JUSTICIA, CRISIS SANITARIA Y DEMOCRACIA: COVID 19

SITUACIONES LÍMITES

Jornada virtual transdisciplinaria en filosofía del derecho, medicina y psicología: COVID 19 como objeto generador de situaciones límites

COORDINADORES ACADÉMICOS
Raúl Iván Lozano Peralta
Juan Alberto Castañeda Méndez



FONDO EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO







JUSTICIA, CRISIS SANITARIA Y DEMOCRACIA: COVID 19

Situaciones límites

Jornada virtual transdisciplinaria en filosofía del derecho, medicina y psicología: COVID 19, como objeto generador de situaciones límites.

Realizada el 25 y 26 de abril de 2020

Coordinadores académicos:

Raúl Iván Lozano Peralta Juan Alberto Castañeda Méndez

Ponentes:

Héctor Daniel Quiñonez Oré (Perú)

Álvaro Hernán Moreno Durán (Colombia)

Lorena Vanesa Elizalde (Argentina)

Ciro Nolberto Güechá Medina (Colombia)

Eduardo J. R. Llugdar (Argentina)

Ursula Rosalía Aniceto Norabuena (Perú)

Julián Ricardo Rodríguez Soto (Colombia)

Edgar Fabián Garzón Buenaventura (Colombia)

Viviana Paola Álvarez Orduz (Colombia)

Luis Gonzalo Inarra Zeballos (Bolivia)

Andrea Cristina Farro Soto (Perú)

Adrián Zarate Condori (Bolivia)

Elvis Rubén Puma Pacco (Perú)

FONDO EDITORIAL UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

JUSTICIA, CRISIS SANITARIA Y DEMOCRACIA: COVID 19. Situaciones límites

© Raúl Iván Lozano Peralta

© Juan Alberto Castañeda Méndez Editores académicos.

Editado por:

© UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

Av. América Sur N° 3145,

Urb Monserrate, Trujillo, Perú

Teléfono (51) 44 604444, anexo 2087

wwww.upao.edu.pe

© INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN PARA LA CIENCIA &

HUMANIDADES "APEX IURIS"

Av. Larco N° 1066, Trujillo, Perú.

Instituto.apexiuris@gmail.com

Primera edición, versión digital, julio 2020 ISBN N° 978-612-4479-08-3

PARES EVALUADORES

Dr. Manuel Bermúdez Tapia

Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista.

Dr. Manuel Corado

Doctor en Derecho Público. Master en Derecho Medioambiental y Sostenibilidad por la Universidad Castilla de La Mancha. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, por la Universidad de Pisa. Licenciado en Derecho por la Universidad de Valle de México.

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Hugo Fernando Delgado Alvizuri

Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la UNMS, cursos de posgrado en Garantías Procesales Universidad Castilla La Mancha, ex asesor del Tribunal Constitucional, ex asesor del Ministerio de Justicia, Comisionado de la Defensoría del Pueblo, ex jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la Defensoría Ministerio del Interior, ex secretario técnico del Consejo Nacional de Derechos Humanos, docente universitario.

Dra. Narescka Del Pilar Culqui Martínez

Abogada, con estudios de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, y con una especialización en Derecho de la Energía y Recursos Naturales. Cuenta con experiencia en gestión pública enfocada en el ámbito medioambiental, administrativo y constitucional. Ha brindado asesoría a distintas entidades públicas, que incluye el Banco Mundial. Actualmente se desempeña como consultora y es, además, columnista de opinión.

Dra. Jimena Zoila Rodriguez Moscoso

Abogada, docente de pre y posgrado, Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, y título de Magíster en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente dirige el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad La Salle. Ha laborado como abogada senior en la MINJUSDDHH y en el MTPE.

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Raúl Yván Lozano Peralta

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en justicia constitucional en la Universidad de Pisa, Italia. Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Universidad de Piura. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Director y docente de la Escuela de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, de Trujillo. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor de los libros "La cuestión de inconstitucionalidad y su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano" (2017) y "Antejuicio y juicio político en el Perú" (2019).

Dr. Juan Alberto Castañeda Méndez

Abogado por la Universidad Cesar Vallejo. Maestrante en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III, Madrid. Egresado de la especialidad en Constitucionalismo Latinoamericano y Derechos Fundamentales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Justicia Constitucional e Interpretación, por la Universidad Castilla de La Mancha, España. Doctorando en Gestión Pública y Gobernabilidad en la Universidad Cesar Vallejo. Docente de pregrado y posgrado. Presidente del Instituto de Investigación Interdisciplinario Iberoamericano Apex Iuris.

ÍNDICE

9	Presentación
11	Abogados y académicos en el derecho Roles y discursos a propósito del covid-19 Héctor daniel quiñonez oré
31	"Crisis 2020: el regreso al estado bienestar y la economía solidaria en américa latina" Álvaro hernán moreno durán phd
41	Repensando las libertades individuales y el rol del estado después del covid-19 <i>Lorena vanesa elizalde</i>
53	La ética y moral ¿dos conceptos limitados en la violación del derecho fundamental a la vida por la crisis del coronavirus? Ciro nolberto güechá medina
77	Limites del poder del estado para restringir derechos en estados de excepción. Los limites de los limites a propósito de la pandemia de covid-19 Eduardo j. R. Llugdar
113	La moralidad de la sociedad en crisis sanitaria Ursula rosalía aniceto norabuena
125	La conciliación extrajudicial en tiempos de covid-19 Julián andrés gaitán reyes Julián ricardo rodríguez soto
147	Dilemas éticos, en la perspectiva del derecho administrativo global (biopoder-biopolítica) covid-19 Edgar fabián garzón buenaventura Viviana paola álvarez orduz

Bases para reingeniar el estado de derecho para la democracia y los derechos humanos en bolivia
 Luis gonzalo inarra zeballos

 La víctima del proceso penal en tiempos de covid-19

203 Estado de derecho vs covid-19
Rol de los juristas en medio de la pandemia

Adrián zarate condori

Andrea cristina farro soto

Razonabilidad y proporcionalidad:
principios constitucionales para
detener el abuso del poder del estado
Elvis rubén puma pacco

PRESENTACIÓN

El derecho como ciencia cumple una determinada función, que se resume a la regulación de las relaciones interpersonales de los sujetos de una determinada sociedad; sin embargo, cuando hablamos del estudio de esta ciencia, enclaustrados en un conjunto normativo como única manifestación de derecho, nos restringimos a un enfoque que se muestra de espaldas a la realidad, a la sociedad y su complemento: el hombre. Antagónica postura, sobre todo si existe la certeza que su aplicación —dígase la aplicación del derecho- conlleva necesariamente una mutación social, un impacto sufrido por todos.

Observar al derecho como una ciencia ajena a todo lo humano y ceñida solo a preceptos normativos, parece poco probable para percepciones no positivistas; se trataría de separarla de su propia esencia, mantener al derecho sumido en una caverna bajo supuestas realidades, bajo la sombra pía de la incultura, con los ojos vendados. Cruenta verdad que convierte en osado a quien quiera sacar el manto de los ojos y mostrar la crudeza de haber vivido bajo sospechados escenarios, que no eran más que la sombra de algo más profundo.

La transdisciplinariedad es una concepción mucho más reciente. La propia complejidad del mundo en que vivimos nos obliga a valorar los fenómenos interconectados. Las actuales situaciones físicas, biológicas, sociales y psicológicas no actúan sino interactúan recíprocamente. La descripción del mundo y de los fenómenos actuales nos exige una nueva forma de valoración desde una perspectiva más amplia, con una nueva forma de pensar que reclama encontrar un nuevo paradigma capaz de interpretar la realidad actual. A esto nos lleva la concepción transdisciplinaria, idea que se ha procurado colocar en práctica en las ponencias desarrolladas en la Jornada Interdisciplinaria de filosofía del derecho, medicina y psicología: COVID 19 como objeto generador de situaciones límites, organizado por el Instituto de Investigación Iberoamericano "Apex Iuris", la Unidad Académica de la Corte Superior de Justicia de la Libertad y el respaldo de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.

Raúl Yván Lozano Peralta Juan Alberto Castañeda Méndez

ABOGADOS Y ACADÉMICOS EN EL DERECHO

Roles y discursos a propósito del COVID-19

Héctor Daniel Quiñonez Oré¹

INTRODUCCIÓN

Vivimos tiempos difíciles. La aparición del COVID-19 ha transformado completamente el año 2020, el cual será recordado por mucho tiempo como uno de los años más difíciles y complicados a nivel mundial de la reciente historia de la humanidad. Las consecuencias que el mundo viene padeciendo a raíz de la aparición de esta enfermedad, han traído a debate diversas temáticas que eran discutidas tangencialmente, tanto desde el plano académico como político. El cuestionamiento y la necesidad de repensar los límites de la actuación humana y sus consecuencias en el medio ambiente, así como los límites y los efectos del capitalismo a nivel global han llevado a muchos actores a revalorar la discusión sobre el gasto social, la salud pública, la regulación, la vigilancia y hasta la necesidad de un nuevo pacto social, en donde la solidaridad tenga una presencia mayor y protagónica con respecto al individualismo.

La crisis de esta magnitud, que ha conllevado la aplicación de medidas de confinamiento y paralización de actividades comerciales a nivel mundial, requiere de diagnósticos y propuestas de solución que hagan factible que las consecuencias sean lo menos dolorosas para la ciudadanía. En el caso peruano, diariamente se comprueba que la peor parte de la crisis está recayendo en las personas de bajos recursos quienes, en su mayoría, dependen de una economía informal y no tienen acceso a servicios básicos². En el marco de esta crisis global, se evidencia las consecuencias de la ausencia de inversión social reflejada en la situación de un estado ausente para gran parte de la ciudadanía.

¹ Licenciado en Derecho y Magister en Antropología por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú. Director del portal web "Derecho Crítico" (www.derechocritico. com). Profesor de la Universidad Tecnológica del Perú.

² Así, por ejemplo, tenemos el caso de la suspensión perfecta de labores, aprobada mediante Decreto de Urgencia Nº 038-2020, a través del cual se permite a los empleadores suspender el vínculo laboral, lo que implica la suspensión del pago de la remuneración a los trabajadores.

Lo central y más importante, en momentos de crisis como los que se vienen viviendo y sin ninguna duda se sufrirán aun después del control del COVID-19, es la aplicación de medidas efectivas que aplaquen sus efectos en detrimento de la ciudadanía. Resulta fundamental también pensar la manera en la cual el Estado y, por ende, el Derecho se ha venido conduciendo. Es decir, pensar en las situaciones y causales que permitieron que el mundo en general y el Perú en particular, estén viviendo una crisis de implicancias globales.

No hay duda que sobre el origen y las causas de esta crisis sanitaria global se vienen elaborando diversas explicaciones científicas. No obstante, resulta necesario pensar desde otro tipo de conocimientos y marcos teóricos, las condiciones sobre las cuales el COVID-19 arribó a diversos países de la región. Es decir, qué tipo de prácticas y discursos sobre el Estado y el Derecho contribuyeron al modo cómo se viene enfrentando esta crisis sanitaria global. En el caso particular del Perú, cuál ha sido el papel que el Derecho, a través de diversas normas, políticas y regulaciones, ha desplegado sobre el Estado y en qué medida este papel ha determinado la actuación del Estado en su conjunto ante la crisis sanitaria global.

En atención a lo mencionado, en el presente artículo esbozaré algunas ideas sobre el rol de los abogados y académicos en el Derecho, para lo cual será necesario hablar sobre el campo jurídico y la construcción de discursos, lo cual me permitirá exponer en un siguiente apartado lo que Dezalay y Garth denominan el rol de *brokers* que abogados y académicos suelen desplegar en el campo jurídico. Todo ello con la finalidad de aterrizar sobre algunos casos de construcción de discursos que, desde el Derecho, han apostado por la desregulación, el Estado mínimo y el liberalismo en extremo: tres de las principales causales que, desde mi punto de vista, han contribuido a la gravedad de la crisis sanitaria global.

Presentado el tema, comenzamos.

CAMPO JURÍDICO Y DISCURSO

Pierre Bourdieu es uno de los pensadores más importantes del siglo pasado; sus estudios e investigaciones sobre la sociedad en general han motivado a que sus planteamientos no sean útiles únicamente a la sociología. Su teoría sobre el campo social grafica muy bien diversos componentes, estrategias y prácticas sociales que explican el comportamiento de actores y la racionalidad de sus acciones. En el caso del Derecho, Bourdieu se permitió escribir un ensayo, en el cual aplicó las categorías y conceptos más importantes de su marco teórico.

Teniendo en cuenta el marco teórico de Bourdieu, se puede afirmar que concebir al Derecho como un sistema cerrado e independiente (como lo entienden algunas teorías positivistas, así como el formalismo jurídico) impide apreciar el sustrato material que se presenta en el ejercicio de la práctica jurídica, en base a la cual esta no puede concebirse de manera pura y neutral, existiendo diversas dinámicas y relaciones de poder que encuentran en el Derecho un mecanismo esencial para obtener notoriedad y acumular capital³, el cual puede ser tanto económico como simbólico; esto es, enfocado ya sea en la acumulación de dinero o en la obtención de una posición de prestigio⁴.

En el campo jurídico los agentes buscan alcanzar una posición de supremacía a fin de imponer sus condiciones, estableciendo un sistema de reglas en base al cual pueden desarrollar sus prácticas⁵. Por tal motivo, Bourdieu señala que en el campo jurídico existe una constante lucha entre los operadores jurídicos por alcanzar capital y poder.

Sin embargo, antes de precisar el entendimiento de Bourdieu sobre el Derecho, es preciso definir qué es lo que se entiende por campo, el cual en sus palabras puede ser definido como:

"una red o una configuración de relaciones objetivas entre posiciones, las cuales están objetivamente definidas, en su existencia y en las determinaciones que imponen sobre sus ocupantes, agentes e instituciones, por su situación presente y potencial en la estructura de distribución de espacios de poder (o capital) cuya posesión ordena el acceso a ventajas específicas que están en juego en el campo, así como por su relación objetiva con otras posiciones (dominación, subordinación, homología, etcétera)"6.

El concepto de campo implica la existencia de un determinado espacio social que se encuentra conformado por agentes e instituciones, quienes actúan

³ BOURDIEU, Pierre. Poder, Derecho y Clases Sociales. 2°ed. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2001.

⁴ **BOURDIEU, Pierre.** Ob cit..., 133: "En efecto, es imposible dar cumplida cuenta de la estructura y el funcionamiento del mundo social a no ser que reintroduzcamos el concepto de capital en todas sus manifestaciones, y no solo en la forma reconocida por la teoría económica".

⁵ FOUCAULT, Michel. Estrategias de Poder. Obras esenciales. Volumen II. Barcelona: Ediciones Paidós, 1999.

⁶ **BOURDIEU, Pierre y WACQUANT, Loic.** *Una invitación a la sociología reflexiva.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2008, pp. 134-135.

conforme a determinadas reglas y proposiciones, las cuales establecen los parámetros de actuación y de la existencia del propio campo. A efectos de estudiar un determinado campo, siguiendo a Bourdieu, es preciso proceder en tres momentos; primero, se debe analizar la posición del campo frente al poder, segundo es necesario trazar un mapa de la estructura objetiva de las relaciones entre las posiciones ocupadas por los agentes o instituciones que compiten por la forma legítima de autoridad específica del campo, y tercero, hay que analizar los *habitus* de los agentes, los diferentes sistemas de disposiciones que han adquirido al internalizar un determinado tipo de condición social y económica, condición que se encuentra en su trayectoria dentro del campo con oportunidades más o menos favorables de actualización.

Un punto importante a tomar en consideración es que la existencia de un campo implica, necesariamente, la lucha interna que se establece entre los agentes, los cuales buscan incesantemente una posición de supremacía en el campo, a efectos de obtener primacía y determinar las reglas que conllevarán a su desarrollo. Así, se afirma que "el campo es el locus de relaciones de fuerza — no solo de significado — y de luchas que apuntan a transformarlo, y por tanto de cambio ilimitado".

En este aspecto, es importante tomar en cuenta lo mencionado por Bourdieu, que al respecto señala que:

"en el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (nomos) o el buen orden. Lucha en que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en lo esencial en la capacidad socialmente reconocida de interpretar (de manera más o menos libre o autorizada) un cuerpo de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social".

El campo jurídico involucra a actores que se desarrollan en la práctica jurídica, desde los que tienen el poder de crear y promulgar el Derecho, aquellos que interpretan e imparten teorías, hasta los que utilizan el Derecho en el desarrollo de su ejercicio profesional. Dicho campo está lejos

⁷ **BOURDIEU, Pierre y WACQUANT**, Loic. Ob cit.....pag. 143.

⁸ BOURDIEU, Pierre y WACQUANT, Loic. Ob cit....pag 142.

⁹ BOURDIEU, Pierre. Elementos para una sociología del campo jurídico en Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther. "La fuerza del Derecho". Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000, pág. 161.

de constituirse en un conjunto de prácticas guiadas o desarrolladas bajo el plano estrictamente normativo, puesto que se encuentra conformado por un conjunto de relaciones que rebasan el plano formal desde el cual tradicionalmente se entiende el Derecho. La lucha en la que se encuentran inmersos los actores jurídicos implica el conocimiento de las reglas y normas que regulan el campo, lo cual permite que los operadores jurídicos puedan actuar en base a un $habitus^{10}$.

Las relaciones antes mencionadas buscan obtener una posición de primacía en el ejercicio, interpretación y aplicación del Derecho, puesto que con su actuación se puede llegar a obtener una posición de poder que posibilite la obtención de beneficios. Así, desde las relaciones que se construyen desde el plano académico por el posicionamiento de teorías y doctrinas¹¹ hasta aquellos que en el ejercicio técnico del Derecho buscan una mayor participación y ganancias en el mercado.

Siguiendo el marco teórico elaborado por Bourdieu, García Villegas reconoce expresamente que el Derecho es un campo social, compuesto por un conjunto de relaciones objetivas e históricas entre posiciones de actores sociales que compiten por poder o capital, en el cual los participantes luchan por la apropiación del poder simbólico que está implícito en los textos jurídicos. Así, según García Villegas, el Derecho se convierte en la forma por excelencia del poder simbólico – y de violencia simbólica – dada las posibilidades que tienen sus practicantes para crear instituciones, y con ellas, realidades históricas y políticas mediante el simple ejercicio de poner nombres. El potencial del Derecho para establecer clasificaciones que son esenciales en el orden social – legal/ilegal, justo/injusto, verdadero/falso – implica un enorme poder político. La autoridad legal es la forma privilegiada del poder, especialmente en términos de violencia simbólica legítima – monopolizada por el Estado, la cual es producida y practicada por este¹².

El poder simbólico se desprende de la capacidad de nombrar que es propia del Derecho; es decir, el poder de decidir qué situación se encuentra o no en lo correcto, así como la posibilidad de crear instituciones, lo cual lleva a

¹⁰ **BOURDIEU, Pierre.** Sociología y cultura. México: Editorial Grijalbo S.A, 1990, pág. 136: "Para que funcione un campo, es necesario que haya algo en juego y gente dispuesta a jugar, que este dotada de los habitus que implican el conocimiento y reconocimiento de las leyes inmanentes al juego, de lo que está en juego, etcétera".

¹¹ Así, el estudio de BOURDIEU, Pierre. Homo Academicus. 1º ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2008, con respecto a la academia francesa y a las relaciones de poder que se tejían en base a ella.

¹² GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Sociología y crítica del Derecho. México: Fontamara, 2010, pág. 236.

que los sujetos que intervienen en el campo jurídico se encuentren en una situación de constante lucha por el manejo y protagonismo en la creación y regulación de dichas instituciones.

Las luchas a las cuales se aluden en el campo jurídico se vislumbran en las teorías que se enfrentan en la academia jurídica¹³, los distintos *lobbys* que se realizan al momento de la promulgación y emisión de normas; así como en la competencia de los operadores jurídicos (estudios de abogados) que se desarrolla en el mercado a efectos de obtener una mayor cantidad de clientes. El espacio de lucha del cual hablamos, constituye un lugar dinámico y en constante actuación, en donde los agentes protagonistas utilizan diversas estrategias (legales e ilegales) que les permitirán alcanzar una posición de predominio en el sector en donde se desempeñen¹⁴.

El campo jurídico, por ende, viene a ser un constante enfrentamiento entre los operadores jurídicos quienes buscan obtener poder, entendido como una posición de supremacía frente a los demás operadores, con quienes compiten a efectos de gozar de los beneficios y ganancias esperadas. El poder, al fin y al cabo, es una posición que permite la creación de realidades, las cuales subsumen a los distintos agentes en las teorías y/o prácticas que se ejercen¹⁵.

Creo que entender al Derecho como un campo en el cual nos encontramos frente a una lucha constante entre operadores que buscan una posición de supremacía frente al resto, nos brinda un marco de análisis mucho más amplio que nos permitirá entender las razones y el sustento que motiva las actuaciones que los agentes desarrollan en el campo en el que se encuentran inmersos¹⁶.

¹³ BONILLA, Daniel (Compilador). Geopolítica del conocimiento jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. 2015.

¹⁴ Un estudio en donde se revela las dinámicas del espacio de lucha al cual nos referimos en el texto principal en un nivel internacional, es el libro de DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant. La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados Latinoamericanos. Colombia: ILSA, 2002.

¹⁵ FOUCAULT, Michel, Ob cit.

¹⁶ Al respecto, resulta completamente aplicable lo señalado por Foucault quien, en relación a la teoría del conocimiento, señala lo siguiente: "Si se quiere realmente conocer el conocimiento, saber que es, captarlo en su raíz, en su producción, uno debe acercarse no tanto a los filósofos, cuanto a los políticos, se debe comprender cuales son las relaciones de lucha y poder. Únicamente en estas relaciones de lucha y de poder; en el modo como las cosas y los hombres se odian, luchan, intentan dominase unos a otros, quieren ejercer relaciones de poder unos sobre otros, es como se comprende que en consiste el conocimiento". (FOUCAULT, Michel. Ob cit... 181).

Lo mencionado nos invita a pensar de manera más amplia el aspecto de lo jurídico, el cual no solo se debe enfocar en la promulgación y mera interpretación y aplicación de normas jurídicas. Lo jurídico rebasa el plano formal establecido desde el Estado, abarcando también el conjunto de redes y relaciones que se establecen a efectos de obtener un espacio de poder en el campo en el cual los agentes se desarrollan¹⁷. Así, comparto lo mencionado por Fortich y Moreno, para quienes:

"lo específico del campo jurídico es la ilusión de neutralidad, de universalidad, de autonomía, de desinterés (incluso bajo la apariencia de interés general) que constituye discursos y rige prácticas, construyendo imaginarios, representaciones y redes de significación de los ocupantes del campo." 18

Utilizo el marco teórico que define al Derecho como un campo debido a que resulta sumamente ilustrativa y gráfica su aplicación para el entendimiento de la circulación de teorías y discursos jurídicos. En efecto, al estar conformado el campo jurídico por un conjunto de actores que luchan entre sí para el posicionamiento de teorías y discursos, podemos entender la importancia de la construcción de estas, las cuales indudablemente tienen influencia en el diseño de políticas, normas y estrategias.

Es preciso tener en cuenta que el análisis del campo jurídico no solo está conformado por estructuras que se pueden vislumbrar a través de la actuación material de los sujetos que luchan. Las fuerzas motrices que animan el

17 De manera similar a lo señalado por Bourdieu en el texto principal, pero desde un marco

Latorre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 182-183.

teórico distinto, Vincenzo Ferrari, teniendo como sustento la denominada "teoría de los roles", refiere lo siguiente: "Los roles jurídicos, diferenciados de esta manera, tienden a consolidarse dando vida a grupos de individuos que los comparten y, si bien con amplias variaciones, a status sociales comparables. Estos grupos son más fuertes y coherentes mientras más sus roles y status de pertenencia corresponden a posiciones socialmente privilegiadas en términos de disponibilidad económica, influencia política o prestigio cultural.

Una de las tareas típicas de la sociología del derecho consiste en estudiar estos grupos en sus articulaciones internas, en sus relaciones recíprocas, así como también en las relaciones que ellos establecen con cualquier otro agregado social. Se trata de complejas redes de interacciones sociales, cuyo estudio resulta fundamental para comprender sociológicamente no solo el fenómeno jurídico, sino más en general el ordenamiento político de una sociedad. El derecho, en efecto, es el principal reflejo simbólico, no solo del sentimiento común y de la moralidad difusa en una sociedad, sino también de la distribución del poder: que es también, sobre todo, poder de crear, interpretar y aplicar normas jurídicas". (FERRARI, Vincenzo. Derecho y Sociedad. Elementos de Sociología del Derecho. Traducido por Santiago Perea

¹⁸ FORTICH, Mónica y MORENO, Álvaro. Elementos de la Teoría de los campos de Pierre Bourdieu para una aproximación al Derecho en América Latina: Consideraciones previas en "Verba Iuris" N° 27. Bogotá: Colombia. 2012, pág. 49.

desarrollo y desenvolvimiento de la convivencia se encuentran influidas por diversos factores, los cuales influyen en las personas que forman parte del conglomerado social. Un aspecto de estudio relevante para entender la manera como se desenvuelve el campo jurídico y cómo actúan los sujetos que actúan en él, lo constituye el análisis del imaginario social y cultural sobre el cual se construyen. Para ello, una categoría de análisis muy interesante es el discurso. Así, siguiendo a Van Dijk, se puede afirmar que:

"El discurso tiene un papel fundamental, no solo como acto en la interacción, o como constitutivo de las organizaciones o de las relaciones sociales entre grupos, sino también por el papel crucial del discurso en la expresión y la (re)producción de las cogniciones sociales, como los conocimientos, ideologías, normas y los valores que compartimos como miembros de grupos, y que en su turno regulan y controlan los actos e interacciones" 19

El discurso, por ende, viene a ser una estructura lingüística que tiene, entre otras funciones, la reproducción de ideas e imaginarios, los cuales pueden influir en la construcción de conceptos y opiniones. Es preciso señalar que el discurso, siguiendo a Van Dijk contiene un significado más allá del contenido de su estructura gramatical, siendo relevante realizar su análisis desde distintos aspectos. Teniendo en cuenta ello, puede considerarse que una noción central en la mayor parte del trabajo crítico sobre el discurso es la del poder, y más concretamente el poder social de grupos o instituciones. Esta habilidad presupone un poder básico consistente en el acceso privilegiado a recursos sociales escasos, tales como la fuerza, el dinero, el estatus, la fama, el conocimiento, la información, la cultura, o incluso varias formas del discurso público y de la comunicación²⁰.

El análisis y estudio de los discursos entonces, pueden ayudarnos a entender el cómo y porqué se defienden determinadas apreciaciones y/o conceptos. A qué se debe que cierto grupo de personas comparta un determinado imaginario sobre algún aspecto relevante para ellos, o por qué se defiende con mucha fuerza y pasión ciertas categorías que serían inmunes a afectaciones que golpean a diversas capas del funcionamiento de la sociedad. Y claro está, cuáles son los intereses e intenciones que se encuentran detrás de la generación de un discurso.

¹⁹ **VAN DIJK, Teun.** *El análisis crítico del discurso y el pensamiento social.* Athenea Digital. Revista de Pensamiento e investigación social, número 1, primavera, 2002, p. 19.

²⁰ VAN DIJK, Teun. El análisis crítico del discurso en Anthropos (Barcelona), 186, septiembreoctubre 1999. p. 26.

Es por ello que los conceptos de campo jurídico y discurso resultan relevantes para el presente análisis, puesto que me interesa ubicar a las teorías que, en el campo jurídico, han luchado y contribuido en la creación de discursos que apostaron durante años por la desregulación y la no presencia del Estado en sectores esenciales de la sociedad. Sin embargo, el análisis del campo jurídico en abstracto y de los discursos que se construyen en su seno no es suficiente si no nos detenemos a analizar a los actores que hacen posible que dentro del campo jurídico se establezcan discursos. En ese sentido, corresponde dar una mirada a los abogados y académicos como actores principales y protagónicos del campo jurídico.

ABOGADOS Y ACADÉMICOS. SU ROL EN EL CAMPO JURÍDICO

Las ideas y posturas en debate que pugnan por tener relevancia en el campo jurídico no aparecen por sí solas. La lucha de discursos y teorías tiene como protagonistas a los abogados y académicos del Derecho, quienes argumentan y posicionan teorías y posturas en torno a una determinada problemática jurídica.

En el entendido de que las teorías y posturas se presentan en el campo jurídico debido a la participación de abogados y académicos, resulta pertinente analizar y abocarse a la labor que despliegan estos sujetos, toda vez que son ellos quienes a través de los debates, artículos, ponencias y libros buscan posicionar sus teorías y discursos con respecto a una determinada problemática.

Al respecto, es preciso mencionar que son pocos los estudios y contribuciones que tienen por finalidad estudiar el rol de los abogados y académicos en el Derecho; hacerlo implica utilizar herramientas metodológicas que exceden las herramientas tradicionales que usualmente se toman en cuenta para la ejecución de investigaciones jurídicas. Avocarse al estudio de los roles, su significado e intereses implica ir más allá de un estudio y análisis de carácter positivista y dogmático. Es preciso para ello, sociologizar la profesión jurídica, la cual incluye poner énfasis y atención en la labor y los roles que cumplen los abogados y académicos en la circulación de teorías.

Desde mi punto de vista, uno de las afirmaciones más comunes que se realizan con respecto a la neutralidad o tecnicidad dentro del Derecho y las teorías que circulan sobre él, no advierten que la construcción de conocimiento, así como la afirmación y defensa de una postura jurídica refleja una determinada postura ideológica y política. La pretendida neutralidad o "apoliticidad" del Derecho como categoría válida y necesaria para la creación de una "ciencia del Derecho" oscurece, ciertamente, el rol y la postura que los abogados y académicos ejercen sobre el Derecho.

En ese sentido, resulta muy interesante analizar la actuación de abogados y académicos con respecto al posicionamiento de teorías y discursos, puesto que, desde mi punto de vista, existen casos en los cuales estas se encuentran subordinadas a intereses que pueden ser personales, como es la propia construcción de un capital social y cultural en la disciplina jurídica por parte del abogado o académico, o intereses que si bien tienen un resultado de beneficio personal, obedezcan a intereses mucho más grandes y colectivos, en donde se busca influir decididamente en el campo jurídico a través de su conocida capacidad de nombrar²¹.

Así, por ejemplo, junto con mi amigo Daniel Almeyda, profesor de Filosofía del Derecho, escribimos un post titulado "La academia jurídica en el Perú: su utilización e intereses particulares"²², en donde analizamos algunos de los supuestos en los cuales se hace evidente que la utilización de la academia por parte de abogados litigantes se confunde muchas veces con el ejercicio de su práctica profesional. A estos sujetos los llamamos "académicos litigantes":

"No existe problema alguno cuando un académico escribe y brinda su opinión sobre un tema en particular. Sin embargo, esta práctica se tergiversa cuando utilizando su posición y capital, el académico litigante se pronuncia sobre temas en los que no se tiene un claro interés objetivo o puramente académico en sentido estricto. Es decir, cuando se cuenta con un marcado interés profesional y económico (el académico patrocina casos relacionados al tema), cuando se tiene un claro interés de carácter político (el académico tiene una abierta militancia en un partido o movimiento político) o cuando en base a redes y relaciones con instituciones u otros personajes, se buscan soluciones acorde a estas (el académico pertenece a una casa de estudios o centro de enseñanza en donde priman las relaciones que operan en base a "reciprocidades")"23.

Y es que advierto un problema bastante grave en la utilización de la academia como una herramienta que brinda legitimidad y objetividad. Así, con mi amigo Daniel Almeyda, señalamos:

²¹ **RDIEU**, **Pierre**. "Elementos para una sociología del campo jurídico".

²² ALMEYDA, Daniel y QUIÑONEZ, Daniel. La academia jurídica en el Perú: Su utilización e intereses particulares. Recuperado de https://derechocritico.com/la-academia-juridica-en-elperu-su-utilizacion-e-intereses-particulares/.

²³ ALMEYDA, Daniel y QUIÑONEZ, Daniel. Ob cit.

"El problema con las opiniones vertidas es que se canalizan a través de un manto de objetividad cuando en realidad existen intereses subalternos que constituyen el verdadero sustento del porqué se dice lo expresado. Es así como se lleva a cabo una utilización de la academia para legitimar opiniones a través de la construcción de teorías y casos que, finalmente, desembocan en la satisfacción de un interés no académico. El prestigio de la academia se pone al servicio del interés particular, además, de fungir como un manto de protección que se erige bajo la característica de neutralidad. No habría que objetar a esta dinámica, sino fuera por el hecho de que, en nuestra sociedad, el rol que cumple el académico del derecho es considerado importante y destacado (pensemos en las diversas opiniones que han respaldado las críticas al allanamiento de un estudio de abogados en donde uno de los socios es un reconocido profesor y académico del derecho)"²⁴.

En base a lo señalado es que me parece pertinente y útil la categoría que Yves Dezalay y Bryant G. Garth utilizan para describir la actuación de algunos abogados, a quienes, dependiendo de las actividades y relaciones que establezcan en el campo jurídico, los denominan *brokers*. Ambos autores "resaltan el rol de abogados como *brokers*, quienes constantemente renegocian los intercambios entre las relaciones sociales y lo que debe ser considerado Derecho"²⁵. Es decir, se enfocan en las situaciones en las cuales los abogados y académicos subordinan un determinado discurso sobre la aplicación del Derecho a una problemática concreta determinada por un conjunto de relaciones sociales.

A efectos de entender el marco teórico provisto por Dezalay y Garth, resulta pertinente citar lo que ellos entienden con respecto a la función del rol de los abogados como *brokers*, en su investigación enfocada en las redes clientelistas entre abogados y poder político:

"Nuestra descripción del rol del abogado como bróker es más compleja porque toma en cuenta las fases del proceso por el cual los abogados invierten en su propio capital (o más precisamente el capital social y económico heredado de sus familias) para adquirir pericia en el conocimiento legal; luego utiliza esta combinación entre capital legal y social (nombre de

²⁴ **ALMEYDA, Daniel y QUIÑONEZ, Daniel. Ob cit.**

²⁵ **DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant** (Editors). Lawyers and the rule of law in an era of globalization. Routledge, GlassHouse book: USA, Canada, 2011, pag. 1.

familia y amistades cultivadas en las facultades de Derecho) en una práctica legal diversificada que sirve para expandir sus relaciones (a través de prácticas en el gobierno o por clientes privados, preferiblemente ambos) al mismo tiempo como expertos legales (como litigantes, abogados de negocios, etc.)²⁶.

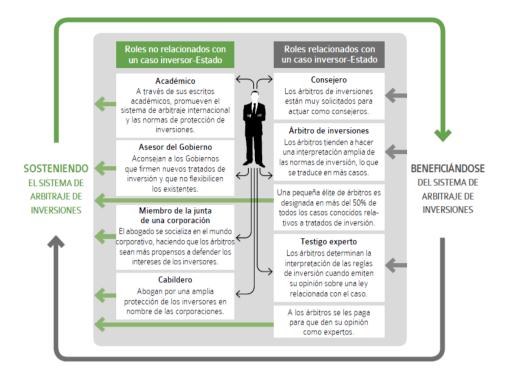
El rol de los abogados como *brokers*, entonces, es una categoría que nos ayuda a comprender de manera clara como algunos "operadores jurídicos" se suelen conducir dentro del campo jurídico. Resulta pertinente analizar no solo el discurso o las teorías esgrimidas en el campo, sino también lo que se encuentra detrás de ellas; es decir, los intereses políticos e ideológicos, así como el entramado de relaciones y redes que se constituyen como un soporte. La ilusión de neutralidad que cubre a las discusiones jurídicas en el posicionamiento de teorías y discursos debe ser discutido y develado. El rol que cumplen académicos y abogados en el campo jurídico no puede cubrirse bajo el manto de la objetividad ni tecnicidad.

Un ejemplo adicional que nos ayuda a comprender lo que he venido describiendo hasta el momento, es el informe titulado "Cuando la injusticia es negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones" elaborado por "Corporate Europe Observatory" y "Trasnational Instute" en el año 2012, en el cual se manifiesta que la presunta imparcialidad e independencia del arbitraje de inversiones es totalmente ilusoria, puesto que las leyes y ulteriores demandas están determinadas, en gran medida, por firmas de abogados, académicos, árbitros y por una gama de especuladores que ganan mucho dinero con el impulso de los procesos²⁷.

Del libro en mención, me parece fundamental citar la siguiente imagen:

²⁶ **DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant** (Editors). "Lawyers and", pag 3.

²⁷ EBERHARDT, Pia y OLIVET, Cecilia. "Cuando la injusticia es negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimenta el auge del arbitraje de inversiones". Corporate Europe Observatory y Transnational Institu, 2012.



Si analizamos la imagen de manera general, podemos apreciar que los abogados y académicos pueden desempeñar diversos roles en un entramado amplio de redes y relaciones. El problema deviene cuando este entramado de redes y relaciones se oculta bajo la autoridad de la academia, la cual como he indicado líneas atrás, crea una ilusión de neutralidad que hace que los discursos y teorías no puedan ser analizados en su verdadero contexto.

Ahora bien, ¿en qué medida lo descrito hasta el momento tiene relación con los lamentables sucesos y consecuencias que la pandemia mundial del COVID-19 viene produciendo? Al respecto, corresponde manifestar que estos lamentables sucesos han tenido como protagonista no solo al sufrimiento de los ciudadanos, sino también han develado la situación del propio Estado el cual, en el caso peruano, se ha visto gravemente afectado por años de abandono social e inversión, motivadas por retóricas de exigencia de Estado mínimo y auge de las privatizaciones.

ABOGADOS, ACADÉMICOS Y EL COVID-19

El 30 de marzo de 2020, el medio *The New Yorker* publicó una entrevista que ha sido difundida por diversos medios de prensa extranjeros²⁸. Esta entrevista fue brindada por el prestigioso académico estadounidense y uno de los representantes más importantes del Análisis Económico del Derecho, Richard Epstein. En esta incisiva y muy aguda entrevista se le interpeló a Epstein algunas consideraciones que había expuesto, en un artículo académico, :n donde se pronunciaba sobre el COVID-19: afirmaba que no existía evidencia de que el virus iba a ocasionar graves consecuencias en Estados Unidos. Según el periodista y el diario que publicó la entrevista, el diagnóstico brindado por Epstein fue uno de los principales documentos que alimentó la posición del partido republicano y la administración Trump sobre la manera de enfrentar al COVID-19, lo cual a todas luces resultó un fracaso.

Lo revelador e interesante de la entrevista es que, a lo largo de su desarrollo, se confrontan las afirmaciones brindadas por Esptein con apreciaciones brindadas por diversos profesionales de la salud y su gestión, en donde se aprecia de manera elocuente que muchas de las aseveraciones de Epstein no tenían respaldo científico y técnico alguno²⁹. De una manera un poco menos agresiva, se ha criticado a otro representante del Análisis Económico del Derecho, Cass R. Sustein, quien en un primer artículo señaló que el pánico generado por el COVID-19 no tenía sustento³⁰, pero cuya posición fue rectificada en un artículo posterior³¹.

