentadas, entre otros, en el seminario “Coronavirus y derecho público global” realizado el 3 de abril de 2020. Agradecemos los comentarios de Armin von Bogdandy, Josep Luís Martí, Pedro Villarreal, Danielle Plamplona, Flavia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi y Anna Luisa Walter de Santana. El seminario se puede ver aquí: <https://www.facebook.com/UEexternadoDerechoConstitucional/videos/2566955230233373/> (08.05.2020)

evidenciar que esas preocupaciones eran ciertas. Confirmar lo ya sabido también es importante porque permite trazar una línea de perspectivas sobre lo que debería ocurrir después de la crisis: volver a pensar las estructuras del Estado en una forma más igualitaria, desconfiar de los arreglos institucionales que dejan sin poder, representación y posibilidad de accountability a las personas o mantener con más fuerza la defensa de un sistema público de salud con cobertura universal y de calidad. Estas pueden ser aspiraciones viejas que han adquirido una fuerza renovada.

2. Emergencia y procedimientos constitucionales: arreglos institucionales que no controlan el ejercicio del poder y favorecen la erosión democrática

Stephen Holmes escribió en 2009 un artículo en el que demostró que las situaciones en las que aparentemente se requiere una respuesta inmediata, rápida, eficaz, apresurada, efectiva y poco deliberada son, en realidad, momentos que exigen mayor pausa, seguir protocolos, acciones coordinadas, deliberación y contención⁵. Holmes empezaba su artículo relatando la experiencia de su hija Alexa, quien sufrió un grave accidente que la dejó en estado de coma. Cuando la niña se encontraba en la sala de emergencias de la clínica, las enfermeras y profesionales que la atendieron actuaron bajo estrictos protocolos que dilataban la acción urgente e inmediata que la situación de Alexa ameritaba. Por ejemplo, antes de transfundirle sangre, las enfermeras verificaban dos veces el nombre de la paciente y el tipo de sangre que le iban a transfundir. Aunque todas las profesionales sabían que la vida de la niña dependía de que ellas actuaran rápidamente, nunca dejaron de seguir los protocolos. Lo que esto enseña, dice Holmes, es que esos protocolos evitan que se comenten “errores fatales pero evitables bajo las presiones psicológicamente inquietantes del momento”⁶.

La experiencia personal de Holmes permite inferir algunas lecciones institucionales sobre el uso de mecanismos de emergencia o excepción. Una de las más importantes es que instrumentos, como el estado de sitio o la emergencia económica, siempre están disponibles para tomar decisiones rápidas y (aparentemente) efectivas. Sin embargo, las medidas excepcionales carecen de idoneidad cuando se trata de resolver desacuerdos sociales profundos o enfrentar una situación estructural con cierta vocación de perdurabilidad.

En segundo lugar, es importante evitar las reacciones viscerales (como las denomina Holmes) porque estas son un mal sustituto de las reacciones estratégicas. Las primeras se basan en un supuesto falso, según el cual, cada coyuntura parece una emergencia y, como tal, cada una de estas requiere una reacción instantánea. Las reacciones viscerales suelen realizarse incumpliendo o forzando los requisitos constitucionales de los estados de emergencia, aparejan consecuencias perjudiciales en el corto y largo plazo y tienen visos de constitucionalismo abusivo o autoritario. Por el contrario, ante cada coyuntura aparentemente grave es importante preguntarse primero si esta es el resultado de un desacuerdo social profundo o de situaciones de tipo estructural que, en lugar de reacciones particulares, exige una decisión de fondo (reacción estratégica) y políticas públicas de largo plazo basadas, como diría Nino, en la consideración de todos los intereses involucrados y en un proceso sosegado de deliberación.

⁵ Stephen Holmes (2009), “In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror”, *California Law Review*, vol. 97, n° 2, pp. 301-355.

⁶ *Ibid.*, pp. 301-355.

En tercer lugar, desde luego que, en contextos como el actual, puede ser necesario acudir a estados de emergencia. Sin embargo, cuando existen momentos de inestabilidad institucional tan profunda, quizá es mejor adoptar decisiones que den pausa, estabilidad y control en lugar de decisiones que profundicen la excepcionalidad, la angustia social y la desestabilización de los poderes públicos. Además, el uso reiterado de algunas potestades presidenciales, como los estados de excepción, el veto a las leyes (objeciones) o la legislación por la vía de decreto, consolida un uso abusivo de ese tipo de mecanismos, provoca la banalización de los mecanismos de emergencia y crea una presunción (de la cual el legislador, los tribunales y la ciudadanía deben tomar nota) de que estos son usados fuera del marco constitucional.

Sin duda, este es un momento que exige tomar todas las cautelas que indicaban Holmes y Nino. Sin embargo, la alternativa durante el COVID-19 ha sido pensar la crisis como oportunidad para profundizar todas las causas y los errores en materia de distribución del poder, la riqueza y el bienestar social. El nivel de consideración por todas las perspectivas interesadas ha sido tan bajo que se ha repetido, como un mantra, la recomendación de quedarse en casa y lavarse las manos, sin pensar un solo momento en el carácter supererogatorio de esas dos indicaciones para la mayoría de la población latinoamericana. Ese error en el procedimiento para la adopción de las medidas también redundaba en un costo de oportunidad sobre las cosas que se podrían hacer mejor para superar o contener la crisis.

2.1. La importancia de mantenerse atados al mástil

De acuerdo con lo anterior, lo primero que quisiéramos enfatizar se relaciona con la importancia de respetar los procedimientos democráticos establecidos, siempre y particularmente en circunstancias de emergencia. Tal como lo expresara el profesor Holmes, es precisamente en estas circunstancias críticas cuando parece más (en lugar de menos) necesario que las autoridades políticas atenen sus manos al mástil de la Ley. De hecho, si las democracias modernas eligen fijar desde un comienzo, incluso en sus Constituciones, estos requisitos de procedimiento, ello se debe a que quieren “minimizar el riesgo de cometer errores fatales pero evitables” ante circunstancias difíciles⁷.

La administración que ha hecho Donald Trump de la crisis ofrece un trágico ejemplo de las posibles implicaciones de actuar discrecionalmente durante la emergencia: sus decisiones se distinguieron por su carácter errático, infundado y contradictorio. En América Latina, que representa, a los efectos de este artículo, el área de nuestro interés, el caso de Brasil ofrece otra ilustración dramática del mismo fenómeno. En Brasil, un país que (mientras escribimos este texto) se presenta como el que cuenta con la tasa de transmisión más alta, el presidente Jair Bolsonaro también ha estado ofreciendo respuestas caprichosas a la crisis, con consecuencias catastróficas como resultado. Como se expresó en un artículo de opinión: “quizás la mayor amenaza para la respuesta COVID-19 de Brasil es su presidente, Jair Bolsonaro”⁸. En México, donde también existe (lo que describiríamos como) un Ejecutivo omnipresente, discrecional e irracional, también nos encontramos con otra triste ilustración de las posibles implicaciones de tener un líder discrecional en tiempos de emergencia. Las

⁷ Stephen Holmes (2009), “In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror”, *California Law Review*, vol. 97, n° 2, p. 301.

⁸ *The Lancet*, editorial “COVID-19 in Brazil: So What” (2020), vol. 395, issue 10235, p 1461, May 09, 2020.

respuestas del Estado mexicano en tiempos de COVID-19 se han caracterizado -hasta ahora- por la falta de información, opacidad, negación y estadísticas infundadas, si no directamente por las mentiras públicas⁹.

Por supuesto, el punto sugerido por estos ejemplos no es, simplemente, que en las próximas elecciones, los ciudadanos deberían tratar de hacer una elección diferente y seleccionar a un líder mejor. El punto es más estructural y menos subjetivo, a saber, que nuestros sistemas constitucionales no han logrado garantizar lo que deberían haber garantizado, particularmente en este momento: los mecanismos adecuados para controlar el poder. Contrariamente a este objetivo, nuestras Constituciones han permitido a los líderes irrazonables tomar decisiones discrecionales¹⁰ y también les han permitido aplicar sus decisiones irracionales sin tener que enfrentar grandes obstáculos institucionales. Los resultados de todo esto han sido frecuentemente atemorizantes, en términos de vidas humanas¹¹. De hecho, cuando comparamos la cantidad de muertes causadas por el COVID-19 en América Latina, es difícil no explicar las diferencias significativas observadas en cada uno de los países sin hacer referencia al carácter escandaloso (outrageous) de ciertas decisiones presidenciales.

Podemos comparar, por ejemplo, los casos de Argentina y Brasil. Se trata de dos países grandes y vecinos, que son bastante similares en muchos aspectos (i.e. desarrollo económico, niveles de desigualdad o historia política). En este momento de crisis encontramos en Argentina (un país con 44,5 millones de habitantes), 500 muertes (hasta ahora) debido al COVID-19; mientras que en Brasil (un país con 210 millones de habitantes), observamos 30.000 muertes. Los diferentes resultados notables obtenidos por estos dos países no se pueden explicar sin hacer referencia directa a la irracionalidad de las respuestas de Bolsonaro a la pandemia.

En resumen, el hecho de que nuestros sistemas democráticos hayan permitido, en estas circunstancias extremas, el desarrollo y la permanencia de respuestas lunáticas y escandalosas a la crisis, al mismo tiempo que dificultaron que las personas controlaran y sancionaran a sus autoridades políticas, habla menos sobre las incapacidades políticas del pueblo, que sobre las deficiencias de sus estructuras constitucionales¹². Eventos tales, en suma, dicen algo extremadamente negativo sobre el estado actual de nuestras democracias en franca erosión.

2.2. La erosión democrática latinoamericana

En los últimos años, numerosos académicos han comenzado a estudiar lo que describieron como un fenómeno novedoso, a saber, la erosión democrática¹³. La idea se refiere al “riesgo de un deterioro lento,

⁹ Ver: <https://www.nytimes.com/2020/05/08/world/americas/mexico-coronavirus-count.html> (08.05.2020)

¹⁰ Bruce Ackerman (2007), *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy*, New York: Belknap Press, p. 2010.

¹¹ Ver: <https://www.statista.com/statistics/1103965/latin-america-caribbean-coronavirus-deaths/> (15.05.2020).

¹² Nos referimos a la idea de “escandaloso” u “outrageous” tal y como la usara, por ejemplo, John Rawls en su *Political Liberalism* (John Rawls (1991), *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, pp. 48, 254).

¹³ Nancy Bermeo (2016), “Democracy Backsliding”, *Journal of Democracy*, vol. 27, n. 1, January, pp. 5-19; Tom Ginsburg; Aziz Huq (2018), *How to save a Constitutional Democracy*, Chicago: The University of Chicago Press; Mark Graber; Sanford Levinson; Mark Tushnet (eds) (2018), *Constitutional democracy in crisis?*, Oxford: Oxford University Press; Steven Levitsky; Daniel Ziblatt (2018), *How Democracies Die*, New York: Crown; Cass Sunstein (ed) (2018), *Can it happen here? Authoritarianism in America*, New York: Library of Congress; Adam Przeworski (2019).

pero en última instancia sustancial, de los márgenes del Estado de derecho, los derechos democráticos y liberales”¹⁴. Más precisamente, la erosión democrática implicaría un “proceso de decadencia incremental pero en última instancia sustancial en los tres predicados básicos de la democracia: elecciones competitivas, derechos liberales de expresión y asociación y el Estado de derecho”¹⁵.

Ahora, el punto es que este nuevo fenómeno, que generalmente comienza con la concentración de poderes en el Ejecutivo, y es seguido por el dismantelamiento gradual de la estructura de controles, representa un problema viejo y de larga data en América Latina. Por supuesto, hace unas décadas, esta erosión se reflejó en golpes militares violentos y abruptos. Estos, por diferentes razones, en el siglo XXI se hicieron mucho menos comunes que antes. Sin embargo, este cambio político (es decir, el paso de la ruptura abrupta a la ruptura gradual de la democracia) no debería hacernos olvidar las lecciones aprendidas de nuestra difícil historia política y social. Más precisamente, y sobre todo en momentos como este, no deberíamos olvidar que los países latinoamericanos tienen una larga y trágica historia de abusos políticos; restricción de derechos; violaciones de la Constitución; y poderes de emergencia que fueron adoptados rápidamente en tiempos de crisis y luego retenidos por las autoridades ejecutivas, incluso muchos años después de que la crisis se hubiera desvanecido por completo¹⁶.

La larga historia de autoritarismo político de América Latina nos sugiere, en este momento, ser mucho más cuidadosos tanto en la concesión de poderes adicionales al presidente como en la restricción de los derechos constitucionales. Tenemos mucha información sobre cómo los presidentes tendieron a usar y abusar de esos poderes, y debemos evitar repetir esos traumas. Desafortunadamente, cuando miramos a nuestro alrededor y vemos lo que está sucediendo en la región, encontramos que, de manera resurgente o no, las autoridades ejecutivas, de nuevo, se han aprovechado de la situación de crisis, a su favor.

De hecho, la pandemia ha ofrecido a los líderes políticos una oportunidad maravillosa para reafirmar o fortalecer sus propios poderes, que en muchos casos estaban siendo severamente cuestionados. Tomemos, por ejemplo, el caso de Chile. Allí la administración del presidente Sebastián Piñera decidió aplazar el referéndum constitucional que la mayoría de las fuerzas políticas acordaron celebrar, y que originalmente estaba programado para abril¹⁷. Basado en la excusa perfecta ofrecida por la pandemia, la consulta popular se pospuso rápidamente hasta finales de octubre¹⁸.

¹⁴ Tom Ginsburg; Aziz Huq (2018), *How to save a Constitutional Democracy*, Chicago: The University of Chicago Press, p. 39.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 43 y 44.

¹⁶ Solo un ejemplo a tener en cuenta: en Argentina, el presidente Néstor Kirchner solicitó poderes de emergencia al Congreso (el 6 de enero de 2002) ante una dramática crisis socioeconómica; y nunca renunció a esas facultades. Esos poderes de emergencia (que fueron renovados periódicamente por un Congreso favorable), continuaron en manos del Ejecutivo incluso después de la llegada del auge de los productos básicos, unos años más tarde. Esos poderes de emergencia solo se eliminaron después de 16 años (el 6 de enero de 2018!) cuando un partido de oposición llegó al poder.

¹⁷ A fines de 2019, el presidente Piñera había decretado un toque de queda y ordenó a los militares salir a las calles, luego de una crisis social sin precedentes. La decisión de Piñera solo exacerbó la situación de estrés social y, como resultado, el presidente aceptó convocar un plebiscito. El plebiscito precedería a la reforma de la Constitución de 1980, que fue redactada bajo la dictadura de Augusto Pinochet.

¹⁸ Jorge Contesse (2020), “Chile’s Constitutional Awakening”, Open Global Rights, y Ver: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-chile/chile-to-postpone-referendum-on-new-constitution-as-coronavirus-concerns-grow-idUSKBN2163TL> (11.05.2020)

Un escenario aún más preocupante aparece en Bolivia, donde el gobierno interino e irregular liderado por Jeanine Añez, anunció que pospondría las elecciones presidenciales originalmente programadas para el 3 de mayo. Esta votación sería una repetición de una elección cargada de 2019 que “provocó protestas generalizadas y violencia”¹⁹. Por supuesto, parece claro que en ambos casos -Chile y Bolivia- había buenas razones para posponer el llamado a elecciones populares²⁰. Sin embargo, también parece evidente que, de ese modo, los gobiernos en funciones obtuvieron lo que habían estado tratando de obtener sin éxito a través de otros medios -políticamente menos atractivos-. Quizás, la preservación de nuestras estructuras constitucionales básicas, en tiempos de emergencia, requiere otras respuestas de nuestras autoridades nacionales, más específicamente respuestas que contribuyan a enriquecer en lugar de restringir, aún más, el funcionamiento de nuestras democracias.

3. Hiperpresidencialismo reforzado: la necesidad de aumentar la deliberación frente a la concentración del poder

Como han indicado Ginsburg y Versteeg, la mayoría de los países del mundo se encuentran bajo alguna forma constitucional de excepción²¹. En los Estados cuyas Constituciones prevén estados de excepción, se ha decretado alguno de los previstos en la Constitución (i.e. España o Colombia). En los Estados que no han establecido constitucionalmente estados de excepción, se ha utilizado la legislación de emergencia preexistente (i.e. Alemania, Noruega o Japón). Por último, en varios países se ha expedido legislación ad hoc para responder a la crisis (i.e. Reino Unido o Taiwán). La nota característica de los tres escenarios es la concesión (mayor o menor) de facultades adicionales al poder ejecutivo y la necesidad (no siempre satisfecha) de mayor control político, judicial y social a la actuación de la administración. Además, cualquiera que sea la opción (estado de excepción, legislación previa o legislación ad hoc) siempre existe el riesgo de abuso de las facultades conferidas al ejecutivo que puede desequilibrar o profundizar el desequilibrio preexistente en la ecuación democrática en materia de equilibrio de poderes²².

En América Latina, los poderes de excepción recaen en un contexto históricamente desequilibrado a favor del presidente de la república. A lo anterior se suma el ejercicio protagónico y excesivo de los poderes normativos o regulatorios del ejecutivo bajo el pretexto de conjurar la emergencia. En tiempos de inestabilidad, quizá sería necesario un poco de la pregonada seguridad jurídica. Sin embargo, no es extraño que, en varios países, se hayan establecido cadenas nacionales de televisión en las que se anuncian diariamente nuevas medidas. La hipernormatividad ha alcanzado niveles tan

¹⁹ Ver: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-bolivia-election/bolivia-election-body-proposes-june-to-september-window-for-coronavirus-delayed-vote-idUSKBN21D39N> (11.05.2020)

<https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-bolivia/bolivia-announces-nationwide-14-day-quarantine-to-stem-spread-of-coronavirus-idUSKBN2180VG> (11.05.2020)

<https://www.telesurenglish.net/news/Bolivia-Electoral-Tribunal-Suspends-Elections-Due-to-COVID-19-20200321-0010.html> (11.05.2020)

²⁰ Ver: <https://www.jurist.org/news/2020/04/ethiopia-postpones-general-election-during-covid-19-outbreak/> (17.05.2020)

²¹ Ver: <https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-i/> (11.05.2020)

²² Ver: <https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-ii/> (11.05.2020)

altos que resulta imposible conocer las medidas adoptadas, hacerles seguimiento o siquiera saber qué se puede, o no, hacer. Hipernormatividad e hiperpresidencialismo aparecen anejos en este momento.

3.1. Excepcionalidad de facto e hiperpresidencialismo social

En muchos países latinoamericanos, la emergencia ofreció una excelente excusa a los presidentes para obtener poderes adicionales y también para que ellos gobernaran más allá de los límites establecidos por la Constitución. Peor aún, en numerosos casos (i.e. Argentina, Colombia y México), la emergencia facilitó la imposición de estados de sitio y estados de conmoción no declarados. Estos mecanismos extremos aparecen con diferentes denominaciones y cargas históricas en casi todas las Constituciones latinoamericanas (e.g. Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela). También son instituciones que las Constituciones regulan mediante procedimientos legales estrictos y dejan sujetas a controles severos.

Desafortunadamente, en la mayoría de los casos, y dadas las dificultades prácticas y políticas para declarar un estado de sitio o un estado de conmoción (las autoridades políticas saben que la decisión de declarar un estado de sitio o un estado de conmoción puede resultar demasiado costosa, en términos de su propia popularidad), los presidentes han preferido usar los poderes a su disposición para declarar situaciones administrativas de emergencia sanitaria a través de un decreto ejecutivo²³. En efecto, la mayoría de los presidentes tienen poderes de emergencia a su disposición, que se supone que deben usar por un corto tiempo, ante circunstancias catastróficas que pueden hacer imposible la deliberación política (i.e. responder a un terremoto o una intrusión militar en el territorio nacional). Sobre la base de la fragilidad legal de esos mecanismos (simplemente, una “autorización para uno mismo, por uno mismo”), los presidentes han usado esos poderes de emergencia fácilmente accesibles, como si existiera una situación de estado de sitio o estado de conmoción, pero sin que estos fueran declarados o sin los controles que tales situaciones conllevan.

La presencia de esa excepcionalidad de facto se puede reconocer prestando atención a tres elementos fundamentales que son característicos de una institución constitucional tan extrema: i) la concentración de poderes en manos del Ejecutivo; ii) la severa limitación a los derechos constitucionales fundamentales; y iii) la militarización del espacio público.

²³ En Argentina, la razón principal que explica la negativa del Ejecutivo para establecer el estado de emergencia a través del canal legal apropiado (Congreso) se relaciona con el trauma originado por la declaración más reciente de un estado de sitio durante el gobierno del presidente De la Rúa. De hecho, el presidente De la Rúa declaró el estado de sitio el 19 de diciembre de 2001 y, por lo tanto, lanzó la crisis política contemporánea más dramática del país (una crisis que fue seguida por un largo período de inestabilidad política y alrededor de 40 personas asesinadas por las fuerzas represivas del Estado). Entonces, el presidente recientemente elegido, Alberto Fernández, decidió evitar el regreso de esa memoria colectiva o trauma, y así estableció lo que representaba, de hecho, un estado de sitio, sin declararlo formalmente. En Colombia, por su parte, no se satisfacían los requisitos esenciales para declarar un estado de conmoción interior (alteración del orden público) y, por esa razón, el presidente prefirió combinar la declaratoria de una emergencia sanitaria con uno de los estados de excepción que prevé la Constitución (emergencia económica). En virtud de esas dos excepciones, una de orden reglamentario y otra de orden constitucional, ha proferido todo tipo de medidas sobre aspectos financieros, sanitarios y laborales. Sin embargo, también ha adoptado medidas que restringen de manera desproporcionada los derechos fundamentales en ejercicio de sus poderes reglamentarios y basado en sus facultades ordinarias como autoridad de policía.

En consecuencia, en numerosos países latinoamericanos, y bajo el paraguas de la emergencia, todas las decisiones públicas relevantes están siendo adoptadas por el ejecutivo. Esto representa un problema extremadamente grave, especialmente cuando tenemos en cuenta que muchas de ellas han implicado restricción a los derechos constitucionales fundamentales (i.e. los derechos de libre circulación, reunión o protesta). En otras palabras, en la mayoría de los países de América Latina, el poder ejecutivo actúa de maneras que no están autorizadas por la Constitución y en áreas extremadamente sensibles (i.e. restricción a los derechos fundamentales). El silencio que todavía se advierte en la gran mayoría de los miembros de la comunidad jurídica a este respecto (la mayoría de ellos no ha denunciado el carácter ilegal de estas restricciones de derechos) se vuelve entonces alarmante y condenable.

Los ejemplos de Argentina o Colombia pueden ser útiles. En el caso de Argentina, encontramos que la Constitución Nacional determina (artículos 75.29 y 99) que el Congreso es la institución encargada de declarar el estado de sitio. La misma Constitución establece (artículo 14) que la regulación o limitación de los derechos solo se puede hacer a través de decisiones legislativas. Además, en el artículo 99.3, la Constitución determina que los poderes de emergencia del presidente no le permiten intervenir en áreas relacionadas con el derecho penal (en las que ya ha intervenido a través de sus poderes de emergencia). Ninguno de estos requisitos constitucionales ha sido respetado, aunque la mayoría de los miembros de la comunidad política tiende a ignorar o descartar la relevancia de estos hechos.

La situación es similar en Colombia. Allí, el presidente Iván Duque decretó el cierre de actividades mediante el Decreto 457/2020, que luego prolongó mediante el Decreto 531/2020. Sin embargo, en ambos casos, el presidente impuso severas limitaciones a los derechos constitucionales (i.e. libre circulación, reunión y protesta) mediante medios legales inadecuados e insuficientes²⁴. Hasta ahora, y desde que el estado de emergencia económica, social y ambiental fue declarado por primera vez, el presidente colombiano ha emitido 74 decretos, en relación con los temas más importantes. Allí se incluye también una segunda declaratoria del mismo estado de excepción. Nuevamente, en Colombia, como en Argentina y en la mayoría de los países latinoamericanos, la restricción a los derechos constitucionales solo puede hacerse a través de la autorización del Congreso o mediante un decreto legislativo expedido en ejercicio de los poderes de excepción y no en ejercicio de la situación administrativa de emergencia sanitaria o de las facultades regulatorias ordinarias.

Este entorno de hipernormatividad también es fabuloso para la elusión constitucional. Se trata de la violación del sistema de fuentes y de las competencias constitucionales: se reforman leyes, incluso leyes de jerarquía especial, por medio de decretos presidenciales. Se reforma la Constitución mediante decreto y se define en actos administrativos regulatorios lo que debiera ser objeto de debate constitucional. A lo anterior se suma que la elusión constitucional no solo es una violación del sistema formal de fuentes sino de la deliberación y control (político, judicial y social) que debe acompañar cada una de esas medidas. Es importante señalar que la elusión constitucional no se remedia, como equivocadamente se ha señalado, con un control judicial de las medidas de restricción o con el mero hecho de que un juez levante la mano para decir que su intervención subsana el fraude constitucional cometido por el Ejecutivo.