Me llamó mucho la atención la posición de ambos intelectuales con respecto a la aparición del COVID-19, toda vez que no dudaron en afirmar en un inicio que esta pandemia mundial no ocasionaría las nefastas consecuencias que se vienen presentando en la actualidad. Y es que las afirmaciones brindadas por ambos intelectuales y académicos del Derecho venían respaldadas por

²⁸ Recuperado de: https://www.newyorker.com/news/q-and-a/the-contrarian-coronavirus-theory-that-informed-the-trump-administration

²⁹ Algunas de las preguntas que el entrevistador hace, en base a las respuestas brindadas por Epstein son las siguientes: "¿No deberías tener más cuidado en ofrecer estas teorías antes que las asumas?" "Richard con todo respeto, ¿tu artículo aparentemente viene circulando en círculos conservadores en Washington y en la Casa Blanca?

³⁰ Recuperado de: https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-02-28/coronavirus-panic-caused-by-probability-neglect

³¹ Recuperado de https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-03-26/coronavirus-lockdowns-look-smart-under-cost-benefit-scrutiny?fbclid=IwAR1XaIMVOllF7_W-yy_oPX4ja_T5J3FWjDubeY9d2TCvOlUKMlSB1DgVYKs

su trayectoria e importancia internacional, a lo cual he denominado en los apartados anteriores como "capital social".

Si tratamos de dilucidar o proponer algunas ideas sobre las razones que llevaron a Epstein o Sustein en afirmar inicialmente que los efectos del COVID 19 no iban a ser catastróficos, me animaría a sugerir que una de estas recae en las ideas y discursos que han difundido sobre la necesidad de una regulación mínima, en donde la existencia de un estado pequeño y no intervencionista garantice el desarrollo del libre mercado. El peligro de una pandemia generalizada que amerite la adopción de decisiones de intervención por parte de Estado, podría haber animado a estos intelectuales a no prever ni mucho menos desear una situación como en la que nos encontramos.

Y es que resulta muy interesante ver como dos de los más importantes académicos e intelectuales que han logrado posicionar al Análisis Económico del Derecho como uno de los discursos más importantes y de carácter global en el Derecho, coincidieron en un inicio sobre el impacto de la actual pandemia global y, sobre todo, hayan sido impulsores por años de lo que para muchos, actualmente, ha contribuido a originar la actual situación sanitaria: *La desregulación y la presencia mínima del Estado*, lo cual conllevó a promover discursos a favor de la privatización y la reducción del gasto social.

En efecto, son conocidas las posiciones de Richard Epstein sobre la regulación laboral, la necesidad de que el Estado tenga una intervención mínima en la economía y como los derechos de propiedad deben ser regulados según las normas de la libre competencia y el libre mercado³². Cabe mencionar que esta y muchas de sus concepciones han sido abrazadas entusiastamente por muchos profesores en el Perú que han difundido el Análisis Económico del Derecho³³.

³² Uno de los ejemplos más emblemáticos al respecto, fue la entrevista que Espetein brindó a una revista de Derecho en el Perú, en la cual expuso las ideas generales de su libro Reglas simples para un mundo complejo. En dicha entrevista, por ejemplo, aboga por la viabilidad de las políticas de flexibilización laboral. Ver: FOSCA BÁKULA, Carla. Puntos de vista: Las virtudes de las reglas simples y su relación con el desarrollo económico. Entrevista a Richard Epstein en Ius et Veritas, número 27, 2003, pp 284-290.

³³ Así, por ejemplo: BULLARD, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores, 2010.

Como señala Marcos Cueto en un reciente artículo publicado en el Diario El País:

Esta pandemia no es más que la última de una triste secuela que empezó en los años ochenta del siglo pasado cuando la mayor parte de los gobiernos del mundo abrazaron el neoliberalismo y su envenenada doctrina que pregonaba una drástica reducción del gasto público y el desmantelamiento de la intervención del Estado en los programas sociales. De esta manera se creó una cultura adonde el lucro estaba por encima de todo y de todos; adonde valía el recorte de los recursos humanos de los sistemas de salud, tanto nacionales como internacionales, y donde se banalizaron un rosario de desastres sanitarios como el sida, dengue, SARS, H1N1, ébola, zika y ahora la epidemia que nos abruma^{34,35}.

Ciertamente, las políticas que promovieron la drástica reducción del gasto público y el desmantelamiento de la intervención del Estado en muchos ejes, no han sido producto de alguna idea o postura espontánea, sino que han tenido sustento en discursos y teorías que justificaron en el plano académico, la necesidad de la existencia de un Estado mínimo, en donde no solo la ciencia política o la economía tuvieron un rol protagónico, sino también el Derecho. Tal como lo afirma Ugo Mattei, la privatización y las reformas estructurales sustentadas por instituciones internacionales de gobernabilidad global hicieron del enfoque "Derecho y Economía" una de las corrientes culturales más importantes para la difusión de supuestos tácitos del derecho de concientización legal con base en los Estados Unidos" 36,37.

³⁴ **CUETO, Marcos.** *El Covid-19 y las epidemias del neoliberalismo.* Recuperado de: https://elpais.com/ciencia/2020-03-27/la-covid-19-y-las-epidemias-del-neoliberalismo.html

³⁵ A efectos de conocer las opiniones y posturas de reconocidos intelectuales a nivel mundial sobre las causas del COVID-19 y las eventuales consecuencias del mundo post pandemia, ver: **AAVV.** Sopa de Whuan. ASPO.

³⁶ MATTEI, Ugo. Auge y caída del enfoque Derecho y Economía. En Precedente. Revista Jurídica, (-), 140.

³⁷ Resultan ilustrativas, al respecto, las palabras de Merino: "La actual ortodoxia económica ha recubierto posiciones políticas radicales bajo el ropaje de cientificismo, neutralidad, objetividad, universalidad y superioridad, todo lo cual ha sido legitimado mediante discursos retóricos. Las nociones de racionalidad, equilibrio y eficiencia han sido naturalizadas en el lenguaje económico dominante sin discutirse sus fundamentos ni sus limitaciones, y se pretende que el lenguaje legal simplemente adopte estas premisas, transformándose en un dispositivo económico: el Derecho como Economía" (MERINO ACUÑA, Roger. Justicia social y economía en la Teoría del Derecho: Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política. Lima: Palestra Editores, 2016, pág. 111).

Así, tenemos el caso de los denominados "chicago boys"³⁸, conformado por abogados y economistas latinoamericanos que fueron becados a mediados de los años 70 para realizar estudios de postgrado en diversas universidades estadounidenses quienes, una vez regresados a sus países de origen, ocuparon importantes cargos dentro de la estructura del Estado con la finalidad de promover políticas agresivas de reducción del gasto social y privatización. Tal como lo han señalado Dezalay y Garth, "varios abogados han prosperado como agentes intermediarios al servir como puntos de enlace entre el escenario local y el internacional, hablando alternadamente primero en un lado y posteriormente en el otro"³⁹.

Los roles de intermediarios a los cuales se hace referencia, hicieron posible que estos profesionales del derecho constituyan importantes firmas de abogados, las cuales devinieron en los agentes clave para la entrada en sus países de reconocidos e importantes conglomerados internacionales, convirtiéndose también en una parte importante de la élite jurídica⁴⁰, cuya una de las formas de legitimación se construyó también a través de la academia.

REFLEXIONES FINALES

- A lo largo de estas breves páginas, he intentado esbozar algunas ideas preliminares sobre la importancia de analizar y estudiar el rol de los abogados y académicos en el campo del Derecho. Tal como lo he señalado, resulta importante ubicar dentro del mapa de la circulación de discursos y teorías, el rol que cumplen los académicos y abogados en su difusión. El conocimiento jurídico no se despliega de manera autónoma ni espontánea, muchas veces obedece también a intereses y objetivos que es necesario que sean develados.
- Abogo por la necesidad de sociologizar la profesión jurídica en sentido amplio; contextualizarla, ubicarla en su espacio de desarrollo y, a partir de allí, analizar su accionar y comportamiento. El análisis de los discursos y los roles que abogados y académicos han desempeñado con ocasión de la actual pandemia mundial, nos brinda algunas luces sobre la importancia de seguir investigando y evaluando razonamientos.

³⁸ Para mayor información sobre los "chicago boys" y su relación con las políticas que implantaron el neoliberalismo en Latinoamérica, ver: **KLEIN**, **Naomi**. *La doctrina del shock: El auge del capitalismo del desastre*. Mexico DF: Booket, 2014.

³⁹ DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant. La internacionalización de ...pág. 29.

⁴⁰ DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant. La internacionalización de ...pág. 301.

• El estudio y análisis del Derecho existe más allá de los tradicionales métodos formalistas, dogmáticos y positivistas.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV. Sopa de Whuan. ASPO.

ALMEYDA, Daniel y QUIÑONEZ, Daniel. *La academia jurídica en el Perú: Su utilización e intereses particulares*. Recuperado de https://derechocritico.com/la-academia-juridica-en-el-peru-su-utilizacion-e-intereses-particulares/.

BONILLA, Daniel (Compilador). *Geopolítica del conocimiento jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. 2015.

BOURDIEU, Pierre. Sociología y cultura. México: Editorial Grijalbo S.A. 1990.

BOURDIEU, Pierre. *Elementos para una sociología del campo jurídico* en Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther. La fuerza del Derecho. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000

BOURDIEU, Pierre. *Poder, Derecho y Clases Sociales*. 2°ed. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *Homo Academicus*. 1° ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2008,

BOURDIEU, Pierre y WACQUANT, Loic. *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2008.

BULLARD, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores, 2010.

CUETO, Marcos. El Covid-19 y las epidemias del neoliberalismo. Recuperado de: https://elpais.com/ciencia/2020-03-27/la-covid-19-y-las-epidemias-del-neoliberalismo.html

DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant (Editors). Lawyers and the rule of law in an era of globalization. Routledge, GlassHouse book: USA, Canada, 2011.

DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant. La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los estados latinoamericanos. Colombia: ILSA, 2002.

EBERHARDT, Pia y OLIVET, Cecilia. "Cuando la injusticia es negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimenta el auge del arbitraje de inversiones". Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, 2012.

FERRARI, Vincenzo. Derecho y Sociedad. Elementos de Sociología del Derecho. Traducido por Santiago Perea Latorre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

FOSCA BÁKULA, Carla. Puntos de vista: Las virtudes de las reglas simples y su relación con el desarrollo económico. Entrevista a Richard Epstein en Ius et Veritas, número 27, 2003, pp. 284-290.

FORTICH, Mónica y MORENO, Álvaro. Elementos de la Teoría de los campos de Pierre Bourdieu para una aproximación al Derecho en América Latina: Consideraciones previas en "Verba Iuris" N° 27. Bogotá: Colombia. 2012.

FOUCAULT, Michel. *Estrategias de poder*. Obras esenciales. Volumen II. Barcelona: Ediciones Paidós, 1999.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Sociología y crítica del Derecho. México: Fontamara, 2010.

KLEIN, Naomi. La doctrina del shock: El auge del capitalismo del desastre. Mexico DF: Booket, 2014.

MATTEI, Ugo. Auge y caída del enfoque Derecho y Economía. En Precedente. Revista Jurídica, (-), 121-153.

MERINO ACUÑA, Roger. Justicia social y economía en la Teoría del Derecho: Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política. Lima: Palestra Editores, 2016.

VAN DIJK, Teun. *El análisis crítico del discurso* en *Anthropos*, Barcelona, 186, septiembre-octubre 1999.

VAN DIJK, Teun. *El análisis crítico del discurso y el pensamiento social*. Athenea Digital. Revista de Pensamiento e investigación social, número 1, primavera, 2002.

CRISIS 2020: EL REGRESO AL ESTADO BIENESTAR Y LA ECONOMÍA SOLIDARIA EN AMÉRICA LATINA

Álvaro Hernán Moreno Durán PhD41

"Una tempestad que desenmascara nuestra vulnerabilidad y deja al descubierto esas falsas y superfluas seguridades"

A propósito del covid 19, Papa Francisco Bergoglio.

Bendición de Urbi et Orbi.

INTRODUCCIÓN

Desenmascarar o develar la vulnerabilidades y, por ende, las superfluas seguridades, como advierte el Papa Francisco, es, quizá, lo que de repente se puso frente a los ojos del planeta sin que nadie lo haya premeditado. Es en esta coyuntura cuando el mundo se encuentra confinado, angustiado, viendo cifras de contagiados, decesos, y una quiebra cabalgante que nos empuja a una recesión económica con magnitudes orbitales, pronto a igualar y tal vez superar, a las inicios del siglo pasado y la del 2008 (CNN 2020).

Nos encontramos ante los muros de nuestras residencias con todas las colecciones innecesarias de objetos adquiridos en el mercado de consumo, y valoramos lo necesario, que era tan común, y que no le dábamos la atención necesaria, como la alimentación balanceada, la salud y los necesarios lazos entre familia, amigos y colegas. Quizás nos sentíamos con la suficiente seguridad como para escudriñar algo tan banal para el sentido común que nos acompaña en la cotidianidad. Esa seguridad se desvanece a medida que nos aislamos socialmente y nos angustia la idea de una posible muerte. Queda en evidencia, como lo dijo Milan Kundera, que nos asiste una insoportable levedad del ser y se nos cae el telón que nos traía la sociedad vertiginosa bombardeada de publicidad y argumentos de necesidades ficticias.

⁴¹ Doctor en Sociología y Magíster en Políticas sociales y modos de vida, Universidad de París 8 Vincennes St.Denis. Especialista en Estudios de América Latina, Universidad de París III Sorbonne Nouvelle. Sociólogo, Universidad Nacional de Colombia. Profesor investigador sénior, vinculado al Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Colombia. Profesor invitado, Universidad de Chile, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Ottawa, Universidad de Cergy-Pontoise. alvaromoreno@usantotomas.edu.co

Académicamente la situación en mención nos remonta a la clásica disyuntiva entre la esencia y la *apariencia* que ha mantenido el recorrido de toda la filosofía hasta hoy: la de encontrar el sentido a la prioridad entre las dos. Parece que, para el caso, la apariencia descubre y nos revela la esencia del mundo que nos rodea ante las crisis y el miedo a la hecatombe proporcionado por la pandemia.

Pero, ¿qué tiene que ver esta reflexión en relación con el tema que vamos abordar? El abordaje se relaciona con la forma de ver el mundo desde lo filosófico, lo económico, lo social y, si se quiere, de lo espiritual. Pareciera que el viejo concepto marxista de alienación o cosificación, como lo definiera Karel Kosik, está de vuelta al analizar esta vez el modelo neoliberal que nos ha imbuído en toda suerte de formulismos y estrategias postizas que parten del individualismo puro, las interacciones de transacciones salvajes y la especulación permanente que, salvo algunos críticos, seguimos cuales ratones a Hamelín. Y es desde este enfoque que nos aproximamos a decir algunas ideas en relación con algunas causas y consecuencias sociales y económicas de la pandemia del Covid -19 y las perspectivas, a manera de tabla de salvación.

INTERROGANTES SOBRE EL TEMA.

Tomando como referencia al Historiador Yuval Noah Harari, el siglo XXI es el siglo de la inteligencia artificial, con sus cimientos ene la ingeniería genética, la conectividad globalizada y los algoritmos, que pueden poner en riesgo, en pocos años, la existencia de lo que hasta ahora hemos denominado el "homo sapiens" (Harari 2015). Agreguemos la exploración de Marte y la nanotecnología. Entonces, ¿por qué nadie pudo advertir la mutación y contagio pandémico de COVID-19? ¿Qué pasó con los organismos internacionales de seguridad, de salud y científicos como los de las universidades de los países desarrollados? ¿Es posible que países como Israel y Estados Unidos, que tienen cuerpos sofisticados de vigilancia o espionaje dentro y fuera del planeta, no hayan podido saber que se venía un peligro para la humanidad, como es el caso del virus mutado?

Estas preguntas que nos hacemos las personas del común, periodistas o académicos de todos los hemisferios, parece que podrían encontrar algunas respuestas cuando analizamos el aspecto del modelo político y económico que nos ha regido en los últimos tiempos. Trataré de abordarlo a continuación.

El neoliberalismo como obstáculo.

Si tomamos la definición de neoliberalismo como la presenta David Harvey cuando señala que "es, ante todo, una teoría de prácticas político-económicas que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano, consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo, dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada, fuertes mercados libres y libertad de comercio (Harvey 2007).

Se puede constatar que los principios estaban presentes, negativamente, en la antesala de la pandemia actual, cuando el individualismo como filosofía promovió la empresa privada e incitó a las minimización del Estado interventor y desmanteló los centros de investigación pública en universidades y en entidades del Estado y promovió la privatización de la salud y otros servicios públicos.

En estas medidas radica el obstáculo para que la ciencia se preparara contra un posible virus como el COVID -19. Cuando aparece el virus en China, hubo poco margen de reacción y se propagó a gran velocidad en el planeta y dejó una estela de muertos, cada vez más creciente, en el mundo. Varios expertos científicos y epidemiólogos dijeron que sí se había previsto un virus de la misma familia del SARS que llegaría más potente que el mismo H1N1. Pero las autoridades no le prestaron atención; en Estados Unidos, Trump recortó el presupuesto para la atención de pandemias. Muchos gobiernos lo imitaron en el mundo. China misma no fue la excepción, al punto que el médico que descubrió el virus fue condenado por el Estado por dar la noticia.

En América Latina la situación es aún peor, pues la brecha entre ricos y pobres es enorme gracias al modelo neoliberal que cada vez incrementa su pauperización. La infraestructura y el dinero invertido en salud es muchísimo menor y las ganancias de quienes las tercerizan, como los bancos y las entidades privadas de salud, son astronómicas amparados bajo regulaciones legítimas. Lo anterior para hablar solo de salud y no de la precarización laboral que puso en jaque los confinamientos, porque la gente vive en la informalidad y busca el sustento del día a día.

El neoliberalismo no sólo evitó la prevención de la pandemia si no que aún, en el desarrollo de la enfermedad, ha sido mezquino y ha colocado a los gobernantes de todos los países en la disyuntiva de conservar primero la economía o la vida.

La situación se ha tornado muy tensa en algunos países como Estados Unidos, en donde se han enfrentado gobernadores, alcaldes y ciudadanos a la puesta en marcha de desconfinamientos que, como en Nueva York, mantienen el riesgo de contagios y mayor número de muertos. O en Brasil, donde Bolsonero se ha burlado y menospreciado el virus con el objeto de bajarle su perfil y abrir más la posibilidad de restaurar el sistema económico o evitar su cierre en detrimento de la vida de los trabajadores y empleados. Resulta curioso destacar cómo se opuso el ministro de salud, que prefirió renunciar, a cargar con la responsabilidad.

Entonces, como dice el filósofo africano Achille Mbembe, con el neoliberalismo se puede hablar de la "necro-economía", aseveración que ratifica la directora del Fondo Monetario Internacional, Christina Lagarde, quien, en una reunión en Washington, dijo que "los ancianos viven demasiado y tenemos que hacer algo ya porque son un peligro para la economía". (Mbembe 2011).

Razón tiene el papa Francisco cuando, en la encíclica "Laudato si", dice: "Hoy tenemos que decir no a la economía de la exclusión y de la inequidad porque esa economía mata". (Francisco I 2015).

Retomando, el término de necroeconomía se da en el sentido de que una de las funciones del capitalismo actual es producir, a gran escala, una población superflua. Una población que el capitalismo ya no tiene necesidad de explotar, pero hay que gestionar de algún modo. Una manera de disponer de estos excedentes de población es exponerlos a todo tipo de peligros y riesgos, a menudo mortales. Otra técnica consistiría en aislarlos y encerrarlos en zonas de control. Es la práctica de la "zonificación", "cuando el poder brutaliza el cuerpo, la resistencia sume una forma visceral".

El regreso de elementos del Estado Bienestar.

El poeta alemán Hördelin escribía en uno de sus poemas "Donde está el peligro crece también la salvación". Es justamente lo que se podría presagiar ante la hecatombe de la salubridad y de la economía con las estrategias que se han comenzado a ver hasta la fecha. La falta de calidad y cobertura en la salud y la pérdida de empleos masivos, varias naciones, dentro de ellas las América Latina, han sugerido como salvación el rescate de elementos del destruido Estado de Bienestar que protegía los mercados públicamente e invertía buenos recursos del PIB y mostraba indicadores de buena gestión de desarrollo, tal como lo fue en este continente con políticas de la CEPAL.

Y no es que lo hayan hecho como resultado del ejercicio racional en el manejo de Estado. Aparece como alternativa frente a las consecuencias que deja el ejército invisible del Coronavirus, lo público y la garantía al acceso de los más desprotegidos. Es lo más eficaz para detener los daños causados por el desbordamiento de camas en los hospitales, las carencias de los insumos apropiados para los hospitales y la renta básica que han propuestos para salvar a los trabajadores confinados sin alimentos. Y aunque el sector especulativo sigue sin escrúpulos con su sistema de usura legitimada en plena crisis, también han tenido que anunciar paliativos. Veremos si se pueden desprender de algo de sus ganancias. Lo que más está en jaque del modelo neoliberal frente al elemento liberal, quizá sean los sistemas privados de la salud, los cuales han develado su perversidad y se empiezan a poner en tela de juicio, tanto por los congresos como por las sociedades; tal es el caso de la ley que privatizó la salud en Colombia.

El Premio Nóbel de economía, Josep Stiglitz, también piensa en este sentido del regreso de algunos elementos del Estado Bienestar cuando escribe que "El rescate de empresas, la estatización de la economía parece hacer frente a los gastos y pérdidas causados por el coronavirus; el cierre del mercado y de fronteras, en la mayor parte de los países, anticipan el fin de la forma de globalización recetada por el dogma neoliberal que dejó a los individuos y a las sociedades enteras incapaces de controlar gran parte de su propio destino (Stiglitz 2020).

Creo que con estas medidas no se proponen derribar todo el esquema neoliberal por ahora, se trata de acudir a lo mejor que tiene el estado en defensa de lo público porque, como lo afirma Thomas Piketty, "la redistribución moderna no consiste en trasferir las riquezas de los ricos a los pobres, o por lo menos no de manera tan explícita; reside en financiar servicios públicos e ingresos de reposición más o menos iguales para todos, sobre todo en el ámbito de la educación, la salud, y las jubilaciones" (Piketty 2015).

La economía solidaria, otra protagonista en esta época de crisis

La economía solidaria, que ya se ha usado, desde hace décadas, fue presentada y puesta en práctica en varios lugares del mundo; dentro de ellos, en América Latina. De nuevo se podría retomar, hoy más que nunca, frente a la situación de salud y economía, sin antecedentes en la historia de la humanidad.

Señalemos a algunos pensadores latinoamericanos al respecto de estos tipos de economía; recordemos, en términos generales, sus ideas, no sin

antes definir qué es economía solidaria. Podríamos decir que este tipo de economía tiene como dinámica promover actividades de la producción basado esencialmente en el bien común; es decir, fundado en el ser humano antes que en la acumulación de capital deshumanizado. De la misma manera, esta corriente tiene en cuenta la relación y protección con el medio ambiente y a los sectores privados los convoca a coadyuvar la responsabilidad social y la cooperación en sus sinergias posibles.

Uno de los exponentes de esta corriente en el continente fue el economista chileno Manfred Max Neef, premio alternativo de economía. Bien vale la pena retomar varios de sus principios, especialmente cuando habla de una economía a "escala humana" (Max-Neef 1993).

"Es la economía que se fortalece a niveles locales y regionales, donde la gente realmente está, sin caer en el deslumbramiento con el gigantismo y con lo macro como fines supremos. Es la economía de la diversidad, de la interdependencia, y de la solidaridad. Es la economía que reconoce que el desarrollo tiene que ver con las personas y no con objetos. Es la economía que se reconoce como subsistema de un sistema mayor, que es la biosfera sin cuyos servicios ninguna economía sería posible. Es una economía que no confunde el crecimiento con el desarrollo. Es una economía que, sin ser espectacular, apunta a la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales. Es una economía orientada por valores, y en la que caben el afecto y la belleza". (Revista Ecología Política 2013).

Como podemos constatar, en los años 80 se hablaba de estas alternativas previendo el incremento de la acumulación del capital en pocas manos y las distribuciones del capital que ya eran más que evidentes en este continente, en cuanto a los diseños de las políticas neoliberales que, como en el país de origen del economista, a la larga se sospechaba su desenlace. Análoga a esta postura económica, que también se le conoció de "pies descalzos", el discurso del también economista peruano Hernando de Soto, quien toda la vida ha impulsado la formalización del pequeño empresario en los países en vías de desarrollo, invocando su participación en los derechos de propiedad como estrategia para contrarrestar la pobreza. Al respecto, el profesor enfatiza: "La clave para la batalla contra la pobreza son los derechos de propiedad. Las personas del sector informal necesitan títulos de propiedad bien respaldados, transables, que les permitan acceder al crédito sobre la tierra y los terrenos en los que viven y trabajan. Ese es el primer paso para solucionar sus problemas" (América Economía 2019)

Otro de los académicos latinoamericanos, del cual bien podríamos aprender de su experiencias y postulados sociales y económicos en el ámbito social, es el colombiano John Sudarsky, quien ha trabajo en investigaciones que documentan y cuantifican los impactos y trasformaciones en las sociedad colombiana, con la medición tanto de la participación ciudadana, el fortalecimiento de la sociedad civil, en el marco de lo que se considera democracia en Colombia, y en relación con la participación política y cultural de los ciudadanos.

Podríamos citar a otros del continente, y podríamos organizar un capital del conocimiento que, puesto en práctica por todos los órganos y entes de nuestros pueblos, permitiera una resistencia adecuada a la crisis y una segura transición y oportunidad de desarrollo.

Para continuar con la galería de pensadores de América Latina, de los cuáles revisar sus investigaciones teóricas sobre economías solidarias y organizaciones de cooperación, mencionamos al economista colombiano Antonio García Nossa, quien, a mediados del siglo pasado, propuso, en innumerables artículos y libros productos de sus averiguaciones académicas, las alternativas que el continente puede tomar, como punto de partida necesario: el detectar el quiebre de la dependencia con los mercados y las políticas internacionales (Mosquera 1988).

Fue la agricultura una de sus áreas preferidas en donde señaló la necesidad de reformas agrarias para lograr la seguridad alimentaria, la cooperación en el trabajo y la distribución de la riqueza del campesino, como prioridad en la reconstrucción de los países en sus contextos e historia singulares. De allí surgieron sus tesis de las teorías del desarrollo con base en la investigación local y la proyección genuina de los pueblos latinos.

Sin salirnos de la geografía colombiana, y contemporáneo a Garcia, el sociólogo Orlando Fals Borda, pionero de la investigación-acción participativa, también pone al continente a pensar y a actuar de manera sentipensante cuando, frente a la globalización, avisoraba, la necesidad de regresar a la creación solidaria de las fronteras etnoculturales y la integración de una especie de Gran Colombia.

Para el efecto, el sociólogo propuso unas defensas o estrategias, cuyos propósitos señalaban, como lo dijera el mismo, "la hermandad patriótica y las muchas décadas de intercambio familiar, personal, educativo y político entre nuestros pueblos, también han dado frutos. Pero nos falta mucho más en el campo geopolítico y en lo valorativo y cultural para la construcción de un solo y grande ethos vinculante para los cuatro países bolivarianos".

Por último, Boaventura de Sousa, con sus tesis de las Epistemología del Sur, que pretende y reclama nuevos procesos de producción, valores de análisis novedosos, científicos y empíricos, y el estableciendo de nuevas relaciones de conocimiento, a partir de las relaciones de las clases en Latinoamérica. De ellas han surgido nuevas prácticas, determinadas por la interacción de las clases dormidas y dominantes desde la colonia y la cosificación de la desigualdad y la institucionalización de la injusticia en los pueblos del sur, como lo manifiesta en el siguiente aparte: "El capitalismo es la forma más dominante, pero ello no excluye del todo las otras formas de organización económica existentes."

Por eso es interesante valorizarlas y ampliarlas, hecho que ahora no ocurre, así, hay que reconocer, que no es que necesitemos alternativas, sino que nos hace falta un pensamiento integrador de las alternativas. Aquí de nuevo volvemos a los conocimientos de las premisas para desarrollar las epistemologías del sur. (De Sousa, 2000).

Vista la situación a que aluden los pensadores latinoamericanos, las posibilidades de enfrentar la crisis actual, en lo que se refiere a nosotros los académicos, apreciamos que tenemos suficientes investigaciones y teoría para una epistemología de nuestra realidad, que nos induzca a poner en prácticas transformaciones que la ocasión exige y saber explorar las riquezas de los capitales culturales, sociales y de conocimiento que tenemos. Como dicen los campesinos colombianos, "por algo pasan las cosas, y es que no hay mal que dure cien años".

CONCLUSIONES

Las conclusiones de estas reflexiones podríamos organizarlas en tres niveles:

- Es importante aprovechar la crisis para develar sus verdaderas causas, señalarlas y actuar contra lo negativo desde todos los puntos de vista posibles; es decir, hay que desenmascarar la alienación desde la angustia de los confinamientos y las estadísticas mórbidas.
- Unir todos los esfuerzos posibles para cambiar el modelo vigente de la economía y política individualista globalizada, so pena de evitar el resurgimiento de un totalitarismo, como lo advierte Byung-Chung Han.
- Retomar elementos del Estado liberal, como fuente de contención a la epidemia y a la recesión, en donde América Latina suele llevar la peor parte.

- Todo el capital del conocimiento producido en el continente latinoamericano nos sirve de apoyo intelectual y científico para actuar desde nuestra historia y con nuestros ciudadanos.
- Como académicos latinoamericanos, tenemos dos alternativas: o actuamos para cambiar y sobrevivir o nos alistamos para dejar de respirar por el contagio de la indiferencia.

BIBLIOGRAFÍA

CNN. «cnnespanol.» El papa Francisco opina que el coronavirus es una respuesta de la naturaleza. 2020. https://cnnespanol.cnn.com/video/papa-francisco-coronavirus-naturaleza-cambio-climatico-vaticano-semana-santa-tablet-commonweal-panorama-requena-vo/ (último acceso: 03 de 05 de 2020).

Harari, Yuval Noah. *Homo Deus: Breve historia del mañana*. Buenos Aires: Debate, 2015.

Harvey, David. *Breve historia del neoliberalismo*. Ciudad de México: Akal, 2007.

Mbembe, Achille. Necropolítica. Madrid: Melusina, 2011.

Francisco I. Laudato si. Ciudad del Vaticano, 2015.

Stiglitz, Joseph. «Joseph E. Stiglitz: "Es un momento crítico para el futuro de Europa".» *El país*, 4 de Abril de 2020.

Piketty, Thomas. El Capital en el siglo XXI. Madrid: Paidós, 2015.

Max-Neef, Manfred. *Desarrollo a escala humana*. Montevideo: Icaria, 1993.

Revista Ecología Política. «Manfred Max-Neef.» Ecología Política, 2013.

América Economía. «Eligen a economista peruano Hernando de Soto como una de las 25 mentes más brillantes en la actualidad.» *América Economía*. 2019. https://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/sociedad/eligen-economista-peruano-hernando-de-soto-como-una-de-las-25-mentes-mas (último acceso: 2020 de Abril).

Mosquera, Ricardo. «El Maestro Antonio García Nossa, vigencia de su pensamiento económico y social.» *Cuadernos de Economía*, 1988: 14-19.

REPENSANDO LAS LIBERTADES INDIVIDUALES Y EL ROL DEL ESTADO DESPUÉS DEL COVID-19

Lorena Vanesa Elizalde⁴²

"Tanta libertad como sea posible, tanto Estado como sea necesario". Alain Guy

INTRODUCCIÓN

El presente artículo académico tiene dos objetivos. El primero es repensar las libertades individuales y el rol de los Estados dentro del momento, sin precedentes, que nos encontramos viviendo. Como es de público conocimiento, desde el 31 de diciembre de 2019, que se detectó el primer caso en Wuhan China, hasta la fecha, nos encontramos en una Pandemia de Covid-19 (Corona Virus), decretada como tal por la Organización Mundial de la Salud (OMS), con fecha veintiséis de marzo de 2020.

Dentro de este contexto de crisis sanitaria, los diferentes Estados alrededor del planeta vienen organizándose y dictando todo tipo de medidas, frente a la pandemia. Estas se han regulado a través de leyes, protocolos, decretos de urgencia, entre otros.

A la fecha no se tiene conocimiento de intervenciones farmacéuticas viables para luchar contra el COVID-19 y muchos países han introducido medidas de contención que incluyen cuarentena, distanciamiento o aislamiento social, cierre de escuelas y negocios, limitaciones de circulación a nivel nacional e internacional, así como orientaciones preventivas de higiene personal y comunitaria.

⁴² LORENA VANESA. ELIZALDE, Abogada, Escribana, Mediadora, Martillera Pública. Estudiante de la Escuela de Leyes de la Universidad de Londres, Inglaterra. Profesora del Máster de Mediación de la Universidad de Valencia, España. Investigadora en el Instituto de Cultura Jurídica de UNLP. Área: Democracia, Constitución y Procedimiento. Miembro de Apex -Iuris, Departamento de Especialista en Derecho Procesal (UNA), M.B.A. Facultad de Económicas (UNLP). Master Giustizia Costituzionale y Diritti Umani (Alma Mater Studorium - UNIBO. Bolonia Italia), Master en Argumentación Legal (Universidad de Alicante - España), Master en Razonamiento Probatorio (Tesis en Curso UdG Girona España). Contacto: draelizalde@gmail.com

Esto ha impactado fuertemente en un recorte en nuestra autonomía, en nuestro derecho a trabajar, derecho a circular, a nuestras libertades ambulatorias. Básicamente todas ellas, ocasionan un grave recorte de las libertades individuales que todos los ciudadanos gozamos en "épocas de normalidad". Nos cuestionamos entonces, ¿son proporcionales estas medidas? ¿Son legítimas? ¿Tienen un objetivo justificado? ¿Son excesivas? ¿Qué tipo de control tienen? ¿Quién las controla?

De la misma forma que los Estados eligen, más que nunca, un fuerte y directo rol, tal como los anuncios en cadena nacional a diario a efecto de mantener informados a los ciudadanos de la presente conmoción mundial, los Estados se encuentran predominantemente como generadores de nuevas legislaciones de emergencia, desburocratizan medidas que en otros momentos hubieran llevado años, eligen medidas económicas de urgente aplicación, intentan distribuir recursos sanitarios y equipamiento médico y de seguridad, así también trabajan de la mano con el ejército y fuerzas de seguridad.

Estas últimas habilitan regimientos y espacios públicos con camas y aprovisionamiento de alimentos para la población vulnerable. Más allá de esto último, hay Estados que militarizaron la seguridad; dieron a sus fuerzas armadas mayores atribuciones que aquellas que en un Estado de Derecho, les correspondería. Me estoy refiriendo a nuestro querido país hermano de México⁴³.

El segundo objetivo del presente texto, es complementario de la ponencia brindada en forma oral, en torno la exitosa Jornada transdisciplinaria en filosofía del derecho, medicina y psicología: "Covid 19", como objeto generador de situaciones límites, realizada el 24 y 25 de abril de 2020 y organizada por la Sociedad de Filosofía & Estado Constitucional Apex Iuris y coorganizada con el Centro de investigaciones Francisco Vitoria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santo Tomás (Colombia), la Unidad Académica de la Corte de la Corte Superior de Justicia de la Libertad (Perú) y el Instituto Latinoamericano Latin Iuris (Ecuador).

Dicho todo esto, pasamos a referirnos a los tópicos que nos convocan para luego evaluar los posibles cambios que generarán en un futuro. Cambios, algunos, que serán permanentes y positivos para la sociedad, en tanto otros, serán radicalmente opuestos a beneficiar a la ciudadanía.

⁴³ AlrespectopuedeleerselaopiniondeSergioGarcíaRamírezen:https://www.eluniversal.com.mx/opinion/sergio-garcia-ramirez/un-errorpresidente?fbclid=IwAR2Pbhys52gQPNEiihWy74hm_cETYcp6sqKwoPbZ_YsWwE_t8dzogDe4tcE

REPENSANDO LAS LIBERTADES INDIVIDUALES Y EL ROL DEL ESTADO DURANTE LA PANDEMIA.

Podemos decir que el Estado de Derecho consiste, básicamente, en asumir que los funcionarios deben sujetarse a un ordenamiento jurídico que asegure un determinado conjunto de derechos y, llegado el caso, responda por sus conductas antijurídicas.

Así también, para dar un concepto de libertad individual, se podría decir que es el valor constitutivo de la persona en cuanto tal, fundamento de sus deberes y derechos, conforme al cual cada uno puede decidir autónomamente sobre las cuestiones esenciales de su vida, haciéndose responsable ante la sociedad de las consecuencias de sus decisiones y de los resultados de su propia acción⁴⁴.

Conforme venimos observando, este estado de pandemia y su consecuente crisis sanitaria, ha brindado la punta de lanza para que los Estados, a través de los gobiernos de turno, adopten medidas y decisiones que se consideren como un grave retroceso en las libertades individuales ganadas durante años de lucha y conquista democrática.

Como señala Harari, hay que elegir entre vigilancia totalitaria y empoderamiento ciudadano, entre aislamiento nacionalista y solidaridad mundial

En América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), tanto en su Cuadernillo 26, como en la Opinión Consultiva OC-6/86⁴⁵, enseña que las restricciones a algunos derechos pueden justificarse siempre y cuando:

Sean dictados por ley, estén estrictamente justificadas y sean necesarias según evidencias científicas. No sean arbitrarias ni discriminatorias en su aplicación. Su duración sea limitada en el tiempo. Respeten la dignidad humana. Puedan ser revisadas. estén sujetas a revisión. Sean proporcionales para lograr su objetivo. Teniendo en cuenta y con especial

⁴⁴ https://es.wikipedia.org/wiki/Libertad_individual.

⁴⁵ Opinión Consultiva OC-6/86: El artículo 30 en concordancia con otros menciona en que la Convención "Razones de interés general "y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas" se pueden suspender algunos derechos, como así también, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraidas por los Estados (art. 27). La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30). En materia de restricción de derechos humanos la Corte IDH ha desarrollado estándares normativos sobre los requisitos que legitiman medidas que afecten el pleno goce y ejercicio de derechos.

atención a los derechos humanos: que no sean discriminatorias, respeten el principio de Transparencia y se conserve el respeto a la dignidad humana.

Nunca, excluyendo los tiempos de guerra en la historia moderna, se ha sido testigo de estas fuertes restricciones a las libertades individuales. El gran poder del Estado tiene más intromisión que en la Segunda Guerra Mundial.

Mientras los ciudadanos aceptan sumisamente sus directivas, en atención a que tienen miedo, y en un contexto democrático, las sociedades brindan un voto de confianza a estas restricciones. Básicamente esto se da debido a que la ciudadanía confía en que es lo mejor en miras del bien común. Más seguridad, más restricciones, es como un trueque: a cambio de salud menos libertad.

En Gran Bretaña, al comienzo de la pandemia se veía con no muy buenos ojos las políticas que implementaba su primer Ministro Boris Johnson⁴⁶. Pero, luego de que él mismo contrajera Covid-19, ingresara al NHS para ser sometido a cuidados intensivos, y después de unas semanas, ya recuperado, se le diera de alta y fuera padre de su primer hijo, su popularidad empezó a aumentar y, en consecuencia, sus palabras comenzaron a tener fuerza. La ciudadanía comenzó a respaldar las medidas de bloqueo y restricciones, más allá de que nunca fueron estrictas o compulsivas.

A contrario de esta posición, hay sociedades como la alemana⁴⁷ y la española⁴⁸, que han comenzado a marchar y a manifestarse ante ciertas medidas tomadas en exorbitancia a sus libertades individuales.

⁴⁶ Las primeras medidas que se intentaron tomar, hasta que el Imperial College y London School of Hygiene and Tropical Medicine la emitiera sus resultados y diera a conocer su devastador dictamen, en el caso de que no se realizaran el aislamiento obligatorio. Para saber más: https://www.elsaltodiario.com/reino-unido/coronavirus-reino-unido-paralisis-gobierno-boris-johnson

⁴⁷ Analizaremos más adelante esta sentencia del tribunal alemán de Giessen y la Corte de Hesse, respecto de los derechos a manifestación dentro de la Pandemia de Covid-19. Para observar la noticia en los medios se puede consultar el siguiente link: https://elpais.com/internacional/2020-04-16/el-constitucional-aleman-defiende-el-derecho-demanifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia.html

⁴⁸ En Zaragoza y en Madrid, se hubo de convocar por redes sociales marchas y manifestaciones, las mismas se han realizado utilizando mascarillas y con la distancia de seguridad aconsejada por el Gobierno. Los mismos han marchado en contra de la Gestión de sus respectivos gobiernos durante el Covid-19. Para mayor información se puede leer el siguiente link: https://www.heraldo.es/noticias/aragon/zaragoza/2020/05/16/mas-1-500-personas-protestan-zaragoza-gobierno-gestion-crisis-del-covid-19-1375272.html

Los Estados democráticos, no solo comenzaron a realizar bloqueos económicos (cierre de aeropuertos, compras al exterior, etc). Los efectos de estas medidas, no solo restringen las libertades individuales de la ciudadanía, sino también la de las pequeñas empresas y negocios.

Asimismo, los Estados han conminado a los ciudadanos a estar en sus casas. En muchos casos, lamentablemente, ante esta situación de aislamiento, muchos han fallecido por falta de atención médica y recursos de salud, entre otros. Mientras los Estados se preocupan por la debacle económica, los colapsos financieros y las crisis mundiales.

Estos poderes de emergencia y de urgencia, que restringen las libertades individuales, han llevado, por ejemplo, a países como Hungría, a dar el control a su líder.

Pero esto viene a consecuencia de que, nada más y nada menos, la población ve con buenos ojos dar el total control a los gobiernos para que amplíen su autoridad, a los efectos de se desplieguen todas las medidas necesarias, para salvar vidas humanas, bajo el lema, que es provisorio o es temporal hasta que dure la pandemia. Esto último es hacer futurología al respecto de si efectivamente los gobiernos, retornarán a los ciudadanos las libertades que vienen siendo coartadas, o si, por el contrario, se volverán gobiernos con fuertes poderes hacia las conductas de la población.

En Argentina, por ejemplo, se ha dado lugar a un régimen sancionatorio contra aquellos que violenten la legislación dictada en torno al aislamiento social, preventivo y obligatorio. Esto desató que los vecinos se denunciaran entre sí, por violación al aislamiento, o por violación a la cuarentena impuesta a los que volvían de viajes del exterior. En el caso de encontrarse violaciones a la cuarentena o al aislamiento, se sanciona con la cárcel o con multas. Asimismo, luego se requirió autorización mediante formulario a las personas que deseaban salir a realizar un trámite o gestión fuera de la lista que el gobierno había autorizado.

En tanto, en la Ciudad de Buenos Aires, se llegó a dictar un decreto, que directamente prohibía la salida de mayores de setenta años a la calle; cada adulto mayor debía comunicar telefónicamente su situación y debía el gobierno de la ciudad analizar cada caso en particular para autorizar su salida. Esto desató repudio entre la comunidad, especialmente entre las organizaciones que protegen a los adultos mayores, actores y actrices argentinas. Hasta que finalmente se introdujo una acción de amparo a los efectos de que un juez con competencia, revea la resolución judicial.

Como resultado del amparo, el juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario porteño, Lisandro Fastman, quien hizo lugar a un pedido de un particular que se vio afectado por la medida, calificó de inconstitucional la medida dictada por el Gobierno⁴⁹.

Esta ampliación temporal de facultades puede verse como la que se concedió en las épocas de la gripe española; luego que pasó, no dejó rastros de estas potestades extraordinarias.

Entonces, teniendo en miras el legado colectivo, algunos cambios producidos durante el COVID-19 serían positivos, como la despapelización, la desburocratización, la acción rápida ante problemas de salud y gestión de los recursos sanitarios, entre otros.

Ahora bien, esto es solo mencionando gobiernos democráticos, pero ¿qué es lo que acontece en regímenes autoritarios, dictatoriales o regímenes comunistas?

Por nombrar algunos, en Camboya, donde se ha estado arrestando a los disidentes al gobierno de turno, con el argumento de que están difundiendo información falsa sobre el virus y están engañando a los musulmanes por su aparición e introduciendo el contagio al país.

En Tailandia, Camboya, Venezuela, Bangladesh y Turquía, los gobiernos están deteniendo a periodistas, activistas de la oposición, trabajadores de la salud y cualquier otra persona que se atreva a criticar la respuesta oficial al coronavirus.

En otros países como Beirut, los manifestantes no cumplieron con el toque de queda y se manifestaron "Queremos comer, queremos vivir". En Trípoli, la segunda ciudad más grande del país, los manifestantes gritaron: "Morir por el coronavirus es mejor que morir de hambre".

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH), ha dictado recomendaciones en su Resolución 1/2020 de Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, en la que reclama los impactos en los DESCA (Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales). Directivas Generales en cuanto a directivas de estado de excepción, restricciones a las libertades fundamentales y Estado de Derecho. Grupos especiales con

⁴⁹ Juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario nº 14 Secretaría nº 27 Lanzieri, Silvano contra GCBA sobre Amparo - otros números: Exp 3045/2020-0 Cuij: Exp j-01-00020842-2/2020-0 actuación nro: 14570412/2020.

situaciones de vulnerabilidad: personas mayores, personas privadas de la libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas migrantes, solicitantes de asilo, personas refugiadas, víctimas de trata de personas y desplazadas, internas, niños, niñas y adolescentes, personas LGTBIQ+, personas afrodescendientes, personas con discapacidad.

Como podemos percibir, existe un falso debate respecto a las prioridades del estado en épocas de COVID-19. Los Estados, ya venían evidenciando sus posturas en un sistema imperfecto. Existe una romantización del "quédate en casa" o "stay at home". En muchos casos de pobreza extrema no se encuentran con los medios necesarios para realizar el aislamiento, ni siquiera con los elementos básicos⁵⁰.

Otra de las situaciones, son las personas en situación de personas en la calle "homeless". En algunos Estados no han tomado ni siquiera en cuenta estas cuestiones. En otro casos, el gobierno de Gran Bretaña habilitó áreas del aeropuerto de Gatwick, en Londres, para hospedar a las personas sin casa o techo durante la pandemia⁵¹.

Parte de estas preocupaciones se encuentran plasmadas en las recomendaciones de la Corte Interamericana y la Organización de Estados Americanos en donde se denuncia que la pandemia del COVID-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19, así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad.

La región americana, se caracteriza por altos índices de violencia generalizada y, especialmente, violencia por razones de género, de raza o etnia, así como por la persistencia de flagelos tales como la corrupción y la impunidad. Asimismo, en la región prevalece, por parte de los ciudadanos y ciudadanas, el ejercicio del derecho a la protesta social, en un contexto de represión, mediante el uso desproporcionado de la fuerza y de actos de violencia y vandalismo. Graves crisis penitenciarias afectan a la

⁵⁰ En barrios humildes de Argentina, llamado Villa 31, muchos dirigentes denunciaron la falta de agua y falta de las condiciones mínimas para sostener el aislamiento "barrial" o "zonal" decretado, ya que, por condiciones de pobreza, no se pudo dictar un aislamiento individual de casa por casas. Se puede conocer más al respecto en el siguiente link: https://www.eldinamo.cl/actualidad/2020/05/18/argentina-coronavirus-mueren-dirigentes-de-villa-31-buenos-aires/

⁵¹ Para saber mas puede consultarse. https://www.gov.uk/guidance/coronavirus-covid-19-homelessness-response-fund

gran mayoría de países y a la profundamente preocupante extensión del fenómeno de la migración, del desplazamiento forzado interno, de personas refugiadas y apátridas; así como la discriminación estructural en contra de grupos en situación de especial vulnerabilidad⁵².

En este contexto, en países subdesarrollados los estados necesitan tomar medidas para palear a las personas que laboran en trabajos informales, fuera de ley, o no registrados. Aquí catalogamos a aquellos trabajadores o personas que deben tener un ingreso diario para poder cubrir sus necesidades básicas. Algunos Estados han adoptado medidas de subsidios, que intentan emparchar la situación, sin poder brindar una solución definitiva⁵³.

Como tanto otros tipos de problemáticas, como la violencia de género, la sobrecarga de los deberes de cuidado en las mujeres, la imposibilidad de tomar o continuar las clases, por carencia de internet, computadora o teléfono, tanto en adultos como en niños, niñas y adolescentes. Casos que no son posibles de abarcar en este trabajo, dada la extensión y objetivo del mismo.

En muchos estados, las democracias dan seguridad y confianza. Están dando a las personas suficiente confianza para aceptar restricciones a cambio de la seguridad de la salud.

Se viven restricciones al derecho de reunión y libertad de circulación en espacios públicos o comunes. Luego del Covid-19, nuestras libertades continuarán siendo restringidas, ¿cuál será el límite o el control sobre la vida diaria? Eso continúa siendo una incógnita.

Mención especial nos refiere el grande maestro de todos nosotros, Luigi Ferrajoli, quien viene denunciando que los gobiernos se están manejando diversamente. Específicamente, la Union Europea. No solo los presidentes, sino también los médicos y la salud en general.

El profesor italiano, propone una Constitución Universal de la Tierra, que deje de lado las soberanías individuales y que el estado es necesario por función (esfera de los decidible).

⁵² La CIDH - Ha dictado recomendaciones en su Resolución 1/2020 de Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.

⁵³ En Argentina, se ha dado un bono de menos de un salario mínimo para todas las personas por debajo de la línea de ingresos mínimos. Claramente estas políticas son una gota de agua en el desierto. Para más información se puede abundar en el siguiente link: https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-gobierno-confirmo-pagara-bono-10-mil-pesos_0_6OXDwfzaW.html

Pero para hoy y siempre es necesaria una esfera pública mundial. Una verdadera federación mundial, donde la misma garantice, la paz, el medio ambiente y los derechos fundamentales de las personas.

Asimismo, pone de manifiesto que, no obstante, las Cartas establecen derechos, pero los estados no los garantizan y, es más, que es necesario garantizarlos.

Esto sería visto como un organismo o institución de Garantía de la Salud, el Agua y el Ambiente, bienes comunes. Garantizar la alimentación para todos. Todos estos bienes deberían ser sustraídos de la política y de la economía y pasen a ser del dominio mundial. Hay que dejar de lado, la tesis peligrosa: "Que no hay alternativas". Eso es miopía política.

Es necesario establecer políticas desde este Organismo Mundial, de aplicación sobre la salud, instrucción y medio ambiente, donde no se requiere la legitimación mayoritaria. Requiere la aplicación de los derechos fundamentales de las personas que a nivel global faltan. Sería una refundación del constitucionalismo global, la creación de una Institución Global de Garantías, de la Salud, del Ambiente, etc.

CONCLUSIONES

- Este aporte es una forma más de poner en crisis las diversas medidas tomadas por los estados alrededor del mundo. Todos sabemos, que el mundo ha dado un giro copernicano a la hora de tomar decisiones bajo incertidumbres. Algunos Estados han fallado en los resultados que han ocasionado y otros han salido airosos.
- El rol de los Estados, mediante las gestiones de sus gobiernos actuales, han puesto en cuestionamiento las restricciones a las libertades individuales, tales como la de circular, la de transitar, con diversos criterios de flexibilidad o restricción. Y tantas otras medidas, como la obligatoriedad del uso de barbijos y guantes de protección.
- No se sabe aún si estas tendencias terminarán en situaciones globales de medidas políticas o si se reducirán tendiendo a los nacionalismos y al recorte presupuestario para sustentar organismos internacionales, como lo ha hecho ya EEUU con sus reducciones a la OMS.
- Debemos replantearnos, como mundo, nuevos mecanismos para aportar concretamente contra el flagelo de la destrucción del medio ambiente, lograr la satisfacción de derechos y garantizarlos mediante instituciones que controlen su efectividad.

- Como plantea Luis Sáez Rueda, el COVID-19 es un metaproblema. Problematizarlo es ponerlo en obra, activarlo, ponerlo a trabajar. Y, en ese sentido, el "problema coronavirus" puede seguir convirtiéndose en un promotor de estas luchas futuras⁵⁴.
- Deberíamos dejar de mirar "para adentro" y realizar acciones solidarias en miras de la distribución equitativa de los bienes comunes que poseemos: agua, alimentos, entre otros.
- Repensar la instauración de la renta básica universal, ya que, en momentos como estos, es cuando la desigualdad y las injusticias se evidencian.
- Repensar el rol del Estado, pasar de ser "político" a ser gestor de medidas para el bien común.
- Controlar las medidas que, a pesar que sean tomadas por un solo país, pueden generar impacto en todo el mundo: tratamiento de armas, alimentación, muerte de animales, entre otros.
- Repensar los salarios de los políticos en comparación a las profesiones necesarias: médicos, enfermeros, maestros, personal de limpieza, entre otros.
- Mientras tanto, estamos, como señala Muñoz, en un regreso a la valoración del conocimiento, como aconteció en la época de la Ilustración.
- Como abogados debemos preguntarnos siempre, qué podemos hacer o colaborar para que no se violen los derechos fundamentales consagrados por las constituciones, para que el Estado no haga de más, pero tampoco haga de menos. Debemos exigir, a los gobiernos de turno, que todos los poderes funcionen a efectos de que puedan ejercerse los "checks and balances" necesarios para el efectivo control de las medidas dictadas.
- También es importante seguir preguntándonos, ¿cuáles son los roles de las instituciones internacionales en estas circunstancias? Debería existir, como lo postula el Maestro Luigi Ferrajoli, un gobierno mundial, con una Constitución global o Constitución de la Tierra.

50

⁵⁴ http://www.ugr.es/~lsaez/blog/Welcome.htm

REFERENCIAS LINKOGRÁFICAS:

Ferrajoli:

https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html

http://www.canalextremadura.es/el-sol-sale-por-el-oeste/luigi-ferrajoli-el-coronavirus-nos-ensena-que-necesitamos-instituciones

http://palestraextramuros.blogspot.com/2020/03/lo-que-nos-ensena-el-coronavirus.html

Harari:

https://www.lavanguardia.com/internacional/20200405/48285133216/ yuval-harari-mundo-despues-coronavirus.html?fbclid=IwAR33L7Geb4Z-qf9zeeF6mAYiuQ92rtzFXa7t3EwYE5LL4o07nBAZKsM4 1E-2020 Law in the Time of COVID-19 Katharina Pistor https://scholarship.law.columbia.edu/books/240/

BBC Mundo:

https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52184947

https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti

https://www.hrw.org/es/news/2020/03/31/dimensiones-de-derechoshumanos-en-la-respuesta-al-covid-19

https://www.voanoticias.com/a/la-lucha-global-contra-el-coronavirus-ha-cambiado-el-curso-de-la-democracia/5365944.html

https://www.voanoticias.com/coronavirus/la-lucha-global-contra-el-coronavirus-ha-cambiado-el-curso-de-la-democracia

LA ÉTICA Y MORAL ¿DOS CONCEPTOS LIMITADOS EN LA VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA POR LA CRISIS DEL CORONAVIRUS?

Ciro Nolberto Güechá Medina

Investigador USTA Bogotá

INTRODUCCIÓN

Actualmente el mundo está sufriendo una situación totalmente atípica deriva de la pandemia por el denominado COVID-19, en la cual los gobiernos han declarado estados de excepción para unos o de emergencia para otros, con el fin de asumir poderes excepcionales que les permitan luchar contra dicha pandemia, de forma rápida y eficaz.

Dentro de tales poderes unilaterales de carácter excepcional se encuentran aquellos encaminados directamente para acabar con el denominado COVID-19 desde un punto de vista médico, para lo cual han venido tomando medidas preventivas, de contención y de mitigación, lo que ha llevado al cierre de fronteras, de aeropuertos, prohibición de entrada de extranjeros a los países, así como las denominadas cuarentenas para efectos del distanciamiento social y así evitar la proliferación de contagios.

De la misma manera, los países han venido adoptando medidas para atender medicamente a las personas contagiadas con el virus; para tal fin, han tratado de mejorar su capacidad sanitaria, incrementando los medios de atención tales como la red hospitalaria de urgencias, atención en UCIS, respiradores artificiales etc. Todo ello contra el tiempo porque no estaban preparados para una situación tan apremiante o excepcional, en donde lo que está en juego es la vida de las personas.

Sin embargo, y a pesar de las buenas intenciones de los Estados, por la magnitud de la pandemia, cualquier medida se queda corta para lograr atender adecuadamente a las personas que se infectan con el virus, unas porque los Estados han actuado tardíamente o de manera negligente y otras porque las medidas no son adecuadas y pertinentes, no logran su finalidad por el número de personas afectadas.

En tales circunstancias, un principio, que para el caso del sistema jurídico colombiano tiene el carácter de constitucional previsto en el artículo segundo, establece que es obligación del Estado proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes. Este empieza a tener problemas, puesto que el Estado no tiene la capacidad material de atender adecuadamente a todas las personas; no solamente a los enfermos, sino a sus familias y a aquellos que sin estarlo no pueden desarrollar su actividad laboral por la orden de cuarentena y no tienen una capacidad económica que les permita subsistir.

Ante tal circunstancia, se pone en grave peligro un derecho fundamental, que no solo hace parte de esta categoría de derechos humanos, sino que es el más fundamental de todos: el DERECHO A LA VIDA, previsto en al artículo 11 de la Constitución de 1991 para el caso colombiano.

Peligro que se agrava, y en determinados casos se torna irremediable, cuando, ante el colapso del sistema sanitario, no es posible atender a todos los pacientes de forma adecuada. Es decir, suministrarle los tratamientos necesarios para tratar de salvarle la vida, brindarle unidades de cuidados intensivos y, especialmente, los respiradores artificiales, porque en este evento se tendrá que escoger a qué persona se le da un respirador y a qué persona no, circunstancia que se torna extremadamente delicada, ya que a quien no se le suministre muy posiblemente va a morir y en esta medida el derecho fundamental a la vida se ve totalmente vulnerado.

En tal sentido, los criterios éticos y morales entran a jugar un papel muy importante, pues, en estricto sentido, se está decidiendo a quien se salva y a quien no, situación que dispone del derecho fundamental a la vida, que determina como inviolable el artículo 11 de la constitución, en el caso colombiano. En el evento planteado, se relativiza por dos circunstancias: la primera, porque una persona, sea el médico o algún funcionario del Estado, determina quien vive y quien no; y la segunda, porque el Estado, así lo quiera, no puede suministrar respiradores artificiales a todos los que lo necesiten.

Como se puede observar, se dispone del derecho fundamental a la vida, con razones que pueden contrariar criterios éticos o morales que han venido imperando y que buscan dar una especial protección a la vida de las personas; además, si se acepta que se decida quien vive o quien muere, los postulados éticos o morales estarían cambiando como consecuencia de la pandemia.

De la misma manera, como el Estado incumple la obligación de proteger la vida de las personas, necesariamente tiene que verificarse si existe alguna responsabilidad por los perjuicios que genere tanto a quien no se le puede prestar el servicio médico como a su familia.

En las anteriores circunstancias procedo a desarrollar los temas propuestos así:

APROXIMACIÓN A LAS NOCIONES DE ÉTICA Y MORAL

Hablar de ética implica remontarnos, en sus orígenes, a lo que los pensadores griegos reflexionaron sobre este asunto. En esta circunstancia, habrá que decir, que Aristóteles la identificaba con el bien, es decir, con la actuación humana encaminada a lograr la felicidad⁵⁵; de la misma manera, Platón la asemeja al bien en el comportamiento humano, como una virtud que debe asistir a las acciones de las personas tanto en lo público como en lo privado, siempre como una expresión de las partes del alma⁵⁶.

De todas maneras, se trata del comportamiento de las personas, es decir, de su fuero interno, que de una u otra forma se expresa o manifiesta en el mundo exterior, es decir dentro del grupo social y por esta razón, mantiene una estrecha relación con la moral, en cuanto a que esta se refleja en los comportamientos sociales que son aceptados o no, como ajustados a un correcto comportamiento dentro del mismo⁵⁷.

Significa que los comportamientos éticos hacen referencia al actuar del individuo como tal, pero como este, está inmerso en un grupo social, dichos comportamientos van a tener repercusiones respecto de las demás personas que lo integran y de esta manera abandonan dicho fuero interno y entran a incidir en las reglas de actuación de todos los demás; es decir, impactándolas y haciendo que se mantengan de acuerdo a lo preestablecido y aceptado, o afectándolas en cuanto a la generación de tendencias distintas.

En tales circunstancias, los comportamientos éticos se refieren al actuar propio de las personas, reguladas por principios encaminados al "bien", a la búsqueda de un beneficio propio de acuerdo a reglas de comportamiento adoptadas por el propio individuo, con fundamento en las valoraciones que la persona realiza, pues considera su actuación como ajustada al concepto "bien" que cada uno ha preestablecido. Ello implica, que la noción de "bien" se valide

⁵⁵ Ver Aristóteles. Ética a Nicómaco. México: Porrúa, 2004. p. 6.

⁵⁶ Platón. La República o el Estado. Barcelona: Austral, 2011.

⁵⁷ Jaime Balmes llama Ética a la ciencia que tiene por objeto el origen y la naturaleza de la moralidad, y por tal razón específicamente expresa en su libro Ética: "Las ideas morales no se nos han dado como objetos de pura contemplación, sino como reglas de conducta; no son especulativas son eminentemente prácticas; por esto no necesitan del análisis científico para que puedan regir al individuo y a la sociedad" (Balmes, Jaime. Ética. s.f. Ubicado en: http://www.dfists.ua.es/~gil/etica_balmes.pdf).

por los criterios de la persona, quien puede generar percepciones diversas de lo considerado como "bien", en el sentido de ético en un supuesto de actuación.

En efecto, la fundamentación anterior podría llevar a que cada individuo se forme una concepción distinta de lo que puede considerarse como "bien"; lo que implicaría una total anarquía en los postulados de actuaciones éticas, ya que es posible que se diera el caso que una persona, con el convencimiento de buscar el bien para sí, le quitara la vida a otra solo por apropiarse de sus bienes; y, en esta medida, el beneficio económico, como una forma de "bien" para el individuo, justificaría su acción; por tal razón, es necesario encontrar una fundamentación que permita homogenizar la concepción de "bien" en el sentido ético del término, para así poder establecer uniformidad en las actuaciones que se puedan identificar con esta virtud como la identificaba Platón.

Lo anterior es así, ya que la noción de ética en la acepción griega del concepto, implica costumbre, puesto que proviene del vocablo *ethos* que así lo determina⁵⁸. En esta medida, se le ha identificado con el comportamiento humano reiterativo, de acuerdo a ciertos principios preestablecidos que lo regulan⁵⁹; comportamiento que en el criterio de nuestra argumentación se identifica con la noción de "bien", lo cual corresponde a un criterio de beneficio para quien actúa, es decir, para el individuo que desarrolla el comportamiento, el cual en su origen es volitivo, del fuero interno; pero se hace necesario que surta efectos en el mundo exterior, porque quien actúa hace parte de un conglomerado social y por esta razón es obligatorio que dicha noción de ética, identificada como "bien" en el actuar, se ajuste a parámetros objetivos, de beneficio para cada uno, pero a su vez para todos los miembros del grupo social.

Implica, entonces, que sea imperioso identificar una noción objetiva (dentro de las limitaciones conceptuales que pueda implicar el término) de "bien" en

⁵⁸ Bilbeny, Norbert. Aproximación a la ética. Barcelona: Ariel, 1992. p. 14, al referirse al origen etimológico de la ética dice: "En cuanto a su origen etimológico, la 'ética' para empezar; presenta tres ascendientes nominales. Puede por un lado, provenir del nombre éthos (con épsilon al inicio), que significa tal como hemos dicho 'hábito' o 'costumbre'. Éste es el sentido más generalizado de lo ético para los griegos. Puede, por otra parte, derivarse del sustantivo éthos (con esta o 'e' larga al principio), que significa dos cosas a la vez. Así, quiere decir 'lugar habitual' donde se vive, y, así mismo 'carácter habitual' de la persona. El ascendiente más arcaico de la palabra 'ética' coincide con este primer significado de lo ético o lo moral como expresión de la morada del hombre (Rousseau, Disc., 126; Heideger, Carta, 127). El más nuevo se apoya, sin embargo, en la acepción de éthos como carácter del individuo agente. Ése es el sentido principal de lo ético para Aristóteles y el que a lo largo de la historia de la ética se entrelaza más a menudo con su acepción de hábito o costumbre".

⁵⁹ Monroy Cabra, Marco Gerardo. Ética en la abogacía, p. 2, dice al referirse al concepto de ética: "Una teoría de los actos humanos habituales ordenados de modo objetivo, en virtud de cierto principios, presupuestos o postulados por el hombre mismo".

el actuar, para así establecer en qué consiste la ética en el comportamiento humano y que trascienda y se exprese en postulados morales.

En efecto, la noción de bien, que en principio se identifica con el beneficio de quien actúa, en cuanto a un comportamiento reiterativo (costumbre) en el sentido griego del término, ha de relacionarse con el comportamiento de los demás, que de una u otra forma, si lo hacen con el mismo criterio ético, han de buscar un beneficio para sí, lo que implica la necesidad de equilibrar el beneficio de uno con el de los demás, para que exista una objetividad en el actuar de los individuos y puedan establecerse reglas de comportamiento, todas ellas encaminadas, en mi criterio, a un fin determinado, el cual se identifica con la noción de "bien" o lo que para algunos es lo "bueno" 60.

Por tal razón, en el individuo existe lo que se ha denominado una conciencia moral⁶¹, que hace referencia a los principios que rigen el actuar de toda persona, pero que han de relacionarse con el proceder de los demás, los cuales tendrán que encaminarse a un mismo fin, es decir, lograr el "bien", lo "bueno" para todos; circunstancia que determina la existencia de postulados idénticos o similares en lo que se debe entender por "bien o "bueno" que, si se observa desde la perspectiva individualista, se ha entendido como el beneficio particular, pero que en el escenario social, tiene que enmarcarse como aquello que beneficia a todos y cada uno de quienes integran la comunidad, ya que el individuo no vive aislado sino en relación con los demás⁶².

En tales circunstancias, serán las reglas de comportamiento individual, que trascendiendo en el mundo exterior, determinen la existencia de un actuar recto, ajustado a la noción de bien social, es decir, aquel que favorece a toda la comunidad y, en esta medida, entra en el campo de la moralidad,

⁶⁰ Por tal razón, García Maynez, Eduardo. Ética. México: Porrúa, 1977. p. 12, hace referencia a que el objeto es: "la moralidad positiva, o sea, el conjunto de reglas de comportamiento y deformas de vida a través de las cuales tiende el hombre a realizar el valor de lo bueno".

⁶¹ García Alonso, Luis. Ética o filosofía moral. México: Trillas, 2006. p. 187, en referencia a Kant dice: "Hay una forma de actividad espiritual que puede ser llamada 'conciencia moral' y que contienen ciertos principios por los cuales los hombres rigen su vida; estos principios son una base para formular juicios morales de sí mismos y de cuanto lo rodea [...] Kant da un nombre al conjunto de principios de la conciencia moral: 'razón práctica', término empleado por Aristóteles y después de él por muchos otros".

⁶² Aranguren, José Luis. Ética. Madrid: Biblioteca Nueva, 2009. p. 46, presenta una referencia muy interesante de la relación de la ética y la sociología y para ello expresa: "Ciertamente el hombre es constitutivamente social. Vive inmerso en la sociedad y recibe de ella un sistema de valoraciones morales -la moral socialmente vigente- que, con frecuencia, acepta sin más. Esto es verdad. Pero a esto agrega el sociologismo que la fuerza moral que la fuerza moral de estas valoraciones procede, pura i simplemente, de la presión social".

porque se trata de una actuación que trasciende al mundo exterior en las relaciones entre los integrantes de la sociedad, quienes partiendo de los principios del actuar individual, aceptan o adoptan postulados generales de comportamiento que se tornan éticos, en cuanto al ser comunes y reiterativos buscan el beneficio general, entendiendo éste como noción de "bien".

Lo dicho es así, en la medida que al grupo social le corresponde adoptar los criterios que se deben tener en cuenta para considerar una actuación ajustada a la ética, que al salir del plano individual se convierte en una ética social y que de alguna manera podría llamarse como algunos lo hacen en una moral civil⁶³; pero que en cualquier caso hace referencia al acuerdo en las reglas de comportamiento dentro de la sociedad, las cuales, de todas formas, pueden variar con fundamento en los diversos factores tanto internos de los individuos, como externos de la conformación social⁶⁴.

Por tal razón, la noción de bien, de lo bueno que corresponde al interior de cada persona, trasciende al mundo exterior, y se convierte en una ética social o en la fundamentación del concepto de "moral", porque necesariamente se expresa y desarrolla dentro del grupo social; lo que determina que los conceptos de ética y moral estén íntimamente ligados, porque para algunos tienen la misma sustancialidad y para otros se distinguen en la subjetividad y objetividad, es decir, en el carácter volitivo e interno de una y externo de la otra.

En efecto, como lo expresa Gustavo Ortiz Millán: "En resumen, etimológicamente, "ética" querría decir, conjuntando sus dos posibles etimologías, "carácter", "morada" o "costumbre". Por otro lado, "moral" significaría "costumbre", pero habría también un sentido en el que significaría "carácter". En otras palabras, etimológicamente los dos términos no difieren mucho uno del otro, tienen significados muy semejantes. No parece haber habido un sentido diferenciado de los términos "ética" y "moral" en el mundo clásico (de hecho, los griegos poseían sólo el término "ética"), ni es claro

⁶³ Cortina, Adela. Ética mínima. 15a ed. Madrid: Tecnos 2012. p. 182, quien lo plantea de la siguiente manera: "Según una acertada caracterización de Pedro Laín Entralgo, puede entenderse por 'moral civil' aquella que 'cualesquiera que sean nuestras creencias últimas (una religión positiva, el agnosticismo o el ateísmo), debe obligarnos a colaborar lealmente en la perfección de los grupos sociales a los que de tejas abajo pertenezcamos... Sin un consenso tácito entre los ciudadanos acerca de lo que sea esencialmente esa perfección, la moralidad civil no parece posible'. La moralidad civil presupone, pues, unos ciertos ideales compartidos entre los miembros de una sociedad civil como la nuestra".

⁶⁴ Se podría pensar que se trata en un relativismo en la noción de ética, lo cual en cierta medida lo considero cierto, ya que los criterios determinantes de la misma son de una naturaleza dinámica, así tengan el carácter interno o externo a las personas que actúan, e la medida que la realidad social cambia así como lo hacen los individuos, personas o ciudadanos.

que cuando Cicerón introduce el término "moral" "para que se enriquezca la lengua latina", haya pensado en usarlo con un significado radicalmente diferente que el que tenía "ética", entendida como el estudio de las costumbres. Finalmente, y más importante tal vez, el origen etimológico de una palabra no tiene por qué fijar su significado: muchas palabras tienen actualmente significados diferentes o incluso opuestos a los que tenían las palabras de las que provienen etimológicamente, y eso no quiere decir que tendríamos que modificar el significado actual para hacerlo coincidir con su origen" 55.

Por tal razón, cuando el Diccionario de la Lengua Española se refiere al término moral, lo refiere al comportamiento humano, al conjunto de normas y costumbres que se consideran buenas para dirigir o juzgar el comportamiento de las personas en la comunidad; concepto que lleva a identificar a la moral con el actuar humano en sociedad, encaminado al bien no solo de quien actúa sino de todos, en el entendido de un beneficio general.

Moral que se materializa a través de reglas y principios que van a regir el comportamiento de las personas, de acuerdo a criterios adoptados por el grupo social, como si se tratara de una regla de reconocimiento en los términos de Hart⁶⁶ o en la aceptación como lo han planteado otros doctrinantes⁶⁷.

Por tal razón, la moral implica reglas de comportamiento, derivadas de principios, valores, y normas adoptadas por el grupo social como expresión del concepto de bueno, en la expresión de las nociones de bien o beneficio para los individuos en comunidad; reglas de comportamiento que se convierten en deberes de obligatorio cumplimiento, por lo que en un criterio Kantiano podrían tener la característica de imperativos de lo bueno y lo justo⁶⁸.

Moralidad que para el tema que me ocupa, implica la garantía, preservación, conservación de la vida humana, como el bien o beneficio más preciado para un individuo⁶⁹, lo que ha determinado que en algunos sistemas jurídicos

⁶⁵ Ortiz Millán, Gustavo. "Sobre la distinción entre ética y moral", p. 113-139. Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 45, octubre 2016.

⁶⁶ Hart, Herbert L. A. El concepto del Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

⁶⁷ Ver Güechá Medina, Ciro Nolberto. Poder público y principio de legalidad: limitación de la discrecionalidad del poder, desde la validez normativa. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2019.

⁶⁸ Pérez Carrillo, Agustín. "Los conceptos de moral y derecho en Kant", p. 595-623. Revista de la Facultad de Derecho de México. No. 75-76. 1969.

⁶⁹ Ver Hernández Ortiz, Héctor. "Argumentos seculares en favor de la preservación de la vida humana", p. 81-98. Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas. Año 8, No. 20, 2016.

sea consagrada como un derecho fundamental de la persona; pero, además, con el carácter de inviolable, lo que determina que no sea susceptible de disposición por las demás personas, y solamente de forma excepcional en casos muy especiales y ampliamente controvertidos, como la pena de muerte o el aborto, autorizadas su disposición como consecuencia de consagraciones constitucionales, normalmente.

En tal sentido, el derecho colombiano ha reconocido el derecho a la vida con el carácter de fundamental, lo que determina que verifiquemos en qué consiste tal calificativo para el desarrollo del tema que me ocupa.

LA VIDA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

El Título II, Capítulo I, de la Constitución de 1991 se refiere a los derechos fundamentales, los cuales constituyen el núcleo esencial de la referencia normativa superior dentro del Estado social de Derecho a que hace alusión el artículo primero⁷⁰.

Noción que involucra dos conceptos. El primero, corresponde el de derecho en términos generales, lo cual se identifica como aquella potestad, facultad, pretensión o prerrogativa que le corresponde a una persona, por el hecho de serlo o por ministerio o decisión de la ley; en el segundo, cuando se dice que un derecho le pertenece a una persona por tener tal condición, implica que es un derecho subjetivo, un derecho humano y que además es de su naturaleza, en el sentido que se le atribuye por el hecho de existir; corresponde esta noción a la de derecho fundamental.

En efecto, el término derecho fundamental involucra aquellos derechos que les corresponden a todas las personas por la simple naturaleza de ser seres humanos; es decir, que nacen o se derivan de la propia existencia humana, sin que provengan de ninguna regulación normativa; lo que sucede, es que el derecho los reconoce y les da identidad, pero le pertenecen al individuo por el hecho de serlo, en la medida que son connaturales al hombre⁷¹.

⁷⁰ Ver Villar Borda, Luis. "Estado de derecho y Estado social de derecho", p. 73-96. Revista Derecho del Estado. No. 20, 2007. p. 86: "El Estado que acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de su propia Constitución, derechos sociales fundamentales junto al os clásicos derechos políticos y civiles, es conocido como Estado social".

⁷¹ Sánchez Marín, Ángel Luis. "Concepto, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales", p. 229-238. Eikasia, Revista de Filosofía. No. 55, marzo 2014. p. 229 indica: "Se entiende por derechos fundamentales aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa

Como se puede observar, la noción de derecho fundamental va íntimamente ligada con la de derechos subjetivos⁷², derechos humanos⁷³; pero en cualquier caso implica un derecho del individuo por el hecho de existir, que es de su naturaleza, propio de su existencia, el cual tiene el máximo rango dentro del ordenamiento jurídico y la máxima fuerza jurídica⁷⁴.

En el sistema jurídico colombiano la noción de derecho fundamental está íntimamente ligada al concepto de derecho individual dentro del Estado social de Derecho; pero además debe cumplir con tres requisitos los cuales corresponden a: i) tener una conexión directa con los principios constitucionales, ii) eficacia directa y iii) contenido esencial⁷⁵.

- concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana (1). Consecuencia inmediata de lo anterior es que tales derechos son poseídos por toda persona, cualquiera que sea su edad, raza, sexo o religión, estando, por tanto, más allá y por encima de todo tipo de circunstancia discriminatoria".
- 72 Ver Escobar Rozas, Freddy. "El derecho subjetivo, consideraciones en torno a su esencia y estructura", p. 280-298. Ius et Veritas. Año IX, No. 16, 1998.
- 73 Las Naciones Unidas. Derechos humanos. 2020. Ubicado en: https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html, dice: "Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna".
- 74 Así lo plantea Alexy, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático. En Miguel Carbonell Sánchez, Neoconstitucionalismo(s), p. 31-48. Madrid: Trotta, 2009. p. 33 cuando expresa: "El primer extremo, el máximo rango en el ordenamiento en gradas del Derecho estatal, es el resultado de la simple circunstancia de que los derechos fundamentales se hallan regulados en la Constitución. De ello y de los principios lex superior derogat legi inferiori...El artículo 1.3 LF dispone que los derechos fundamentales vinculan como Derecho directamente vigente al legislativo, al Ejecutivo y al judicial".
- 75 Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, expediente T-778. M. P. Ciro Angarita Barón, lo expone de la siguiente manera: "Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación. Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial".

Debo aclarar, que si bien es cierto, los derechos pertenecen a los individuos por razón de su existencia y se materializan dentro del Estado, tienen existencia antes y por sobre el Estado; en tal circunstancia, corresponde a la conformación estatal la garantía y efectividad de los mismos⁷⁶; es decir, que el Estado es el primero en la obligación de protección de los derechos fundamentales, ya que el mandato del artículo segundo constitucional establece como un fin esencial de la conformación estatal, la protección de los principios y derechos previstos en el texto constitucional.

En las anteriores circunstancias, el derecho a la vida está consagrado en la Constitución Colombiana de 1991 en el título correspondiente de los derechos fundamentales, específicamente en el artículo 11 que expresamente dice: "El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte".