En definitiva, la ecuación actual latinoamericana se compone por un cambio normativo exponencial, un déficit de información, una ausencia deliberativa y la hipernormatividad; todo en el gran contexto

²⁴ Rodrigo Uprimny, "La Cuarentena Constitucional", *El Espectador*, 19 de abril de 2020.

histórico del hiperpresidencialismo Latinoamericano. Desde luego, el desequilibrio democrático de la región no es nuevo. El hiperpresidencialismo es una de esas premisas viejas que solo se ha confirmado y reforzado durante esta crisis.

Sin embargo, hemos tomado nota de una especie de hiperpresidencialismo social. Se trata del protagonismo de los presidentes y de la espectacularidad de su ligereza para asumir situaciones que requieren la mayor responsabilidad y cautela. Como ha indicado Sunstein, la mentira es la clave de la política sin considerar las repercusiones colectivas y democráticas de tal estrategia²⁵. Por solo mencionar algunos ejemplos de los muchos que abundan en la región, baste recordar la reacción inicial del presidente de México con su invitación a que los ciudadanos se abrazaran en un momento en el que ya había pruebas conclusivas sobre la necesidad de un cierto nivel de precaución en el contacto personal. Por supuesto, la convocatoria a una marcha del amor en tiempos de coronavirus realizada en Nicaragua²⁶; la tesis del presidente de los Estados Unidos de que el coronavirus se va con el calor o se combate con desinfectante y, por último, la campaña del presidente de Brasil para que el país no pare en virtud de que el virus es una simple gripa.

Lo que interesa destacar no es el nivel de disparate de quienes están al frente del poder ejecutivo o sus errores al enfrentar la situación. El punto es el protagonismo y la capacidad que tienen, desde el punto normativo y social, que contrasta con la incapacidad correlativa de los ciudadanos para contener los arreglos institucionales que han dejado sin poder al pueblo. Por eso, como se dirá a continuación, el manifiesto de Vermeule sobre el constitucionalismo del bien común aparece en América Latina como una descripción de la realidad más que como un proyecto a realizar²⁷.

3.2. El rechazo del constitucionalismo (latinoamericano) del bien común

El constitucionalismo del bien común se presenta como una fase más agresiva del originalismo y propone expresamente que, en tiempos de pandemias y de cambio climático, los ciudadanos renuncien a cualquier forma de control al poder público. La idea es que el pueblo debe conferir todo el poder al presidente y a unas autoridades muy fuertes para estas que luchen contra ese tipo de situaciones estructurales. Bajo esta lógica, la satisfacción de los principios de seguridad o salud justificaría un amplio margen para que los jefes de gobierno actúen con un menor grado de escrutinio político, judicial o ciudadano. Este postulado del constitucionalismo del bien común se refleja ahora en la idea, según la cual, los sistemas constitucionales del mundo no estaban preparados para enfrentar una situación tan extrema como la actual pandemia del COVID-19. Según se afirma, ninguno de los modelos de excepcionalidad ha sido suficiente para reaccionar adecuadamente a una situación estructural, sistemática y de largo plazo como esta pandemia.

Sin embargo, la verdad es que la mayoría de los sistemas constitucionales del mundo, no solo cuentan con esquemas de excepcionalidad para responder a este tipo de emergencias, sino que -de hecho- los presidentes y jefes de gobierno los han activado a propósito de la crisis del coronavirus.

²⁵ Ver: https://www.bloomberg.com/amp/opinion/articles/2020-05-05/trump-lies-weaken-u-s-democracy?twitter_impression=true (13.05.2020)

²⁶ Ver: <https://elpais.com/internacional/2020-03-15/el-gobierno-de-ortega-moviliza-a-sus-simpatizantes-ante-la-epidemia-del-coronavirus.html> (13.05.2020)

²⁷ Ver: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/> (11.05.2020)

De manera que el verdadero riesgo no está en el déficit de herramientas constitucionales para enfrentar una pandemia, sino en el potencial abuso de los poderes ordinarios y excepcionales para desequilibrar las ecuaciones democráticas a favor del poder ejecutivo.

El ejercicio abusivo de los poderes ordinarios y excepcionales se basa en la premisa de que la actual pandemia apareja un nivel de excepcionalidad que ha superado todas las previsiones constitucionales, tanto por su dimensión global y la incertidumbre que la rodea como por su impacto económico, humanitario y sanitario. El remedio vendría dado por la construcción de nuevos súper-estados de emergencia, la expedición de legislación excepcional que concentre los poderes en el ejecutivo o la instrumentalización los actuales mecanismos para extenderlos al máximo posible con el fin de que coincidan con la duración de la crisis.

Frente a este peligroso remedio, el estudio comparado permite entender otra lógica para responder a este tipo de crisis sin sacrificar el control ciudadano y democrático al poder ejecutivo. En efecto, cuando ocurre una emergencia de las dimensiones de la actual pandemia, los mecanismos de excepción (estados de excepción, legislación de emergencia o legislación ad hoc) permiten adoptar las medidas inmediatas y urgentes para enfrentar las consecuencias más acuciantes de la crisis, mitigar sus efectos o impedir su extensión. Por el contrario, las medidas estructurales, los cambios en las políticas públicas y los remedios estructurales deben ser canalizados a través de los mecanismos de normalidad: la deliberación dentro de los parlamentos, la legislación fast track, los proyectos de ley con mensajes de urgencia, las asambleas ciudadanas, los mini public e, incluso, las reformas constitucionales. Todo lo anterior, desde luego, acompañado de la movilización ciudadana y la garantía efectiva del derecho de manifestación.

La lógica entonces es la siguiente: frente a una situación de excepcionalidad, para la cual el Estado y la sociedad no estaban preparados porque esta no era previsible o fue sorpresiva, los mecanismos de excepción permiten tomar las medidas de urgencia. Una vez se han establecido esas medidas de urgencia, lo que corresponde es retornar a la normalidad constitucional. Ahora bien, cuando la situación es imprevisible, sorpresiva y, además, tiene vocación de permanencia, los estados de excepción deberían dirigirse a reestablecer cuanto antes las competencias ordinarias con el fin de adoptar las medidas estructurales que permitan superar la crisis.

Esta es una forma de reivindicar el elemento de sorpresa que justifica el desbalance democrático temporal que se encuentra detrás de los estados de excepción. Cuando tal sorpresa ha dejado de existir o ha perdido tal carácter, lo que corresponde es profundizar el diálogo y la cooperación entre todos los poderes del Estado para adoptar rápidamente, pero sin sacrificar la deliberación, las medidas estructurales que permitan superar una crisis estructural. De allí se puede inferir que no se trata de que los actuales modelos de excepcionalidad sean insuficientes para enfrentar el COVID-19, sino de que se exige de la excepcionalidad algo para lo que no fue concebida. Por esa razón, en lugar de extender la excepcionalidad tanto como se pueda, es importante retornar constitucionalmente a la normalidad y destinar las herramientas constitucionales de los tiempos ordinarios a resolver una situación estructural.

Lo anterior implica rechazar la instrumentalización temporal de los estados de emergencia para que un mecanismo limitado temporalmente se extienda más allá de lo previsto por la Constitución. Este fraude constitucional ocurre cuando se declaran de manera intermitente varios estados de excepción y se administran los tiempos de la excepcionalidad para tomar tanto medidas urgentes como medidas estructurales; con la consecuente elusión del sistema de fuentes y del sistema constitucional de

competencias. Este método, además de ilegítimo, es ineficaz porque no cabe duda de que es imposible extender el fraude constitucional para que la duración del estado de excepción coincida con la duración de la pandemia y porque las medidas adoptadas sin deliberación suelen adolecer de puntos ciegos que obstaculizan su efectividad.

Frente al reto democrático, humanitario y sanitario que representa la pandemia, en lugar de destinar los esfuerzos a pensar estructuras de excepcionalidad que siempre profundizan el desequilibrio en la ecuación democrática, se debería pensar en la forma como los instrumentos deliberativos ordinarios y las nuevas formas de participación nos permiten la construcción colectiva de salidas estructurales a la pandemia sin sacrificar la democracia constitucional. Desde luego, también es necesario replantear nuestra forma de concebir y organizar los poderes para crear un entorno que permita el diálogo y la cooperación entre las diferentes autoridades.

3.3. Repensar la división de poderes para avanzar en el diálogo y la cooperación institucional

En la mayoría de los países latinoamericanos, la división de poderes parece estar sujeta a viejas y desafortunadas lecturas doctrinales, lo que está generando serios problemas en el funcionamiento de nuestras instituciones. En particular, se hará referencia a dos de estos viejos enfoques y sus consecuencias. El primer enfoque se refiere a la noción de una “separación estricta de poderes”²⁸. Según esa noción (que algunos autores y líderes políticos propusieron durante el momento fundacional del constitucionalismo), las diferentes ramas del gobierno se entienden como poderes separados y no conectados entre sí. Desde este punto de vista, cada intento de los miembros de una rama de participar en los asuntos de las otras ramas de gobierno es denunciado como una invasión, es decir, como una violación inaceptable del principio constitucional de la separación de poderes²⁹.

El segundo enfoque es el que ve la relación entre las ramas bajo la lógica de la guerra. Esta sigue, quizás, textos como *Federalist Papers* n. 51, de James Madison, y su propuesta de dotar a las ramas de gobierno de medios para resistir las invasiones mutuas. La suposición subyacente es que cada rama siempre intentará traspasar e invadir la jurisdicción constitucional que está reservada a las otras ramas.

Esas comprensiones poco atractivas de la organización de poderes hacen que sea difícil poner en práctica lecturas más democráticas y cooperativas del sistema institucional. Representan obstáculos para una comprensión diferente de la estructura constitucional: una en donde la relación entre las ramas se rija por una lógica diferente, digamos una de colaboración mutua, en lugar de una de sospecha y confrontación. Al final, y como producto de la visión dominante, la relación entre las ramas en tiempos de COVID-19 responde a una dinámica binaria poco atractiva: subordinación (una rama domina a las otras) o confrontación mutua (una guerra canalizada institucionalmente entre las diferentes ramas)³⁰.

²⁸ M. J. C. Vile (1967), *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis: Liberty Fund.

²⁹ Ibid.

³⁰ Como lo expresó Nathaniel Chipman -en ese momento senador de Vermont y luego presidente del Tribunal Supremo de la Corte Suprema de Vermont- hace más de dos siglos, el sistema propuesto de controles y equilibrios creó el contexto para una guerra perpetua de cada rama de gobierno contra la otra, o en el mejor de los casos, una tregua armada, asistida con negociaciones constantes y combinaciones cambiantes, como para evitar la destrucción mutua: cada parte a su vez se

Encontramos ejemplos de subordinación en países como México o Nicaragua, donde la voluntad del presidente tiende a ser seguida, de manera silenciosa y disciplinada, por las otras ramas de gobierno. Encontramos escenas de confrontación mutua entre los poderes en países como Brasil o Argentina. En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema recibió recientemente una consulta formal desde la Presidencia del Senado sobre la (in)constitucionalidad de las sesiones legislativas en línea. Una vez más, el Tribunal renunció a la oportunidad de entablar una conversación cooperativa con el poder legislativo sobre el alcance y el significado de las normas procesales establecidas en la Constitución. Por el contrario, y a través de la invocación de la antigua comprensión predominante de la división de poderes (y también, de una lectura empobrecida de la doctrina de las cuestiones políticas), la Corte sostuvo que no existía ningún caso o conflicto que justificara su intervención³¹. En otros países, como en Colombia, la Corte Constitucional exploró algunas formas diferentes de intervención más abierta (crowdsourcing) en el control de los actos del Ejecutivo, lo que demostró que aún existen alternativas más prometedoras de revisión judicial que operan, como se dirá más adelante, incluso en estas circunstancias extremas³².