El derecho fundamental a la vida es reconocido por todo el conglomerado social; pero además es objeto de especial protección por el Estado, en la medida que constituye un valor supremo entorno al cual se desarrolla todo el sistema jurídico dentro del Estado social de Derecho, por cuanto sin la existencia de los individuos no es posible conformar alguna organización social, así el Estado no deba dedicarse solamente cuidar la vida de a las personas como lo planteaba Hegel⁷⁸, sino que tiene una perspectiva más amplia, como puede ser la dignidad humana, por ejemplo.

⁷⁶ La Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 1992, expediente T-2635. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein lo indica en los siguientes términos: "Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia -aún de su concepción - y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir entonces, como lo ha venido sosteniendo ésta Corte que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable".

⁷⁷ La Corte Constitucional prevé el derecho a la vida como fundamental en la Sentencia T-288 de 2019, expediente T-6.899.349. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo, lo contempla de la siguiente manera: "En el ordenamiento colombiano, la vida ha sido determinada como un derecho no solo de carácter fundamental, sino también inviolable, cuya protección ha sido declarada como un imperativo máximo tanto para todos los residentes como para todas las autoridades de la República; obligación consagrada en la Constitución Política —artículos 2 y 11—así como en tratados internacionales relativos a los derechos humanos, y por tanto, pertenecientes al ordenamiento constitucional en virtud del artículo 93 Superior".

⁷⁸ Becchi, Paolo. "Del individuo y del Estado: anotaciones sobre unas lecciones de Norberto Bobbio sobre Hegel y el Estado", p. 125-135. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). No. 44, marzo-abril 1985. p. 132.

Sin embargo, el derecho a la vida por ser en mi concepto el más fundamental de todos los que corresponden al ser humano, esto sin entrar en la discusión de si existen derechos fundamentales de primera y segunda categoría, o lo que algunos han llamado derechos humanos de primera, segunda, tercera y cuarta generación, es inviolable en los términos del artículo 11 constitucional, así por vía jurisprudencial se haya previsto que el concepto de inviolabilidad no es absoluto, sino que debe ser ponderado con otros derechos, para establecer aplicación y de una u otra forma primacía entre ellos⁷⁹

Inviolabilidad que implica la obligación suprema de Estado de proteger la vida de las personas, la cual se ha convertido en un fin esencial como lo prevé el artículo segundo de la Constitución de 1991⁸⁰, y lo ha ratificado la Corte Constitucional en múltiples jurisprudencias, yendo mucho más allá de la simple protección de la existencia, sino que lo ha llevado a la necesidad de garantizar una vida en condiciones dignas y justas⁸¹.

Protección que se ha establecido en igualdad para todas las personas como una regla de principio, lo que lleva a que la garantía sea idéntica para todos los individuos con el fin de evitar discriminación o arbitrariedad por alguna circunstancia que se torne discrecional para el Estado; por el contrario, en

⁷⁹ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 2016, expediente D-11058. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸⁰ El artículo segundo de la Constitución de 1991 expresamente consagra: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1999, expediente T-209161. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz lo expresa de la siguiente manera: "En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna. También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados".

circunstancia excepcionales existe un protección reforzada para quienes están en condiciones especiales como ocurre con los denominados adultos mayores⁸².

Lo anterior es así, porque los adultos mayores se encuentran en condiciones especiales que ameritan una protección mayor por parte del Estado; pues por su avanzada edad pueden presentar condiciones de salud más frágiles, que implican mayores atenciones para preservar la vida de quienes en muchas ocasiones han cumplido con el ciclo económico productivo y no pueden desarrollar una actividad laboral en condiciones de igualdad que las personas jóvenes⁸³.

Sin embargo, el criterio de garantizar de manera reforzada el derecho a la vida para algunas personas que se encuentran en estado especial como ocurre con los adultos mayores, no es cumplido plenamente por el Estado y en tales condiciones son objeto de exclusión, de discriminación, tal vez porque han culminado su ciclo productivo y no constituyen un sector que pueda generar beneficios para la economía de un país; sino que, por el contrario, generan erogaciones que los Estados tratan de evitar, prestando un ineficiente servicio de salud y preocupándose muy poco por el bienestar de quienes han cumplido con el deber de generar desarrollo a través de múltiples actividades productivas.

Esta circunstancia se ve especialmente agrava con la situación actual que vive el mundo con la pandemia del COVID-19, ya que está atacando con mayor agresividad a los adultos mayores, lo que implica que los estados deban encaminar sus mayores esfuerzos en su protección.

EL DERECHO A LA VIDA, SU PROTECCIÓN EN LA EXCEPCIONALIDAD DERIVADA DEL COVID-19 Y LA POSIBLE AFECTACIÓN DE LA ÉTICA Y LA MORAL

Para nadie es un secreto que la pandemia del COVID-19 ha generado un estado de excepcionalidad en aspectos sanitarios, económicos, de convivencia, jurídicos, entre otros, el cual debe ser afrontado de la mejor manera posible por los estados; es decir, adoptando las medidas que sean necesarias para conjurar la crisis.

⁸² Ver Corte Constitucional. Sentencia T-252 de 2017, expediente T-5.925.309. M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

⁸³ La igualdad como principio constitucional está previsto en el artículo 13 de la Constitución Colombiana de 1991.

Por tal razón, en lo que hace referencia a Colombia, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia con fundamento en el artículo 215 constitucional que permite al Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, declarar el estado de emergencia, cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar de forma grave el orden económico, ecológico y social, o que constituyan calamidad pública.

En igual sentido, la Ley 137 de 1994, que hace referencia a los estados de excepción y desarrolla el artículo 215 constitucional, fundamenta la facultad del presidente de la Republica, para que con la firma de todos los ministros decrete el estado de emergencia, con el fin de hacer frente a la excepcionalidad derivada de casos como el coronavirus.

Declaratoria de estado de emergencia, que le otorga poderes excepcionales al Presidente de la Republica, facultándolo para dictar decretos con fuerza de ley, encaminados a conjurar o solucionar el estado de excepcionalidad que se presenta

Es decir, que en el sistema jurídico colombiano existe un sustento constitucional y legal para otorgar poderes excepcionales al Presiente de la República con el fin de adoptar todas las medidas que se necesiten para atender adecuadamente una situación tan atípica como la que ocurre actualmente, a través del otorgamiento de competencias legislativas.

Para tal fin, se expidió el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el cual expresamente se titula: "Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional", acto que tiene la naturaleza jurídica de decreto legislativo con fuerza normativa similar a la de la ley como acto expedido por el Congreso y un control de constitucionalidad en los términos previstos en el artículo 241 numeral 7 de la Carta Superior de Colombia.

Con fundamento en dicha declaratoria de emergencia se han expedido un sinnúmero de decretos, todos ellos encaminados a solucionar la crisis que se presenta, especialmente encaminados a proteger la vida de todas las personas, puesto que la pandemia afecta de manera sustancial este derecho fundamental, con el agravante que se concentra en atacar especialmente a las personas de avanzada edad.

Debo aclarar, que en el sistema jurídico colombiano, por la conformación de Estado descentralizado, existen competencias radicadas en los alcaldes y gobernadores que les permiten tomar medidas para atender la crisis; sin olvidar que posee la característica de Estado unitario y que a pesar de ser los

directos competentes para manejar el orden público en sus territorios según lo previsto por el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la ley 1551 de 2012 en lo que hace referencia a los alcaldes y el artículo 95 del Decreto 1222 de 1986, pueden ser desplazados por el Presidente de la Republica con fundamento en el artículo 189 numeral 4 de la Constitución.

Pero en cualquier sentido, las competencias de uno y otros se encaminan a proteger de manera preferente el derecho fundamental a la vida; sin embargo, en el evento en que la pandemia siga creciendo en Colombia, será muy difícil atender adecuadamente a todas las personas que se infecten con el coronavirus, porque las condiciones sanitarias son limitadas y en tal medida no será posible suministrar todas las ayudas médicas que necesitan los pacientes para superar la enfermedad.

Es decir, existe una imposibilidad médica material de enfrentar de manera correcta la crisis, la cual se deriva de dos circunstancias: la primera, por la negligencia de los estados de preparar sus sistemas sanitarios para enfrentar pandemias como la que se está presentando, más aún, para atender el día a día de la salud de las personas; la segunda, a pesar de haber sido los Estados muy diligentes y tener un sistema sanitario muy fuerte, la pandemia se puede extender tanto, que de todas formas el sistema colapsa y no será posible atender a todos los pacientes.

En tal sentido, el Estado tendrá que decidir cómo y a quién atiende; es decir, a quien le suministra un respirador, una UCI, servicios de hospitalización, etc, lo que significa que tendrá que optar por indicar a quien salva y a quien deja morir; situación extrema pero que está sucediendo en países que supuestamente son del primer mundo como Italia, España, Estados Unidos de Norte América. Qué podrá pasar con un país como Colombia que es considerado emergente.

Lo más probable es que la situación planteada ocurra y en esta medida el derecho fundamental a la vida es claramente vulnerado para aquellos a quienes no se les suministre atención médica adecuada, porque, muy posiblemente, van a morir, configurándose una clara violación al derecho fundamental, ya que no existe y en verdad no puede existir un criterio de peso que justifique la decisión de dejar morir a uno y vivir a otro.

Tal vez con un fundamento del denominado neoconstitucionalismo⁸⁴, se

⁸⁴ Sobre neo constitucionalismo ver Bernal Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 17.

pueda decir que hay que ponderar⁸⁵, pero habrá que tener mucho cuidado para no caer en la arbitrariedad, porque los fundamentos de dicha ponderación tendrán que ser muy fuertes porque en realidad se está ponderando el derecho de la vida de uno frente al derecho a la vida de otro, y no el derecho a la vida frente a otro derecho fundamental, lo que en última instancia puede deje ver una simple e inaceptable discrecionalidad o arbitrariedad⁸⁶.

Peor aún, como el derecho que está en peligro es el de la vida de las personas de la tercera edad principalmente, tal vez podrán utilizar argumentos, como el cumplimiento del ciclo de existencia, prevalencia de la vida del joven, producción económica para la sociedad, posibilidad de recuperación etc., para justificar la atención de unos y otros, lo cual en mi parecer puede generar violación de criterios éticos y morales.

En efecto, como lo indiqué anteriormente, la ética y la moral de una u otra manera implican el bien, el beneficio para el individuo y la sociedad, de acuerdo a parámetros o criterios aceptados por la comunidad; es decir, de acuerdo a lo que podríamos llamar una regla de reconocimiento, que para el caso que ocupa este escrito, implica el respeto del derecho fundamental a la vida como fin esencial del Estado.

Pero si los estados y específicamente Colombia ante la imposibilidad material de atender médicamente a todas las personas infectadas con el virus, tiene que decidir, a quien presta atención y a quien no, está disponiendo del derecho fundamental a la vida de las personas, con criterios que pierden fuerza para sustentar tal determinación como fundamento de justificación y decir que se está respetando la ética y la moral imperante.

Lo anterior es así, porque la decisión de seleccionar a los pacientes a quienes se les suministrará un respirador artificial o llevarlo a la UCI, tendrá que provenir de algún criterio argumentativo, como podrá ser la ponderación de derechos; pero en este caso lo que se pondera en última instancia es el derecho a la vida de dos personas, la del que es atendido y la del que no; criterio bien difícil de sustentar.

⁸⁵ Montealegre Lynett, Eduardo; Bautista Pizarro, Natalia y Vergara Peña, Luis Felipe. La ponderación en el Derecho: evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho alemán. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 11.

⁸⁶ En este sentido ver Estrada Vélez, Sergio. "La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad", p. 77-112. Revista Vniversitas. No. 121, julio-diciembre 2010.

Sin embargo, como el Estado tendrá en un momento dado que tomar dicha decisión; reprochable en todo sentido, porque en mi parecer se vulnera flagrantemente el derecho fundamental a la vida, pero además contrariando principios éticos y morales de respeto por el derecho más preciado para una persona⁸⁷; y en el caso que se acepte y se justifique la misma, se estarán cambiando los preceptos éticos y morales que imperan actualmente y se permitirá que se disponga de dicho derecho fundamental, con criterios que como lo indiqué anteriormente se acercan en mi parecer a lo que alguna doctrina denomina discrecionalidad, pero que en mi parecer de lo que se trata es de arbitrariedad, porque la argumentación, ponderación o justificación que establezca que se pude decidir valida o legítimamente a quien se deja morir y a quien no, en cualquier caso va a ser frágil, por la clase de derecho que está en juego⁸⁸; esto es así, ya que si llegara a existir la discrecionalidad, tendría que darse dentro de la validez y legitimidad, pero en este evento no es posible.

Considero que en este caso los criterios de ponderación de derechos que son muy utilizados en la actualidad, se tornan débiles porque se trata del derecho a la vida de una persona, frente al derecho a la vida de otra persona, siendo del mismo peso, nivel y categoría, lo que en mi concepto va a dificultar (sin que diga que es absolutamente imposible) una comparación para establecer prevalencia de uno respecto del otro, en la medida que existe identidad al tratarse del mismo derecho, lo que significa una dificultad racional en la ponderación⁸⁹.

Como se puede observar, si se viola el derecho a la vida de las personas por causa del COVID-19 en los términos en que han sido planteados, se presentan dos situaciones: la primera, que se considere violado el derecho fundamental, en este caso, los criterios éticos y morales que han sido adoptados, se mantienen y en esta medida, se considera inmoral tal violación; la segunda, que se acepte y no sea reprochable dejar morir a una persona en los términos indicados, es decir, por la imposibilidad material de atenderlo; entonces no se está violando el derecho fundamental y los preceptos éticos y morales se tienen por sustituidos o al menos se limitan.

⁸⁷ La vida es el don más preciado que Dios nos ha dado, que ha tenido tantas definiciones que solo puedo traer a colación lo que decía Calderón de la Barca sobre la vida: "¿Qué es la vida? Un frenesí. ¿Qué es la vida? Una ilusión, una sombra, una ficción, y el mayor bien es pequeño: que toda la vida es sueño, y los sueños, sueños son".

⁸⁸ Sobre discrecionalidad, ver López Peña, Edmer Leandro. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2015.

⁸⁹ Respecto a la crítica a la ponderación, ver Habermas, Jürgen. Faktizität am Main, 1994. p. 312.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DEL CORONAVIRUS: ¿UNA FALLA RELATIVA QUE EXIME DE LA REPARACIÓN?

Como lo he venido tratando, cuando el Estado por imposibilidad material decida no atener a una persona, va a estar afectado el derecho fundamental a la vida, por lo que hay que determinar si existe responsabilidad del Estado por los daños causados.

En tal sentido lo voy analizar desde el punto de vista de la imputación de responsabilidad por falla en el servicio, es decir, de aquella que surge de actuaciones irregulares del Estado.

La falla probada

En el derecho colombiano, la falla probada se ha constituido en el título de imputación de responsabilidad por excelencia, en la medida que las actuaciones irregulares han constituido el fundamento tradicional de responsabilidad del Estado; en efecto, si se analiza la jurisprudencia del Consejo de Estado, ésta ha sido la mayor expresión de responsabilidad administrativa, a pesar que la responsabilidad objetiva es de más vieja data dentro de nuestro sistema jurídico⁹⁰.

De la misma manera que la concepción clásica francesa de la responsabilidad por falla, en el ordenamiento nacional, se han consagrado en principio como expresiones de este título de atribución de responsabilidad, circunstancias que implican que la Administración no ha actuado, lo ha hecho tardíamente, o la actuación ha sido anómala. Lo anterior significa que la actividad del Estado en la falla del servicio se enmarca en conductas positivas como en los eventos en que ha actuado mal y en conductas de omisión para los casos en que no haya actuado o la actuación ha sido tardía.

La jurisprudencia del Consejo de Estado desde sus inicios⁹¹, ha sido clara en contemplar las formas en que se manifiesta la falla en el servicio, a partir de los criterios tradicionales de responsabilidad subjetiva para identificar este título de imputación, donde las omisiones

⁹⁰ Como se indicó en acápites anteriores, la responsabilidad objetiva del Estado se contempla desde la Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811, cuando se determinó la obligación de la administración de indemnizar perjuicios, en caso de expropiación.

⁹¹ La competencia del Consejo de Estado para conocer de asuntos de responsabilidad es relativamente reciente, pues data del año de 1964, ya que antes y a pesar de la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa desde el año de 1913, pues se estableció con la Ley 130 de dicho año, era la jurisdicción ordinaria la que conocía de dichos conflictos.

administrativas, por ejemplo, han dado lugar a atribuciones de responsabilidad e indemnización de perjuicios, como consecuencia del no actuar de una entidad pública⁹².

Pero es el actuar del Estado, el que ha caracterizado y determinado la noción de este título de imputación, porque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha seguido dicho criterio, sin desconocer que lo que la identifica es que la actuación sea irregular⁹³, en las diversas modalidades que existen de la irregularidad; porque es preciso indicar, que este término tiene una gran amplitud y se puede identificar en un sinnúmero de actuaciones⁹⁴, circunstancia que nos lleva a alejarnos de algún concepto del Consejo de Estado Colombiano, que parece adoptar sin mayores reparos la noción clásica francesa de falla del servicio, a que hicimos referencia⁹⁵.

⁹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de noviembre de 1967. C. P. Gabriel Rojas Arbeláez, actor Alfonso Salazar y otros, dijo: "Se ha alegado por la parte demandada que solo después de la vigencia del Decreto de 1964 es procedente reconocer perjuicios por omisión del poder público, puesto que solo en este estatuto, esa causal se consagró, expresamente, y que en consecuencia debe absolverse a la Nación. La afirmación carece de exactitud y considerándolo así, la sala de lo contencioso administrativo profirió la sentencia del 7 de mayo de 1963, expediente No 412, actores María Elena Umaña y otros, sentencia que por la causal de omisión, resultaron condenados a pagar indemnizaciones los municipios de Barranquilla y Bogotá respectivamente". Tomado de López Morales, Jairo. La responsabilidad patrimonial del Estado (t. I). Bogotá: Doctrina y Ley, 1997. p. 146

⁹³ Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de octubre 20 de 1995. C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, confirma que el criterio para determinar la existencia de falla del servicio, es la actuación irregular de la administración cuando dice: "Si bien es cierto que el daño que sufrió el conscripto, ocurrió cuando adelantaba labores de la actividad castrense rebasó los límites del riesgo que en la tarea de guardianes de la vida honra y bienes de los ciudadanos tienen que soportar, mas cuando para este tipo de misiones, no aparece demostrado por la administración que le facilitó los medios suficientes para que llevara a cabo con la debida seguridad para su integridad personal, la tarea que se le concedió como tampoco la misma entidad demostró que el lesionado tuviese destreza para escalar a la altura que lo hizo, sin comprometer la responsabilidad personal. Así las cosas, como en el caso sub-examine, se evidencia que la administración incumplió con la obligación de retornar en similares condiciones de salud a las que tenía cuando ingresó Robinson Carrillo Molinares, a prestar el servicio militar obligatorio".

⁹⁴ Así por ejemplo, la falla en el servicio por una actuación irregular de la administración, se encuentra en las actos ilegales de una autoridad pública, que son controvertidos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que de ser anulados, lo que dejan ver es una entidad alejada de la obligatoriedad de cumplir con el ordenamiento jurídico.

⁹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 14.170, sentencia del 25 de febrero de 2005. M. P. Ramiro Saavedra Becerra, al referirse a las modalidades de la falla del servicio dijo: "No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico (se refiere al artículo 90 constitucional que consagra la responsabilidad del Estado por daño antijurídico) como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la

De todas maneras, en la falla probada del servicio, es necesario demostrar la irregularidad en la actuación administrativa, es decir, la culpabilidad de quien desarrolla la actividad, lo que significa, que además de acreditar la actuación, el daño y el nexo causal, es preciso evidenciar un Estado alejado de criterios de buen servicio público y por el contrario, se muestra como vulnerador de derechos⁹⁶.

Pero además, en esta clase de responsabilidad, la jurisprudencia y la doctrina han identificado otras modalidades, dentro de las cuales se encuentra la falla relativa, la cual hace referencia a que a la Administración se le aplica el principio general de derecho que expresa: nadie está obligado a lo imposible y así, una entidad pública no está conminada a realizar actuaciones que no se encuentre en capacidad de realizar; lo que implica, que si se llega a causar un daño ante la no actuación del Estado, la falla será relativa⁹⁷.

Significa lo anterior, que no puede atribuírsele responsabilidad y obligar a la indemnización de perjuicios, cuando los mismos son causados por la actuación de una entidad pública, a pesar que ha actuado con la mayor diligencia, cuidado y utilización de todos los recursos con que cuenta, pero sin embargo el daño se produce de manera inevitable⁹⁸; lo cual evidencia que no existió una actuación irregular por lo que en nuestro parecer se presenta una ausencia de responsabilidad de la Administración, ya que todo daño que se causa no genera una obligación automática de reparación.

conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de responsabilidad de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio, dentro de la cual al responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio". Paréntesis fuera del texto.

⁹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 10.494, sentencia del 29 de agosto de 1996. M. P. Daniel Suárez Hernández.

⁹⁷ Ruiz Ojeda, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010. p. 12.

⁹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 16.626. M. P. Alier Hernández Enríquez, quien además la presenta de la siguiente manera: "Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre pese a su diligencia no quedará comprometida su responsabilidad".

Por otra parte, es preciso indicar que en la falla relativa nos encontramos frente a los conceptos de Estado ideal y Estado real, en cuanto a que si bien es cierto es su obligación proteger la vida, bienes y honra de los ciudadanos⁹⁹, dicha obligación se relativiza por las condiciones materiales que se presentan en el País, lo que hace que en ocasiones las autoridades públicas no puedan cumplir adecuadamente con la obligación constitucional de protección, sin que signifique que han actuado irregularmente; por el contrario, se puede evidenciar, de alguna manera, que la actuación fue perfectamente diligente y, sin embarg,o se genera el perjuicio, pero este no es indemnizable, al no existir responsabilidad atribuible al Estado¹⁰⁰.

Consideramo,s entonces, que en los eventos antes planteados, más que existir una falla relativa del servicio, hay es una actuación de la administración ajustada a parámetros de regularidad o legalidad y en estas circunstancias se presenta una ausencia de responsabilidad del Estado, por cuanto la actividad pública no es la que produce el daño y entonces, no se contiene el primer requisito de toda forma de imputación de responsabilidad estatal, como es la actuación de una entidad pública o particular que cumpla funciones públicas en la producción del daño.

En las anteriores circunstancias y particularizando a los posibles daños que el Estado pueda causar como consecuencia del COVID-19, es preciso indicar, que el Estado tendrá que indemnizar los perjuicios que se deriven de su actuación irregular, es decir de las omisiones en que hay incurrido, tales como la negligencia en que pudo haber incurrido para la prevención y contención del virus, así como las actuaciones por la atención irregular que se dé a los pacientes. En este caso es necesario probar la actuación irregular que ha sido la tendencia actual del Consejo de Estado, que ha remplazado de otra forma a la famosa falla presunta, pasando por la carga dinámica de la prueba.

Pero si la actuación del Estado es ajustada a un buen servicio público, pero si por la imposibilidad material de atender a tos los pacientes se tiene que dejar morir algunos, a pesar de estar afectando un derecho fundamental y generar un perjuicio, lo que se presenta es una falla relativa y en estricto sentido ausencia de responsabilidad, porque lo que se estará configurando una eximente.

⁹⁹ Así lo prevé la Constitución Colombiana de 1991.

¹⁰⁰ Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente 16.894. M. P. Enrique Gil Botero, expresó: "La relatividad de la falla, en estos eventos, se relaciona con la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, como quiera que el estado no se encuentra en brindar una protección personalizada a cada individuo que conforma el conglomerado social".

CONCLUSIONES

- La ética y la moral constituyen conceptos jurídicamente indeterminados, porque no existe unidad en su comprensión.
- Los criterios éticos y morales, son aceptados dentro del medio social a través de reglas adoptadas por la comunidad, que se pueden identificar con aquellas denominadas reglas de reconocimiento.
- Lavidaconstituyeun derecho fundamental reconocido constitucional mente por el sistema jurídico colombiano, de manera expresa, en el artículo 11 superior.
- El derecho fundamental a la vida es inviolable y por tal razón constituye un fin esencial del Estado protegerlo de forma adecuada.
- Con la crisis que está generada por el COVID-19, el derecho a la vida se está viendo afectado, porque los Estados están en la imposibilidad material de atender adecuadamente a todas las personas; circunstancia que determinan que a algunas se tenga que dejar morir y a otras no, con criterios que, en mi concepto, son muy difíciles de sustentar.
- Si se reprocha la actitud del Estado de salvar a unos y dejar morir a otros, se están manteniendo los postulados éticos y morales que imperan actualmente en la sociedad, en cuanto a la necesidad de proteger por todos los medios el derecho a la vida.
- Si se acepta que mueran unos y se salven otros, sin reprochar al Estado, los criterios éticos y morales se desvanecen y podría decir que está naciendo una nueva moralidad social.
- En el presenta caso, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, no existe responsabilidad el Estado por los daños antijurídicos que cause, porque ante la imposibilidad material de atender adecuadamente a todas la personas afectadas con coronavirus, ya que se presenta una falla relativa del servicio.
- Sin embargo, si existe una falla probada por haber existido negligencia en la prevención o mitigación del virus, existirá responsabilidad estatal por la actuación irregular en que incurra.
- En todo caso, la vida es el bien más preciado del hombre que en cualquier circunstancia, así sea excepcional, debe protegerse por sobre cualquier criterio.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático. En Miguel Carbonell Sánchez, Neoconstitucionalismo(s), p. 31-48. Madrid: Trotta, 2009.

Aranguren, José Luis. Ética. Madrid: Biblioteca Nueva, 2009.

Aristóteles, Ética a Nicómaco, México: Porrúa, 2004.

Balmes, Jaime. Ética. s.f. Ubicado en: http://www.dfists.ua.es/~gil/etica_balmes.pdf

Becchi, Paolo. "Del individuo y del Estado: anotaciones sobre unas lecciones de Norberto Bobbio sobre Hegel y el Estado", p. 125-135. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). No. 44, marzo-abril 1985.

Bernal Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Bilbeny, Norbert. Aproximación a la ética. Barcelona: Ariel, 1992.

Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de octubre 20 de 1995. C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente 16.894. M. P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 14.170, sentencia del 25 de febrero de 2005. M. P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 10.494, sentencia del 29 de agosto de 1996. M. P. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de noviembre de 1967. C. P. Gabriel Rojas Arbeláez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 16.626. M. P. Alier Hernández Enríquez. Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 2016, expediente D-11058. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia T-252 de 2017, expediente T-5.925.309. M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 2019, expediente T-6.899.349. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, expediente T-778. M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1999, expediente T-209161. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 1992, expediente T-2635. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

Cortina, Adela. Ética mínima. 15a ed. Madrid: Tecnos 2012.

Escobar Rozas, Freddy. "El derecho subjetivo, consideraciones en torno a su esencia y estructura", p. 280-298. Ius et Veritas. Año IX, No. 16, 1998.

Estrada Vélez, Sergio. "La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad", p. 77-112. Revista Vniversitas. No. 121, julio-diciembre 2010.

García Alonso, Luis. Ética o filosofía moral, México: Trillas, 2006.

García Maynez, Eduardo. Ética. México: Porrúa, 1977.

Güechá Medina, Ciro Nolberto. Poder público y principio de legalidad: limitación de la discrecionalidad del poder, desde la validez normativa. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2019.

Habermas, Jürgen. Faktizität am Main, 1994.

Hart, Herbert L. A. El concepto del Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

Hernández Ortiz, Héctor. "Argumentos seculares en favor de la preservación de la vida humana", p. 81-98. Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas. Año 8, No. 20, 2016.

López Peña, Edmer Leandro. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2015.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. Ética en la abogacía..

Montealegre Lynett, Eduardo; Bautista Pizarro, Natalia y Vergara Peña, Luis Felipe. La ponderación en el Derecho: evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho alemán. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Naciones Unidas. Derechos humanos. 2020. Ubicado en: https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html

Ortiz Millán, Gustavo. "Sobre la distinción entre ética y moral", p. 113-139. Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 45, octubre 2016.

Pérez Carrillo, Agustín. "Los conceptos de moral y derecho en Kant", p. 595-623. Revista de la Facultad de Derecho de México. No. 75-76, 1969.

Platón. La República o el Estado. Barcelona: Austral, 2011.

Ruiz Ojeda, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010.

Sánchez Marín, Ángel Luis. "Concepto, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales", p. 229-238. Eikasia, Revista de Filosofía. No. 55, marzo 2014.

Villar Borda, Luis. "Estado de derecho y Estado social de derecho", p. 73-96. Revista Derecho del Estado. No. 20, 2007.

LÍMITES DEL PODER DEL ESTADO PARA RESTRINGIR DERECHOS EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN. LOS LÍMITES DE LOS LÍMITES A PROPÓSITO DE LA PANDEMIA DE COVID-11919

Eduardo J. R. Llugdar¹⁰¹

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto resaltar los lineamientos constitucionales y los estándares interamericanos e internacionales establecidos por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y otros sistemas internacionales de protección de la dignidad humana en estados de excepción, en especial generados por la crisis provocada por la pandemia del Covid-19, más conocida como del coronavirus, respecto a la restricción de derechos fundamentales y derechos humanos, establecida por los Estados como estrategias para prevenir y enfrentar el grave y desbastador contexto a que la propagación del contagio de la enfermedad ha provocado a nivel global. A su vez, esta presentación es complementaria de la ponencia brindada el día 25 de abril de 2020 en la "Jornada transdisciplinaria en Filosofía del Derecho, Medicina y Psicología: Covid-19, como objeto generador de situaciones límites", organizado por *Apex Iuris*, Instituto de Investigación para la Ciencia & Humanidades del Perú.

¹⁰¹ Abogado por la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE Argentina); CAS en Justicia Penal Juvenil, Interdisciplinaridad y Justicia Restaurativa, Universidad de Ginebra, Suiza. Magister en Derecho Judicial y de la Magistratura, Universidad Austral de Buenos Aires. Doctorando en Humanidades, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Juez del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero (Argentina). Profesor Capacitador en la Escuela del Poder Judicial de Santiago del Estero José B. Gorostiaga; Profesor Visitante en Filosofía Jurídica y Profesor de Posgrados en Derechos Humanos y Humanitario en Universidad Católica de Santiago del Estero, Universidades Nacionales de Santiago del Estero, Tucumán y Córdoba, Argentina. Universidad de la Sabana y del Magdalena, Colombia. Universidad Técnica Estatal de Quevedo, Ecuador; Juez Evaluador de Concursos internaciones de DDHH e CIDH, American University, EEUU; Antonio Nariño, Colombia; Pontificia Universidad Católica, Perú. CV completo: http://mm.jussantiago.gov.ar/cv.pdf - Contactos: ellugdar@redddhh.org

CONTENIDO

La potestad Estatal para restringir derechos y los límites a los derechos.

Tanto los derechos fundamentales como los derechos humanos (DDHH), pese a su trascendencia e importancia, no son absolutos. Los primeros, entendidos como aquellos expresamente previstos y protegidos por las Constituciones Políticas y los segundos, como comprensibles de los antes mencionados, más aquellos que no se encuentran expresamente contemplados y mencionados por los textos constitucionales y se denominan implícitos o que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, como lo refiere el art. 29 inc. "c" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y, por lo tanto, merecen idéntica protección.

Cuando hablamos de protección, soy partidario de que los esfuerzos destinados a ello se orienten a la dignidad humana ya que los derechos, como los DDHH, son instrumentos de protección o medios ordenados a un fin. En definitiva, los DDHH protegen la dignidad humana; no es que se protegen a sí mismos, ya que de ese modo se podría caer en un absurdo.

La condición de no absolutidad aludida surge de los mismos textos regionales e internacionales de protección de la dignidad humana. De este modo, el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), menciona que los individuos, más allá de los derechos que los amparan, tienen deberes respecto de otros individuos y de la comunidad, y con más precisión la CADH, en varios de los derechos reconocidos, pone como límites de sus ejercicios determinadas situaciones o contextos, los cuales son reafirmados de modo genérico en los artículos 30 y 32 del Pacto de San José de Costas Rica, al aludir, el primero de los citados, a la existencia de restricciones permitidas, de acuerdo con la CADH, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma; y el segundo, en su numeral 1º, a que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad, y en el 2°, a que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Lo señalado precedentemente, cabe aclarar, es para situaciones que podrían denominarse de tiempos de normalidad, necesarias para la organización jurídica y social de un Estado, a fin de poder desarrollar y alcanzar sus fines constitucionalmente establecidos como nación, a fin de impedir el caos y la anarquía que podría poner en riesgo inclusive la

propia existencia. En efecto, si los derechos se considerarían absolutos, de modo tal que no fuera concebible restricción alguna, el respeto al derecho de los demás, a la seguridad de todos y a las justas exigencias de una sociedad democrática sería impensado, en razón que el Estado no podría de ninguna manera actuar, para amparar derechos de terceros, la seguridad, el orden y la moral pública ante la imposibilidad de restringir derechos del perturbador de manera alguna.

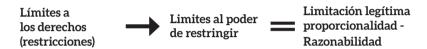
También la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha aludido esta facultad estatal, en especial en su Opinión Consultiva Nº 6-86, donde ha señalado que, del artículo 30 y de otros de la Convención, se autoriza a los Estados a imponer limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, pero, a su vez, exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

"a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general "y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas" 102.

A su turno, el artículo 5 del PIDCyP, y enunciados similares, permite al Estado poner un cierto límite al ejercicio de los derechos de las personas bajo su jurisdicción, pero, a su vez "pone énfasis al señalar en sus numerales 1° y 2° que ninguna disposición del Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. También hace mención a que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

¹⁰² CorteIDH. OC 6-86, La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 9 de mayo de 1986, párr. 18.

Lo desarrollado precedentemente, va permitiendo visibilizar el nudo central de la teoría del "límite de los límites" en materia de restricciones a derechos humanos y fundamentales, ya que las distintas Constituciones Políticas de los Estado, contienen cláusulas de similar contenido a las de los instrumentos internacionales y regionales antes aludidos, que permiten al Estado restringirlos o limitarlos en pos de la consecución de sus fines legítimos, pero, a su vez, dicha potestad, facultad o actividad no es ilimitada y está sujeta a ciertas reglas formales y de fondo, sustentadas en el principio de proporcionalidad y razonabilidad. La ecuación lineal de la teoría de "los límites de los límites" en esta materia puede ser graficada del siguiente modo:



Se aprecia entonces que la clave de bóveda en este juego de restricciones y limitaciones pasa por el tamiz del principio de proporcionalidad para alcanzar la razonabilidad de la medida que la esfera estatal considera necesaria adoptar, basada en la restricción de derechos, por lo que el test de evaluación asentado en este principio no es materia solo de los esferas tribunalicias en la órbita judicial, sino que debe ser observada también por los otros componentes de los esquemas republicanos de una sociedad democrática, como lo son los poderes ejecutivos y legislativos, cuando de ellos emanan las decisiones o mandatos limitadores del ejercicio de los derechos, ya que ello es un una exigencia constitucional y convencional.

Lo antes mencionado, nos lleva a ingresar en otra problemática no exenta de miradas o apreciaciones diferentes y polémicas debido a que como toda construcción que emerge de la razón humana, el derecho es parte de su acervo cultural, el que no obedece a un mismo patrón sino a los más diversos y diferentes, como se aprecia en las posturas desarrollas a los largo de las historia de la teoría del derecho y que a la fecha siguen debatiendo cuál de ellas es la que racionalmente se aproxima a la verdad, otro término polémico, cuestiones estas que volveremos más adelante.

La potestad estatal para restringir derechos y los límites a los derechos en estados de excepción.

Antes de avanzar con este tema, es necesario definir el sentido y alcance del concepto "estado de excepción", desde la perspectiva constitucional y de la construcción realizada por el *codex iure* internacional de los DDHH. Para ello es dable anticipar que constitucionalmente "estado de excepción",

tendrá una amplitud conceptual y de contenido con diversos matices propios acorde el diseño o modelos constitucionales adoptados por cada país.

Sin embargo, pese a lo antes afirmado, toda la elaboración del concepto tiene una génesis común, referida a situaciones o contextos y lo cierto es que se trata de una institución compleja y a la vez muy criticada a lo largo de la historia porque su finalidad es suspender y restringir en mayor o menor medida derechos fundamentales y derechos humanos.

Desde la dogmática jurídica se puede definir al "estado de excepción" como, aquella situación extraordinaria generada por un período de crisis, donde uno o alguno de poderes del gobierno dispone de poderes excepcionales para garantizar la "continuidad de los servicios públicos" o sus funciones esenciales¹⁰³. En efecto, y ya desde la teoría constitucional, su evolución en el último siglo lo ha concebido como aquella situación extrema que atraviesa el Estado, en la cual el soberano ejerce su facultad de determinar al enemigo público, trascendiendo, si es necesario, el estado de sitio con el fin de proteger el bien público¹⁰⁴. En defina se trata de situaciones especiales que de un modo u otro amenazan la existencia del Estado, por lo que este puede tomar medidas extremas, que muchas veces provoca la suspensión del ejercicio de derechos y libertades de sus ciudadanos, alterando incluso el diseño constitucional sobre competencias y funciones de los poderes públicos. Las situaciones extraordinarias aludidas pueden consistir en casos de guerra o conflictos armados (ya sean de carácter interno o externo, conforme la definición contenida en el artículo 1 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949), de peligro público como pandemias y/u otras calamidades públicas o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. El estado de excepción incluye distintas modalidades en vinculación los aludidos modelos constitucionales de cada país y sus denominaciones pueden variar según el grado o intensidad del peligro y la adecuación de respuesta que la autoridad gubernamental estime apropiada. Así vemos mencionarse términos como "estado de alarma"; "estado de emergencia"; "estado de conmoción" y/o "estado de sitio", donde el denominador es su termino de aplicación temporario.

Si el Estado tiene facultades para restringir derechos en situaciones normales, que comúnmente se manifiestan en el ejercicio de los poderes

¹⁰³ Consejo de Estado, Francia, Sentencia Heyriès del 28 de Junio de 1918.

¹⁰⁴ Schmitt, Carl. Political theology: four chapters on the concept of sovereignty. Chicago: University of Chicago Press, 2005, p. 5 y 29.

de policía del Estado en materia de seguridad, salubridad etc., cabe preguntar, ¿en casos de estados de excepción dichas potestades se amplían de tal manera que deja tener incidencia lo que hemos denominado la teoría de los límites de los límites en materia de restricción de derechos?

A fin de responder dicha interrogante, comenzaremos por considerar lo que es el enunciado normativo en los principales tratados de protección de DDHH que ya fueron mencionados, el PIDCyP y la CADH.