3.4. La deliberación como respuesta a la concentración y al abuso del poder

Si muchos de nosotros insistimos en la importancia de tener deliberaciones colectivas inclusivas al momento de definir nuestras políticas públicas, esto es porque reconocemos el valor de escuchar las voces de “todos los potencialmente afectados”³³. Las decisiones de unos pocos -incluso un grupo de expertos- maximizan las posibilidades de perder información relevante e ignorar las demandas y críticas provenientes de todo el resto, y particularmente las reclamaciones propias de los más desfavorecidos. Es por eso que, desde la perspectiva de un enfoque epistémico de la democracia, muchos de nosotros exigimos que las decisiones públicas se adopten después de una discusión inclusiva y no a través de decisiones impulsivas y tomadas por unos pocos³⁴.

Permítannos ofrecer algunos ejemplos para ilustrar la relevancia de tener en cuenta las demandas de todos los potencialmente afectados en tiempos de COVID-19. Un primer ejemplo se refiere al

une con su enemigo contra un enemigo más poderoso. Nathaniel Chipman (1833), *Principles of Government. A Treatise on Free Institutions*, Burlington; M. J. C. Vile (1967), *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis: Liberty Fund, p. 133.

³¹ Ver: CSJ 353/2020/CS1 Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza, en: <https://www.cij.gov.ar/buscador.html?acc=search&search=cristina%20fernandez%20de%20kirchner> (11.05.2020)

³² Ver: <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/decreto444/> (11.05.2020)

³³ Jürgen Habermas [1992] (1996), *Between Facts and Norms*, (Original Faktizität und Geltung), trans. W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA.

³⁴ Para Nino, bajo ciertas condiciones, un procedimiento democrático “tiene a producir resultados que están más cerca de los requisitos de imparcialidad que los producidos por cualquier otro procedimiento” (Carlos Nino (1999), *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, p.249). Las afirmaciones de Nino se basan en, al menos, dos supuestos que aún parecen ser reconocibles en las democracias actuales. Primero, la suposición Milleana según la cual cada persona es el mejor juez de sus propios intereses (John Stuart Mill [1859] 2003, *On Liberty*, London: Dover Publications Inc., p. 64; Robert A. Dahl (1989), *Democracy and its critics*, New Haven: Yale University Press, p.100). La otra suposición se relaciona con lo que Jeremy Waldron -siguiendo a Aristóteles- llamó “la sabiduría de la multitud”. La idea es que “diferentes personas aporten diferentes perspectivas sobre los temas en discusión” (Jeremy Waldron (2016), *Political Theory*, Cambridge: Harvard University Press, p. 132). Waldron deriva esta visión del trabajo de Aristóteles, y particularmente un pasaje que aparece en el Libro III de *Política*, que se refiere a la sabiduría de la multitud (ibid., 132).

federalismo, particularmente en el caso de países grandes, como Estados Unidos, Brasil o México. En esos países, la necesidad de consultar a los diferentes Estados miembros resulta crucial. Una respuesta genuinamente federal a la crisis es importante, no solo en términos de asegurar la coordinación política entre las diferentes secciones del país, sino también como modo de fundar esas decisiones en información adecuada. Sin un proceso permanente de consultas mutuas, el riesgo de adoptar decisiones erróneas o mal informadas o insuficientemente imparciales es enorme. Eso es lo que parece ocurrir en casos como el de Brasil, donde el presidente se ha enfrentado pública y repetidamente con los gobernadores estatales por su estricta implementación de medidas de distanciamiento social, incluida la prohibición de reuniones públicas y el cierre de escuelas. Ha aparecido regularmente en televisión dirigiéndose a la nación con respecto a la pandemia y ha usado frases como “volver al trabajo” y “la gente muere, así es la vida”³⁵.

Otro ejemplo sobre la importancia de tomar decisiones solo después de tener en cuenta todas las voces relevantes se refiere, en particular, a los intereses de los más desfavorecidos. En América Latina, como en otras áreas del mundo, el principal consejo médico ofrecido por las autoridades políticas frente a la crisis de COVID-19 fue lavarse las manos regularmente y quedarse en casa. Lamentablemente, ambos consejos representan demandas de imposible cumplimiento en el contexto de profundas desigualdades sociales y económicas. De hecho, en la mayoría de los países latinoamericanos, millones de personas enfrentan serias dificultades para acceder al agua limpia. Además, en vastas áreas de la región, los miembros de grupos desfavorecidos viven en condiciones de hacinamiento de cinco a diez personas en la misma habitación. Bajo estas circunstancias, quizás el mejor consejo médico hubiera sido justo lo opuesto al ofrecido entonces, tal vez uno como este: “sal de tu lugar y toma un poco de aire fresco en un parque”. El punto es que el sesgo (de clase) expresado por ese consejo médico crucial y dominante refleja una grave falta de información sobre los intereses de los más débiles y, como diremos a continuación, una compensación de todos los déficits en materia de derechos sociales con limitación excesiva, desproporcionada y peligrosamente ciega a los derechos fundamentales.

4. Compensación de los déficits en derechos sociales, políticas públicas y medidas redistributivas con la limitación (ciega) a las libertades fundamentales

Una de las notas que ha caracterizado a las medidas adoptadas por los gobiernos de América Latina para enfrentar la pandemia es que estas se rigen por la siguiente lógica: la compensación del déficit histórico en materia de derechos económicos, sociales y culturales con una mayor limitación a los derechos fundamentales. Eso significa que el nivel, la proporción y el grado de restricción a los derechos fundamentales durante esta contingencia tiene una conexión directa con el déficit heredado en materia de desarrollo de los derechos sociales, las políticas públicas y las medidas redistributivas. De manera que hay una restricción más alta y profunda a los derechos de circulación, expresión, manifestación, protesta, en fin, de nuestras libertades básicas, que está conectada con todos los déficits en los sistemas de salud, prevención y mitigación y en los bajos niveles de accesibilidad y disponibilidad del sistema sanitario. Esta misma premisa se puede expresar de otra manera: con un

³⁵ Ver: [https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600\(20\)30218-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600(20)30218-6/fulltext) (11.05.2020)

buen sistema de salud y un poco de diligencia, la restricción necesaria y razonable a los derechos fundamentales frente a este tipo de pandemia sería de baja intensidad.

De lo anterior se deriva que, si bien puede existir una base científica para algún nivel de restricción a los derechos fundamentales (i.e. aislamiento social de adultos mayores), dicha base científica no dicta un aislamiento social tan severo como el que se ha mantenido en toda la región. El grado de aislamiento viene, en verdad, del déficit en el sistema de salud y de la ausencia sistemática de políticas públicas en materia de derechos sociales. La restricción a nuestros derechos deriva de que vivimos en sociedades profundamente afectadas por dos tragedias: la desigualdad y el hecho de que la única alternativa para enfrentar esta pandemia sea la limitación de la libertad.

La relación entre el nivel de insatisfacción de los derechos sociales y la actual limitación de libertades queda absolutamente expuesta cuando se atienden las cifras proporcionadas por los epidemiólogos. Según los estudios en este campo, existe una relación directa entre el número de unidades de cuidados intensivos que posee un Estado y el nivel de restricción a las libertades fundamentales. Por ejemplo, para el caso de los países de renta baja y, en concreto, para Colombia, se han establecido las siguientes tres reglas: i) si el sistema de salud colombiano contara con, al menos, 100.000 unidades de cuidados intensivos, no sería necesaria ninguna medida de mitigación; ii) si Colombia tuviera, como mínimo, 35.000 unidades de cuidados intensivos, el distanciamiento social debería afectar exclusivamente a los adultos mayores o a la población en mayor situación de riesgo (mitigación laxa); finalmente, iii) si el país contara con 4.000 a 15.000 unidades de cuidados intensivos, se debería ordenar un distanciamiento social intenso y generalizado³⁶.

Colombia se ubica en el tercero de los escenarios mencionados previamente. En efecto, el sistema de salud colombiano dispone de 6.500 unidades de cuidados intensivos, de las cuales, al inicio de la pandemia, el 80% ya estaban ocupadas por pacientes con patologías distintas al COVID-19. El objetivo inicial y más ambicioso del gobierno colombiano era liberar la mitad de esas unidades de cuidados intensivos para que estuvieran a disposición de los pacientes contagiados con coronavirus; eso llevaría al país a contar con unas 3500 unidades de cuidados intensivos para enfrentar la pandemia. Como lo indican las cifras del Banco Mundial y la siguiente tabla³⁷, la situación de América Latina no se aleja de lo comentado previamente para Colombia³⁸.

Tabla 1. Camas en la unidad de cuidado intensivo

América Latina	Camas / 1.000 hab.	Otros países	Camas / 1.000 hab.
Argentina	0,290	Australia	3,6
Bolivia	0,035	Alemania	6,6
Brasil	0,079	Bélgica	4,0
Chile	0,027	Canadá	3,2
Colombia	0,030	España	3,1
Ecuador	0,030	Estados Unidos	2,8
México	1,00	Francia	3,8
Perú	0,018	Portugal	3,1
Uruguay	0,23	Reino Unido	3,7
Venezuela	0,22	Suiza	3,4

³⁶ Ver: <https://www.elespectador.com/coronavirus/aplanar-la-curva-no-es-suficiente-se-proyectan-cambios-grandes-en-la-forma-como-vivimos-articulo-912203> (11.05.2020)

³⁷ Ver: <http://www.elhospital.com/temas/Actualidad-de-cuidados-criticos-en-America-Latina+8053441> (11.05.2020)

³⁸ Ver: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SH.MED.BEDS.ZS?view=chart> (11.05.2020)

Se trata de una conexión directa entre la capacidad y disponibilidad de los sistemas de salud con la restricción a los derechos fundamentales. Por supuesto, la misma relación se podría establecer entre la disponibilidad de ventiladores o de pruebas diagnósticas tempranas con el nivel de aislamiento social establecido por las autoridades. Al final, entonces, el déficit en políticas públicas, especialmente en materia de derechos económicos y sociales conduce a que, en esta pandemia, padezcamos además de una mayor restricción a las libertades fundamentales.

Desde luego, la conexión que se muestra aquí no puede ser leída en clave de justificación. Por el contrario, esta debe ser comprendida en perspectiva de denuncia y debe conducir a una reflexión seria respecto del imperativo de volver, una vez más, sobre la necesidad de ampliar los niveles de cobertura, accesibilidad, disponibilidad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales: salud, educación, vivienda, empleo y alimentación. La dura realidad es que hoy, como ya lo hemos advertido, las dos recomendaciones más básicas para contener el contagio (lavado regular de las manos y aislamiento social) son obligaciones supererogatorias para la mayor parte de la población latinoamericana.

Además de la desigualdad, resulta preocupante la profunda crisis económica que está afectando a América Latina y las consecuencias que pueden derivar de ella. En América Latina, de hecho, el panorama socioeconómico parece dramático en la actualidad: la región sigue siendo la más desigual del mundo, una situación que el COVID-19 solo ha agravado³⁹.

En la proximidad de una profundización de la crisis social y económica, necesitamos que nuestras instituciones sean particularmente abiertas y sensibles a las demandas y críticas que vienen de abajo. Desafortunadamente, creemos que estamos a punto de recibir la crisis de la peor manera posible, es decir, con derechos constitucionales limitados y con los poderes coercitivos y políticos concentrados en manos de unos pocos. Dado un contexto caracterizado por profundas desigualdades económicas, y también un sistema representativo deficiente, uno solo podría esperar más oportunidades institucionales y protecciones para los más desfavorecidos. Tal situación podría exigir, por ejemplo, abrir mecanismos especiales para canalizar sus demandas o hacerlas visibles, y también protecciones especiales para su derecho a la protesta. Las razones para afirmar esto deberían ser, en este punto, evidentes. Primero, podríamos referirnos a las razones epistémicas mencionadas al comienzo de estas notas. El punto es: todos los miembros de la comunidad deben ser conscientes de los reclamos, necesidades y urgencias de los miembros más desfavorecidos de la sociedad. Ninguno de nosotros quiere actuar injustamente con respecto a ellos y en relación con lo que se les debe.

Además, debemos tener en cuenta que todos los países latinoamericanos han promulgado, desde principios del siglo XX, Constituciones robustas. En realidad, las Constituciones más generosas del mundo en lo que respecta a los derechos sociales, económicos y culturales. En otras palabras, los pobres necesitan tener una oportunidad justa para exigir sus derechos fundamentales y presentar demandas contra el Estado cuando este viola o no satisface adecuadamente sus derechos sociales constitucionales. Sin embargo, las condiciones institucionales con las que contamos parecen resultar completamente inaptas para alcanzar tales fines. Peor aún, en muchos de nuestros países, los gobiernos han utilizado la pandemia para establecer restricciones y controles aún más severos sobre los reclamos y protestas de los más desfavorecidos. El punto más alto de tal reacción se refleja en la penalización y la militarización de la pandemia.