En el marco indicado, el PIDCyP de ONU da respuestas expresas a la interrogante planteada en sus artículos 4 y 5. En el primero de ellos establece, en sus numerales 1° y 2°, que en "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación" y cuya existencia hava sido proclamada oficialmente, los Estados Partes del Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Además, su texto deja bien en claro que, pese a la disposición precedente, no autoriza bajo ninguna circunstancia la suspensión de los artículos referidos al derecho a la vida (art.6); a la prohibición de torturas y a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.7); a la prohibición de la esclavitud y a la trata de esclavos (art. 8 inc. 1); prohibición de servidumbre (art. 8 inc. 2); prohibición al encarcelamiento por incumplimientos de obligaciones contractuales (art. 11); prohibición a prisiones arbitrarias y a la aplicación de penas más grave que las previstas al momento de la comisión del delito (art. 15). También deja bien en claro, el texto del Pacto, que la situación de excepción no autoriza al Estado Parte a negar el reconocimiento de la personalidad jurídica de los sujetos bajo su jurisdicción (art. 17), ni a afectar el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art.18). En el inciso 3 del art. 4, impone además la obligación a los Estados que hagan uso del derecho de suspensión de derechos por "estado de excepción" de informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión y a una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

En el artículo 5, reafirma dichos lineamientos estableciendo en su numeral 1 que ninguna disposición del PIDCyP podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

Al respecto, tanto la Observación General Nº 5105, y más tarde Observación General Nº 29106 del Comité de los Derechos de la ONU que sustituyó a la primera, y que refieren al artículo 4 del PIDCvP sobre "suspensión de obligaciones durante un estado de excepción", aluden a que el contenido del mencionado artículo reviste la mayor importancia para el sistema de protección de los derechos humanos reconocidos en el Pacto, puesto que por un lado, autoriza a los Estados Partes a suspender unilateralmente y temporalmente algunas de las obligaciones que les incumben en virtud del Pacto (límites a derechos). Pero por otro, somete la adopción de esa medida de suspensión, así como sus consecuencias materiales, a un régimen específico de salvaguardias (límites al poder de restringir); queda claro, entonces, que para el PIDCyP y la ONU, y su interprete auténtico, el Comité de Derechos Humanos, a pesar del contexto excepcional de dichos estados, la teoría de "los límites de los límites" en restricciones de derechos fundamentales y derechos humanos como le hemos dado en llamar sigue teniendo especial relevancia a la hora de evaluar las restricciones agravadas que se habilitan, como un modo de que las mismas, pese a su gravedad, sean legitimas a la luz delos estándares que fija los organismos multilaterales legitimados para hacerlo.

Ahora, respecto al sistema regional de protección de DDHH, el sistema interamericano, su instrumento normativo principal es la CADH también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica. Este instrumento normativo de protección de derechos, también contiene enunciados expresos respecto a las restricciones de derechos que garantiza en casos de "estados de excepción"; se completan con otros que integran el mismo cuerpo legal. De este modo, el artículo 27, con similar redacción al artículo 4 del PIDCyP, textualmente expresa:

 En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados

¹⁰⁵ Comité de Derechos Humanos de la ONU; Observación General N° 5, Aprobada por el 13° período de sesiones (1981).

¹⁰⁶ Comité de Derechos Humanos de la ONU; Observación General N° 29, Aprobada por el 72° período de sesiones (2001).

a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

- 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
- 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Todo lo expresado sobre el artículo 4 del PIDCvP es válido respecto al artículo27 de la CADH, por lo tanto, este instrumento de protección también da una respuesta favorable a limitar el poder de restricción de derechos de los Estados Parte en caso de "estados de excepción". En su numeral 2 no autoriza -al igual que el instrumento de ONU- a restringir derechos de los denominados *Ius Cogens*, que en derecho internacional público equivalen a aquellas normas de derecho imperativo o Hard Law inconmovible, esto es, que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto contrario al mismo será declarado como nulo lo cual está contemplado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de Naciones Unidas¹⁰⁷, que, en lo pertinente, expresa la nulidad de todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, que para dicho tratado es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede

¹⁰⁷ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados y abierta a la firma el 23 de mayo de 1969 en la Ciudad de Viena, Austria, con entrada en vigor el 27 de Enero de 1980.

ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Ello también es válido para las acciones u omisiones que realicen los Estados respecto a cláusulas específicas de dicho carácter de derechos humanos coma la comentada.

La académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina y miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de esa ciudad, al referir a estas normas imperativas del derecho internacional público, señala que el origen filosófico del *Ius Cogens* o *Jus Cogens*, en especial su base de su fuerza obligatoria; proviene del derecho natural (*jusnaturalistas*) o del "orden público y las buenas costumbres internacionales" (*juspositivismo*); resalta así que el derecho natural nutre al derecho positivo como la sangre al cuerpo ya que el derecho natural es un derecho positivo en potencia y por lo tanto este último se construye sobre el primero¹⁰⁸.

El intérprete auténtico y final de la CADH es la CorteIDH y en dicho carácter, ha dictado decisiones tanto en su competencia consultiva como contenciosa. En efecto dentro de las primeras de las mencionadas, las OC, ha fiiado las bases del alcance del artículo 27, desentrañando su sentido y alcance, lo que posteriormente, llevaría luego a aplicarlos en los casos contenciosos que invocaría a la norma en cuestión y que fueron puestos a o sometidos a su decisión. Las principales Opiniones Consultivas al respecto son las la N° 8 del año 1987¹⁰⁹ y la N° 9 del año 1987¹¹⁰. En la primera de ellas, vincula las reglas establecidas por el artículo 27 de "estados de excepción" con las de interpretación contenidas en el artículo 29 de la CADH; señala que el primero de los artículos contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas como ser su título "Suspensión de Garantías" y su primer numeral que refiere a "suspender las obligaciones contraídas"; el numeral segundo sobre "suspensión de los derechos"; y el numeral tercero referido a "derecho de suspensión". Advierte que cuando la palabra "garantías" se utiliza en el numeral segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las "garantías judiciales indispensables". De las consideraciones de los términos de la Convención

¹⁰⁸ Drnas de Clément, Zlata. "Las normas imperativas del Derecho Internacional general (*Jus cogens*). Dimensión substancial", disponible en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens/?searchterm=cogens Último ingreso: 13/05/20202.

¹⁰⁹ CorteIDH. OC 8-86, El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 Y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). 30 de enero de 1987.

¹¹⁰ CorteIDH. OC 8-86, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 Y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 6 de octubre de 1987.

en el contexto de estos, rescata que no se trata de una "suspensión de garantías" en sentido absoluto, ni de una "suspensión de los derechos" ya que siendo estos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio. De lo razonado, la Corte estima útil tener presente esas diferencias terminológicas a fin de esclarecer los fundamentos conceptuales sin perjuicio de las cuales durante el desarrollo de la consulta utilizará la expresión empleada por la Convención de "suspensión de garantías" (párrafo 18).

Tiene presente que la suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero, del mismo modo, no hace abstracción de los abusos que ello puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en el hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos (párrafo 20). Cuando alude a "justificaciones", está haciendo alusión al tamiz de "Proporcionalidad – Razonabilidad" al que aludimos en la ecuación de nuestra teoría de "los límites de los límites" desarrollada precedentemente es este trabajo, y sobre la que volverá recurrentemente en el desarrollo de toda sus OC 8 y 9 del año 1987.

En dicho sentido, y continuando con el estándar establecido en la OC 8, corrobora nuestra tesis al mencionar textualmente que el artículo 27.2 dispone, sobre "límites al poder del Estado Parte" para suspender derechos y libertades, al establecer que hay algunos cuya suspensión no está permitida bajo ninguna circunstancia y al incluir "las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos" (párrafo 23). Todo ello lo reafirma en el párrafo 24 al sostener que la suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Aclara que estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada.

La CorteIDH entiende por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27.2, como aquellas herramientas y medios que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho que los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, ello vinculado a lo dispuesto por el art. 1.1 de la CADH. En otras palabras, concibe las "garantías" como aquellos medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. A su vez, determina el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, considerándolos inseparables del sistema de valores y principios que inspira toda la construcción de protección de derechos en el continente. Resalta que en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros, sin perjuicio de reiterar que en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado, pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan aquellos que se encuentran dentro de la categoría de *Ius Cogens*, expresamente contemplados por la norma convencional.

A su turno, en la OC 9, el tribunal interamericano con sede en San José de Costa Rica, reafirma los estándares fijados en la anterior enfatizando aspectos referidos a la aplicación ponderativa del principio de proporcionalidad en el establecimiento de "estados de excepción" dejando en claro que la suspensión de garantías "no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario" y que "resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción...", señalando que tampoco los Estados pueden apartarse de esos principios generales en las medidas concretas que adopten con afectación a esos derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la "legalidad excepcional de la emergencia", si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran "manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas", o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder. Vemos allí claramente el papel que tiene el aludido tamiz de la "proporcionalidad y razonabilidad" en la ecuación de los límites de los límites a la hora de restringir, el Estado, derechos y garantías, incluso en "estado de excepción", para que las mismas puedan ser consideradas legales y legítimas a la luz de las miradas constitucionales v convencionales.

Ahora bien, verificada y demostrada la importancia de los principios de razonabilidad y convencionalidad, toca ahora avanzar sobre estos en orden de las claras directrices trazadas por los instrumentos y órganos de protección de derecho internacional de los derechos humanos.

Reflexiones sobre las decisiones proporcionales y razonables en la restricción de derechos garantías.

Existe, por ejemplo, coincidencia entre los constitucionalistas argentinos que, respecto al artículo de su Constitución Política Nacional que con más énfasis se manifiesta el concepto de razonabilidad, es el que alude a la inalterabilidad de las normas constitucionales; es decir, el artículo 28 del aludido texto constitucional -establecido por los constituyentes en su redacción originaria en el año 1853 y que integra el texto actualmente vigente luego de varias reformas- al referir que "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", lo que evidencia el mandato de optimización, desde una perspectiva alexiana, que establece la Carta Magna sobre cualquiera de las normas infraconstitucionales que podría sancionar el Congreso o dictar cualquiera de los otros órganos constituidos, las que en ningún caso podrán suprimir y/o aniquilar los principios constitucionales consagrados y traducidos en derechos y garantías.

Para Chaim Perelman, la inalterabilidad de las normas constitucionales exige un verdadero control o escrutinio de la razonabilidad de las leyes reglamentarias o normas infraconstitucionales, en otras palabras, determinar si las razones y argumentos dados por el legislador no transgreden el limite al restringir derechos fundamentales que alteren de modo tal que suprima o aniquilen por completo el derecho constitucionalmente garantizado. Allí radica la esencia del control de razonabilidad en el contexto constitucional, constituyendo el fundamento del control de constitucionalidad en donde las más altas Cortes tienen la última palabra al respecto¹¹¹.

Como se puede apreciar, el texto del artículo 28 de la Constitución Argentina tiene la misma finalidad aunque con diferente enunciado que los textos del derecho internacional de los DDHH que hemos venido analizando en este ensayo, dirigidos todos a señalar los límites del poder estatal para restringir derechos y garantías, tanto en tiempos

¹¹¹ Perelman, Chaim citado por Atienza, Manuel. "Para una Razonable Definición de "Razonable". En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 4, Universidad de Alicante, 1987.

de "normalidad" como de "excepcionalidad", dejan bien en claro que restringir no es aniquilar ni suprimir, sustentado en la proporcionalidad y razonabilidad de los instrumentos utilizados por los Estados a dichos efectos. Esta concepción de razonabilidad que se vincula con el concepto de la inalterabilidad de las normas constitucionales y por qué no extenderlo además a las normas convencionales e DDHH, también es sostenida por la opinión del ex juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) y actualmente Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eugenio Raúl Zaffaroni, cuando integraba el cimero tribunal argentino, expresando que "el medio elegido por el legislador será admisible siempre que tenga una relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión y siempre que no suprima ni hiera sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional, conforme a los límites dispuestos por ésta".

Ahora bien, hasta aquí no existen mayores problemas a la hora de establecer el concepto de razonabilidad, ya que en la esfera constitucional en incluso convencional se manifiestan recién al momento de establecer las hermenéuticas interpretativas y/o argumentativas, conforme al paradigma jurídico con que se identifica el operador para la determinación de dicho concepto en el caso concreto, dentro de las pautas del sistema difuso de control constitucional, como el existente en varios países latinoamericanos y utilizado y establecido como doctrina de control de convencionalidad por la CorteIDH. Allí, entonces, es necesario establecer los puntos de contacto entre proporcionalidad y razonabilidad, ya que si se parte de la base de lo que hemos dado en llamar los "límites de los límites", se trata primordialmente de la determinación de los límites y restricción impuestas al libre goce y ejercicio de los derechos garantizados, en orden a las justas exigencias del Bien Común en un Estado de Derecho, mediante limitaciones que impone el Estado por medio de sus poderes constituidos en virtud de facultades concedidas por la norma suprema en razón de que los derechos fundamentales y los derechos humanos consagrados no son absolutos, pero a su vez dichas restricciones deberán ser proporcionalmente establecidas de modo tal de no alterar sus sustancias al extremo de suprimirlos por completo o aniquilarlos. Son los límites que la Constituciones y los tratados internacionales de DDHH imponen al poder estatal limitador de los derechos, los que ellas mismas facultan a los poderes republicanos y democráticos estatales y donde estos principios juegan un papel trascendental sea cual fuere en contexto o realidad.

Pero toda esta construcción sería en cierto modo vacía si no advertimos que el concepto de razonabilidad se encuentra en intima conexión con el uso de la razón, como facultad del ser humano de identificar conceptos, mediante procesos de inducción y/o deducción que le permite dar coherencia o encontrar contradicciones en el discurso o argumento elaborado a través del pensamiento. Por lo tanto, la "razonabilidad" es una propiedad que se desprende de la razón, sin que se identifiquen por completo ambos conceptos, pues, como bien afirma Perelman, mientras la "razón y racionabilidad" se vinculan a criterios filosóficos vinculados con ideas de verdad, coherencia y eficacia, en tanto lo "razonable y lo irrazonable" están ligados más bien a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable¹¹².

Indudablemente, la idea de razón y razonabilidad en el plano jurídico se encuentra estrechamente vinculada con un problema de la epistemología jurídica. En esa línea, resulta interesante abordar la opinión sustentada por el iusfilósofo finlandés, Aulis Aarnio, quien, en parte de su tesis conceptualizando lo razonable, se apoya en la filosofía analítica lingüística de Ludwig Wittgenstein, en su última etapa¹¹³, y del enfoque racionalista de Jürgen Habermas¹¹⁴, relacionando los términos racional y razonable. Pese al título de la obra "Lo racional como razonable", un tratado sobre la justificación jurídica¹¹⁵, no encontrará el lector ninguna definición en todo el libro, en el sentido de proposición mediante la cual se trata de exponer de manera univoca y con precisión la comprensión de dichos términos, sino, se buscará comprenderlo desde la esfera conceptual, en el sentido de la representación para su comprensión de sus características y cualidades, confirmando nuestra hipótesis de la conexión en cuanto al conocimiento con el "ser", desde la teorización de Heidegger, quien expresaba que es mucho más factible establecer un concepto que una definición sobre dicho término¹¹⁶, lo que nos inspira a asociar dicha problemática del "ser" a la "razonabilidad" y en especial cuando la misma

¹¹² Perelman, ibíd, p. 191.

¹¹³ Wittgenstein, Ludwig. "Investigaciones Filosóficas", Editorial Crítica, Barcelona, 2008.

¹¹⁴ Habermas, Jürgen. "Acción comunicativa y razón sin transcendencia", Ediciones Paidós, Barcelona, 2002.

¹¹⁵ Aarnio, Alius. "Lo Racional como Razonable (Un tratado sobre la justificación jurídica) Editorial Palestra, Lima, 2016.

¹¹⁶ Martin Heidegger, El Ser y El Tiempo, Fondo de Cultura Económica, 2da. Ed. 3era. Reimp. México, 2014.

es referida a conceptos indefinible ya que no puede concebirse como un ente ni puede ser objeto de determinación predicando de él un ente.

Volviendo con Aarnio, este desarrolla la descripción conceptual partiendo de la distinción de los casos rutinarios y difíciles, y los dilemas y responsabilidades del juzgador de justificar sus decisiones; realiza un breve abordaje al concepto ontológico del derecho y apela a la metodología de la interpretación en la dogmática jurídica, mediante un examen de los procesos hermenéuticos interpretativos, la obligatoriedad de las fuentes del derecho y las razones justificatorias dotadas de autoridad y de materialidad, para concluir con la aceptabilidad del enunciado interpretativo obtenido como producto mediante una revisión del principio de la única respuesta correcta elaborado por Roland Dworkin y las teorías de la audiencia de Chaim Perelman, para determinar las condiciones generales del discurso racional mediante la determinación de los principios y reglas básicas de la racionalidad.

Todo lo expuesto permite afirmar que el concepto de razonabilidad lejos está de ser un concepto pacifico, sino, como toda actividad humana, entran a jugar aspectos vinculados a subjetivismos, que se encuentran íntimamente ligados con las pautas del cognitivismo y el objetivismo, en el que incide de manera determinante la posición que se tenga respecto al conocimiento o elaboración del concepto del derecho, ya sea que el observador se enfoque dentro de las concepciones positivistas, criticas, neoconstitucionalistas y/o iusnaturalistas, ya que el concepto de racionalidad o irracionalidad de una decisión quedará entrampado dentro del esquema de los paradigmas desarrollado por Thomas Kuhn.

Ello es claro desde el momento en que el contenido de una decisión judicial, puede ser razonable a los ojos de un tribunal, pero no a la de un tribunal revisor, incluso puede haber ingentes diferencias en el seno interno de los mismos tribunales colegiados, lo que da lugar a los salvamentos y disidencias dentro de la aplicación de las reglas de la mayoría aplicables, para dirimir los acuerdos a fin de establecer la sentencia del caso.

El problema consiste, en determinar si la fijación de la razonabilidad, conforme a las potestades y jerarquía de autoridad de acuerdo a la legalidad, alcanza para imponerla al pueblo, que en definitiva es el detentador de la potestad de impartir justicia en orden al principio de representación, ya que la experiencia ha enseñado, que en muchos casos no se lo ha logrado, generando una rechazo generalizado y contundente por falta de legitimidad política.

En dicha lógica, la "razón y la racionalidad" estaría más en línea con los procesos internos de la psiquis en la elaboración del discurso y/o argumento, en tanto lo razonable y la razonabilidad estaría conectado al escrutinio que externamente se realiza de ese discurso o argumento que efectúen terceros, ya que, como lo sostiene Karl Popper, "nadie puede ser juez de sus propias razones"¹¹⁷.

Mucho se ha escrito de la relación existente entre la proporcionalidad y la razonabilidad, lo que lleva a que, por motivos de extensión, me limite a lo sostenido por Aharon Barak¹¹⁸, a quien considero, junto con Robert Alexy, es el que con mayor claridad lo ha sintetizado y expuesto desde un enfoque teórico, quizás por su calidad como académico en filosofía del derecho, complementado por su larga trayectoria como presidente de la Suprema Corte de Justicia de Israel, aunque con enfoques diferentes en algunos aspectos a lo que propone el profesor de Kiel.

El aludido jurista israelí parte de dos interrogantes. La primera, si son dos conceptos diferentes completamente separados o, por lo contrario, se superponen; y la segunda, si existen aspectos de la proporcionalidad que no hacen parte de la razonabilidad y/o viceversa. Observa que las interrogantes aludidas se manifiestan con notoriedad cuando se restringen derechos constitucionales, a lo que agregamos nosotros también a los convencionales de DDHH.

Remarca Barak que si se realiza un proceso comparativo de lo que exponen jueces de numerosos ordenamientos jurídicos, muchos de ellos sostienen que no hay necesidad de reconocer la proporcionalidad por ser conceptos idénticos con la razonabilidad, y en ese caso apelar a la razonabilidad es suficiente. Si por el contrario no lo son, la razonabilidad es preferible. Pero para el profesor lituano-israelí, dicho enfoque ha mutado en la actualidad, en especial cuando se ha pasado del *Estado de Derecho Legal* al *Estado de Derecho Constitucional*, sobre todo a la hora de evaluar la constitucionalidad de leyes que restringen derechos fundamentales, siendo reconocida la regla de la proporcionalidad tanto al momento de examinar la constitucionalidad de la legislación como al momento de hacerlo con toda otra medida infralegal, sean sentencias judiciales, actos administrativos, reglamentos u órdenes ejecutivas. A

¹¹⁷ Popper, Karl. "La sociedad abierta y sus enemigos", Paídos, Buenos Aires, 2017, p. 67.

¹¹⁸ Barak, Aharon. "Proporcionalidad", Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones". Traducido por Gonzalo Villa Rosas, de la obra original en inglés publicada por la Universidad de Cambridge (1992), Editorial Palestra, Lima, 2017.

lo dicho por el eminente jurista, agregamos que similar tara se efectúa en los tribunales y organismos internacionales de DDHH a la hora de efectuar un test de convencionalidad. El fundamento radica en la circunstancia de que si la regla es considerada inconstitucional debido a un exceso de restricción de un derecho fundamental, solo puede medirse dicho exceso por las reglas de proporcionalidad, y en función de esta se podrá efectuar el test de si la norma escrutada es razonable o por el contrario es irrazonable y no se encuentra conforme al estándar constitucional o convencional.

En base a los expresado, tanto en el Control de Constitucionalidad o el de Convencionalidad, como en los actos sean del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial o cualquier otra acción atribuida al Estado, este cumplirá con el principio de razonabilidad en la medida que no exceda los límites impuestos por la Constitución Política en el ámbito doméstico o por los Instrumentos Internaciones de Protección de Derechos Humanos de que sea parte; ello en orden al "principio de proporcionalidad" a la hora de restringir derechos fundamentales y/o derechos humanos, por lo que los componentes de la razonabilidad y la proporcionalidad en cierto modo son comunes.

Esto viene a colación, ya que en todos los test de constitucionalidad que se realizan en los distintos ordenamientos jurídicos del mundo, ya sea el "balancing test" de la Corte Suprema Norteamericana; la "ponderación de principios" de los Tribunales Constitucionales Europeos y Latinoamericanos e incluso los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, o la "armonización de principios" tal lo que surge de la doctrina de la CSJN de Argentina, absolutamente todas, si bien bajo distintas hermenéuticas, realizan o ejecutan un ejercicio ponderativo, en el que se encuentran involucrados elementos del principio de proporcionalidad o sub-principios que emanan de él, tales como el de "idoneidad o adecuación"; "necesidad" y "proporcionalidad en sentido estricto", más allá de que se parta de una ley de colisión¹¹⁹, o de armonización de derechos fundamentales¹²⁰, siempre se encuentra presente el principio de proporcionalidad como único modo posible de establecer si existe afectación al núcleo esencial y/o núcleo duro del derecho comprometido en el caso concreto a efectos de evitar suprimir o aniquilar derechos.

¹¹⁹ Como la formulan Robert Alexy o incluso sus críticos, como lo sostiene Riccardo Guastini y otros modelos como ponderativos como el defendido por José Juan Moreso, Daniel Mendonca o David Martínez Zorrilla.

¹²⁰ También cuando se parte del principio de armonización en oposición al de colisión, como lo proponen Fernando Toller y Pedro Serna.

A su turno, Neil MacCormick¹²¹, se pregunta a qué valores puede apelar el razonamiento jurídico para mostrar que una posible resolución es mejor que otra, en el sentido del modo en que las Cortes Superiores en el recurso juzgan el grado de razonabilidad (o irrazonabilidad) de la decisión tomada por los tribunales cuyas sentencias revisan y si este acto de escrutinio lo es en base a un juicio objetivo o la evaluación es un asunto pura o esencialmente subjetivo, volviendo en cierto modo a lo que anteriormente se refirió sobre la complejidad del concepto de razonabilidad, en especial dentro del control de constitucionalidad y de revisión por parte de los tribunales de corte o de última palabra, válido también para el control de convencionalidad.

A este respecto, el maestro escocés señala que el concepto de lo "razonable" es usado con frecuencia y en contextos muy diversos en el ámbito jurídico concluyendo que dicha evaluación tiene un obvio aspecto subjetivo, por lo que advierte los serios riesgos y los costes de la medida de seguridad y por ende los grados de eficacia en la construcción de un concepto de lo "razonable". Ahora bien, también reflexiona que en derecho, lo que se considera razonable está relacionado con un asunto "objetivo", citando a Ken Greenawalt¹²², proporcionando este último una explicación de los elementos de objetividad y de subjetividad que integran el concepto de razonabilidad, en la que existe un mayor peso de los primeros ya que la responsabilidad juzgada por la previsión de la persona razonable (juez o jueza) se presume "objetiva" en la medida de la justificación dada en la determinación de corrección e incorrección mediante un grado de comprobación intersubjetiva en la ponderación y balance de argumentos, de lo que se desprende la importancia del principio de proporcionalidad como elemento ineludible en todo ejercicio ponderativo, lo que sin embargo no despeja la complejidad del concepto de razonabilidad va que concluye en que en cualquier punto preciso del balance, las personas razonables pueden disentir.

MacCormick señala además que el hecho de que las personas discrepen no implica que alguna de ellas piense que no hay nada que sea realmente razonable, puesto que el motivo de la divergencia es exactamente la respuesta a la pregunta "que es realmente razonable", lo que marca con más nitidez el grado de complejidad del tema tratado.

¹²¹ MacCormick, Neil. "Retórica y Estado de Derecho", Una Teoría del Razonamiento Jurídico, traducido de su original en inglés, publicado por la Universidad de Oxford, 2005, por José Gascón Salvador, Editorial Palestra, Lima, 2017.

¹²² Greenawalt, Kent. "Objetivity in law", Oxford University Press, 1992.

No podía faltar en esta conceptualización del "principio de razonabilidad". la opinión de del profesor argentino Juan Cianciardo¹²³, quien ha efectuado un profundo análisis e investigación entre la conexión de "la Máxima de Razonabilidad" y "Principio de Proporcionalidad", dentro de los precedentes de distintos tribunales europeos nacionales, de la CSJN de Argentina y los tribunales internacionales de Derechos Humanos, haciendo hincapié particularmente en lo que considera un punto relativamente poco abordado en orden a la aplicación del principio de proporcionalidad y su grado de suficiencia a la hora de garantizar la pertinencia de los derechos fundamentales y su interacción de cómo compatibilizar para que la máxima de razonabilidad, como producto final, no acabe frustrando su razón de ser, que es la protección de los derechos constitucionales garantizados. Partiendo de que la máxima de razonabilidad o proporcionalidad prescribe que toda regulación de los derechos humanos debe ser "razonable", el autor argentino entiende que dicho estatus solo se alcanza si se respeta cada uno de los tres subprincipios que integran el principio general de proporcionalidad.

El primero, la "idoneidad o adecuación", que impone un mandato de escrutinio, sobre la norma reguladora del ejercicio de un derecho fundamental, exigiendo que esta sea adecuada o idónea para alcanzar los fines pretendidos mediante su dictado, haciendo especial consideración sobre los medios que se emplean para dicho fin y si estos resultan ser los más aptos y menos lesivos al ejercicio pleno del derecho que regula. El segundo subprincipio, es el de "necesidad" que impone que el legislador, entre una diversidad de medios a su alcance, escoja aquel que resulte menos restrictivos de los derechos fundamentales involucrados. Consiste en un escrutinio de ponderación o de comparación entre el medio que el legislador creyó más apto y otros medios hipotéticos que hubiera podido seleccionar. Por último, menciona el subprincipio de "determinación de razonabilidad" o "proporcionalidad strictu sensu", que se traduce en una verdadera justificación de "adecuación de medios a fines", conforme al idóneo y/o adecuado proceso en su búsqueda; que a la vez necesariamente la restricción deba ser tomada por no quedar otra alternativa y que dicha elección logre que cuanto mayor satisfacción se

¹²³ Cianciardo, Juan. "El Principio de Razonabilidad", del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2004; "Máxima de Razonabilidad y Respeto de los derechos fundamentales, revista Persona y Derecho, N°41, España, 1999, disponible en: http://www.saij.gob.ar/juan-cianciardo-mxima-razonabilidad-respeto-derechos-fundamentales-dacf030014-1999/123456789-0abc-defg4100-30fcanirtcod Último ingreso: 16/05/2020.

pueda dar al fin perseguido proporcionalmente o racionalmente, menor sea el grado de restricción y/o afectación al derecho fundamental que se deba regular o reglamentar en su ejercicio. Es decir, verificándose dicha ecuación mediante una justificación suficiente por vía argumentativa, se habrá obtenido una decisión razonable, muy similar a la propuesta ponderativa alexiana.

Otro autor argentino que ha abordado con profundidad lo concerniente a la razonabilidad es Roberto Saggese¹²⁴, quien alude a que ella, más que un principio propiamente dicho, constituye una "garantía", traducida en la exigencia para validar la aplicación de las normas que junto con el principio de legalidad, conforman la garantía fundamental del Estado de Derecho. Para este autor la razonabilidad no es un concepto autónomo, en la medida que no constituve para el legislador un límite adicional a las propias clausulas constitucionales, sino más bien es una condición o exigencia que debe ser respetada al momento de reglamentar, mediante actos legisferantes, los derechos allí reconocidos, generando que los mismos operen como verdaderos límites al ejercicio de la actividad legislativa. Entiende que allí radica la verificación que en el derecho argentino (y aplicable a cualquier sistema jurídico) la razonabilidad opera como una garantía esencial. Adviértase la coincidencia de lo sostenido por este autor con la vinculación de derechos y garantías de la CorteIDH en sus OC 8 y 9 a la que ya referimos.

Coincido con Saggese en que cuando los tribunales de "última palabra" califican a una disposición legal como constitucional en sede doméstica o convencional en sede internacional, están aludiendo a que la misma es razonable, es decir, utiliza los términos como sinónimos y es lo que se llama "la razonabilidad en sentido amplio". Pero también se extrae de sus doctrinas jurisprudenciales, un sentido estricto del término "razonabilidad" que se encuentra en intima vinculación a la relación que debe existir entre "medios y fines". Es decir, los tribunales consideran irrazonables en este último sentido cuando los medios arbitrados no se adecuan a los fines cuya realización se propusieron, e incluso cuando consagran grosera inequidad.

Todo lo dicho en este acápite también demuestra que cuanto mayor sea la generalización y abstracción del concepto de razonabilidad mayor será la complejidad; por ello, a medida que se lo relacione al caso concreto, mayor será la aproximación a un concepto objetivo de razonabilidad.

¹²⁴ Saggese, Roberto M. "El Control de Razonabilidad en el Sistema Constitucional Argentino", editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.

La teoría que defendemos de los "límites de los límites" en la restricción de derechos y garantías, resultaría vacua si no se contemplara uno de sus elementos esenciales como es la proporcionalidad y la racionalidad a la hora de la evaluación de las disposiciones y medidas que deben adoptar, ante determinados contextos y situaciones, quienes se encuentran legitimados de origen y ejercicio, dentro del marco de un Estado democrático y constitucional de derecho deban hacerlo. Por ello. como es un tema complejo y si se quiere polémico, los cuerpos que lo integran son preferentemente colegiados y facilitadores del debate inclusivo y democrático a fin de que la búsqueda de esa racionabilidad y proporcionalidad de modo afinado, existiendo por lo general esquemas republicanos de división de poderes previstos por la normativa constitucional en su parte orgánica, a fin de asegurar controles y contrapesos a la hora de efectivizarse dichos mandatos, exteriorizados en forma de reglas, normas y otros formatos similares. Esa razonabilidad y proporcionalidad emana de estos cuerpos unipersonales o colegiados, compuestos por seres humanos, y, por ende, haciendo uso de la razón de sus integrantes. Las pautas de los límites de derechos, están regladas en los textos normativos al igual que los límites estatales para restringir, pero dichas regulaciones, por consistir en principios, que se encuentran en textos constitucionales y convencionales, y se completan con reglas infraconstitucionales que las reglamentan establecido el "deber ser", que a su vez pueden ser interpeladas por inconstitucionales e inconvencionales cuando se entiende no que han superado los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad, situación que dirimen las sentencias judiciales.

Dentro de ese esquema de validación de la proporcionalidad y razonabilidad, se encuentran los tribunales, cuyas cortes y superiores tribunales o tribunales constitucionales tienen la última palabra de ese debate en sede doméstica, y los tribunales de DDHH u otros organismos previstos por los tratados, en la faz internacional. Dicha complejidad se agranda o agiganta en escenarios de "estados de excepción", a la hora de la búsqueda de las necesarias restricciones de derecho bajo el amparo de la legitimidad, que es el producto final en la ecuación aludida, existiendo siempre la posibilidad que pese a todas estas construcciones y esquemas dicho resultado pueda ser refutado mediante el un métodos basados por lo general en la experiencia y la razón práctica que pueda, demostrar que un enunciado es falso mediante enlaces deductivos, ya que la verdad no tiene una dimensión objetiva sino que por el contrario, está conformada por un proceso de avance, que a medida que progresa se van descubriendo falacias que solo pueden ser sostenidas por el

"argumento de autoridad"125, que por lo general dirime el debate de "última palabra", que por lo general en los esquemas democrático, los terminan decidiendo los tribunales máximos en la orbe doméstica y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la CorteIDH. Quizás ello lo llevó a decir al Justice Chales Evans Hughes, a comienzos de la década del '20, en el siglo pasado: "We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our property and our liberty and our property under the Constitution", estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es, y el poder judicial es la salvaguarda de nuestra propiedad y nuestra libertad y nuestra propiedad bajo la Constitución. Frase que muchos consideran también muy peligrosa porque puede llegar a un estado de ruptura republicana que se la llama el "gobierno de los jueces", y donde es muy fácil que la proporcionalidad y razonabilidad se convierta en utopía, quizás por ello, otro Justice, Robert H. Jackson, años más tarde (1953), y luego de haber sido el más destacado fiscal que acusó a los genocidas nazis durante los juicios de Nuremberg, aforismo de por medio describió a la Corte Suprema de EEUU fundando una disidencia o salvamento señalando: "We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final ...", "No somos finales porque somos infalibles. pero somos infalibles solo porque somos finales ..."126. Jackson cuyo paso por el cimero tribunal norteamericano deio claras huellas de ser un defensor de las libertades públicas, pone el dedo en la llaga al apelar a la fiabilidad humana, lo que en cierto modo nos permite reflexionar que lo referido por Popper en cuanto al "argumento de autoridad" y vinculándolo con los elementos de la fijación de la razonabilidad y proporcionalidad a la hora de decidirse restricciones de derecho, es parte de esa realpolitik que será difícil encontrar una solución más allá de la ridiculización y rechazo que genera cuando se demuestra su falsación o se las refuta, pero hasta que ello acontece, "ha corrido mucha sangre bajo el río".

Resulta también interesante en este escenario de pandemia y "estados de excepción", donde por lo general se concentran los poderes, si bien de modo temporal, en los presidentes, traer a cuento otra teoría desarrollada por Jackson como Juez Asociado del tribunal, que le llamó

¹²⁵ Consiste en defender algo como verdadero porque quien es citado en el argumento tiene autoridad en la materia. (Conforme a la Sociedad para el Avance del Pensamiento Crítico).

¹²⁶ Suprema Corte de Justicia, EEUU. Brown v. Allen :: 344 U.S. 443 (1953).

"three level test to assess the claims of the presiding power" 127 en inglés, lo que traducido al español es significa "prueba de tres niveles para evaluar los reclamos del poder presidente" donde sentó lo siguiente:

- 1. Cuando el Presidente actúa de conformidad con una autorización expresa o implícita del Congreso, su autoridad es máxima, ya que incluye todo lo que posee por derecho propio más todo lo que el Congreso puede delegar. En estas circunstancias, y solo en estas, se puede decir (por lo que pueda valer) personificar la soberanía federal. Si su acto se considera inconstitucional en estas circunstancias, generalmente significa que el Gobierno Federal en su conjunto no tiene poder. Una incautación ejecutada por el Presidente de conformidad con una Ley del Congreso estaría respaldada por las presunciones más fuertes y la latitud más amplia de interpretación judicial, y la carga de la persuasión recaería en gran medida sobre cualquiera que pudiera atacarla.
- 2. Cuando el Presidente actúa en ausencia de una concesión del Congreso o una denegación de autoridad, solo puede confiar en sus propios poderes independientes, pero hay una zona de penumbra en la que él y el Congreso pueden tener autoridad concurrente, o en la que su distribución es incierta. Por lo tanto, la inercia del Congreso, la indiferencia o la quietud a veces pueden, al menos como un asunto práctico, permitir, si no invitar, medidas de responsabilidad presidencial independiente. En esta área, es probable que cualquier prueba real de poder dependa de los imperativos de los eventos y los imponderables contemporáneos en lugar de las teorías abstractas del derecho.
- 3. Cuando el Presidente toma medidas incompatibles con la voluntad expresa o implícita del Congreso, su poder está en su punto más bajo, ya que solo puede confiar en sus propios poderes constitucionales menos cualquier poder constitucional del Congreso sobre el asunto ...

Concluye su opinión, en su sufragio en la sentencia del caso "Youngstown Sheet & Tube Co", reflexionando con cierto pesimismo si se quiere (en orden a las instituciones norteamericanas pero que pueden validarse en otros sistemas) "que la esencia de nuestro gobierno libre es "dejar vivir sin permiso de nadie, bajo la ley", para ser gobernado por esas fuerzas impersonales que llamamos ley. Nuestro gobierno está diseñado para cumplir este concepto en la medida de lo humanamente posible. El Ejecutivo, excepto por recomendación y veto, no tiene poder legislativo.

99

¹²⁷ Suprema Corte de Justicia, EEUU. Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer :: 343 US 579 (1952)

La acción ejecutiva que tenemos aquí se origina en la voluntad individual del Presidente y representa un ejercicio de autoridad sin ley. Nadie, tal vez ni siquiera el Presidente, conoce los límites del poder que puede tratar de ejercer en este caso y las partes afectadas no pueden conocer el límite de sus derechos. No sabemos hoy qué poderes sobre el trabajo o la propiedad se alegarían de la posesión del Gobierno si la legalizáramos, qué derechos de compensación se reclamarían o reconocerían, o en qué contingencia terminaría. Con todos sus defectos, demoras e inconvenientes, los hombres no han descubierto ninguna técnica para preservar por mucho tiempo el gobierno libre, excepto que el Ejecutivo esté bajo la ley. Dichas instituciones pueden estar destinadas a desaparecer. Pero es deber de la Corte ser el último, no el primero, en entregarlos..."

Como vemos, el escenario descripto por Jackson tiene mucha vigencia en los tiempos actuales de pandemia, ya que en los "estados de excepción", si bien nadie pone en duda la legalidad del instituto y la necesidad de adoptarlo, existe una real concentración de poder que en cierto modo desdibuja el diseño constitucional, lo que se agrava a extremo cuando dicha concesión legal es ejercida sin reconocer límites y de forma abusiva, bajos un desbordado autoritarismo.

En dicho esquema, autores como Josep Raz¹²⁸, que vinculan al concepto del derecho estrechamente con el principio de autoridad, ponen especial preocupación en clarificar que se alude a la "autoridad legítima" que moralmente trasmite, como un modo de contraponer a la autoridad de facto como vinculado a la juridicidad, de donde agregamos en relación al tema tratado, no puede estar ausente la representación de la legitimidad de origen y de la de ejercicio, en quienes detentan el poder estatal dentro del esquema de un Estado democrático que se determina en base a la observación de la acciones si se trata de una democracia meramente formal o por lo contrario de una democracia tanto formal como material para establecer la legitimidad moral de la producción normativa de un Estado en un momento determinado¹²⁹.