³⁹ Facundo Alvaredo y Leonardo Gasparini (2015), "Recent trends in inequality and poverty in developing countries", *Handbook of Income Distribution*, A. Atkinson and F. Bourguignon (eds.), vol. 2, Amsterdam, Elsevier.

5. La penalización y la militarización de la respuesta a una pandemia: el derecho penal frente a una crisis humanitaria, científica y democrática

Nuestra cuarta preocupación democrática sobre las medidas adoptadas en América Latina para enfrentar la pandemia tiene relación con la fuerte penalización y militarización del tratamiento a un problema democrático, social, económico, sanitario y científico. Se trata del uso del derecho penal para combatir un virus y del abuso del derecho penal como respuesta a fenómenos asociados a una pandemia. La utilización excesiva del derecho penal se ha realizado en diferentes ámbitos: i) la penalización de las empresas mediante el delito de acaparamiento para evitar las distorsiones en el mercado de alimentos o productos esenciales de higiene, ii) la asunción de la figura del contagiador, entendida como aquel que no respeta las medidas de aislamiento social; desde luego, sin preguntarse por las razones que lo llevaron a la calle a pesar de las medidas de cuarentena o iii) la penalización de quienes discriminan al personal médico sanitario.

Esta utilización del derecho penal condujo a que, en buena parte de los Estados, las cifras de detenidos y capturados fueran, en cierto momento, más altas que las cifras de diagnosticados y curados de COVID-19. Por ejemplo, a principios del mes de marzo, en Colombia había más personas detenidas y capturadas por infringir las restricciones o el aislamiento que personas diagnosticadas y curadas de coronavirus.

Una vez más, frente a un problema social, en América Latina se reacciona con el peor instrumento posible. Además, la fórmula fallida de la penalización se aplica a cada fenómeno que surge en medio de la pandemia. Por eso hay una respuesta penal inmediata cuando ocurren actos de discriminación contra el personal médico en lugar de una reivindicación pedagógica sobre su rol esencial en estos momentos. La nota transversal es que a cada problema se reacciona prematuramente con la aplicación del derecho penal.

Desde luego, la penalización no cae en el vacío sino en un contexto afectado, nuevamente, por los déficits históricos en derechos sociales, en la desigualdad y en los niveles inaceptables de pobreza y miseria a los que se hizo referencia previamente. Por eso la penalización de la circulación, a pesar del aislamiento ordenado, significa para algunos sectores, una penalización de la pobreza, del hambre, de la necesidad y del sufrimiento. Se trata de la penalización de los más débiles para fortalecer una especie de darwinismo social en el que solo sobreviven los económicamente más fuertes.

El déficit en la garantía de los derechos sociales aparece ahora compensado con lo poco que tenemos, que generalmente coincide con lo peor que tenemos: la respuesta penal. De manera que no deja de ser una evidente paradoja que se use y abuse de la respuesta penal cuando, al mismo tiempo, el sistema penitenciario de la región registra niveles inhumanos y degradantes de hacinamiento. Durante las últimas semanas se han realizado protestas en cárceles de varios Estados de la región. Esas manifestaciones denuncian la desatención histórica por parte de una sociedad que ha mirado a otro lado frente a las condiciones inhumanas y degradantes en que permanecen quienes han sido excluidos en el sistema carcelario. Aún más, la mayor parte de los reclamos de las personas privadas

de la libertad alertan sobre las graves consecuencias de un brote de contagio de COVID-19 dentro de las cárceles⁴⁰.

En ese contexto, resulta imprescindible evitar que el temor razonable al contagio aumente la tolerancia social a medidas que constituyen un uso excesivo del derecho penal. Por eso es fundamental rechazar las medidas adoptadas en varios países de la región y en otros lugares del mundo. En Perú, por ejemplo, se concedió inmunidad absoluta a la policía y ha habido más de 26.000 detenidos. En Hungría y Bolivia se penalizó la libertad de expresión bajo el pretexto de controlar las noticias falsas que impiden controlar la pandemia. En Ecuador, por su parte, la dilación en adoptar medidas de protección se compensó con una respuesta exagerada de las fuerzas de seguridad que incluían castigos físicos a las personas que no cumplían con el aislamiento. En Filipinas, el ejecutivo ordenó a las fuerzas armadas disparar a matar a quienes osaran violar las reglas del aislamiento.

A la penalización y el castigo se suma la respuesta militar, el protagonismo de las fuerzas armadas y el lenguaje bélico. Desde luego, no solo se trata de las unidades médicas militares que compensan -una vez más- el deficiente sistema de salud. Se trata del rol bélico de las fuerzas armadas que han asumido el control del aislamiento social y han aumentado su presencia en el espacio público. De allí que no sea extraño que se haya popularizado y normalizado el uso del lenguaje bélico y militar cuando se enfrenta una enfermedad bajo las ideas de un combate o guerra contra el COVID-19. A todo esto, se suma la utilización de mecanismos de vigilancia informática de la población sobre los que nos ocuparemos a continuación.

6. La cesión de la intimidad y el uso de aplicaciones para controlar los datos personales

Una de las grandes propuestas para contener el contagio y proteger tanto la salud como la vida en el contexto del COVID-19 es la implementación de aplicaciones que permitan identificar y rastrear los casos de personas portadoras de coronavirus, localizar las rutas de contagio y gestionar mejor la crisis sanitaria. Sobre este punto, corresponde levantar la mano para señalar una serie de cautelas en términos democráticos y de protección a los derechos fundamentales frente a propuestas que generan altos niveles de entusiasmo.

El punto de partida fundamental es el carácter sanitario, humanitario y democrático de la crisis. Eso significa que todas las soluciones científicas y tecnológicas deberían ser pensadas en esas tres dimensiones. Lo que se ha hecho hasta ahora es adoptar medidas que dan prevalencia a la atención (insuficiente y errada) de la crisis sanitaria pero que profundizan hasta niveles desproporcionados la crisis democrática y humanitaria. Por eso resulta importante formular seis cautelas o prevenciones sobre el uso de este tipo de aplicaciones.

La primera cautela es que las aplicaciones son efectivamente útiles pero intrínseca o autónomamente insuficientes. En contra de una especie de ciberpulismo, es importante recordar que no hay un solo caso en el que la tecnología haya compensado el déficit en salud, investigación y ciencia a la hora de lidiar con la crisis generada por el coronavirus. Tanto en Corea del Sur como en Nueva Zelanda, las

⁴⁰ <https://mailchi.mp/dist/cidh-condena-hechos-de-violencia-en-crceles-peruanas?e=90febe7278> (19.05.2020)

aplicaciones fueron solo uno de los muchos elementos que sirvieron para reaccionar frente a la pandemia.

Por su parte, el caso de Taiwán ha sido destacado como un ejemplo exitoso en la utilización de aplicaciones. Es importante señalar que Taiwán es un país de 23 millones de habitantes que, por razones geográficas, recibe tres millones de migrantes provenientes de China cada año. Se trata de un país democrático que no pertenece a la Organización Mundial de la Salud (OMS) debido a un veto por parte de China. Durante la pandemia, en Taiwán se presentaron 425 casos de contagio y solamente seis fallecidos. ¿Cuál fue la clave?

La estrategia fundamental de Taiwán fue combinar la experiencia de prevención con una serie de medidas efectivas y con la implementación de aplicaciones informáticas. Es importante señalar que Taiwán tuvo la ventaja de haber sufrido en 2003 la epidemia del SRAS⁴¹. Desde entonces, el país desarrolló mecanismos de prevención y reacción, entre otros, un centro de control de enfermedades conformado por científicos. Ahora, frente al COVID-19, este centro ha sido más proactivo que la propia OMS. Por ejemplo, desde allí se requirió información a China sobre el COVID-19, incluso cuando la OMS ni siquiera había tomado nota de su existencia. En segundo lugar, Taiwán implementó un mecanismo de reacción rápida. La diligencia y la previsión permitieron reducir la intensidad de la intervención en las libertades fundamentales. En efecto, Taiwán fue uno de los primeros países en controlar los vuelos, poner en cuarentena a los visitantes extranjeros y contar con una producción nacional suficiente de mecanismos de protección (e.g. mascarillas) que no solo cubría las necesidades nacionales, sino que le permitió realizar donaciones posteriores a los Estados Unidos y a toda Europa. Solo en tercer lugar apareció la implementación de una aplicación informática que permitió rastrear los contactos y los desplazamientos de las personas que resultaban contagiadas⁴².

Entonces, la primera cautela es que no se pueden cifrar todas las esperanzas o todos los factores de éxito únicamente en la utilización de las aplicaciones, esto es, en la cesión de la privacidad. Dicho de una manera cruda, en América Latina, donde una gran parte de la población no tiene acceso al agua potable, no habrá aplicación informática, por buena que esta sea, que permita superar las condiciones estructurales que afectan especialmente a la región durante una emergencia sanitaria.

La segunda cautela tiene que ver con el principio de desconfianza y de sospecha. Esta cautela parte de recordar que la ecuación de la privacidad lleva muchos años desequilibrada a favor del Estado y las empresas. Por Edward Snowden sabemos qué hacen los Estados con la información personal de los ciudadanos y por Cambridge Analytica sabemos qué hacen los actores privados con las democracias. Con el mismo criterio de sospecha, habría que recibir con algún recelo la unión de Apple y Google para desarrollar una nueva tecnología que puede ser incorporada automáticamente en los sistemas operativos de los dispositivos móviles bajo el pretexto de controlar el contagio de coronavirus.

Lo que sugiere esta segunda cautela es múltiple. Por una parte, indica que es importante contar con vigilancia y comités de ética independientes que supervisen tanto a los desarrolladores de las aplicaciones como a las autoridades y a las empresas privadas que gestionan los datos. En segundo lugar, muestra que se debe insistir en que el objeto de estas aplicaciones debe ser estrictamente

⁴¹ <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2003/pr56/es/> (17.05.2020)

⁴² Ver: <https://elpais.com/sociedad/2020-04-22/el-modelo-de-taiwan-contras-el-coronavirus-reaccion-rapida-tecnologia-y-mascarillas-para-todos.html> (17.05.2020)

limitado a identificar y aislar los casos de contagio y que su funcionamiento debe ser temporal. En tercer lugar, advierte que las autoridades y las empresas deberían usar toda la información que ya poseen de los ciudadanos (i.e. los datos que Google ya tiene en materia de geolocalización) en lugar de desarrollar nuevas tecnologías que invaden los últimos resquicios de privacidad.

En este ámbito es fundamental la recomendación de la Comisión de la Unión Europea (2020/518 del 8 de abril de 2020) en la que se estableció una serie de parámetros irrenunciables para el funcionamiento de este tipo de aplicaciones. Entre muchos otros criterios, se incluyeron los siguientes: i) el deber de probar la eficacia médica y técnica de las aplicaciones, ii) evitar la proliferación de aplicaciones, iii) una lista de buenas prácticas en materia de intercambio de datos, iv) la directriz de bajo consumo de energía de las aplicaciones, v) un alto estándar de ciberseguridad, vi) la garantía de anonimización de los datos, vii) la obligación de suprimir los datos recolectados por accidente y viii) la obligación de eliminar los datos recolectados después de la pandemia. A ese instrumento proferido en el marco de la Unión Europea, se sumó el Toolkit para la protección de la democracia que fue diseñado por el Consejo de Europa para enfrentar el coronavirus sin sacrificar el sistema democrático. En este documento, el Consejo de Europa señaló que el uso de las aplicaciones debe ser limitado y bajo los parámetros señalados previamente por la Comisión Europea⁴³.

La tercera cautela es una de las más importantes porque se refiere al empoderamiento de los ciudadanos y a la ciudadanía digital. Aquí el punto es que, dentro del sistema democrático, el uso de este tipo de aplicaciones no solo debe generar un coste derivado de la pérdida de privacidad de los ciudadanos, sino que debería generar un beneficio en términos del empoderamiento de la ciudadanía con el fin de que esta participe socialmente tanto desde una perspectiva democrática como económica⁴⁴.

Por ejemplo, los protocolos de funcionamiento de las aplicaciones deberían ser diseñados con exclusión de los sistemas descentralizados -en los que la autoridad central conoce los datos y notifica a los ciudadanos- y con preferencia por los protocolos descentralizados -en los que son los ciudadanos quienes conocen los datos y deciden si notifican o no a la autoridad central-. El protocolo descentralizado pierde eficacia, pero es el protocolo que permite mayor autonomía a los ciudadanos. Es decir, se sacrifica un poco la eficiencia en el funcionamiento de la aplicación, pero se garantiza el principio de voluntariedad. La voluntariedad, por supuesto, también implica que el ciudadano decida si utiliza la aplicación o no y si activa o no activa el Bluetooth para compartir sus datos.

Ahora bien, así como hay un mecanismo para que las autoridades del Estado obtengan más información de los ciudadanos, debe existir otro mecanismo que permita conocer en tiempo real, por ejemplo, la forma como se están invirtiendo los recursos públicos destinados a combatir la pandemia. Al mismo tiempo que los ciudadanos ceden su privacidad para combatir la pandemia, se debe implementar un mecanismo de accountability sobre la forma como, entre otras cosas, las autoridades están utilizando los recursos para superar la crisis. Como se ha indicado, “sin control democrático

⁴³ Ver: <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40> (17.05.2020)

⁴⁴ Sofia Ranchordas (2020), We Teach and Learn Online. Are We All Digital Citizens Now? Lessons on Digital Citizenship from the Lockdown, Int'l J. Const. L. Blog, May 13, en: <http://www.icconnectblog.com/2020/05/we-teach-and-learn-online-are-we-all-digital-citizens-now-lessons-on-digital-citizenship-from-the-lockdown/> (17.05.2020)

sobre este empoderamiento tecnológico, corremos el riesgo de que nuestra democracia liberal mute hacia una dictadura tecnológica en manos de alguien inclinado a ello”⁴⁵.

La cuarta cautela tiene que ver con unos límites fundamentales. Ya se ha indicado que el temor al contagio (al coronavirus) no nos puede llevar a aumentar nuestra tolerancia frente a medidas de restricción de los derechos. Por eso es importante reaccionar desde América Latina a la implementación de mecanismos de vigilancia *underskin* mediante los cuales el Estado conoce nuestra temperatura corporal, ritmo cardíaco o actividad cerebral. La cesión ciudadana de la privacidad y de los datos bajo la vigilancia *underskin* se suma a todo lo que el Estado y las empresas privadas ya saben de nosotros, *inter alia*, lo que leemos, vemos, comemos, nuestros horarios y con quienes nos relacionamos. Incluso en tiempos de pandemia deberíamos salvaguardar el último reducto de nuestra intimidad que se refiere a nuestras reacciones más íntimas y fisiológicas.

Por las mismas razones, deberíamos oponernos a que se utilice la pandemia como excusa para realizar o intensificar actividades de ciber-patrullaje. Por ejemplo, en Argentina, la ministra de seguridad, Sabina Frederic, admitió que las fuerzas bajo su control estaban desarrollando tareas de seguridad interna (e.g. ciber-patrullar la web). Este tipo de tareas fueron explícitamente prohibidas por una ley reciente que regula la inteligencia nacional⁴⁶. Además, en diferentes países de América Latina hemos visto iniciativas recientes dirigidas a monitorear la ubicación y los contactos de los ciudadanos, mediante el uso de datos y tecnología, y más específicamente a través de aplicaciones de seguimiento de contactos. Se ha dicho, a este respecto, que “algunas de estas medidas imponen restricciones severas a las libertades de las personas, incluso a su privacidad y otros derechos humanos. Se están probando niveles sin precedentes de vigilancia, explotación de datos y desinformación en todo el mundo”⁴⁷.

La quinta cautela es atar al máximo posible el uso de este tipo de mecanismos. Por ejemplo, la información recopilada debe ser administrada por autoridades sanitarias y no de policía. Asimismo, se deben prohibir, por discriminatorias, todas las categorizaciones a partir del uso de estos datos frente al uso de esa información para, por ejemplo, modificar los precios de los seguros o despedir a los trabajadores.

Por último (sexta cautela) es importante considerar el elemento contextual sobre el uso de la información, es decir, pensar en el efecto de que los ciudadanos conozcan que su vecino o vecina está contagiada con coronavirus. Siempre es posible pensar que el efecto será solidario y que el vecino se va a poner al servicio de esa persona y va a tomar todas las precauciones que corresponda. Sin embargo, también queda la opción de que esa persona -como ya ha ocurrido- escriba en la puerta de su vecino un aviso donde le amenaza para que se vaya del lugar. Los actos de discriminación contra el personal médico sanitario nos deberían llevar a pensar en la utilidad, conveniencia y diseño de este tipo de aplicaciones. Desde luego, no se trata de que desconfiemos esencialmente de los ciudadanos, sino de hacer una valoración del impacto contextual que puede tener la información si esta no es recopilada y administrada adecuadamente.

⁴⁵ <https://elpais.com/opinion/2020-05-18/biggest-data.html> (17.05.2020)

⁴⁶ Nos referimos a la Ley 25.520 (artículos 4.2, 4.3) Ver: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70496/norma.htm> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya ha mostrado su preocupación por esta situación en: <https://noticias.perfil.com/noticias/politica/advertencia-de-la-cidh-a-frederic-expresan-preocupacion-por-el-ciberpatrullaje.phtml> (17.05.2020)

⁴⁷ Ver: <https://privacyinternational.org/examples/tracking-global-response-covid-19> (08.05.2020)

Finalmente, vale la pena insistir en la advertencia inicial porque es fundamental. No es dable prometer a los ciudadanos la superación de la pandemia a cambio de su privacidad. Este es un falso dilema. Los avances que pueden dar una respuesta efectiva al COVID-19 y los esfuerzos estatales se deben realizar donde corresponde, esto es, en la investigación, en la ciencia, en la salud y en el descubrimiento y acceso universal a una vacuna. Mientras no haya una vacuna, y hasta tanto no se fortalezcan la ciencia y la investigación, ninguna aplicación nos permitirá responder a esta u otras pandemias.

7. El rol de los jueces para rescatar la deliberación y contener el déficit deliberativo: incursiones significativas pero excepcionales

El panorama que encontramos, hasta ahora, es bastante desalentador y peligroso. Por una parte, vivimos una pandemia que ha causado un temor razonable entre la población. Al mismo tiempo, los poderes están concentrados en el ejecutivo y los parlamentos funcionan a media marcha. Como si esto fuera poco, la prensa tiene información limitada o deficiente, los ciudadanos están aislados en sus casas e impedidos para protestar en las calles. Por último, el contexto presenta una normalización del control y un papel protagónico de las fuerzas armadas. En medio de estas circunstancias vale la pena preguntarse: ¿cuál es el rol que le corresponde jugar a la justicia constitucional?

Para determinar el papel de los tribunales durante esta emergencia es importante pensar en el estado actual de la ecuación social, democrática y política latinoamericana. Bajo otras circunstancias, algunos de nosotros afirmaríamos que a los tribunales de los países del sur global les corresponde un rol transformador. Esto implica impulsar políticas sociales o contener la regresión cuando los demás poderes del Estado adoptan medidas regresivas para la garantía de las promesas constitucionales⁴⁸. Desde luego, aun cuando podamos diferir de esa premisa, lo cierto es que estamos de acuerdo en que esta no fue pensada en clave de pandemia o excepcionalidad, ni para niveles tan altos de desequilibrio en la ecuación democrática, política y social, como los que tenemos ahora.

7.1. El desequilibrio de la ecuación democrática, política y social: la tragedia democrática

Como se ha indicado previamente, los Estados de América Latina enfrentan la pandemia con las tres ecuaciones bastante desequilibradas. Por una parte, la ecuación social presenta déficits profundos en materia de garantía de los derechos sociales, igualdad y bienestar. En segundo lugar, la ecuación democrática arrastra todos los problemas históricos y contemporáneos del sistema de representación; se enfrenta a las inercias de los parlamentos y a la concentración del poder en el presidente. Finalmente, la ecuación política es, desde hace muchos años, también desalentadora. En definitiva, la caja de herramientas democrática, jurídica, política y social aparece despojada. Todo lo anterior condiciona el rol que puede jugar la judicatura en estos momentos.

⁴⁸ Jorge Ernesto Roa Roa (2020), El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-11. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3571507> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3571507> (08.05.2020)

A todas esas cargas, que vienen de hace mucho tiempo, se suma la excepcionalidad y la emergencia. Cualquiera de los tres modelos de respuesta constitucional a situaciones de emergencia que se describieron previamente (estados de excepción, legislación de emergencia y legislación ad hoc) son permeables y han sido efectivamente permeados por los abusos cometidos por el ejecutivo y/o el legislativo. El análisis comparado, más allá de Latinoamérica, demuestra tres tipos de desequilibrios democráticos.

Por una parte, en los Estados donde la ecuación social, democrática y política aparecía aceptablemente equilibrada, la excepción y los poderes de emergencia han causado un desequilibrado inevitable. Se trata de democracias relativamente estables, con algún grado de desarrollo del Estado de bienestar y con una cultura política sólida. En España, por ejemplo, algunos constitucionalistas consideran que el gobierno debió declarar el estado de excepción porque, en su criterio, el estado de alarma (efectivamente decretado y prorrogado varias veces con el control previo del parlamento) no permite la adopción de las medidas de restricción a los derechos fundamentales que han soportado los ciudadanos españoles en las últimas semanas⁴⁹. Bajo el estado de excepción, afirman, el gobierno tendría más poderes, pero también estaría sujeto a mayores controles. Debates similares se han desarrollado en Corea del Sur, Francia, Italia y Reino Unido.

El segundo desequilibrio democrático puede ocurrir sobre Estados con ecuaciones ya desequilibradas previamente; en estos, la excepcionalidad solamente ha profundizado tal desequilibrio. Así ha sucedido en países como Bolivia, Colombia, Ecuador, Estados Unidos y México. Allí había distintos desequilibrios sociales, democráticos y políticos que la excepcionalidad solo ha profundizado.

Desde luego, el tercer escenario es todavía más acuciante. Se trata de Estados en los que la ecuación democrática estaba (profundamente) desequilibrada, a tal punto, que parecía imposible que la situación pudiera empeorar. Sin embargo, la excepcionalidad ha permitido consolidar democracias iliberales, sistemas de constitucionalismo abusivo o autoritarismos. En Hungría, por ejemplo, el presidente ha sido autorizado para adoptar legislación de emergencia. En ejercicio de esa facultad, ha penalizado la libertad de expresión bajo la justificación de sancionar a las personas que difundan noticias falsas o información que disuada a la población de cumplir con las medidas sanitarias adoptadas por el gobierno. Desde luego, es el propio gobierno quien define qué tipo de información es objeto de ese escrutinio⁵⁰. Lo mismo ocurrió en Bolivia⁵¹ y allí se estableció que la pena de prisión para los infractores podría ir de uno a diez años⁵². En Polonia, a propósito de la excepcionalidad, se ha aprovechado para penalizar la interrupción voluntaria del embarazo o para limitar la educación sexual en las escuelas públicas. En El Salvador, donde tienen una ecuación profundamente desequilibrada (quizá la más desequilibrada de Centroamérica), el presidente ordenó a los militares que detuvieran a todas las personas que estuvieran en la calle durante la cuarentena y utilizó una

⁴⁹ Ver el debate entre Manuel Aragón Reyes y Pedro Cruz Villalón: https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html (08.05.2020) y https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html (08.05.2020)

⁵⁰ Ver: <https://www.voanews.com/europe/hungarys-pm-wins-emergency-powers-fight-coronavirus> (17.05.2020)

⁵¹ Ver: <https://www.hrw.org/news/2020/04/07/bolivia-covid-19-decree-threatens-free-expression> (17.05.2020)

⁵² "Las personas que inciten el incumplimiento del presente Decreto Supremo o desinformen o generen incertidumbre a la población, serán sujeto de denuncia penal por la comisión de delitos contra la salud pública" <https://boliviaemprende.com/wp-content/uploads/2020/03/D.S.-4200-1.pdf-1.pdf> (17.05.2020)

expresión que tiene un fuerte contenido histórico en el contexto salvadoreño⁵³. En efecto, ordenó a la policía que saliera a las calles a quebrar muñecas, lo cual hace referencia a una política de detenciones ilegales y desapariciones forzadas en la historia de ese país. Desde luego, en Venezuela, se ha aprovechado para posponer (una vez más) las elecciones y para mantener el abuso del poder por parte de la asamblea constituyente.