En vista de lo expresado precedentemente, en cuanto a los derechos humanos en el SIDH, ese "argumento final de autoridad" lo tiene la

¹²⁸ Raz, Josep. "La Autoridad del Derecho. Ensayos Sobre Derecho y Moral". Ediciones Coyoacan, México. 2016

¹²⁹ Llugdar, Eduardo "El concepto de Estado y sociedad democrática conforme a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Revista de Derechos Humanos y Humanitario - Número 1 - Septiembre 2018. IJ Editores, Argentina.

CorteIDH, en especial a resolver casos en su competencia contenciosa, generando una doctrina judicial donde fija estándares que si no son observados por los países partes de la CADH generan alta posibilidad que los afectados, siguiendo los mecanismos pertinentes, se declare su responsabilidad internacional y sea etiquetado ante la comunidad internacional como Estado que no respeta y protege los derechos humanos de sus propios ciudadanos o de extranjeros que encuentran bajo su jurisdicción.

Por ello se considera necesario realizar un breve abordaje sobre los casos contenciosos en que la CorteIDH ha ido construyendo a lo largo del tiempo y de sus distintas integraciones, estándares sobre proporcionalidad razonabilidad en función a los límites establecidos para la potestad estatal de restringir derechos, por lo que veremos algunos de ellos.

En el caso Ricardo Canese vs. Paraguay (2004)¹³⁰, se estableció en los párrafos 124 y 125 que los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho (en alución al núcleo duro o esencial); así como, también, deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación, partiendo del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho, siendo para ello necesario que defina de manera precisa y clara mediante una ley los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país (en el caso). En el párrafo 132 refirió a los requisitos de proporcionalidad en una sociedad democrática, adhiriendo al sostenido por el Comité de Derechos Humanos de ONU, en su Observación General No. 27, en el sentido de que las medidas restrictivas deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse siguiendo a dicho órgano sentó que el principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.

¹³⁰ CorteIDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 132.

En el caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (2005)¹³¹, expresó sobre el particular, que la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, (en el caso), habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.

Otro caso interesa en el que refiere a las hermenéuticas ponderativas a fin de establecer estándares en restricción de derechos, entre muchos otros, y aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad, es el Caso J. vs. Perú, que interesa en especial porque alude al "estado de excepción", y donde enfatiza que habida cuenta de que el artículo 27.1 de la CADH contempla distintas situaciones y que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a "las exigencias de la situación", resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a las que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella. La Convención autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación". Las disposiciones que se adopten no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. La Corte ha señalado que la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción. En este sentido, las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella.

¹³¹ CorteIDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 126.

Por último, citaremos un reciente sentencia dictada en el caso Romero Feris vs. Argentina (2019), donde desarrolla en forma extensa los elementos que componen el "test de proporcionalidad", en especial el de las medidas cautelares durante el proceso penal y en donde el Estado ejerce su función punitiva, restringiendo derechos. Al respecto la corte sostiene que para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que: a. se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; b. esas medidas cumplan con los cuatro elementos del "test de proporcionalidad", es decir, con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporciona, y c. la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.

En los casos testigos citados se puede apreciar cómo juegan las restricciones, los límites y la forma de evaluar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida a la hora de juzgar la responsabilidad internacional del Estado por violación de DDHH.

Las restricciones a derechos y garantías en los "estados de excepción" generados por la Pandemia Global del Covid-19, con especial referencia a Latinoamérica.

A nadie escapa que en el momento de escribir este paper (mayo de 2020) la pandemia del Covid-19 o corona virus sigue golpeando con fuerza a todo el planeta y Latinoamérica como parte integrante no es ajena a ello. Desde prácticamente comienzos del mes marzo, en todos los países que la componen se ha decretado el "estado de excepción", con mayor o menor intensidad y apelando a las distintas modalidades a las que referimos líneas atrás, partido desde declaraciones de emergencia sanitaria, hasta fuertes estados sitio inclusive. El denominador común ante la urgencia y poco conocimiento del mal-que amenaza en forma de contagio visorio, que se propaga de manera exponencial provocando incluso cifras escalofriantes de pérdidas de vidas humanas- ha sido el aislamiento social obligatorio y la obligatoriedad de todos los ciudadanos de hacer cuarentena en sus hogares, pudiendo salir solo bajo razones debidamente justificadas y con autorización de la autoridad estatal, como única forma efectiva hasta el momento, de controlar los efectos nocivos de la pandemia para lograr disminuir la curva de contagios.

Ello además una serie de medidas complementarias que implican restricciones y avances en los derechos fundamentales de los ciudadanos de las distintas comunidades, que han visto afectados el libre ejercicio de una serie importante de derechos políticos y civiles, así como económicos sociales y culturales, tanto a personas físicas como jurídicas o ideales.

Debidos al marco de aislamiento y encuarentenamiento obligatorio, las restricciones excepcionales han sido impuestas por el cuerpo unipersonal de toma de decisiones del esquema republicano, el Poder Ejecutivo o administrador, hasta tanto los cuerpos deliberativos colegiados con competencia puedan encontrar procedimientos apoyados en tecnologías de la información y la comunicación (tic´s), para poder continuar, desde un entorno virtual y cumplir con sus funciones y desarrollar sus competencias. Algo similar acontece en los entornos jurisdiccionales.

Ello ha puesto en alerta máxima al sistema interamericano de protección de derechos humanos, cuyos órganos, conscientes de la crisis que todo ese contexto genera, y la imposibilidad de poder dar respuesta inmediata mediante los procedimientos y mecanismos normales ante medidas desproporcionadas e irracionales conforme a sus estándares que puedan verificarse en ese marco, pese a la legalidad de que se pueda obrar de modo excepcional, han salido mediante declaraciones de cuerpo o en forma personal sus integrantes a advertir que, pese a la gravedad y la excepcionalidad de la situación, dicha potestad tiene un límite.

Aunque la misma la misma CADH, en su artículo 27, admita los "estados de excepción" y su artículo 32.2 disponga que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática", en ellos hayan basado las razones para justificar las decisiones restrictivas excepcionales, lo cierto es que, dentro del esquema de los "límites de los límites" que venimos desarrendando, en base a los estándares fijados por estos órganos de protección regional de ddhh y que también los contienen las disposiciones constitucionales de los Estados parte, solo es contemplar un elemento de dicha ecuación, uno de los límites, el establecido respecto de los derechos y garantías, en tanto la fórmula abarca además el segundo límite, impuesto al poder de restricción estatal, y a la sistematización bajo el manto de la proporcionalidad y razonabilidad para alcanzar estar en el nivel o sobre los estándares mínimos para ser consideradas acciones legítimas, por estar acordes a ellos y que escapen a la posibilidad de una posible responsabilidad internacional por violaciones a derechos humanos a futuro.

En su informe titulado "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas^{"132}, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), luego de mencionar que tanto el Continente Americano como el resto del mundo se enfrentan actualmente a una emergencia sanitaria global sin precedentes ocasionada por la pandemia del virus que causa el Covid-19, no tiene empachos en enfatizar que pese a ello, las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro "el pleno respeto de los derechos humanos". También deja entrever que es conciente que la pandemia del Covid-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el Covid-19; así como el los impactos de inmediato, mediano y largo plazo que puede producir sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad. Justifica su preocupación en el hecho de que las Américas es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región; así como por la falta o precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento; la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado. A lo que se suman altas tasas de informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios que afectan a un gran número de personas en la región y que hacen aún más preocupante el impacto socioeconómico del Covid-19. Todo esto dificulta o impide a millones de personas tomar medidas básicas de prevención contra la enfermedad, en particular cuando afecta a grupos en situación de especial vulnerabilidad.

También concibe a la región como proclive a los altos índices de violencia generalizada y especialmente violencia por razones de género, de raza o etnia; así como por la persistencia de flagelos tales como la corrupción y la impunidad. Además advierte que en la región prevalece por parte de los ciudadanos y ciudadanas el ejercicio del derecho a la protesta social, en un contexto de represión mediante el uso desproporcionado de la fuerza, así como de actos de violencia y vandalismo; graves crisis penitenciarias que afectan a la gran mayoría de los países; y la profundamente preocupante extensión del fenómeno de la migración, del desplazamiento forzado interno, de personas refugiadas y apátridas; así como la discriminación estructural en contra de grupos en situación de especial vulnerabilidad.

¹³² CIDH. Resolución No. 1/2020, "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", del 10 de abril de 2020

La CIDH considera que el contexto de pandemia supone desafíos aún mayores para los Estados de las Américas, tanto en términos de políticas y medidas sanitarias, como en capacidades económicas, que permitan poner en marcha medidas de atención y contención que resultan urgentes y necesarias para proteger efectivamente a sus poblaciones, acordes con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Le preocupa además que la pandemia esté generando impactos diferenciados e interseccionales sobre la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) para ciertos colectivos y poblaciones en especial situación de vulnerabilidad, por lo que entiende debe tornarse esencial la adopción de políticas para prevenir eficazmente el contagio, así como de medidas de seguridad social y el acceso a sistemas de salud pública que faciliten el diagnóstico y tratamiento oportuno y asequible; a fin de brindar a las poblaciones en situación de vulnerabilidad la atención integral de la salud física v mental, sin discriminación.

Respecto a las restricciones de derechos provocadas por las medidas de contención con el fin de enfrentar y prevenir los efectos de la pandemia, la CIDH ha observado que se han suspendido y restringido algunos derechos, y en otros casos se han declarado "estados de emergencia", "estados de excepción", "estados de catástrofe por calamidad pública", o "emergencia sanitaria", a través de decretos presidenciales y normativa de diversa naturaleza jurídica con el fin de proteger la salud pública y evitar el incremento de contagios. Asimismo, se han establecido medidas de distinta naturaleza que restringen los derechos de la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información pública, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada; y se ha recurrido al uso de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus, y al almacenamiento de datos personales en forma masiva, por lo que por todos ello, en ejercicio de su mandato, adoptó la resolución en comentario, con estándares y recomendaciones bajo la convicción de que las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención de la pandemia deben tener como centro el pleno respeto y el deber de garantía de los derechos humanos requiriendo a los Estados que atiendan a las particulares necesidades de protección de las personas y que esa obligación involucra el deber estatal de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Para ello el órgano de monitoreo de cumplimento de los estándares del SIDH requiere que las medidas que los Estados adopten, en particular aquéllas que resulten en restricciones de derechos o garantías, se ajusten a los principios «pro persona», de proporcionalidad, temporalidad, tengan como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada, y recuerda que aún en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de requisitos — tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad— dirigidos a evitar que medidas como el "estado de excepción o emergencia" sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno.

También la CorteIDH emitió en el mes de abril de 2020 su Declaración No. 1/20, que intituló: "Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales" Al igual que la CIDH como órgano de protección de los derechos es consciente de los problemas y desafíos extraordinarios que los Estados americanos, la sociedad en su conjunto, y cada persona y familia están afrontando como consecuencia de la pandemia global causada por el coronavirus Covid-19, instó a los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal.

A dichos efectos, puntualizó:

- Los problemas y desafíos extraordinarios que ocasiona la presente pandemia deben ser abordados a través del diálogo y la cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre todos los Estados. El multilateralismo es esencial para coordinar los esfuerzos regionales para contener la pandemia.
- 2. Los organismos multilaterales, cualquiera sea su naturaleza, deben

¹³³ CorteIDH. Declaración No. 1/20, "Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales", del 9 de abril de 2020.

- ayudar y cooperar de manera conjunta con los Estados, bajo un enfoque de derechos humanos, para buscar soluciones a los problemas y desafíos presentes y futuros que está ocasionando y ocasionará la presente pandemia.
- 3. Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.
- 4. Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.
- 5. Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de postparto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia.
- 6. En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas.
- 7. El derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos

de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.

- 8. Ante las medidas de aislamiento social que pueden redundar en el aumento exponencial de la violencia contra las mujeres y niñas en sus hogares, es preciso recalcar el deber estatal de debida diligencia estricta respecto al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, por lo que deben adoptarse todas las acciones necesarias para prevenir casos de violencia de género y sexual; disponer de mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, y reforzar la atención para las víctimas.
- 9. Dado el alto impacto que el Covid-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.

Tanto la resolución de la CIDH como la Declaración de la CorteIDH dictada en tiempo de pandemia, si bien no revisten la categoría de "hard law", sino que configuran cuerpos categorizados como "soft law", no dejan de ser recordatorios y recomendaciones, que estos organismos multilaterales del derecho internacional público no están dispuestos a consentir en lo más mínimo que se avasallen derechos humanos en la región, y que están dispuestos a ejercer las acciones en orden las competencias atribuidas para evitar que ello acontezca o sancionar la consumación de violaciones a los estándares obligatorios contenidos en los tratados y pactos del SIDH y en sus precedentes y jurisprudencias.

Como mencionó uno de sus jueces, Eugenio Raúl Zaffaroni, en una entrevista periodística, brindada a pocos días de que fuera conocida la declaración de la CorteIDH¹³⁴, "si bien las declaraciones no tienen por sí mismas ningún valor vinculante para los Estados, con ellas, tanto la CorteIDH como la CIDH, les advertimos a los Estados partes de la CADH los criterios con que resolveremos las cuestiones que se nos planteen en nuestros respectivos ámbitos de competencia". El ilustre

¹³⁴ Entrevista a E. Raúl Zaffaroni – En torno a la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos, "Covid-19 y Derechos Humanos" – Por Conrado Yasenza, disponible en: https://lateclaenerevista.com/entrevista-a-e-raul-zaffaroni-en-torno-a-la-declaracion-de-la-corte-interamericana-de-derechos-covid-19-y-derechos-humanos-por-conrado-yasenza/última entrada el 14/05/2020.

jurista argentino considera que las mismas contienen un adelanto que señala que de apartarse de las líneas, bastante elementales expresadas para la emergencia, implicará incurrir en violaciones a los Derechos Humanos y, por ende, si fuesen denunciadas a la CIDH, entiende que esta está anunciando que en esos casos dispondría medidas cautelares o, más enérgicamente, pediría a la CorteIDH que ordene medidas provisionales y, que esta última está advirtiendo también que en esos mismos supuestos está dispuesta a ordenarlas.

Para concluir diremos que más allá de los polémico del derecho, de lo complejo que es la situación de excepcionalidad que la pandemia del Covid-19 causa, está presente la teoría de los "límites de los límites" cuando se restringe derechos fundamentales y derechos humanos y que bajo ningún punto la misma se debilita en "estados de excepción" como los presentes, sino por lo contrario, la excepcionalidad de la emergencia impone a todo el aparato estatal, al tomar las medidas necesarias para superarla, tengan la precaución exigible a todo gobierno democrático consistente en superar la excepcionalidad y emergencia sin entrar en colisión con el sistema constitucional y convencional. En América Latina, tanto la CIDH como la CorteIDH rápidamente han salido a advertirlo y han dejado claro que nadie podrá alegar desconocimiento, negligencia, provocada por la vorágine de la pandemia, cuando se trata de preservar los DDHH, especialmente en aquellos sectores que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.

BIBLIOGRAFÍA.

Schmitt, Carl. Political theology: four chapters on the concept of sovereignty. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

Atienza, Manuel. "Para una Razonable Definición de "Razonable". En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 4, Universidad de Alicante, 1987.

Wittgenstein, Ludwig. "Investigaciones Filosóficas", Editorial Crítica, Barcelona, 2008.

Habermas, Jürgen. "Acción comunicativa y razón sin transcendencia", Ediciones Paidós, Barcelona, 2002.

Aarnio, Aulis. "Lo Racional como Razonable" (Un tratado sobre la justificación jurídica) Editorial Palestra, Lima, 2016.

Martin Heidegger, "El Ser y El Tiempo", Fondo de Cultura Económica, 2da. Ed. 3era. Reimp. México, 2014.

Popper, Karl. "La sociedad abierta y sus enemigos", Paídos, Buenos Aires, 2017.

Barak, Aharon. "Proporcionalidad", Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones". Traducido por Gonzalo Villa Rosas, de la obra original en inglés publicada por la Universidad de Cambridge (1992), Editorial Palestra, Lima, 2017.

MacCormick, Neil. "Retórica y Estado de Derecho", Una Teoría del Razonamiento Jurídico, traducido de su original en inglés, publicado por la Universidad de Oxford, 2005, por José Gascón Salvador, Editorial Palestra, Lima, 2017.

Greenawalt, Kent. "Objetivity in law", Oxford University Press, 1992.

Saggese, Roberto M. "El Control de Razonabilidad en el Sistema Constitucional Argentino", editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.

Raz, Josep. "La Autoridad del Derecho. Ensayos Sobre Derecho y Moral". Ediciones Coyoacan, México. 2016.

Llugdar, Eduardo "El concepto de Estado y sociedad democrática conforme a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Revista de Derechos Humanos y Humanitario - Número 1 - Septiembre 2018. IJ Editores, Argentina.

LA MORALIDAD DE LA SOCIEDAD EN CRISIS SANITARIA

Ursula Rosalía Aniceto Norabuena¹³⁵

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto resaltar los lineamientos constitucionales sobre los Derechos fundamentales de la persona, en específico el derecho a la vida y el derecho a la salud, en personas mayores de edad y el comportamiento moral ante la crisis sanitaria que padecemos.

La pandemia por el coronavirus COVID-19 ha colocado al mundo en una situación de crisis de características extraordinarias en la historia reciente, en la que los gobernantes políticos, funcionarios de la Administración Sanitaria, profesionales de salud y la ciudadanía, están teniendo que tomar decisiones rápidas y de gran envergadura en un contexto de gran incertidumbre. En este ámbito excepcional, los hechos que se van produciendo y las decisiones que tratan de responder a ellos están generando hoy en día conflictos éticos y violación a los derechos fundamentales de las personas mayores de edad, al no tomar medidas de atención que han sido contraídos con el virus.

Tomando como base las estadísticas y fuentes de información vemos que la población más afectada y con más gravedad por la infección o cómo se ha transmitido la edad como principal criterio de adecuación de intensidad asistencial, es una conducta moral inaceptable.

En ese sentido, se debe de proteger lo mejor posible los valores que como sociedad estamos llamados inexorablemente a defender, y con el propósito de ayudar a comprender la necesidad de algunas decisiones excepcionales.

Esta presentación es complementaria de la ponencia brindada el día 25 de abril de 2020 en la "Jornada Transdisciplinaria en Filosofía del Derecho, Medicina y Psicología: Covid – 19, como Objeto Generador de Situaciones Límites", organizado por *Apex Iuris* - Instituto de Investigación para la Ciencia & Humanidades.

¹³⁵ Abogada, Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, egresada del Doctorado por la Escuela de Postgrado UNASAM, egresada de la maestría en Docencia Universitaria.

CONTENIDO

La Protección de los Derechos Humanos en personas mayores de edad, durante la crisis del Covid – 19

En estos tiempos de incertidumbre por la pandemia del Covid – 19, considero indispensable y de gran importancia, tratar sobre la protección al derecho a la vida, que es un derecho fundamental de la persona consagrado en documentos fundamentales internacionales y nacionales de diversos países del mundo y que el Estado debe adoptar medidas que permitan salvaguardar este derecho de las personas.

Asimismo, el derecho a la salud, es otro derecho fundamental de todo ser humano. El derecho a la salud incluye el acceso oportuno, aceptable y asequible a servicios de atención de salud de calidad suficiente y que todo gobierno debe estar comprometido a proteger y promover este derecho.

Tanto el derecho a la vida y el derecho a la salud, son derechos fundamentales y se debe de proteger ante esta pandemia, que desde hace unos meses, Perú está viviendo, como todo el resto del mundo, una pandemia provocada por la enfermedad por coronavirus 2019-nCoV. a la que se ha denominado oficialmente COVID-19. Como es ya sabido por todo el mundo, y según la OMS, la enfermedad puede propagarse de persona a persona a través de las gotículas procedentes de la nariz o la boca que salen despedidas cuando una persona infectada tose o exhala; dichas gotículas pueden caer sobre los objetos y superficies que rodean a la persona, de modo que otras personas pueden contraer la COVID-19 si tocan estos objetos o superficies y luego se tocan los ojos, la nariz o la boca; también puede contagiarse la enfermedad si la persona inhala las gotículas que haya esparcido otra persona con COVID-19 al toser o exhalar. Ante esta situación se han tomado medidas sanitarias, para proteger la salud de los ciudadanos, y que nuestra constitución lo ampara, sin embargo han colapsado hospitales, no se le entrega indumentaria apropiada para el personal que se encuentra a cargo de COVID, no hay medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer la salud y por último no hay equipamiento de respiradores y en muchos países han optado por decidir quien debe ingresar a Unidad de Cuidados Intensivos, que en este último caso tratan en lo posible que no ingresen los mayores de edad, lo que contraviene no sólo a una discriminación sino ir en contra de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional, que es la vida humana y que constituye el derecho fundamental esencial en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

Todos nosotros, sin excepción, tenemos derecho a intervenciones que nos salven la vida. Esta responsabilidad recae en el gobierno, por lo tanto, debe de procurar y buscar estrategias en pro del bien común de toda una sociedad. La escasez de recursos o el uso de planes de seguros públicos o privados jamás deberían justificar la discriminación de determinados grupos de pacientes. Todos tenemos derecho a la salud.

En todo este tiempo, que estamos padeciendo esta crisis sanitaria, en algunos países, hemos visto por diferentes medios de comunicación, casos totalmente alarmantes de personas mayores, quienes hoy en día son los que en su mayoría afrontan el mayor riesgo de la pandemia del COVID-19; que son abandonadas en hogares de cuidado o que se han encontrado cuerpos de personas fallecidas en residencias de personas de edad.

Sin embargo, eso no es todo, es preocupante conocer ciertos casos específicos, como personas mayores de edad, con afecciones de salud subyacentes y quienes ya están socialmente excluidas, que viven en condiciones de pobreza, que tienen acceso limitado a servicios de salud o que viven en espacios confinados, como prisiones y residencias, pues el distanciamiento social, no debe convertirse en exclusión social.

La experta independiente en Derechos Humanos de la ONU, señaló "Las personas mayores ya afrontan una discriminación particular por motivos de edad y, por lo tanto, requieren protección específica de sus derechos. Destacó la necesidad urgente de un enfoque de derechos humanos integral para las personas mayores, que garantice la realización equitativa de todos sus derechos, incluido el acceso a la atención médica"¹³⁶

Es preocupante que las decisiones sobre la asignación de recursos médicos escasos, como los ventiladores en las unidades de cuidados intensivos, puedan ser tomadas únicamente en función de la edad, negando a las personas mayores su derecho a la salud y la vida en igualdad de condiciones con las demás personas.

Decisiones sanitarias de atención a mayores de edad en pandemia.

La actual situación de crisis sanitaria generada por la pandemia de coronavirus, ha entrado en debate alarmante con respeto a la postura de países como Holanda y Bélgica, que optan por el tratamiento de los más

¹³⁶ Kornfeld-Matte, Rosa. "Inaceptable": experta de la ONU insta a mejorar la protección de las personas mayores que enfrentan el mayor riesgo de la pandemia del COVID-19. Marzo 27, 2020. https://acnudh.org/

ancianos fuera de los hospitales e incluso de no ingresar a los mayores de 80 años en las UCI.

Para, Frits Rosendaal, jefe de epidemiología clínica del Centro Médico de la Universidad de Leiden, manifiesta que el criterio de selección de pacientes en Países Bajos frente a la epidemia del coronavirus, es totalmente diferente a otros países e indica que "el colapso de los hospitales en Italia y España, se debe a la posición cultural que ocupan los ancianos en nuestras sociedades, a los que se trata de salvar a cualquier precio. Mientras, en los hospitales holandeses se les selecciona con lupa, aún sin tener todavía saturado el sistema sanitario"¹³⁷

Los médicos de Países Bajos están dando directivas y guías a sus hospitales para que se piensen dos veces el trasladar a un centro médico a los ancianos contagiados con el coronavirus para prevenir su sufrimiento y no saturar los hospitales.

Indican que "No traigan a los pacientes débiles y a los ancianos al hospital". Porque no se puede hacer más por ellos que brindarles los buenos cuidados paliativos que ya les estarán dando en un centro de mayores. Llevarlos al hospital para morir allí es inhumano", afirma la belga Nele Van Den Noortgate, jefa del departamento de geriatría en Gante.

Es una posición y medidas, que han tomado los países bajos y que han tenido un resultado que prudentemente se puede calificar de positivo en cuanto han ido paliando la extensión de la epidemia en su país, preservando con ello la vida y la salud de las personas y, por ende, estos derechos que tan esenciales son al ser humano.

Del mismo modo, es el tratamiento para los pacientes con problemas físicos o mentales como la demencia, que se encuentran ya muy débiles, tienen "más probabilidades" de morir en los próximos 12 meses. Menos, si contraen el coronavirus. Así que el tratamiento puede tener un efecto que prolongue la vida, pero la posibilidad de una cura definitiva es muy pequeña.

Esta idea es cooperar para que los recursos disponibles se dediquen a salvar otros afectados, con más esperanza de sobrevivir, en lugar de alargar la de las personas mayores. Además, también se reduce el riesgo

¹³⁷ Frits Rosendaal. Países Bajos acusa a España e Italia: "Admiten a personas demasiado viejas con Covid-19 en las UCIs". Marzo 27, 2020. https://www.elespanol.com/

de contagio del personal de ambulancia y el hospital, y evita la sobrecarga de este último. Lo que sí se pide a los médicos es que traten de discutir con sus pacientes crónicos si les gustaría o no ser ingresados en la UCI en caso de que su estado de salud se agrave y los casos de coronavirus tengan saturados los hospitales en los próximos días. El objetivo, en los Países Bajos, es principalmente evitarles un sufrimiento innecesario y que ellos mismos elijan dónde quieren pasar sus últimos días. Lo que se trata de evitar es una situación similar a Italia y España, donde la falta de respiradores y camas en la UCI está llevando a los médicos a privilegiar a los pacientes con mayor esperanza de vida.

Lo mismo ocurre con Bélgica que pide que se dejen morir a los ancianos más débiles y con coronavirus fuera de los hospitales

Las personas mayores y más débiles que contraigan el coronavirus deben morir en las residencias de ancianos en vez de ser hospitalizadas. Es la directiva que la Sociedad Belga de Gerontología y Geriatría ha hecho llegar a los médicos de los geriátricos del país.

Cabe recordar que Bélgica es uno de los tres únicos países europeos donde la eutanasia es legal, junto con Holanda y Luxemburgo. Es en este contexto donde se inscriben las declaraciones de la especialista en geriatría. En un país que está acostumbrado a acompañar a las personas moribundas hacia el final de la vida mediante la ayuda de los médicos.

Con respecto a estos casos, tanto Holanda y Bélgica, son ejemplos inaceptables, ya que el primer deber de una sociedad es estar salvo, salvarse, preservar su salud, ya que una sociedad descansa en la ejemplaridad de los individuos que configuran costumbres.

Muchos países entre ellos Perú y España, se han pronunciado a través de sus Ministerios y rechazan el criterio de la edad y pide al personal de salud que se basen en la expectativa de vida del paciente para darle UCI o un respirador.

Los mayores de 80 años deben recibir tratamiento igual que el resto de los enfermos de coronavirus. En los documentos normativos de los Ministerios de Salud de diversos países, prohíbe que los hospitales utilicen la edad de los pacientes como criterio para decidir si pueden ser ingresados en la UCI o usar respiradores. Los pacientes de mayor edad en caso de escasez extrema de recursos asistenciales, deberán ser tratados en las mismas condiciones que el resto de la población.

En estas condiciones, los expertos consideran que deben establecerse una serie de bases a la hora de decidir quién accede a las UCI o a los respiradores cuando son escasos. recomiendan a los profesionales que se guíen por la situación clínica del paciente y sus expectativas objetivas de vida, basadas en la supervivencia.

También se insta a tener en cuenta *el principio de máximo beneficio en la recuperación de vidas humanas*, la gravedad del estado de enfermedad del paciente, sus expectativas objetivas de recuperación teniendo en cuenta o no la concurrencia de patologías graves o el orden de entrada en contacto con el sistema de salud.¹³⁸

Es decir, no defienden un trato similar a todos los enfermos de Covid-19 si faltan los recursos, pero sí rechazan que la edad sea un argumento a la hora de que los sanitarios decidan quién debe acceder a las UCI o a los respiradores. Aceptar tal discriminación comportaría una minusvaloración de determinadas vidas humanas por la etapa vital en la que se encuentran esas personas, lo que contradice los fundamentos de nuestro Estado de Derecho, en particular el reconocimiento de la igual dignidad intrínseca de todo ser humano por el hecho de serlo.

En esta crisis sanitaria el primer mensaje es *salvar vidas'*, *todas las posibles*. Esto exige a las autoridades, ampliar recursos para evitar un desbordamiento que más adelante se tomen decisiones de priorizar y por lo cual uno no quiere llegar a esta situación porque esto contravendría el derecho a la vida.

No atender a las personas mayores o a las discapacitadas, por el hecho de serlo, es una discriminación inadmisible: es inmoral y va en contra de la Constitución.

En la misma línea, *Pablo D'Ors* califica de inaceptable la negación de atención sanitaria a los ancianos "por el simple hecho de ser ancianos". Una decisión de ese tipo sólo puede estar guiada por una visión pragmatista y errónea. Y conducirá a una gran deshumanización"¹³⁹

D'Ors, quien fue capellán del Hospital Ramón y Cajal, insta a preguntarse por qué se opta por dejar a los ancianos sin la debida atención médica y

¹³⁸ Cristóbal, Carlos. Coronavirus: el criterio de edad "minusvalora" la vida de los ancianos. Abril 05, 2020. https://www.redaccionmedica.com/

¹³⁹ Europress. Filósofos españoles avisan ante la crisis del coronavirus: "No atender a mayores, por el hecho de serlo, es inmoral". Abril 06, 2020. https://www.europapress.es/

entiende que la respuesta "sólo puede ser porque se valora más la vida por vivir que la vivida".

En este dilema ético hay muchas cuestiones sobre la mesa. Por ejemplo, pensar que los jóvenes dan y que los ancianos sólo (o fundamentalmente) reciben. Nada de eso. Todos dan y reciben, es sólo que lo que los ancianos dan no es socialmente valorado por no ser productivo.

De esta manera, el problema termina no estando en dar o recibir, sino en la productividad, es decir, en la valoración de la persona en razón de su funcionalidad económica.

Javier Gomá, observa cómo en algunos momentos se ha llegado a plantear esta crisis como una cuestión de "dos castas": una de jóvenes y sanos, que serían de mejor condición, y otra, de peor condición, casta secundaria y subalterna, compuesta por ancianos, enfermos y discapacitados. Sostiene: "Que no existe más que una raza, sin castas, de hombres y mujeres con la misma dignidad. Por tanto, las medidas del Gobierno deben tratar a los débiles no sólo como si tuvieran la misma dignidad que ancianos y enfermos, sino con un plus de cuidado, porque los poderes deben suplir la falta de fuerzas y la indefensión a las que están sometidas los débiles". 140

La ética en tiempos de crisis sanitaria

Aristóteles ya decía que «el fin del ser humano es la felicidad». También recordaba Aristóteles, como todos los clásicos, que la forja del carácter es lo más importante para conseguir la felicidad. Claro que también interviene la suerte, la fortuna, aquello que no está en nuestras manos. Y el coronavirus no estaba en nuestras manos ni lo esperábamos en absoluto. Pero sí que es verdad que cuando se ha forjado bien el carácter de las personas y de los pueblos, se abordan mucho mejor estas situaciones, que son situaciones verdaderamente dramáticas.

Lo que tenemos que buscar en este momento, tanto en Perú como a nivel mundial, es lo que nos une y no lo que nos separa. Las gentes que están reanimando el conflicto y la polarización, están haciendo un daño enorme porque nuestra convivencia es muy frágil y la estamos convirtiendo en una lucha de todos contra todos. Busquemos lo que nos une, porque creo que todos nosotros valoramos la libertad, la igualdad,

¹⁴⁰ Europress. Filósofos españoles avisan ante la crisis del coronavirus: "No atender a mayores, por el hecho de serlo, es inmoral". Abril 06, 2020. https://www.europapress.es/

la solidaridad, el diálogo y la construcción del futuro. Busquemos eso que Aristóteles llamaba «la amistad cívica».

Pero también, es importante destacar en estos momentos tener una visión crítica pero responsable con el poder, tanto para afrontar esta emergencia como para construir democracia y futuro, ante situaciones fortuitas que se presentan como esta pandemia.

El hecho de que se busque lo que nos une, quiere decir precisamente que tratamos de ser críticos. Ser críticos quiere decir discernir. Desde aquello que nos une, debemos recordar a cada uno de los estados cuál es su obligación y cuáles son sus deberes y muchas veces los políticos lo han olvidado, ya que de ninguna manera ellos pueden ser los protagonistas de nuestra vida social ni tampoco nos tienen que dar recetas de felicidad. Lo que tienen que hacer es ser gestores en la vida cotidiana para las personas, los ciudadanos y de esta manera llevar a cabo nuestros planes de vida. Ya que la democracia es el protagonismo de los ciudadanos. En ese sentido, creo que los políticos deberían de aprender. Y, efectivamente, nosotros tenemos que recordárselo siempre que podamos. No son protagonistas, son sencillamente gestores que tienen que poner las bases de justicia para que las personas podamos llevar adelante nuestros planes de felicidad y vida buena.

Ante el miedo y la angustia que sentimos, hoy en día las personas que son solidarias están sufriendo por no poder salir a la calle a ayudar a los que se están quedando solos, a los que están muriendo solos en residencias y en hospitales.

Adela Cortina señala "Pero los peor situados son los que lo están pasando peor, como siempre, porque hemos organizado la sociedad no para los vulnerables, sino para los bien situados. La aporofobia persiste en esa desigualdad en la que vemos que unos están sufriendo mucho más que otros porque están mucho peor situados¹⁴¹.

En consecuencia, deben desarrollarse y seguirse protocolos de clasificación para garantizar que tales decisiones se tomen en función de las necesidades médicas, la mejor evidencia científica disponible y no por criterios no médicos como edad o condición de discapacidad.

¹⁴¹ Cortina, Adela. El dinero público destinado a batallas ideológicas debe invertirse en ciencia. Marzo 27, 2020. https://ethic.es/

Las personas mayores se han vuelto muy visibles en el brote del COVID 19, pero sus voces, opiniones y preocupaciones no han sido escuchadas. Por el contrario, la discriminación por motivos de edad profundamente arraigada en nuestras sociedades se ha vuelto aún más evidente. Lo hemos visto en el uso de un lenguaje cruel y deshumanizante en las redes sociales y en el énfasis exclusivo en la vulnerabilidad de las personas mayores, ignorando su autonomía.

La actitud de todo el personal de salud y todo el personal sanitario ha sido absolutamente admirable y ejemplar. Ojalá en todos los cuerpos profesionales trabajáramos con el mismo ímpetu. Sinceramente ha sido emocionante para mí y está siéndolo porque gracias a ellos están salvando una gran cantidad de vidas y se está recuperando gente y otros reciben consuelo porque reciben un tratamiento. Se ha visto muchas personas mayores, salir airosos de este virus, personas que tienen hasta más de 80 años y que el cuerpo médico ha respondido en las atenciones que requerían, sin ningún tipo de discriminación, sin embargo, causa también dolor pensar que en otros países optan por esta decisión que es totalmente inaceptable.

En esta crisis sanitaria, todas las decisiones se deben tomar desde los principios de equidad, no discriminación, solidaridad, justicia, proporcionalidad y transparencia. Los países deben abordar la pandemia con un enfoque cooperativo, global y basado en los derechos humanos, por lo tanto, el Estado debe de continuar adoptando medidas para aplacar esta crisis y estas medidas van encaminadas fundamentalmente a la atención que han sido contraídos con el virus.

Pero que sucede si no es así, el objetivo será por tanto ofrecer un procedimiento que posibilite una respuesta lograda a través de un proceso de deliberación que exige no una solución sino un compromiso como dice el profesor Diego García por encontrar o crear una solución prudente para cada caso en cada circunstancia concreta

En consecuencia, el cuidado de mayores es una responsabilidad social y no hacerlo es inmoral. Todo ser humano debe ser tratado con la misma consideración y respeto, sin embargo, en la actualidad en algunos países, se encuentran en una situación de pluralismo moral, en la que no es fácil llegar a acuerdos sobre qué se debe y que no se debe hacer en la asistencia a los ancianos. Siendo obligación del Estado procurar los medios necesarios para que cualquier persona pueda vivir dignamente el final de su vida.

CONCLUSIONES

- Los Estados tienen la responsabilidad de atender de forma adecuada y
 oportuna a todas las personas, sin discriminar por ser mayores de edad,
 otorgarles los medios sanitarios para poder tener una atención eficiente,
 encaminada a atender a la población que ha sido contagiada por este
 virus
- Los Gobiernos deben proseguir con el esfuerzo dirigido a incrementar los recursos humanos y materiales que permitan disminuir la necesidad de tomar decisiones de adecuación de intensidad de tratamientos motivadas por la escasez de medios y si es que se da este tipo de decisiones que sean fundadas a una buena práctica clínica.
- Como sociedad tenemos la obligación de respeto y cuidado hacia las personas ancianas y más vulnerables, obligación que debe comenzar por hablarles directamente a ellas, y prestarles toda la atención posible cuando exista el riesgo del contagio.
- Cultivar las buenas costumbres, las buenas aspiraciones y hábitos y los grandes ideales en cada momento, no solamente cuando aparece una crisis sanitaria.
- La sociedad va cambiar radicalmente, después de esta pandemia y para poder sobresalir, se va necesitar toda nuestra capacidad moral y todo el capital ético de cada uno de nosotros.
- El coronavirus ha dado lugar a brotes de solidaridad, se debe seguir cultivando y formando un carácter con estos valores y no solamente actuar cuando exista una amenaza constante.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Gracia Guillén, Diego. *Eutanasia: El estado de la cuestión*; Anales de la Real Academia Nacional de Medicina, 1995.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; *Constitución Política del Perú*, Lima-Perú; 2019.

Kornfeld-Matte, Rosa. "Inaceptable": experta de la ONU insta a mejorar la protección de las personas mayores que enfrentan el mayor riesgo de la pandemia del COVID-19; 2020. https://acnudh.org/

Frits Rosendaal. Países Bajos acusa a España e Italia: "Admiten a personas demasiado viejas con Covid-19 en las UCIs"; 2020. https://www.elespanol.com/

Cristóbal, Carlos. Coronavirus: el criterio de edad "minusvalora" la vida de los ancianos; 2020. https://www.redaccionmedica.com/

Europress. Filósofos españoles avisan ante la crisis del coronavirus: "No atender a mayores, por el hecho de serlo, es inmoral"; 2020. https://www.europapress.es/

Cortina, Adela. El dinero público destinado a batallas ideológicas debe invertirse en ciencia; 2020. https://ethic.es/

Betancur Jiménez, Gloria Elena. La ética y la moral: paradojas del ser humano. Revista CES Psicología ISSN 2011-3080 Volumen 9 Número 1; 2016.