Lamentablemente, en algunos contextos el desequilibrio democrático ha afectado también la independencia y la autonomía del poder judicial. Allí los tribunales, como mucho, hacen esfuerzos para garantizar su propia existencia y funcionamiento en medio de profundos ataques e intentos de cooptación. El caso de Polonia y los múltiples intentos desde la Unión Europea por salvaguardar la independencia del poder judicial de ese país son una muestra de la intensidad de la crisis⁵⁴.

La gran tragedia es que, en medio de estos escenarios que reclaman todo nuestro rechazo y movilización, la población ha perdido el espacio público. No podemos salir a la calle a manifestarnos, no podemos encontrarnos allí, interactuar, ocuparlo y pronunciarnos. Como advirtiera Hannah Arendt, la pérdida del espacio público conduce a que hayamos perdido una de las dimensiones de la política y que, así como estamos aislados socialmente en nuestras casas, nos encontremos también aislados políticamente. Desde luego, se podría indicar que siempre nos quedarán las redes sociales, el espacio virtual y la experiencia de movilización, por ejemplo, de la denominada primavera árabe. Desafortunadamente conocemos las limitaciones de lo que fue la primavera árabe y entendemos que la interacción en las redes sociales es importante, democrática y deliberativa, pero no reemplaza o sustituye a la política y al espacio público como escenario de la política.

7.2. A mayores poderes, mayor deliberación y control

En el contexto de esta tragedia democrática ¿cuál es el rol que tienen los jueces para preservar nuestra democracia? Como aquí se ha propuesto, la idea orientadora general de la actuación institucional debería ser: a mayor emergencia y mayores poderes concentrados en el ejecutivo, mayor deliberación y control⁵⁵. Esta regla parece intuitiva pero no es aceptada universalmente. Por ejemplo, en los Estados Unidos, se reclama la lógica contraria: a mayor emergencia, menos control y menor interferencia del poder judicial en la política. Aquí, indicaremos lo que pueden (y no pueden) y deben hacer los jueces bajo la premisa de que se debe adoptar la primera de las lógicas mencionadas y bajo la perspectiva de que nos enfrentamos a una crisis democrática, científica y humanitaria, de manera que el poder judicial debe actuar en esas tres dimensiones.

Desde la perspectiva democrática, y dado el lugar que se le ha reservado y las capacidades asignadas para su función, la judicatura queda en buenas condiciones para controlar que las restricciones a los derechos sean proporcionales, necesarias y temporales. Es muy importante que desde los tribunales también se solicite información y justificación sobre cada una de las limitaciones que nos afectan. Es fundamental conocer las razones por las cuales estamos sometidos a la restricción de nuestros

⁵³ Ver: <https://blogs.lse.ac.uk/latamcaribbean/2020/04/10/covid-19-en-el-salvador-de-medidas-sanitarias-a-la-restriccion-de-derechos/> (17.05.2020)

⁵⁴ Ver: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_772 (17.05.2020)

⁵⁵ Jorge Ernesto Roa Roa (2019), Control de Constitucionalidad Deliberativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 347-393.

derechos, garantizar la autonomía territorial y la coordinación de todas las autoridades en todos los niveles. Finalmente, se debe evitar que las medidas adoptadas por el ejecutivo reformen la Constitución o restrinjan los derechos sin respetar las reservas propias del sistema de fuentes y de competencias. Esto último es, en realidad, una elusión de la deliberación que debe acompañar cada uno de estos cambios normativos.

En la dimensión científica, el poder judicial debe asegurar la plena vigencia de los principios de precaución y de prevención y el respaldo científico de todas las restricciones a nuestros derechos. Los jueces también deberían empujar (nudge) cooperativamente a los demás poderes cuando estos no han actuado o cuando se han mostrado pasivos frente a una situación de emergencia. La idea es que ellos utilicen los medios de los que disponen, y los que no les están negados, para entablar una relación más cooperativa y de diálogo con los demás poderes y con la ciudadanía en general.

En el ámbito humanitario, la judicatura debe poner el foco en los grupos vulnerables y en los múltiples puntos ciegos frente a medidas que no consideran la debilidad y la vulnerabilidad de los destinatarios de la protección del Estado. El punto de partida es reconocer la debilidad social y económica de los grupos vulnerables que, como suele ocurrir, también carecen de representación política. Por ejemplo, es importante que alguien levante la mano para decir que las personas privadas de la libertad -ya sancionadas con esa privación- no pueden ser objeto, además, de la pena de muerte derivada de la inercia estatal frente a un contagio masivo de coronavirus dentro de los establecimientos carcelarios.

En tiempos de emergencia, como los que vivimos ahora, los jueces deben mantenernos atados al mástil. Como sostendría Jon Elster, se trata de conservar la fidelidad a los principios (derechos, valores, objetivos y arreglos institucionales) que nos dimos cuando estábamos sobrios, es decir, cuando estábamos en una situación de relativa tranquilidad y sosiego. Alguien nos debe recordar que en algún momento dijimos: “bueno, aunque tengamos una situación extrema de urgencia, no vamos a permitir la tortura, la pena de muerte o las limitaciones excesivas a ciertos derechos”. Entonces, la primera función es mantenernos atados a ese mástil para reivindicar que los derechos y las democracias no son lujos que nos permitimos en tiempos de normalidad y que desechamos rápidamente en cuanto aparece una emergencia. Por el contrario, cuando más nos interesa tener una democracia sólida y unos derechos efectivos es en tiempos de excepción.

7.3. Algunas incursiones significativas pero excepcionales y aleatorias

En varios países del mundo, las medidas adoptadas por los gobiernos durante la pandemia del COVID-19 han sido cuestionadas, matizadas o directamente invalidadas por los tribunales⁵⁶. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Bosnia y Herzegovina moduló la prohibición de salir a la calle para niños y adultos mayores⁵⁷. En su decisión, ese tribunal estableció que los niños podían salir en carro y argumentó a favor de que los pensionados salieran a cobrar sus mesadas⁵⁸. En Kosovo, el

⁵⁶ Ver: <https://www.news24.com/SouthAfrica/News/ngo-challenges-constitutionality-of-lockdown-files-constitutional-court-papers-20200329> (17.05.2020)

⁵⁷ Ver: <https://balkaninsight.com/2020/04/22/bosnia-court-rules-against-movement-curbs-on-minors-seniors/> (17.05.2020)

⁵⁸ Ver: <https://balkaninsight.com/2020/04/14/bosnias-constitutional-court-to-rule-on-movement-restrictions/> (17.05.2020)

Tribunal Constitucional también declaró desproporcionadas las medidas que restringían la circulación de personas durante el estado de emergencia sanitaria⁵⁹. En la India -el segundo país más poblado del mundo con 1300 millones de habitantes y donde solo disponen de cien mil unidades de cuidados intensivos- la Corte Suprema estableció que las pruebas de Coronavirus deben ser gratuitas⁶⁰. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal Alemán decidió que las medidas de aislamiento social adoptadas por el gobierno federal y por las autoridades locales no implicaban una prohibición general del derecho a la protesta o manifestación. Según el Bundesverfassungsgericht, el ejercicio del derecho de manifestación es viable, siempre y cuando las personas que organicen la manifestación adopten las precauciones de distancia y aislamiento⁶¹.

Dentro de los tribunales de América Latina, vale la pena destacar la forma como la Corte Constitucional de Colombia se organizó rápidamente para mantener sus deliberaciones virtualmente en medio de las restricciones de circulación y reunión⁶², controlar la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el gobierno bajo el estado de excepción⁶³ y pronunciarse sobre la situación acuciante del sistema carcelario de cara a enfrentar el COVID-19⁶⁴. Lo mismo ha ocurrido en la Corte Constitucional de Ecuador. Además, en Ecuador la Corte ha implementado un mecanismo de seguimiento a las medidas adoptadas por el gobierno durante la emergencia. Esa función de supervisión está orientada por distintos enfoques diferenciales sobre los efectos de las medidas en relación con los grupos vulnerables⁶⁵.

Otro ejemplo importante ocurrió en El Salvador. Frente a las órdenes de detenciones masivas del presidente, la Corte Suprema transformó una decisión concreta de habeas corpus en un fallo mucho más amplio. En efecto, el recurso se había interpuesto para obtener la libertad de tres mujeres que habían sido detenidas arbitrariamente porque estaban incumpliendo las medidas de aislamiento. Sin embargo, la Corte ordenó revisar la situación tanto de las tres mujeres como de otras 670 personas que habían sido detenidas. El tribunal dejó muy claro que la excepcionalidad y la emergencia no justificaban las detenciones masivas, arbitrarias y sistemáticas por parte de las autoridades del Estado:

“Este Tribunal debe enfatizar que, aunque la medida de cuarentena domiciliar es obligatoria para toda la ciudadanía que no se encuentre habilitada para circular, el incumplimiento de la misma, no puede significar en ninguna circunstancia que la autoridad puede lesionar los derechos fundamentales o restringirlos por medidas o actos de autoridad que la ley no ha habilitado. Menos puede la Policía Nacional Civil o los integrantes de la Fuerza Armada,

⁵⁹ Ver: <https://exit.al/en/2020/03/31/constitutional-court-rules-against-kosovo-governments-restrictive-coronavirus-measures/> (17.05.2020) y Constitutional Court of Kosovo. Judgment KO 54/20 del 31 de marzo de 2020. <https://gjk-ks.org/en/decisions-from-the-review-sessions-held-on-30-and-31-of-march-2020/> (17.05.2020)

⁶⁰ Ver: <https://www.ft.com/content/3243c3c7-53b5-4069-b26a-f13c46d87abb> (17.05.2020)

⁶¹ Ver: https://www.bverfg.de/e/rk20200415_1bvr082820.html (17.05.2020)

⁶² <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Corte-Constitucional-crea-protocolo-interno-para-garantizar-su-operatividad-durante-la-emergencia-por-el-COVID-19-8891> (17.05.2020)

⁶³ <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Corte-Constitucional-asume-el-control-autom%C3%A1tico-de-72-decretos-leyes-expedidos-en-el-desarrollo-por-la-emergencia-del-COVID-19-8890> (17.05.2020)

⁶⁴ <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Corte-Constitucional-ordena-medidas-urgentes-para-proteger-derechos-fundamentales-de-la-poblaci%C3%B3n-privada-de-la-libertad-en-la-C%C3%A1rcel-de-Villavicencio-8895> (17.05.2020)

⁶⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 1-20-EE/20A, Dictamen No. 1-20-EE/20A y Auto de apertura de fase de seguimiento No. 1-20-EE/20. Caso No. 1-20-EE. Los autores agradecen a Daniela Salazar por las referencias a esta información.

ejecutar actos de fuerza que conllevan a la vulneración de los derechos de las personas, pues ninguna autoridad está por encima de la Constitución; y el uso de la fuerza pública cuando sea necesario debe ser bajo el estricto cumplimiento de la Constitución y la Ley. Ninguna autoridad puede ni aún en situaciones de emergencia ordenar verbal o por escrito la vulneración ilegal de los derechos fundamentales de los ciudadanos”⁶⁶.

Por último, resultan destacables cuatro decisiones cautelares proferidas por el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Estas providencias liminares han sido fundamentales para contener la negligencia y los abusos de poder ejecutivo durante el COVID-19. En la primera decisión cautelar, el Tribunal le ordenó al presidente de la república que remitiera toda la información sobre: i) los planes del gobierno federal para cumplir los protocolos de la OMS, ii) respetar las decisiones de los alcaldes y los gobernadores sobre el funcionamiento de la economía y el distanciamiento social, iii) las decisiones técnicas que debía adoptar el Ministerio de Salud para cumplir con las directrices de la OMS y iv) las acciones del gobierno federal para proteger a los trabajadores informales y a las personas en situación de desempleo⁶⁷.

La segunda decisión liminar reiteró la autonomía de las autoridades locales para adoptar medidas de protección y aislamiento social durante la pandemia. Frente al reclamo del gobierno federal de Brasil de contar con la competencia exclusiva para adoptar ese tipo de medidas, el Tribunal insistió en la existencia de una competencia concurrente que requiere de coordinación entre las autoridades de los distintos niveles territoriales⁶⁸.

La tercera decisión cautelar protegió el derecho al acceso a la información frente a las limitaciones desproporcionadas introducidas por el gobierno bajo el pretexto de contener la pandemia. En efecto, se había suspendido parcialmente el derecho de acceso a la información y los recursos disponibles contra las decisiones que negaban las peticiones de la información que está en poder de las autoridades. En su decisión, el Tribunal suspendió esas restricciones y confirmó prevalencia a los principios constitucionales de publicidad y transparencia. Esta decisión del tribunal indica que, en momentos de emergencia y angustia necesitamos que haya mayor garantía del derecho de acceso a la información⁶⁹.