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN TIEMPOS DE COVID-19

Julián Andrés Gaitán Reyes¹⁴² Julián Ricardo Rodríguez Soto¹⁴³

Espero que, precisamente, esta emergencia del coronavirus provoque un despertar de la razón, generando la plena consciencia de nuestra fragilidad y de nuestra interdependencia global. Ferrajoli, Luigi.

INTRODUCCIÓN

Ante la crisis generada por el Covid-19, el Estado colombiano ha decidido enfrentar la emergencia con las facultades constitucionales y legales, con la promesa me mantener vigente los fines esenciales del Estado. Las medidas adoptadas por los Estados en atención y contención del virus deberán tener como centro el pleno respeto de los Derechos Humanos¹⁴⁵ es decir que las medidas de excepción adoptadas para hacer frente a la pandemia sean compatibles con las obligaciones internacionales y locales.

¹⁴² Abogado. Especialista en Derecho Procesal. Magíster en Derecho. Conciliador en Derecho. Profesor investigador asociado Minciencias, Programa de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia. Miembro del Instituto de investigaciones para ciencia y humanidades "Aplex Iuris" https://orcid.org/0000-0003-0072-1548 https://scholar.google.es/citations?user=7YCptFcAAAAJ&hl=es Correo electrónico: julian.gaitanr@campusucc.edu.co

¹⁴³ Administrador de Empresas. Especialista en Gerencia de Mercadeo. Magíster en Educación. Candidato a Doctor en Administración. Profesor investigador asociado Minciencias, Programa de Administración de Empresas – Derecho. Universidad Cooperativa de Colombia. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-2967-5509.https://scholar.google.com/citations?user=BqE-v1YAAAAJ&hl=es. Correo electrónico: julian.rodriguez@campusucc.edu.co

¹⁴⁴ Ferrajoli, Luigi. Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata. 27 de marzo de 2020. Ubicado en: https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html

¹⁴⁵ Comisión Intermaericana de Derechos Humanos. Pandemia y derechos humanos en las Américas. Resolución 1/2020. Ubicado en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/ Resolucion-1-20-es.pdf

La anterior dinámica representa un gran desafío para el Estado colombiano de responder de forma eficiente para garantizar ciertos derechos fundamentales como el acceso a la justicia. El mantener el funcionamiento de la administración de justicia en tiempos de Covid-19, permite acudir en condiciones de igualdad al sistema judicial para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de los derechos o intereses legítimos¹⁴⁶, que a pesar de la excepcionalidad la democracia y el Estado Derecho siguen vivo.

Como era de esperar el Covid-19 amenaza al sistema judicial, logrando suspender la prestación normal del servicio judicial, suspensión de plazos judiciales, con atención a los causas urgentes o excepciones, que con el transcurrir de los días de alisamiento social obligatorio se fueron ampliando. Lo que ha posibilitado plantear como respuesta a la prevención, contención y mitigación del Covid-19, como alternativa la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos; como la conciliación extrajudicial en escenarios de justicia digital como una herramienta eficaz, eficiente y económica para garantizar el acceso a la justicia.

Ahora bien, el presente documento tiene como objeto determinar el impacto del Covid-19 en la conciliación extrajudicial, de que manera la pandemia ha transformado la Conciliación en Colombia, con aspectos como audiencias no presenciales, audiencias virtuales, la utilización de medios electrónicos para seguridad jurídica del proceso conciliatorio, la ampliación de términos para trámite conciliatorio, y sobre todo la dinámica del conflicto en tiempo de crisis.

Además, se plantea la oportunidad que tiene la conciliación extrajudicial como herramienta para contribuir a la recuperación social y económica del país, abordada desde la efectividad del mecanismo antes de la pandemia. Con el objetivo de determinar cómo potenciar este mecanismo en tiempo de crisis.

Este documento contiene una visión del contexto general de los conflictos jurídicos generados por el Covid-19, una aproximación al acceso a la administración de justicia en tiempos de pandemia, los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Una oportunidad para la conciliación extrajudicial en tiempo de Covid-19.

Por último, la abogacía moderna, como la medicina, se va haciendo cada día más preventiva que curativa¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-283 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴⁷ Couture, Eduardo, J. Los mandamientos del abogado. México. Colección lecturas jurídicas. Serie manuales jurídicos. Número 4. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003

EL CONTEXTO GENERAL DE LOS CONFLICTOS JURÍDICOS QUE GENERA EL COVID-19

El mundo vive un desajuste de la realidad social, política y jurídica, forjado por Covid-19, generando una crisis sanitaria, humana y económica¹⁴⁸. Las sociedades se deben aislar de manera obligatoria, entran en cuarentenas, las economías se cierran y se paralizan, los sistemas de salud colapsan, la administración de justicia suspende términos¹⁴⁹. La realidad sigue alterada porque no se sabe cuanto durará la crisis, y sí los intentos de soluciones den frutos en recuperarnos, todo depende de la supervivencia humana.

El Covid-19 a su paso dejará cambios en la vida de las personas. Nos ha llevado a cambiar nuestros comportamientos, a pensar de forma diferente, acelerar los procesos que ya venían en marcha y sobre todo poder entender que todos somos parte del conflicto. La crisis y las situaciones imprevistas nos hace vulnerables y amenazados, porque está en juego la vida, la salud, la familia, la economía, el trabajo, las relaciones con los demás. Lo anterior moviliza nuestras emociones de miedo, inseguridad, incertidumbre, zozobra, es decir nos sitúa en estado de vulnerabilidad.

Es por eso, que los efectos a corto y largo plazo del desplome de la economía, el colapso del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la afectación de los derechos laborales que en caso colombiano podría llegar afectar por lo menos 15 millones de trabajadores, las relaciones familiares afectadas con la violencia de género, las relaciones contractuales como contratos de arrendamiento. Lo anterior convertiría estos conflictos sociales en conflictos jurídicos que requerirán de la administración de justicia para el amparo de la tutela judicial efectiva. La situación a la que está expuesta la población colombiana se considera tan grave en tanto que afecta la salud, el empleo, el abastecimiento de bienes básicos y la economía que es necesario contar con las herramientas necesarias para enfrentar de manera eficaz la situación.

Sin embargo, el panorama desolador permite reevaluar en que estábamos antes de la pandemia, y formular preguntas como; ¿este es el sistema de salud que queremos para el futuro?, ¿este es el sistema de administración

¹⁴⁸ Presidencia de la República. Decreto 417 de 2020. El presidente de la República declaró un estado de emergencia económica, social y ambiental en todo el territorio nacional. Ubicado en: https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20417%20DEL%20 17%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf

¹⁴⁹ Presidencia de la República. Decreto 491 de 2020. El presidente de la República declaró un estado de emergencia económica, social y ambiental en todo el territorio nacional. Ubicado en:https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Decreto-491-28-marzo-2020.pdf

de justicia para futuro? Entre otras, además, es necesario formular interrogantes como; ¿de qué manera el Covid-19 debería transformar cada uno del ámbito como el social, político y jurídico?

APROXIMACIÓN AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA¹⁵⁰

El Covid-19 ha suspendido uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho: el sistema judicial, el cual hace valer los derechos de los ciudadanos, la administración de justicia tiene como propósito hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado Social de Derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia¹⁵¹. Es necesario precisar que se hace referencia a las demandas de las necesidades jurídicas individuales o colectivas de satisfacción de derechos que requieren ser atendidas por el sistema judicial, entendida esta en sentido formal como en sentido social al permitir que el ciudadano sea quien resuelvan sus necesidades jurídicas insatisfechas. En ese sentido, Cappelleti & Garth¹⁵² explican que el acceso a la justicia es entendido como el derecho de prestación a cargo del Estado para atender en el sistema de justicia las demandas individuales y colectivas de la solución de conflictos y de goce y disfrute de derechos.

Entonces, el acceso a la justicia hace referencia a que toda persona o grupos de personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política, creencias religiosas, a obtener respuesta a las necesidades jurídicas, mediante mecanismos adecuados sencillos y oportunos establecidos por el sistema de justicia, entendida esta en sentido amplio, en las que se concretan por vías judiciales como administrativas y abarca el conjunto de políticas públicas desarrolladas a los efectos de concienciar a las personas sobre sus derechos¹⁵³, esto es, que el acceso a la justicia contiene tres aspectos diferenciados y complementarios entre sí, el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial; la posibilidad de lograr un

¹⁵⁰ World Health Organization. Situation Report - 51. "Coronavirus disease 2019 (COVID-19)". Ubicado en: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-COVID-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57_10.

¹⁵¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-160 de 1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: Corte Constitucional.

¹⁵² Cappelleti, Mauro & Garth, Bryan. El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México. Fondo de Cultura Económica, 1996.

¹⁵³ Birgin, Haydée & Kohen, Beatriz. Acceso a la Justicia como garantía de la igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas. Buenos Aires. Biblos, 2006.

buen servicio de justicia, en otros términos, no solo llegar al sistema sino que este brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; y por último, complementario necesariamente, es el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.¹⁵⁴

En ese sentido, el acceso a la justicia tiene dos dimensiones; una jurídica que comprende un derecho sin el cual no puede obtenerse los mínimos de goce y disfrute de otros derechos que conducirían a una sociedad más justa¹⁵⁵. Y otra organizacional que establece lineamentos desde la política pública con enfoque de derechos¹⁵⁶, que permite identificar mecanismos que estén ausentes en el sistema para la realización de las previsiones normativas, igualmente analiza la naturaleza de los distintos servicios jurídicos que deben ser puestos a disposición de la ciudadanía. Asimismo, identifica las barreras u obstáculos en el acceso al servicio judicial y administrativo, en especial con las personas en estado de vulnerabilidad. Permitiendo ser un reductor de vulnerabilidad en cuatro dimensiones: la primera, el acceso a los jueces, tribunales, y otras entidades que pueden ofrecer tutela jurídica, la segunda, la disponibilidad de un servicio de justicia oportuno, eficaz, transparente, y sensible a las causas de los más desprotegidos, tercero, preservar la gratuidad de la justicia y cuarto, el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y de los medios para ejercerlos.

En otras palabras, el ejercicio del derecho fundamental a la administración justicia consiste en acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos. ¹⁵⁷ Como consecuencia de ese derecho fundamental las personas reconocen que el ordenamiento jurídico sigue vigente a pesar de la excepcionalidad. Es decir, la democracia y el Estado Social de Derecho Siguen vivos. Ahora bien, el Estado en tiempo de pandemia tiene el desafío

¹⁵⁴ Birgin, Haydée & Gherardi, Natalia. Violencia contra las mujeres y acceso. La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales (pág. 170). México: Serie Género, Derecho y Justicia. Fontamara. Nº6. 2011.

¹⁵⁵ Programa para las Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe para el desarrollo Humano. New York: PNUD. 2000.

¹⁵⁶ Programa para las Naciones Unidas para el Desarrollo. Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia. New York: PNUD. 2005.

¹⁵⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-283 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de lograr amparar este derecho, permitiendo que la población pueda ejercer su derecho ante el sistema judicial.

No hay ninguna duda que el Covid-19 ha tomado por sorpresa al Estado Colombiano, la falta de anticipación, la falta de experiencia, la falta de memoria histórica y las creencias de problemas imperceptibles, y ahora la nueva realidad de la pandemia permite construir escenarios hipotéticos que respondan a la pregunta ¿cómo garantizar el acceso de justicia? Y también es necesario interrogarnos ¿podrá la administración de justicia absorber la resolución de toda la conflictividad?

A raíz de los decretos de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, dictados por el presidente de la República de Colombia, El Consejo Superior de la Judicatura ha expedido Acuerdos y circulares para el funcionamiento de la administración de justicia con el fin de prevenir, contener y mitigar la pandemia del Covid-19.

Conforme a lo anterior, la administración de justicia suspendió los términos judiciales desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 20 de marzo de 2020, excepto en los despachos judiciales que cumplen la función de control de garantías y los despachos penales de conocimiento que tengan programadas audiencias con persona privada de la libertad, las cuales se podrán realizar virtualmente. Igualmente se exceptúa el trámite de acciones de tutela y habeas corpus¹⁵⁸.

Esto es, las acciones de tutelas y habeas corpus no se encuentran suspendidas, en tal sentido, se encuentra la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia del ejercicio del habeas corpus en circunstancias de suspensión de garantías¹⁵⁹, asimismo la Corte Constitucional al exponer que dada la vigencia de las garantías judiciales en los estados de excepción, ellas, en especial los recursos de amparo y de habeas corpus, también están excluidas de la restricción de su ejercicio¹⁶⁰, empero, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, ordenó suspender los términos judiciales de las acciones constitucionales de habeas corpus

¹⁵⁸ Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA20-11517 de 15 de marzo de 2020. Ubicado en: http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile. ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11517.pdf

¹⁵⁹ Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

¹⁶⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

como de tutela hasta el 3 de abril de 2020¹⁶¹, pero después de unos días revoco esa suspensión¹⁶², es pertinente aclarar que el acceso a la justicia en materia de acción de tutela y habeas corpus no puede ser suspendida, ni siquiera por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Posteriormente el Consejo Superior de Judicatura expide los Acuerdos PCSJA20 – 11518, 11519, 11520, 11521, 11526, 11527 y 11528 de 2020, los cuales prorrogaron la medida de suspensión de términos judiciales hasta el 12 de abril de 2020, y además establece algunas excepciones a la suspensión de términos. En el transcurso de la emergencia se expidió la circular PCSJC20-11¹⁶³ sobre las herramientas tecnológicas de apoyo a medidas Covid-19, finalmente se expide Acuerdo PCSJA20-11546¹⁶⁴. Prorrogar la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional, desde el 27 de abril hasta el 10 de mayo de 2020, y amplia el catálogo de excepciones a la suspensión de términos en materia contencioso administrativo, penal, civil, familia, materia laboral, disciplinaria, además exhorta a los jueces a utilizar preferencialmente los medios tecnológicos para todas las actuaciones, comunicaciones, notificaciones, audiencias y diligencias, y permitirán a las partes, abogados, terceros e intervinientes actuar en los procesos mediante los medios tecnológicos disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades físicas innecesarias. Desde que inicio la emergencia por el Covid-19 a la fecha 15 de abril de 2020, según el Consejo Superior de la Judicatura se ha recibido 18.072 tutelas y 501 habeas corpus; se han realizado 8.333 audiencias de control de garantías y 7.214 trámites de ejecución de penas¹⁶⁵.

Así las cosas, la respuesta integral a la prevención, contención y mitigación del Covid-19 es la justicia digital, es decir la modernización

¹⁶¹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala plena. Acuerdo 1420 de 19 de marzo de 2020.

Ubicado en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/03/
ACUERDO-N.:1420-DE-2020.pdf

¹⁶² Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala plena. Acuerdo 1429 de 19 de marzo de 2020. Ubicado en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/03/ Acuerdo-1429-de-2020_20200326174016.pdf.pdf.pdf.pdf

¹⁶³ Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJC20-11 de 31 de marzo de 2020. Ubicado en: https://drive.google.com/file/d/18pQNPEGKIXBx8_dUvDOo3Sd4TYuGFTJI/view

¹⁶⁴ Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020: Ubicado en: https://drive.google.com/file/d/1DT-lfzL0NwOO0-CX1g7gb-HVLQpvrnbu/view

¹⁶⁵ Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Justicia en cifras. 2020. Ubicado en: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWNIYjExMGUtZmFhOS00NDQ2LTgxN2UtNjY wMThkNjA4Y2I5IiwidCI6IjYyMmNiYTk4LTgwZjgtNDFmMy04ZGY1LThlYjk5OTAxNTk 4YiIsImMiOjR9

de la administración de justicia es inaplazable, sin embargo, desde la judicatura y la academia se plantean algunos obstáculos que impiden la digitalización y por ende el acceso a las tecnologías de la información en poblaciones vulnerables situación que se puede agrupar en dos grandes premisas: primero: sistema judicial, carente de recursos financieros, tecnológicos, materiales y humanos, falta de cobertura de las tecnologías de la información en las poblaciones más vulnerables, limitación en el acceso de la información y la corrupción entre otras. Y segundo: formalismos procesales excesivos y la carencia de la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

No podemos cerra los ojos a la realidad, la reactivación del sistema de justicia va a ser de manera parcial, progresiva, regulada, por esto, llego el momento de evolucionar a la digitalización que implica amparar el derecho fundamental al acceso a la justicia eliminando las barreras físicas y temporales. Lejos de ser obstáculo la justicia digital permitirá que un gran número de ciudadanos accedan a la administración de justicia.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. UNA OPORTUNIDAD PARA LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN TIEMPO DE COVID-19.

La crisis de la justicia; se centra en la falta de la independencia judicial, congestión judicial, violaciones al plazo razonable, inadecuada capacitación de los funcionarios judiciales, falta de recursos, limitación al acceso de la justicia, escasez de personal, corrupción, opinión desfavorable del sistema judicial colombiano llega al 84% de ciudadanos encuestados¹66, de los ciudadanos, hoy súmele la pandemia. Con este nuevo paradigma de la justicia será necesario reevaluar la necesidad de restablecer en la sociedad la capacidad de gestionar sus conflictos. Así, frente a una potestad jurisdiccional poco accesible, incapaz de prestar una tutela efectiva a muchas situaciones jurídicas, costosa, y sobre todo lento e ineficaz, lo aconsejable sería buscar fuera de la Jurisdicción los modos de decidir las contiendas.¹67

¹⁶⁶ Corporación Excelencia en la Justicia. Percepción ciudadana sobre el Sistema Judicial colombiano. Mayo de 2020. Ubicado en:

https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/confianza-y-corrupcion/opinion-ciudadana-acerca-del-sistema-judicial-colombia/?fbclid=IwAR2Tus0PeKhSX318l_c_T8byk5OWgxG304V7Tk0S5KuphqEEs8ZYfL4eAhs

¹⁶⁷ Taruffo, Michele. La Justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible? Madrid: Trotta. 1996

A raíz de las premisas anteriores el Estado Colombiano ha desarrollado una política pública de acceso a la justicia alternativa desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, con la construcción e implementación de distintos programas que tienen como base el desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos con la finalidad de aumentar los niveles de acceso a la justicia a través de modelos de implementación local y regional. Las iniciativas para la implementación de la política pública de Acceso a la Justicia se abordan a través de tres programas a cargo de la Dirección métodos Alternativos de Solución de Conflictos (DMASC): el Programa Nacional de Casas de Justicia y Centros de Convivencia Ciudadana, el Programa Nacional de Justicia en Equidad y el Programa Nacional de Conciliación Extrajudicial en Derecho y/o arbitraje. 168

El mecanismo autocompositivo con mayor evolución en la legislación colombiana es la Conciliación extrajudicial, cuenta con una robusta normativización, con requisitos minuciosos desde el derecho, con una lógica de burocratización, a pesar de que una de sus características es la informalidad, sin embargo, la conciliación tiene un gran fin en sí misma, que es garantizar el acceso a la justicia, constituyendo un espacio para el diálogo, que permita limar las asperezas, ampliar la concepción que las partes tienen respecto del conflicto, entender el origen del conflicto, reconocer al otro como interlocutor válido e identificar posibles alternativas de solución, el carácter voluntario de la solución a que puedan llegar las partes, se reduce a la condición de ganador o perdedor que surge durante un proceso judicial¹⁶⁹.

La conciliación tiene un fin epistémico en la transformación relacional y no en la resolución del conflicto, sin que deje de ser importante, porque este último tiene como final la solución de una situación determinada, pero no garantiza que las relaciones deterioradas o rotas continúen y se reconstruyan, de tal forma que se abra la puerta para que las disputas se resuelvan por la vía del acuerdo, estimulando espacios de reflexión y diálogo para superar diferencias y promover la convivencia pacífica en un país donde el litigio y la conflictividad son un aspecto cultural¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Colombia. Ministerio de justicia. Política pública de acceso a la justicia.2020. Ubicado en: https://sej.minjusticia.gov.co/AccesoJusticia/Paginas/Introduccion.aspx

¹⁶⁹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001, Magistrado Ponente José Manuel Cepeda. Bogotá: Corte Constitucional. 2001.

¹⁷⁰ Revelo, Alfredo. Módulo conciliación en Derecho. Bogotá: Escuela Rodrigo Lara Bonilla. 2019.

En qué estábamos antes de la pandemia.

El mecanismo de solución de conflicto principal es el proceso jurisdiccional, cuenta con ingreso efectivo de procesos que para el año 2019, fue aproximadamente de 2.490.885¹⁷¹ sin contar los años anteriores de congestión judicial. Por otra parte, la conciliación extrajudicial para el año 2019 reporta el ingreso efectivo de solicitudes de 172.503 de las cuales 85.078 fuero acuerdo de conciliación total y 5.072 acuerdos parciales de conciliación donde la naturaleza de los conflictos con mayores acuerdos conciliatorios fue el derecho civil y comercial¹⁷². Sin embargo, la baja difusión de la figura de la conciliación entre los ciudadanos padece de algunas patologías como: el desconocimiento de existencia; las personas no saben que existe la conciliación extrajudicial brindada por las entidades privadas y públicas, igualmente se desconoce los beneficios, funcionamiento de la conciliación extrajudicial¹⁷³, además la falta de legitimación o credibilidad en la actuación del conciliador¹⁷⁴.

Como se anotó anteriormente la conciliación se encuentra supremamente regulada, lo que resulta pertinente preguntarnos ¿las normas actuales son útiles para enfrentar Covid-19 desde la conciliación? La respuesta se encamina en lograr una desregulación o mejor proponer el mínimo de regulación para convertirla en un mecanismo más expedito y sencillo. Ahora para la conciliación extrajudicial no es nuevo hablar de la conciliación virtual¹⁷⁵, eso no soluciona el problema de fondo dado el bajo nivel de acceso a la tecnología de la información por parte de los ciudadanos, como; falta de acceso del internet, falta de computador o medio tecnológico, entonces la virtualización de la conciliación seria solución parcial, es un avance, sin embargo, no es la solución del nivel de conflictividad al que nos estamos enfrentando.

¹⁷¹ Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Estadísticas judiciales año 2019. 2019. Ubicada en: https://www.ramajudicial.gov.co/web/estadisticas-judiciales/ano-2019

¹⁷² Ministerio de Justicia. Estadísticas de conciliación extrajudicial en derecho año 2019. 2019 ubicado en: https://www.sicaac.gov.co/Informacion/Estadistica

¹⁷³ Gaitán, Julián Andrés & Forero, Manuel Ernesto. Eficacia de la oferta privada en la conciliación extrajudicial en derecho como mecanismo de solución de conflictos intersubjetivo en el municipio de El Espinal – Tolima. Justicia Juris. 12(2), p. 107-115. 2016

¹⁷⁴ Departamento Nacional de Planeación. Análisis conceptual del sistema nacional de conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro. Bogotá: DNP. 2015.

¹⁷⁵ Colombia. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1829 del 27 de agosto de 2013. Ubicado en: http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/ AGOSTO/27/DECRETO%201829%20DEL%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%202013.pdf

La modalidad de conciliación virtual tiene como fundamento leyes modelo como: Ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre comercio electrónico y su guía para incorporación al derecho interno (1996, adicionada en 1998). Ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre firmas electrónicas y su guía para incorporación al derecho interno (2001). Ley 527 de 1999, Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

El procedimiento conciliatorio virtual comprende un procedimiento administrado con el apoyo de un sistema de información, aplicativo o plataforma que permite la comunicación entre las partes. El procedimiento conciliatorio inicia con la solicitud que se puede realizar a través de formulario web o similar como envió por e-mail, posteriormente comienza el estudio jurídico por parte del conciliador para determinar si el asunto es conciliable. Si el asunto es conciliable el centro de conciliación envía las respectivas comunicaciones mediante correo electrónico o permitiendo la citación por medio de la plataforma virtual del centro de conciliación. A continuación, se celebra la audiencia por el medio tecnológico suministrado por el Centro de conciliación (Tems, Zoom, Vidyo o cualquier otro medio de videollamada), el resultado de la conciliación; acta o constancia se cargará en la plataforma del centro de conciliación con la consignación de las firmas electrónicas o algunos centros de conciliación permiten que el conciliador redacte el acuerdo y firme el acta de conciliación y cual integrará el vídeo en el que las partes manifiestan su voluntad de obligarse.

Este vídeo contendrá el inicio de la audiencia donde se identifican a las partes y la parte final donde se manifiestan los acuerdos y la voluntad de obligarse. Sin embargo, otros centros de conciliación al momento de existir acuerdo, el acta será enviada por correo electrónico y por correo físico certificado al domicilio del convocado. El cual, deberá realizar su firma ante notario con nota de presentación personal. El acta debe ser firmada por las partes, y deberá llegar al centro dentro de los 5 días hábiles siguientes a la recepción del acta. Si en tal plazo el documento no ha sido remitido al centro, se procede a levantar acta de imposibilidad de acuerdo. En el caso de no existir acuerdo la constancia solo será firmada por el conciliador. Situación anterior que genera retroceso para la virtualidad.

Cuál debería ser el futuro de la conciliación.

Cómo se anotó anteriormente, el Estado Colombiano se encuentra en una crisis sin precedente y para ello ha decidido utilizar todo el repertorio de facultades que la Constitución y la ley le otorgan para cumplir el fin esencial del Estado. Dentro de esas facultades ha decidido acoger una de las principales medidas, recomendaciones dadas por la OMS, que son: el distanciamiento social y aislamiento, para lo cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se conviertan en una herramienta esencial para permitir la protección la vida y la salud de los colombianos.

Igualmente se reconoce que los métodos alternativos de resolución de conflictos constituyen una herramienta eficaz, eficiente y económica para garantizar el acceso a la justicia de la población colombiana, entre los cuales se encuentran la conciliación. Asimismo, este método de solución de conflictos podrá sufrir alteraciones en su normal desarrollo por lo que se promueve la utilización de medios tecnológicos y los servicios virtuales.

Al respecto, los cambios que trae consigo la emergencia a la conciliación extrajudicial son: partimos de una premisa fundamental que la conciliación extrajudicial permite el acceso a la justicia, por lo tanto, no podrán suspender las actuaciones salvo cuando las circunstancias lo ameriten, por ejemplo, la falta de logista de los medios tecnológicos o servicios virtuales. Con las medidas tomadas por el Gobierno Nacional se flexibilizó las audiencias al poder celebrarse de manera no presencial, dando cabida no solo a la virtualidad, sino a los medios electrónicos, por ejemplo, e-mails sucesivos o simultáneos, chats de WhatsApp, mensaje de texto o aplicaciones similares de comunicación que permitan perfeccionar los acuerdos.

Ahora bien, con solo un chat, un correo electrónico o videoconferencia podría ser el equivalente a la firma de las partes o la firma del conciliador para perfeccionar el acta de conciliación conforme al artículo 1° de la ley 640 de 2001. Veamos entonces que las firmas cumplen funciones básicas como identificar a las personas, vinculan a la persona con el contenido de un documento, proporcionan certeza sobre la participación de alguien en el acto de la firma. En esa misma línea la firma electrónica permite a través de un método adecuado y confiable identificar al iniciador de un mensaje de datos y establecer que el contenido cuenta con su aprobación¹⁷⁶, por ejemplo, códigos contraseñas, datos biométricos,

¹⁷⁶ Colombia. Congreso de la República. Ley 527 de 18 de agosto 1999. Ubicado en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html

claves criptográficas entre otras.¹⁷⁷ ¿Pero el correo electrónico, los mensajes datos telefónicos, el WhatsApp, pueden ser considerados firmas electrónicas? La respuesta es sí, porque permite identificar, es decir cumple una función identificadora adecuada y confiables del autor del mensaje de datos. Lo mismo pasa con las videoconferencias que permite la función identificadora de los asistentes a la audiencia.

La identificación de los asistentes en una audiencia virtual se podrá realizar grabando a las partes en su presentación de comparecientes como parte convocante y parte convocado, siempre se debe asegurar la autenticidad, por ejemplo, establecer la fecha y hora de grabación proporcionada por el sistema. El mismo procedimiento se podría realizar para perfeccionar el acta de conciliación, es decir el conciliador empieza la grabación con la lectura del acuerdo conciliatorio con los requisitos del artículo 1° de la ley 640 de 2001. Que establecen el lugar fecha y hora de la audiencia, identificación del conciliador, identificación de los asistentes, relación sucinta de las pretensiones, motivo de la conciliación, seguidamente se realiza la lectura del acuerdo, una vez aceptado el acuerdo por las partes se procede a dar la palabra para que manifiesten en calidad obran y manifiesten la voluntad de aceptación del acuerdo.

Y la firma digitalizada o escaneada de un acuerdo de conciliación virtual puede considerarse firma electrónica. En principio la respuesta es no, porque no presenta un método adecuado del firmante. Sin embargo, la firma escaneada en la práctica comercial generalizada es considerada un documento electrónico¹⁷⁸, entonces los documentos digitalizados o escaneados como archivos adjuntos a un correo electrónico y siguiendo los lineamientos anteriores podrá ser considerado firma electrónica.

En ese sentido, La Corte Suprema de Justicia¹⁷⁹ estableció esta posibilidad y El Consejo de Estado, reiteró esa posición en los siguientes términos: este aspecto cobra particular relevancia la firma electrónica, que es el género, y que puede comprender las firmas escaneadas, o los métodos biométricos (como el iris y las huellas digitales), y la firma digital —especie—, basada en la criptografía asimétrica. (...) Por tal razón y ante la imposibilidad

¹⁷⁷ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2364 de 22 de noviembre de 2012. Ubicado en: http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/NOVIEMBRE/22/ DECRETO%202364%20DEL%2022%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202012.pdf

¹⁷⁸ Colombia. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Artículo 827. 1971.

¹⁷⁹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP: Pedro Octavio Munar Cadena, Radicado: 2004-01074. 2010.

de que el documento informático pudiese tener una firma manuscrita, fue concebida la de carácter electrónico, que consiste, según la doctrina, en «cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita». En otras palabras, todo dato que en forma electrónica cumpla una función identificadora, con independencia del grado de seguridad que ofrezca, siempre que también se reproduzca en el documento electrónico una presentación personal de la misma, para asegurar la autenticidad de la firma manuscrita reproducida, con el fin de cumplir con la formalidad de la firma de la declaración 180.

También dentro del abanico de posibilidades para la perfección de un acuerdo conciliatorio es la firma digital que su aplicabilidad no tiene discusión alguna por considerarse un mecanismo criptográfico que mediante una clave privada (bajo dominio exclusivo del firmante) y una clave pública permite firmar un documento (algoritmo), garantizando la posibilidad de: identificar de forma única a la persona firmante, asegura la confidencialidad de la información y logra la integralidad y originalidad del mensaje de datos. En Colombia este servicio es prestado por empresas certificadoras autorizadas por el Organismo Nacional de acreditación de Colombia.

En consonancia con la justicia digital, se requerirá que la conciliación extrajudicial cuente con un expediente electrónico, que no es más que convertir en mensaje de datos (Cada una de las etapas del procedimiento conciliatorio) y colocarlos a disposición en línea a cada una de las partes, permitiendo que puedan acceder en términos de oportunidad y facilidad.

Por otra parte, durante el estado de emergencia se ha ampliado el término máximo para surtirse la audiencia de conciliación, pasando de tres (3) meses a cinco (5) meses desde la solicitud de la conciliación, igualmente la suspensión de la prescripción o la caducidad con la presentación de la solicitud de conciliación se amplió el término máximo a cinco (5) meses. Ampliación de términos que genera retroceso en el sentido que la audiencia de conciliación se deberá surtir en el menor tiempo posible, además si se quiere potenciar este mecanismo en tiempo de pandemia como herramienta para la recuperación económica se deberá enfrentar el conflicto jurídico lo más pronto posible.

¹⁸⁰ Consejo de Estado en sentencia de la Sala Plena, Fecha: 28 de marzo de 2017. Expediente No. 11001-03-15-000-2015-00111-00. M.P: Rafael Francisco Suárez Vargas. 2017.

Cómo potencializar la conciliación extrajudicial.

Dentro de la evolución de la sociedad siempre estará inmerso el conflicto, considerado como un fenómeno natural, por eso en las palabras de profesor Lederach el conflicto es esencialmente un proceso natural de toda sociedad y un fenómeno necesario para la vida humana que puede ser factor positivo en el cambio y en las relaciones o destructivo según la manera de regularlo¹⁸¹, es innegable la afectación de los negocios, las relaciones personales, el aumento de los conflictos, la situación actual del acceso a la justicia, es necesario acudir de manera pronta, sencilla, ágil y expedito a mecanismos eficientes de resolución de conflictos como la conciliación extrajudicial que tiene dentro de sus grandes bondades la transformación relacional generando solución que probadamente es más eficiente, satisfactoria y especialmente canaliza de forma positiva las relaciones futuras. Esta actitud no solo va a ser positiva, sino también necesaria para levantar la situación de crisis que dejará la paralización de la actividad económica originada por el estado de alarma¹⁸².

La conciliación extrajudicial debería tener mayor difusión, divulgación para que la ciudadanía, conozca que hay una herramienta de solución de conflicto diferente al proceso judicial, el objetivo es lograr la mayor des judicialización de los conflictos, a través de una mínima regulación, informal, considerándola como herramienta sencilla, económica, de composición de los conflictos, que permite mejorar las relaciones futuras. Se debe pensar en simplificar los requisitos mínimos para su funcionamiento.

Asimismo, se debe pensar en mejorar la articulación con todo el sistema que administra justicia en el Estado Colombiano, no es solo registrar cifras en un sistema de información, sino lograr esa articulación efectiva con fin de examinar los retrocesos, avances e impacto jurídico y sociojurídico de la conciliación extrajudicial. La anterior dinámica permitirá evolucionar a través de las lecciones aprendidas.

Por otro lado, la conciliación extrajudicial será una herramienta útil para absorber la conflictividad generada por la crisis, la administración de justicia en la gran mayoría de servicios se encuentra suspendida, y es aquí donde la conciliación extrajudicial coadyuvara a la transformación

¹⁸¹ Lederach, Jhon, Paul. Transformación de conflictos. 2015. Ubicado en: http://www.prodialogo.org.pe/videos/02b_lederach

¹⁸² Bermúdez, Isabel. La mediación será una herramienta esencial ante un sistema judicial colapsado tras el fin del estado de alarma. 2020. Ubicado en: https://www.icjce.es/isabelbermudez-mediacion-sera-herramienta-esencial-ante-sistema.

de los conflictos como una herramienta que contribuya a la recuperación económica y social del Estado. Como se anotó anteriormente, la conciliación extrajudicial en derecho para el año 2019¹⁸³, tuvo ingreso efectivo de solicitudes de conciliación en 172.503, de las cuales, se logró acuerdo total de 85.078 y acuerdos parciales en la cifra de 5.072, ahora el área del derecho de mayor demanda es derecho civil y comercial con un ingreso efectivo de 80.795 solicitudes de conciliación, seguida por el área de derecho de familia con la cifra de 71.282, en materia laboral el número fue de 10.490. Las cifras anteriores ratifican que en las áreas con más demanda de solicitudes de conciliación son las que se requieren prelación para potencializar la reactivación social y económica durante la pandemia y post pandemia del Covid-19.

Aunado a lo anterior, se requiere también trabajar en la teoría del conflicto en la dialéctica de actualizar nuestro sentido de justicia, activarnos en promover diálogos sociales, promover la empatía, como estrategia para mitigar los efectos de la crisis desde el conciliador¹⁸⁴, se requiere que los conciliadores apliquen lo que pregonan, ayudar a conciliar en nuestro entorno, esto generará impacto con los más cercanos, apoyar desde nuestro ejercicio conciliatorio a las personas que se encuentran en la primera línea de trabajo contra el Covid-19, ser catalizadores de nuestros entornos primarios.

CONCLUSIONES

- La pandemia es una amenaza para el Estado de Derecho, no solo por los impactos directos del virus, sino por la falta capacidad de algunas instituciones del Estado. La parálisis de la administración de justicia imposibilita el derecho al acceso a la justicia, pilar fundamental para el desarrollo de una democracia, es aquí donde el Estado Colombiano se enfrenta con el desafío de lograr el amparo de los derechos dentro del marco interno e internacional, y conseguir ponderar la restricción algunos derechos fundamentales a raíz del aislamiento social obligatorio.
- No obstante, desde la expedición del Decreto presidencial 491 de 2020, se ha reiterado que los mecanismos alternativos de solución de conflicto, como la conciliación extrajudicial, son herramientas para garantizar

¹⁸³ Colombia. Ministerio de justicia. Estadísticas de conciliación extrajudicial en derecho. 2019. Ubicado en: https://www.sicaac.gov.co/Informacion/Estadistica

¹⁸⁴ Peña, Harbey. Seminario Internacional los MARC y la mediación en tiempos de crisis. 2020. Ubicado en: https://www.youtube.com/watch?v=CvXlMCdcvjI

el acceso a la justicia, consintiendo la prestación del servicio bajo la modalidad virtual o audiencias no presenciales.

- El Covid-19, ha acelerado la transformación de conciliación extrajudicial en Colombia, en el sentido de poder potencializar la conciliación como un mecanismo sencillo, informal, que se puede realizar la audiencia en cualquier momento, en cualquier lugar, que es efectivo, eficaz, económico, rapidez, la duración procedimiento siempre se debe intentar en menor tiempo posible. Y que en tiempos de crisis la conciliación extrajudicial tiene un alto grado de eficacia en asuntos de naturaleza civil, comercial y familia, que permitirá consolidar el mecanismo como una herramienta efectiva para contribuir a la recuperación económica y social del Estado Colombiano.
- Para lograr lo anterior es necesario fomentar estrategias de teoría de conflicto permitan la aprehensión de conceptos de manera flexible, práctica y en tiempo breve, así como la actualización en competencias digitales para la realización de audiencias de conciliación.
- Finalmente, frente a la conciliación virtual, conciliación no presencial, se debe ser más consciente de este canal de comunicación, llegando a la empatía que se adquiría desde presencialidad a la virtualidad. La constante reflexión de cada reacción que se presentan en este tipo de medios virtuales, digitales para lograr la anhelada justicia social. En otras palabras, si las tecnologías están involucradas, deberían producir transformación, en lugar de simplemente automatizar los procesos convencionales.¹⁸⁵

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ferrajoli, Luigi. Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata. 27 de marzo de 2020. Ubicado en: https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-lospaises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html

Comisión Intermaericana de Derechos Humanos. Pandemia y derechos humanos en las Américas. Resolución 1/2020. Ubicado en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf

¹⁸⁵ Susskind, Richard. Online Courts and the Future of Justice. P 31. OUP Oxford. Kindle Edition, 2020.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-283 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Couture, Eduardo, J. Los mandamientos del abogado. México. Colección lecturas jurídicas. Serie manuales jurídicos. Número 4. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003

Presidencia de la República. Decreto 417 de 2020. El presidente de la República declaró un estado de emergencia económica, social y ambiental en todo el territorio nacional. Ubicado en: https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20417%20 DEL%2017%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf

Presidencia de la República. Decreto 491 de 2020. El presidente de la República declaró un estado de emergencia económica, social y ambiental en todo el territorio nacional. Ubicado en: https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Decreto-491-28-marzo-2020.pdf

World Health Organization. Situation Report – 51. "Coronavirus disease 2019 (COVID-19)". Ubicado en: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-COVID-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57 10.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-160 de 1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: Corte Constitucional.