La cuarta decisión liminar fue proferida por el ministro Luis Roberto Barroso el 31 de marzo de 2020. Allí se ordenó la suspensión de la campaña auspiciada por el gobierno federal bajo el eslogan “Brasil no puede parar”. El ministro Barroso señaló que esa campaña no satisfacía los principios de precaución y de prevención, así como no informaba, ni educaba a la población sobre los riesgos de la pandemia. Por el contrario, en la decisión se afirma que la campaña federal incitaba a la población a decidir sobre su salud con base en información falsa. Además, se declaró que no era viable usar recursos públicos para fines distintos a los de proteger la vida y la salud de la población.

En esta medida cautelar, el Tribunal estableció que el gobierno no podía actuar en contra de las recomendaciones proferidas por la Organización Mundial de la Salud. Incluso, se indicó que la decisión del presidente de reaccionar frente al coronavirus no es de carácter político sino técnico.

⁶⁶ Ver: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/PDF/HC148-2020.PDF> (17.05.2020)

⁶⁷ Supremo Tribunal Federal. ADPF 672/DF. Ministro Relator: Alexandre de Moraes (1 de abril de 2020).

⁶⁸ Supremo Tribunal Federal. ADPF 6341MC/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio (24 de marzo de 2020).

⁶⁹ Supremo Tribunal Federal. ADI 6351MC/DF. Ministro Relator: Alexandre de Moraes (26 de marzo de 2020).

Con base en esos argumentos, se ordenó suspender la campaña y notificar a Twitter y Facebook para que la eliminaran de sus plataformas⁷⁰.

Estos parecen ser algunos ejemplos -localizados, limitados, excepcionales- de la forma como los tribunales asumen la función clásica de mantener abiertos los canales del cambio político y de representar a las minorías, pero también el papel de contener el autoritarismo, el abuso del poder, mantener abierto el espacio público y preservar la libre circulación de la información. Esto es poco, quizá muy poco, pero es el rol que le corresponde a nuestras judicaturas en tiempos de pandemia, emergencia y coronavirus.

8. Conclusiones: serie de lecciones prematuras y un deber de esperanza

Durante la pandemia se han trazado algunas analogías entre la situación actual y la Segunda Guerra Mundial. Se afirma que es importante pensar en el futuro poscovid como una oportunidad para fortalecer las instituciones y avanzar en el proyecto de un constitucionalismo global. Esa visión optimista reivindica que la segunda guerra le dejó a Europa el sistema de integración más avanzado del mundo (Unión Europea) y un referente ético común que se institucionalizó en el Consejo de Europa y el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Incluso, la propia Organización Mundial de la Salud se puede considerar como parte del paradigma de la posguerra⁷¹. Esta forma de ver las cosas se opone, lamentablemente, al hecho duro de que esas mismas instituciones han mostrado su ineficacia para enfrentar las situaciones para las que fueron concebidas.

Además, aquí se ha rechazado la utilización del lenguaje y analogías bélicas para referirse a la crisis humanitaria, científica, sanitaria y democrática que afronta el mundo. Como mucho, se podría pensar en el cambio que dejan los Juegos Olímpicos a las ciudades en las cuales estos se realizan. Las justas de Barcelona en 1992, por ejemplo, transformaron completamente la ciudad: la convirtieron en una ciudad ordenada, moderna, cosmopolita, con la salida al mar que la dictadura le había negado y con una bonita villa olímpica. Si hubiera que pensar con algún grado de optimismo en el poscovid, esta sería una analogía más adecuada.

Una de las primeras cosas que deberían quedar claras después del COVID-19 es la inminente necesidad de crear un proyecto de salud global. La segunda lección es que, desde luego, la pandemia es un tiempo para la filantropía, pero también es un tiempo para repensar nuestros (injustos) sistemas tributarios, nuestros sistemas de redistribución, nuestra inversión social, es decir, la forma como la sociedad crea bases sociales fuertes para responder a los más débiles. Mientras subsistan los niveles acuciantes de desigualdad, la sociedad no estará preparada para ninguna pandemia. La tercera lección se refiere al llamado urgente a recuperar la economía. Desde luego que esto es importante pero no es un fin en sí mismo. Quizá mucho más importante es fijar unos objetivos y luego dirigir la economía hacia esos objetivos. La cuarta lección es que, en virtud de que no nos encontramos ante la última pandemia de la historia, es muy importante fortalecer nuestros sistemas de salud, la investigación

⁷⁰ Supremo Tribunal Federal. ADFP 669MC/DF. Ministro Relator: Luis Roberto Barroso (31 de marzo de 2020).

⁷¹ Armin von Bogdandy y Pedro Villarreal (2020), "International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis". MPIL Research Paper, No. 2020 – 07.

científica, las universidades públicas que han tenido un rol fundamental y avanzar en la construcción del Estado de bienestar. Los escasos, limitados, mal administrados y débiles programas sociales han sido la única vía con que han contado los gobiernos de la región para reaccionar -de manera moderada, limitada, precaria e insuficiente- con un mínimo de protección a los débiles. La quinta lección es pensar en nuestros profundos niveles de desigualdad institucional que permiten (y conducen) a la concentración del poder.

Por último, es importante señalar que, si el mundo posterior al COVID-19 es igual en materia de privilegios, prioridades y objetivos al que teníamos antes de la pandemia, definitivamente no habremos aprendido nada. Por eso, antes de finalizar este diagnóstico, resulta inevitable tomar nota de la estrategia de isla aplicada por los Estados tanto a nivel externo como interno. El cierre de fronteras y el aislamiento de los Estados se suma a la orden de aislamiento social: cada uno debe permanecer dentro de su país y, allí, dentro de su municipio y hogar. De nuevo, esta estrategia presupone una serie de condiciones que no están dadas en la región. La orden de permanecer en casa presupone que cada una de las personas efectivamente tiene una vivienda y que allí puede proveerse de lo necesario para sobrevivir. Nada más alejado de la realidad tanto de nacionales como de migrantes que huyen de su país (i.e. Venezuela) por el desespero que les causa la falta de alimentos, salud y empleo. Por esa razón, la estrategia de la isla es una especie de darwinismo social para que sobreviva el más fuerte, esto es, el más fuerte económicamente.

Al mismo tiempo, causa mucha preocupación el alto nivel de insensibilidad frente a daños que no son tangibles. Para muchos, el virus fue una noticia más mientras este no había traspasado las fronteras de ese país. Solo en la medida en que el virus se hizo un problema europeo y luego latinoamericano, se despertó la sensibilidad colectiva frente al daño. El peligro, el daño y la muerte ajenas nos son indiferentes y solo adquieren relevancia en la medida en que se acercan a nuestro entorno. Solo en ese momento nuestras autoridades y nosotros mismos reaccionamos.

Aquí es posible trazar un paralelo entre la actual pandemia y el cambio climático. La destrucción de los polos, el aumento del nivel de los océanos, la deforestación en el Amazonas o las muertes por enfermedades respiratorias parecen un problema lejano (como el virus). Esa insensibilidad frente a daños que no son (aún) tangibles y la incapacidad de reaccionar frente a peligros colectivos afecta nuestra capacidad de movilización y debilita nuestra fuerza para repensar y cambiar modelos ante la inminente destrucción del ecosistema. En relación con el cambio climático o con la concentración del poder deberíamos reaccionar con la mayor urgencia y con las medidas más eficaces, tal y como lo hicieron los habitantes de París para salvar las obras de arte de la catedral de Notre Dame durante el incendio del año 2019⁷². La pandemia ha sido, en cierto modo, un laboratorio para comprobar el nivel dramático de afectación del ecosistema y la profunda erosión de nuestras democracias. Nos queda poco margen de maniobra antes de que las consecuencias en los dos ámbitos sean irremediables e irreversibles.

⁷² https://elpais.com/cultura/2019/04/16/actualidad/1555412193_499224.html (08.05.2020)

Bibliografía

Ackerman, B. (2007), *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy*, New York: Belknap Press.

Ackerman, B. (2010), *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge: Harvard University Press.

Alvaredo, F. and L. Gasparini (2015), "Recent trends in inequality and poverty in developing countries", *Handbook of Income Distribution*, A. Atkinson and F. Bourguignon (eds.), vol. 2, Amsterdam, Elsevier.

Bogdandy, A. von; Villarreal, P. (2020), "International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis". MPIL Research Paper, No. 2020 – 07.

Bermeo, N. (2016), "Democracy Backsliding", *Journal of Democracy*, Volume 27, Number 1 January, 5-19.

Chipman, N. (1833), *Principles of Government. A Treatise on Free Institutions*, Burlington.

Contesse, J. (2020), "Chile's Constitutional Awakening", *Open Global Rights*, <https://www.openglobalrights.org/chiles-constitutional-awakening/>

Dahl, R. (1989), *Democracy and its critics*, New Haven: Yale University Press.

Gargarella, R. (2020), "Por una justicia dialógica en tiempos de emergencia," *Clarín*, May 12th, 2020, https://www.clarin.com/opinion/frente-pandemia-respuestas-viejas-emergencias-nuevas_0_3gtQ1KYcs.html

Ginsburg, T.; Huq, A. (2018), *How to save a Constitutional Democracy*, Chicago: The University of Chicago Press.

Habermas, J. [1992] (1996), *Between Facts and Norms*, (Original Faktizität und Geltung), trans. W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA.

Graber, M.; Levinson, S.; Tushnet, M., eds. (2018), *Constitutional democracy in crisis?*, Oxford: Oxford University Press.

Holmes, S. (2009), "In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror", *California Law Review*, vol. 97, No. 2, pp. 301-355.

Landau, D. (2013), "Abusive Constitutionalism," *47 UC Davis Law Review* 189.

Levitsky, S.; Ziblatt, D. (2018), *How Democracies Die*, New York: Crown.

Mill, J. [1859] 2003, *On Liberty*, London: Dover Publications Inc.

Nino, C. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Ranchordas, S. (2020), *We Teach and Learn Online. Are We All Digital Citizens Now? Lessons on Digital Citizenship from the Lockdown*, *Int'l J. Const. L. Blog*, May 13, en: <http://www.iconnectblog.com/2020/05/we-teach-and-learn-online-are-we-all-digital-citizens-now-lessons-on-digital-citizenship-from-the-lockdown/>

Rawls, J. (1991), *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.

Roa Roa, J. E. (2020), El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-11. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3571507> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3571507>

Roa Roa, J. E. (2019), Control de Constitucionalidad Deliberativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sunstein, C., ed. (2018), Can it happen here? Authoritarianism in America, New York: Library of Congress.

Uprimny, R. (2020), "La Cuarentena Constitucional", El Espectador, April 19th 2020, <https://www.elespectador.com/opinion/la-cuarentena-constitucional-columna-915234>, accessed 15th May, 2020.

Vile, M.J.C. (1967), Constitutionalism and the Separation of Powers, Indianapolis: Liberty Fund.

Waldron, J. (2016), Political Political Theory, Cambridge: Harvard University Press.

The Lancet, Editorial "COVID-19 in Brazil: So What", vol. 395, issue 10235, p 1461, May 09, 2020, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31095-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31095-3).

Cover: Imbalanced World, 1996, Veronika Dell'Olio (photo: Miriam Aziz)

“Essential to our concept was the establishment of a connection to the work and objectives of the institute. In view of the diversity of the research tasks concerned, we have attempted to highlight an overarching idea that can be understood as the institute’s mission. We see this as the ideal of peaceful relations between peoples on the basis of an internationally validated notion of justice.... The depicted sculpture...[symbolizes] an imbalanced world in which some peoples are oppressed while others lay claim to dominance and power. The honeycomb form of the circular disks denotes the [international] state structure. Glass parts ... [represent] the individual states [The division] of the figure ... into two parts [can] be interpreted as the separation of the earth into two unequal worlds. The scissors-shaped base, on the one hand, makes the gap between them clear, on the other hand, a converging movement of the disks is conceivable.... The sculpture [aims] at what is imagined – the possibility of the rapprochement of the two worlds.”
[transl. by S. Less]

Art in architecture, MPIL, Heidelberg



MAX PLANCK INSTITUTE

FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

Im Neuenheimer Feld 535
D-69120 Heidelberg
Tel.: +49 (0)6221 482 - 1
Fax: +49 (0)6221 482 - 288

www.mpil.de
SSRN@mpil.de