Cappelleti, Mauro & Garth, Bryan. El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México. Fondo de Cultura Económica, 1996.

Birgin, Haydée & Kohen, Beatriz. Acceso a la Justicia como garantía de la igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas. Buenos Aires. Biblos, 2006.

Birgin, Haydée & Gherardi, Natalia. Violencia contra las mujeres y acceso. La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales (pág. 170). México: Serie Género, Derecho y Justicia. Fontamara. N°6, 2011.

Programa para las Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe para el desarrollo Humano. New York: PNUD. 2000.

Programa para las Naciones Unidas para el Desarrollo. Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia. New York: PNUD. 2005.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-283 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA20-11517 de 15 de marzo de 2020. Ubicado en: http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11517.pdf

Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala plena. Acuerdo 1420 de 19 de marzo de 2020. Ubicado en:http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/03/ACUERDO-N.-1420-DE-2020.pdf

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala plena. Acuerdo 1429 de 19 de marzo de 2020. Ubicado en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/03/Acuerdo-1429-de-2020_20200326174016. pdf.pdf.pdf

Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJC20-11 de 31 de marzo de 2020. Ubicado en: https://drive.google.com/file/d/18pQNPEGKIXBx8_dUvDOo3Sd4TYuGFTJl/view

Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020: Ubicado en: https://drive.google.com/file/d/1DT-lfzL0NwOO0-CX1g7gb-HVLQpvrnbu/view

Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Justicia en cifras. 2020. Ubicado en: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWNlYjExMGUtZmFhOS00NDQ2LTgxN2UtNjYwMThkNjA4Y2I5IiwidCI6IjYyMmNiYTk4LTgwZjgtNDFmMy04ZGY1LThlYjk5OTAxNTk4YiIsImMiOjR9

Corporación Excelencia en la Justicia. Percepción ciudadana sobre el Sistema Judicial colombiano. Mayo de 2020. Ubicado en: https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/confianza-y-corrupcion/opinion-ciudadana-acerca-del-sistema-judicial-colombia/?fbclid=IwAR2Tus0Pe KhSX318l_c_T8byk5OWgxG304V7Tk0S5KuphqEEs8ZYfL4eAhs

Taruffo, Michele. La Justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible? Madrid: Trotta. 1996

Colombia. Ministerio de justicia. Política pública de acceso a la justicia.2020. Ubicado en: https://sej.minjusticia.gov.co/AccesoJusticia/Paginas/Introduccion.aspx

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001, Magistrado Ponente José Manuel Cepeda. Bogotá: Corte Constitucional. 2001.

Revelo, Alfredo. Módulo conciliación en Derecho. Bogotá: Escuela Rodrigo Lara Bonilla. 2019.

Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Estadísticas judiciales año 2019. 2019. Ubicada en: https://www.ramajudicial.gov.co/web/estadisticas-judiciales/ano-2019

Ministerio de Justicia. Estadísticas de conciliación extrajudicial en derecho año 2019. 2019 ubicado en: https://www.sicaac.gov.co/Informacion/Estadistica

Gaitán, Julián Andrés & Forero, Manuel Ernesto. Eficacia de la oferta privada en la conciliación extrajudicial en derecho como mecanismo de solución de conflictos intersubjetivo en el municipio de El Espinal – Tolima. Justicia Juris. 12(2), p. 107-115. 2016.

Departamento Nacional de Planeación. Análisis conceptual del sistema nacional de conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro. Bogotá: DNP. 2015.

Colombia. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1829 del 27 de agosto de 2013. Ubicado en: http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/AGOSTO/27/DECRETO%20 1829%20DEL%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%202013.pdf

Colombia. Congreso de la República. Ley 527 de 18 de agosto 1999. Ubicado en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2364 de 22 de noviembre de 2012. Ubicado en: http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/NOVIEMBRE/22/DECRETO%202364%20DEL%2022%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202012.pdf

Colombia. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Artículo 827. 1971.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP: Pedro Octavio Munar Cadena, Radicado: 2004-01074. 2010.

Consejo de Estado en sentencia de la Sala Plena, Fecha: 28 de marzo de 2017. Expediente No. 11001-03-15-000-2015-00111-00. M.P: Rafael Francisco Suárez Vargas. 2017.

Lederach, Jhon, Paul. Transformación de conflictos. 2015. Ubicado en: http://www.prodialogo.org.pe/videos/02b_lederach

Bermúdez, Isabel. La mediación será una herramienta esencial ante un sistema judicial colapsado tras el fin del estado de alarma. 2020. Ubicado en: https://www.icjce.es/isabel-bermudez-mediacion-sera-herramienta-esencial-ante-sistema.

Colombia. Ministerio de justicia. Estadísticas de conciliación extrajudicial en derecho. 2019. Ubicado en: https://www.sicaac.gov.co/Informacion/Estadistica

Peña, Harbey. Seminario Internacional los MARC y la mediación en tiempos de crisis. 2020. Ubicado en: https://www.youtube.com/watch?v=CvXlMCdcvjI

Susskind, Richard. Online Courts and the Future of Justice. P 31. OUP Oxford. Kindle Edition, 2020.

DILEMAS ÉTICOS, EN LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL (BIOPODER-BIOPOLÍTICA) Covid 19¹⁸⁶

Edgar Fabián Garzón Buenaventura 187 Viviana Paola Álvarez Orduz 188

"El lenguaje político está diseñado para hacer que las mentiras suenen confiables y el asesinato, respetable; y para darle la apariencia de solidez al mero viento" George Orwell

INTRODUCCIÓN

El presente escrito atiende un método hermenéutico jurídico-filosófico para presentar un aspecto novedoso a través de la nueva corriente del derecho enfocándose en el covid-19. Seguidamente, se agrega algunas reflexiones filosóficas y/o políticas, para concluir en una configuración probable de la teoría del daño, la compensación de perjuicio, en la declaratoria de responsabilidad por hecho ilícito internacional en la herencia común de la humanidad a raíz de la emergencia sanitaria.

El derecho administrativo global, es una perspectiva teórica transnacional que permite superar las relaciones entre los Estados Nacionales y los organismos supranacionales, con el fin de establecer las dinámicas entre las reglas como principios comunes, coadyuvando a una unidad jurídica, superando la doctrina clásica entre las que se destaca; i) derecho internacional- nacional ii) derecho internacional público- privado.

¹⁸⁶ Capítulo de libro de investigación del proyecto de investigación denominado la codificación procesal constitucional de la Universidad Libre seccional Bogotá.

¹⁸⁷ Abogado- Filósofo. Universidad Libre. Magíster en Derecho Procesal Constitucional. Doctor en derecho Universidad Libre De Colombia. Profesor Universitario pregrado Libre-Manuela Beltran, Postgrado Libre, Sergio Arboleda, Medellín. Miembro de la asociación colombiana derecho Procesal Constitucional y Justicia Constitucional.

¹⁸⁸ Estudiante de cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre seccional Bogotá. Coordinadora del Semillero de investigación James Goldschmidt.

Así mismo, el derecho administrativo global sobresale en su asentamiento jurídico a través de la internacionalización del derecho y el poder omnímodo del Estado en el covid 19, como aspecto que facilita la interacción política en los aspectos del Biopoder-Biopolítica, que se reflexionan en las dimensiones de una sociedad transparente, en el nuevo medio de control denominado big data o vigilancia digital del producto humano.

Finalmente, bajo una postura descriptiva y crítica, se analiza la posibilidad en decretar una responsabilidad internacional del Estado frente a las posibles indemnizaciones en el derecho administrativo global en la Pandemia ante la Corte Internacional de Justicia.

GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

Para hablar de globalización del derecho resulta relevante aproximarse al concepto de hombre y su naturaleza. Aristóteles desde el Siglo IV a.C. puso de presente que el hombre es un *zoon politikon*, es decir, un ser social y, por lo mismo, político por naturaleza. Esta visión ha permanecido a través de la historia, ya que el hombre es un ser gregario, se federa o se asocia, bien sea por necesidad o por interés, como lo manifestó siglos después John Locke.

También la historia da cuenta que el ser humano no ha estado dispuesto a vivir en una sola comarca, pues si bien es cierto, hubo un paso importante en la evolución del humano en su paso de hombre nómada a hombre sedentario, siempre se ha observado, necesidades, intereses o, si se quiere, aventuras como las conquistas de las naciones, que la humanidad se ha mezclado a través del tiempo. Numerables invasiones de pueblos, guerras, descubrimientos científicos, pretensiones económicas, entre otros factores, han impulsado tanto encuentros, como mezclas y choques de civilizaciones. Los imperios, empezando por el Romano, es una evidencia de lo afirmado.

Ahora bien, el derecho ha estado presente, con variadas manifestaciones conforme a las culturas, los tiempos, la idiosincrasia, el clima, la geografía, junto a otros aspectos como el comercio, el cual, gracias a su creciente expansión ha generado que el derecho se haya importado o exportado de una Nación a otra. A manera de ejemplo, en occidente han influido dos grandes familias del derecho: la romano germánica y la anglosajona. En los vaivenes de conquistas, colonias e independencias de naciones, estas familias jurídicas han llegado, se han quedado y han mutado en las naciones que han recibido su influencia.

En este hilo conductor, hablar de globalización del derecho no parece ser algo innovador. Sin embargo, la novedad está dada por un fenómeno que siempre está detrás del ordenamiento jurídico, que lo determina y lo utiliza: la economía. Si lo económico traspasa fronteras con altos indicadores, debe ser regulado por el derecho. Y, no se puede olvidar que algunos países y las empresas trasnacionales o multinacionales han impulsado la economía a nivel global y, por tanto, su necesidad de regulación, vale decir, ha impulsado el derecho. Dicho de otra manera, la globalización del derecho deviene del impulso global de la economía con su pertinente regulación.

De este modo, para comprender la globalización del derecho, en primer lugar, es relevante aproximarse al concepto de globalización. Según la Real Academia de la Lengua Española es "la extensión del ámbito propio de instituciones sociales, políticas y jurídicas a un plano internacional." Según Mittelman "la globalización se puede entender como una fase en la historia del capital cuyo linaje ha unido a distintas sociedades en un mismo sistema, es una dialéctica de continuidades y discontinuidades". En la historia del capital, la globalización se predica, en términos generales, del sistema económico capitalista. De hecho, varios doctrinantes afirman que el sistema capitalista como modelo económico es el origen de la globalización.

Según Rodolfo Cerdas, la globalización "es el acelerado proceso de cambio que, a nivel mundial, se ha venido desarrollando en todos los ámbitos del quehacer humano, pero muy particularmente en lo referente a lo militar, lo económico, el comercio, las finanzas, la información, la ciencia, la tecnología, el arte y la cultura". Y, según el Fondo Monetario Internacional "la globalización es una interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de flujos internacionales de capitales." De las anteriores definiciones, es claro que, es inevitable separar el concepto de globalización del aspecto económico, pues el intercambio de productos, de saberes y de culturas determina el desarrollo de los pueblos y su relación entre los mismos, y por ello hoy, no se puede hablar de Estados autárquicos, en razón a que, como se ha evidenciado, el hombre en su evolución siempre ha necesitado de la sapiencia y el aporte de otros que les permita construir sociedades transnacionales.

En segundo lugar, es importante diferenciar esta expresión de ciertos conceptos que suelen usarse indistintamente y para mayor especificidad, es

¹⁸⁹ GRÜN, Ernesto, "La globalización del derecho: un fenómeno sistémico y cibernético" Página 12, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 1998.

¹⁹⁰ BODEMER, Klaus. "La globalización. Un concepto y sus problemas" Página 54-71, Revista Nueva sociedad, Número 156, agosto de 1998.

necesario destacar: la mundialización, tiene un carácter más geográfico o territorial; la planetarización que fue una etapa de unión de las naciones que se dio luego de la segunda guerra mundial hasta aproximadamente 1960; y la internacionalización que tiene un carácter jurídico pero que su eje central es la nación¹⁹¹. Al tenor de los anteriores conceptos, es claro que la globalización abarca lo social, lo económico, lo cultural, lo demográfico, y muy importante, lo jurídico, pero teniendo como eje principal lo internacional, la transnacionalidad.

Según algunos autores como Saskia Sassen¹⁹² la globalización comenzó desde el final de la edad media, producto de la expansión del capitalismo, generada por las crecientes relaciones de comercio que se estaban desarrollando, dada la terminación de la época feudal. Otros autores consideran que es producto del colonialismo, otros que surgió con la independencia de las naciones, otros autores plantean que surgió a finales del Siglo XIX pero que fue interrumpida por la Primera Guerra Mundial, sin embargo, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) considera que la globalización formalmente se genera a partir del último cuarto del Siglo XX, época en la cual se hizo más fuerte el libre comercio, por ende las empresas transnacionales tuvieron su auge, y se buscó homogeneización de modelos de desarrollo, y de ciertos criterios jurídicos tales como el control aduanero.

Según Norberto Bobbio, la globalización del derecho es fundamental para entender la globalización en términos generales dando así cuatro estándares de la globalización del derecho¹⁹³, los cuales son:

- Localismo globalizado: Se refiere a cuando un fenómeno local ha sido globalizado con éxito, es decir, se convierte en un fenómeno común.
- Globalismo localizado: Este implica el impacto de los imperativos transnacionales en las prácticas locales, por ejemplo el control de convencionalidad.
- Cosmopolitismo: Es la organización, interacción y solidaridad transnacional para la defensa de intereses comunes. Esta idea viene desde Kant, es la forma en que interactúan las organizaciones y generan principios de solidaridad.

¹⁹¹ ALEGRÍA, Héctor. "Globalización y derecho." Página 190. La globalización, de Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1999. Ubicado en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/globalizacion-y-derecho.pdf

¹⁹² MORALES, Fernando. "Globalización, conceptos, características y contradicciones." Página 1-9, Ubicado en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4796216.pdf

¹⁹³ JIMÉNEZ, William Guillermo. "Globalización del derecho. Aspectos jurídicos y derechos humanos." Página 17-28. Revista Nova et Vetera, volumen 20, 2011.

4. Herencia común de la humanidad: Que es el manejo de asuntos que son globales por naturaleza, por ejemplo, el cambio climático.

Tanto el localismo globalizado como el globalismo localizado corresponden a una vista adaptativa- subparadigmática, es decir, se entiende como un periodo de ajuste o de transición. En cambio, el cosmopolitismo y la herencia común de la humanidad corresponden a una perspectiva transformativa-paradigmática, es decir, cuando ya ha pasado el periodo de transición o este no fue necesario, siendo ya un fenómeno abarcado por gran parte del globo.

Ahora bien, la globalización del derecho es un proceso que se ha venido presentando desde el siglo pasado, que busca la uniformidad de las legislaciones y la unificación del derecho en todo el mundo, lo que persigue la globalización del derecho es que haya sistemas identificables y organizados, de ser posible un solo sistema organizado; es por ello que es pertinente tratar la soberanía de los Estados. Esta figura se ve reducida, frente al monopolio que tiene el Estado al quedar supeditado a la decisión de organismos internacionales que expiden normas que entran a formar parte del bloque de constitucionalidad, y no sólo eso, se da tal relevancia a las reglas internacionales que, como lo establece el artículo 2º de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos, se deben adoptar normas de derecho interno que estén conforme a las disposiciones internacionales o transnacionales, que al final genera la modificación de las fuentes del derecho.

Empero, la soberanía del Estado no se ve soslayada únicamente en el ámbito legislativo o normativo, también en el ámbito judicial, ya que se han implementado tribunales internacionales, cuyas decisiones son de carácter obligatorio y que, si bien es cierto, su actuación es subsidiaria, su actividad es vinculante e incluso sancionatoria para los Estados que hagan parte de cada uno de esos tribunales internacionales.

Teniendo presente lo anterior, la globalización del derecho es un proceso que ha venido en crecimiento debido a la importancia dada a los entes supranacionales que son vinculantes en sus resoluciones y que dan parámetros de guía para las decisiones que se tomen en cada uno de los Estados y, así mismo, para la adaptación de las legislaciones ante decisiones que han sido proferidas por los organismos internacionales, ya que en esos entes está representada la voluntad de cada Estado, expresada a través de un representante de la población de su respectivo territorio.

Luego, resulta claro que, la globalización del derecho es un proceso necesario y útil para la integración de los pueblos, para el desarrollo de los Estados y para la evolución de su sociedad. Lo que lleva a que se estudie o se entienda por qué es importante, en consecuencia, hablar de un derecho administrativo global.

DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El derecho administrativo global es una teoría nueva, si se quiere, es una nueva disciplina, que ha sido tratada mayormente en Estados Unidos y en España, que se separa sustancialmente del derecho administrativo clásico que se estudiaba en el Siglo XVIII, esta rama del derecho se derivó directamente del régimen interno de cada uno de los Estados y se refería a la administración pública de este.

Lo que realmente busca esta nueva disciplina del derecho, en la idea clásica del mismo, es regular las relaciones que se den entre las entidades públicas del Estado y los particulares. Sin embargo, al denotar que cambió la relación de las actuaciones internas y externas de los Estados y añadiendo la globalización del derecho, el derecho administrativo clásico ha sido influenciado por normas internacionales que se han expedido. De igual modo, se atribuye su cambio debido a una creciente aplicación de principios del derecho administrativo más allá de las fronteras de los Estados, y sumado a ello está el hecho de que se ha creado una interdependencia de lo globalizado, en casos como la seguridad, el desarrollo, la asistencia financiera, la protección ambiental y las telecomunicaciones, entre muchas otras circunstancias que cuando tienen lugar, conducen a que se acuda a las entidades supranacionales para que presten la colaboración para la cual fueron creadas. 194

A modo de ejemplo del funcionamiento del derecho administrativo global se puede observar la Unión Europea, que ha creado un verdadero derecho comunitario, en el cual los estados tienen fines supranacionales en la expedición de sus normas, y al hacerlo generan un impacto en el derecho administrativo de cada uno de los Estados. El derecho administrativo global ha tenido influencia en los mercados financieros, medio ambiente, internet, ciencia, contratación pública, entre otros. 195

Teniendo presente lo descrito, es evidente que el derecho administrativo interno resulta insuficiente frente a las nuevas corrientes que se han generado donde las normas internacionales, ya que tienen el mismo peso que la constitución, además de observar decisiones que afectan los

¹⁹⁴ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. "El surgimiento del derecho administrativo global" Página 1-40. Ubicado en: https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/06/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf

¹⁹⁵ DARNACULLETA GARDELLA, Merce. "El derecho Administrativo global ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?" Página 11-50. Revista de Administración Pública, 2016.

límites de los Estados, por lo que se ha llegado a crear, prácticamente, una administración internacional.

El derecho administrativo global surge por dos circunstancias especiales, la primera es la globalización del derecho, y la segunda es la necesidad de trasladar el Estado de Derecho a unas instancias que vayan más allá de los Estados, es una administrativización de todo el espacio global. Para este derecho administrativo transnacional no se puede entender solo un derecho positivista, sino que se tiene que comprender de forma amplia, como era planteado por Hart, evitando la norma de reconocimiento¹⁹⁶.

Definir el derecho administrativo global, a la fecha, no resulta fácil, debido a la existencia de diversas conceptos, aunado a una reciente y nueva teorización, la cual, si bien es cierto, tuvo acogida por algunos académicos, también ha generado críticas sobre el mismo, las cuales se dirigen, ya sea, a la inexistencia del derecho administrativo global o, a la falta de elementos para que se pueda considerar una nueva rama del derecho. Las teorías que acogen el derecho administrativo global son disímiles, por ejemplo, una de ellas entiende el derecho administrativo global como la organización administrativa de los entes supranacionales, otra corriente la entiende como el derecho aplicable a los Estados en su relación con los demás.

Sin embargo, para mejor entendimiento es prudente definir el derecho administrativo global como aquel derecho aplicable a todas las situaciones que superen los límites de los Estados y que tienen aplicación en la vida administrativa de los mismos o de sus habitantes. También podría definirse como un conjunto de mecanismos, principios y acuerdos sociales que promueven la transparencia, razonabilidad y participación en la administración más allá de las fronteras; o como los principios jurídicos que son aplicables a la actividad de administración transfronteriza. El derecho administrativo global está conformado por:

- Tratados internacionales: Son aquellos instrumentos que contienen acuerdos jurídicos entre diferentes Estados, o entre esos Estados y un Organismo Internacional.
- Organizaciones internacionales: Son las organizaciones conformadas por sujetos de derecho público internacional como los Estados, tienen su regulación propia, tienen alcance internacional y tienen fines comunes.

¹⁹⁶ DARNACULLETA GARDELLA, Merce. "El derecho Administrativo global ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?" Página 11-50. Revista de Administración Pública, 2016.

- Organizaciones comunitarias: Son entidades que tienen fines comunes para solucionar los problemas que se presenten en la comunidad, por ejemplo, la Comunidad Andina de Naciones.
- Organizaciones transnacionales: Son coaliciones que trascienden las fronteras de las naciones y que son, por lo general, no gubernamentales.

Se puede afirmar que la creación de normas de derecho administrativo global de forma inductiva proviene de los ordenamientos jurídicos internos y de los tratados internacionales; y de forma deductiva de las normas de derecho internacional público, en especial, de los que versen sobre Derechos Humanos. Es decir, las normas internacionales que afectan el derecho administrativo, antes eran consideradas soft law, sin embargo, ahora son vinculantes, al ser normas que derivan tanto del ordenamiento jurídico interno de cada país, como de los tratados de carácter internacional.

Al hablar de administración pública transnacional hay que tener en cuenta que hay centros de producción normativa transnacional, ya que no siempre se da por la suscripción de tratados internacionales por parte de los Estados, porque, incluso estos mismos tratados o convenios, han creado organismos que generan normativa transnacional. Sin embargo, hay otras organizaciones que desarrollan normas internacionales, pero que no tienen su origen en tratados internacionales, sino por los mismos Estados o por particulares, o tienen un origen mixto¹⁹⁷. Así que, los centros de producción normativa internacional son:

- 1. Los Estados: Cuando suscriben tratados o convenios internacionales, ya que de estos surgen normas vinculantes para los Estados y sus habitantes. En cuanto a derecho administrativo surge la duda si es fuente directa o indirecta del ordenamiento jurídico, y esto dependerá de cada una de las legislaciones de los Estados. Es necesario recalcar que estas normas no contienen meros principios, sino que consagran normas que influyen en los Estados y su población.
- 2. Las organizaciones internacionales: Son aquellas asociaciones voluntarias de Estados que se establecen mediante acuerdos internacionales y tienen una voluntad jurídica autónoma a la de sus miembros. Están compuestas por Estados soberanos, para su creación es necesario un tratado o convención internacional, tienen una estructura propia, permanente e independiente; estas organizaciones no están bajo

¹⁹⁷ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. "El derecho administrativo transnacional o global: Un nuevo capítulo en el derecho administrativo." Página 453 y ss. Revista de la Universidad Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, 2013.

la soberanía de ninguno de los Estados miembros de las mismas. Se pueden clasificar:

- a. Según sus fines: Fines generales como la Organización de Naciones Unidas; o fines particulares como la Organización Internacional del Trabajo.
- b. Según el ámbito en el que actúan: Universales o Regionales.

Las decisiones de estas organizaciones generan afectaciones a nivel interno en cada Estado miembro.

3. Las organizaciones comunitarias: Son organizaciones internacionales que tienen una finalidad de integración de los Estados que son miembros de ella, y que se enfoca, por lo general, en territorios geográficamente determinados, por ejemplo, la Unión Europea, cuyo propósito es el desarrollo de los países europeos, con una integración en la moneda y en la seguridad, principalmente.

A nivel Latinoamericano, si bien es cierto, no se logró el sueño de Simón Bolívar de crear una gran Nación, y más bien en la historia hemos sido un tanto egoístas entre las naciones hermanas, se puede resaltar el esfuerzo realizado mediante la Comunidad Andina de Naciones, la cual expide decisiones que afectan e involucran a todos los Estados que son miembros de ella.

Órganos como estos expiden normas que afectan a las administraciones públicas y a los habitantes de los Estados, y crean el derecho comunitario que implica una integración muy fuerte de los Estados miembros ya que sus normas son vinculantes para todos estos, al tener un ordenamiento jurídico compartido.

- 4. Órganos que surgen independientemente de los Tratados Internacionales: Dentro de esta categoría están los órganos globales administrativos, pueden ser:
 - a. Los que tienen origen en la voluntad de los Estados sin formalidad de Convenios: Incluye:
 - i. Redes transnacionales y los acuerdos de coordinación: Son órganos que no tienen una estructura establecida, actúan por mecanismos de cooperación informal entre reguladores estatales, sus decisiones son vinculantes, pero solo desde lo sociológico más no desde lo jurídico, ya que carecen de una fuente formal, ni un trámite para imponerlo o sancionar su incumplimiento. Por ejemplo, el Comité Internacional de Basilea.

- ii. Las administraciones nacionales con objetivos transnacionales: Esto es una administración dispersa y se enfocan en temas que generen preocupación en los Estados y sus habitantes.
- b. Órganos mixtos, mezcla entre autoridades públicas y privados: Estas entidades adoptan recomendaciones o decisiones que tienen impacto internacional.
- c. Órganos puramente privados: No tienen una influencia directa en los Estados, pero sus decisiones si tienen influencia en lo internacional.

El surgimiento del derecho administrativo global genera que las autoridades administrativas trasnacionales relegan a las autoridades internas, esto se da más que todo en las organizaciones comunitarias. De no existir esas organizaciones internacionales la decisión la tomarían los respectivos Estados, por lo que las autoridades internacionales se convierten en autoridades de hecho en el respectivo Estado¹⁹⁸. Cuando se asume la organización administrativa transnacional se entiende que hay una función administrativa global, así como hay función legislativa y judicial global, la cual en efecto permite la ejecución de las normas internacionales.

Para introducir las normas transnacionales a los Estados, cada uno de ellos establece su procedimiento. Sin embargo, estos son complejos. Por ejemplo en Colombia, la Constitución Política en el artículo 224 establece que los tratados internacionales deberán ser ratificados por el Congreso de la República. Si bien es cierto, para la celebración del tratado internacional, quien lo negocia y lo firma es el Presidente de la República (rama ejecutiva) en su condición de jefe de Estado, bajo la teoría de los frenos y contrapesos, contemplada en el artículo 113 de la Norma Superior, es menester la participación de las otras ramas del poder. De esta manera, si bien el Presidente de la República puede firmar un tratado internacional, éste no puede entrar a regir hasta que sea aprobado por el Congreso de la República mediante una ley (rama legislativa) y luego, entra en juego la rama judicial por medio de la Corte Constitucional pues a ella le compete, en virtud del artículo 241/10, revisar la constitucionalidad tanto del tratado como de su ley aprobatoria. Es por el mismo mandato constitucional referido, que hasta que el Presidente de la República no cumpla con dicho trámite y que el mismo sea favorable, que se puede ratificar el tratado mediante notas de canje.

¹⁹⁸ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. "El derecho administrativo transnacional o global: Un nuevo capítulo en el derecho administrativo." Página 453 y ss. Revista de la Universidad Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, 2013.

Por esto se han creado en la doctrina dos posturas en cuanto a la relación del derecho interno con el internacional: la monista y la dualista. La monista es aquella en la que el derecho interno y el derecho internacional forman un todo y el derecho internacional hace parte de forma inmediata del ordenamiento jurídico interno, por ejemplo, en España, cuando se trata de normas comunitarias, que son expedidas por autoridades competentes se aplica la teoría monista. De otro lado, la teoría dualista supone, que el derecho interno es independiente del exterior, y se necesita una norma o un acto que permita la utilización del derecho internacional, por ejemplo, el trámite que se da en Colombia.

Así como la adopción de las normas internacionales al ordenamiento jurídico interno del Estado es facultativo de este, también lo es el nivel jerárquico normativo que se le de al tratado o normativa internacional. Por ejemplo en Colombia, los tratados que versen sobre derechos humanos son de rango constitucional; pero en los Estados en que los tratados tengan el rango de ley, las demás leyes que expida el legislador nacional deberán respetar lo establecido en esa normativa internacional.

Ahora bien, considerando que pueda existir una administración pública global o transnacional, surge la pregunta ¿Cuáles son los mecanismos de control que se tienen sobre las actuaciones de la administración pública global?¹⁹⁹ Pues estos son casi inexistentes, sin embargo, podemos observar dos incipientes formas de control:

- Control administrativo interno por las autoridades de la administración: Este mecanismo de control genera un problema dado que depende exclusivamente de la organización interna que tenga ese sistema trasnacional, por lo que en muchas ocasiones la administración carece de un control por no tener una organización jerárquica para ello, ni con otros mecanismos como la tutela. Pero cuando existe ese control, atiende a criterios técnicos y jurídicos, pero también de conveniencia.
- Control por autoridades externas a esa administración: Estas autoridades externas por lo general son jueces independientes, cabe resaltar que dichas autoridades independientes desplazan en su labor a los jueces administrativos internos de cada Estado pues están facultados para juzgar la legalidad de los actos o hechos de las autoridades internas en ejercicio de la administración pública.

¹⁹⁹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. "El derecho administrativo transnacional o global: Un nuevo capítulo en el derecho administrativo." Página 453 y ss. Revista de la Universidad Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, 2013.

La globalización del derecho ha permitido que se desplace ese derecho administrativo clásico que se conocía, para darle paso a un derecho administrativo global, esta nueva disciplina genera cambios en la vida administrativa de los Estados, se debe entender esa administración global como la aplicación y desarrollo de la normatividad internacional. Al pensar en esa administración global, se entiende que hay un espacio administrativo global, el cual es multifacético, ya que hay varias regulaciones e instituciones reguladoras de esa función administrativa, y que no solo afecta a Estados como ocurre en el derecho internacional público, sino que abarca a los Estados, individuos, empresas y ONG's.²⁰⁰

Con el derecho administrativo global los estados han visto disminuido su monopolio en la regulación normativa, también en el control político de las organizaciones internacionales, y adicionalmente se han convertido en espectadores de la creciente cooperación internacional, llegando a la cooperación interadministrativa. Este derecho ha permitido que los Estados no sean los únicos que tengan a su cargo proteger a los ciudadanos, y esto lo que genera es que se derriben las fronteras físicas que se han construido, comenzando con la eliminación de las barreras aduaneras, para seguir con la creación de derecho común para todas las naciones, para finalmente tener una administración global.

El derecho administrativo global, parte de unos principios comunes que la posicionan como una ciencia en el estudio del derecho; i) buena fe ii) transparencia ii) representatividad iii) motivación v) saber técnico vi) legitimación vii) interdependencia viii) colaboración.

Por tanto, cobran vigencia los elementos estructurales tanto en su estudio, como en su desarrollo científico a raíz de la crisis mundial en la pandemia, generada por el covid 19 desde el mes de diciembre del dos mil diecinueve que hasta el día diecisiete de mayo de dos mil veinte afecta un promedio de cuatro millones seiscientos cincuenta mil personas alrededor del mundo, esto conlleva una alteración al globo terráqueo entendida académicamente como gobernanza global²⁰¹ arroja como efectos mediáticos en una política

²⁰⁰ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. "El surgimiento del derecho administrativo global" Página 1-40. Ubicado en: https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/06/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf

²⁰¹ Entiéndase "gobernanza global no es gobierno global", porque "gobernanza es la suma de muchas formas en que individuos e instituciones, públicas y privadas, manejan sus asuntos en común" y porque "es un proceso continuo a través del cual los intereses en conflicto o divergentes pueden ser ordenados, y pueden realizarse acciones de cooperación. Ello incluye instituciones formales y regímenes con poderes para vigilar su cumplimiento, así

restrictiva en la vida humana a través de la Biopolítica (Bigdata o vigilancia digital)

BIOPODER O BIOPOLÍTICA (BIGDATA O VIGILANCIA DIGITAL)

La pregunta por el ser, es la ontología que se toma como un problema fundamental desde el pensamiento griego, que traspasa las fronteras desde presocráticos, sofistas, medievales, modernos, y cobra sentido en la filosofía del siglo XIX-XX²⁰² a través de la relación entre el poder y los sujetos.

Esgrimir conceptos como la libertad, lenguaje, sociedad de producción, natalidad, salud, consumo, en una sociedad moderna o pos-tmoderna, exige repensar aquellos conceptos a través de la sociedad disciplinar, ²⁰³ hasta llegar a una sociedad de control, en en el mundo posmoderno como lo afirma el filósofo francés Deleuze;

"La sociedad actual es denominada como "sociedad de control" y éste se ejerce fluidamente en espacios abiertos, en forma desterritorializada, mediante los psicofármacos, el consumo televisivo, el marketing, el endeudamiento privado, el consumo, entre otras modalidades. Las fábricas son reemplazadas por las empresas, que son formaciones dúctiles y cambiantes, las máquinas simples por sistemas computarizados de producción y control. (..)el instrumento de control social es el marketing, y en él se forma la raza descarada de nuestros dueños. El control se ejerce a corto plazo y mediante una rotación rápida, aunque también de forma continua e ilimitada, mientras que la disciplina tenía una larga duración, infinita y discontinua. El hombre ya no está encerrado sino endeudado. Sin duda, una constante del capitalismo sigue siendo la extrema miseria de las tres cuartes partes de la humanidad, demasiado pobres para endeudarlas, demasiado numerosas para encerrarlas:"204

como arreglos formales e informales que las personas o las instituciones han acordado o perciben como afines a sus intereses "Zirahuen Villamar Nava. Gobernanza Global y (Propio) desarrollo Revista relaciones Internacionales la Unam num 127 enero- abril 2017.

²⁰² Véase NIETZSCHE Friedrich, FOUCAULT Michel, DELEUZE Guilles, HUL CHAN Bygung.

²⁰³ Entiéndase como la constitución de lugares de reclusión entre las que se destaca, las escuelas, la prisión, los hospitales, talleres, tiene la finalidad de convertir a los cuerpos en materia prima dócil, para la producción, en conclusión genera sujetos individualizados con el fin de reprimirlos con el único fin de dominarlos económicamente.

²⁰⁴ DELEUZE, Guilles. Post-Scriptum Sobre las sociedades de Control.tomado en linea https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxlbmZvcXVlc29 jaW9jdWx0dXJhbGVmfGd4OjNlMzI4NDI1YTQyYjNiZTQ

Este paradigma, desde la teoría del Estado y derecho administrativo global, converge en una idea única que consiste en moldear por medio de la sociedad disciplinar y la sociedad de control, al sujeto y la colectividad humana. Es decir, los postulados de un contrato hipotético social descritos desde el siglo XVIII por la filosofía francesa e inglesa que reconoce derechos y libertades, se encuentra fraguados en una mentira. El sujeto desde el medioevo se encuentra constreñido desde el poder secular hasta el poder monárquico bajo la premisa: "dejar vivir para hacer morir" 2015.

El individuo moderno y postmoderno promedio de la clase proletaria , ha perdido la noción de que es la libertad, en donde cree que la respuesta a su felicidad depende de un hedonismo materialista de bienes y servicios, entre los costos de su juventud por los costos de la producción, por ejemplo: un estudiante promedio desde la primera etapa inicial (jardín hasta sistema post gradual universitario) toma un lapso promedio de treinta años con la única realidad de conseguir un bien mediante una acreencia personal, actividad para cumplir la obligación que demorara en un término de la mitad del tiempo, disciplinando al sujeto o la colectividad, a un sometimiento al sistema de control con el único fin de poder sufragar una deuda, y es a esto que se le denomina Biopoder.

"El bio-poder es una estrategia, por cuanto entra en una economía de poder que en el contexto del neoliberalismo o arte liberal de gobernar se traduce en una Vital Politik o bio-política. Se trata no tanto de negar, marginar, coaccionar la vida, sino de afirmarla, organizarla, gestionarla, administrarla (...)se vale de la táctica para componer las fuerzas y para "construir en los cuerpos localizados, las actividades codificadas y las aptitudes formadas, unos aparatos en donde el producto de las fuerzas diversas se encuentra aumentado por su combinación calculada"²⁰⁶

²⁰⁵ Entiéndase "Damiens fue condenado 2 de marzo de 1757, a pública, retractación ante la puerta de París, adonde debía ser llevado y conducido en una carreta, desnudo en la mano; después, en dicha carreta, a la plaza de greve y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio (por ser contra el rey que se equipara al rey) quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez, resina, ardiente, cera, azufre fundidos juntamente y a continuación su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros tronco consumidos por el fuego, reducidas a cenizas y sus cenizas arrojada al viento" Foucault Michel. Vigilar y castigar. Editorial Siglo XXI.Buenos Aires. Argentina.Pág. 11

²⁰⁶ TOSCANO LOPEZ, Daniel Gihovani. El Biopoder en Michel Foucault. Revista Universitas Phisolophica vol 25 num 51, diciembre 2008 pág 39-57.

Pero no solo se sitúa en el proceso regulador al sujeto al individuo, en la economia (costo-producción), sino en igual sentido en la domesticación del cuerpo en el juego del rol de la sexualidad creando un proceso homogeneo-colectivo, que se sitúa desde lo interno y se manifiesta en el cuerpo social como "la histerización del cuerpo de la mujer, la pedagogización del sexo del niño, la socialización de las conductas procreadoras y la psiquiatrización del placer perverso" 207

Sin embargo, la sociedad disciplinar subyace a su vez como un ejercicio de la política, teniendo la característica de ser una variable contingente e imprescindible, que ya no toma a los cuerpos individuales sino la estrategia de un control social o comunitario en diferentes facetas como son; la natalidad, el matrimonio, pensiones, salubridad, refiriéndose a la Biopolítica.

Todas estas observaciones, se manifiestan y cobran sentido en una forma de Biopolítica denominada bigdata²⁰⁹, o influencias de las tecnologías en el cuerpo de los sujetos o colectividades, en donde adquieren un papel protagónico en la emergencia sanitaria producida por el covid-19 en el orden global.

²⁰⁷ Ibidem Pág. 48

²⁰⁸ ORWELL, George. Editorial de Bolsillo. Bogotá. Colombia. 1984 p. 59

²⁰⁹ Entiéndase "Lastecnologías de Big data comprenden todas aquellas tecnologías que permiten procesar datos. A su vez, el procesamiento de datos es entendido como cualquier operación o conjunto de operaciones que se realice sobre los datos. Ejemplos de estas operaciones están dadas por la recolección, el almacenamiento, el análisis y la comercialización de los datos, entro otras" Herrera Pablo Matías & Fronti García Javier. Tecnologías de Bigdata y Biopolítica: mecanismos relacionales de procesamiento de datos en época de pandemia mundial viral. tomado Online at https://mpra.ub.uni-muenchen.de/99546/

La Bigdata, parte de una coexistencia entre el Estado y sus conciudadanos, y sus características más representativas son :

- a. Una política donde las organización Estatales buscan abstraer información o conocimiento de la población y territorio por medio del influjo de las redes sociales entre las que se destacan, gustos musicales, preferencias políticas o ideológicas.
- b. El conocimiento de información de datos biométricos o geolocalizados.
 "Los primeros, refieren a datos que brindan información de las características físicas, fisiológicas o conductuales de las personas y los segundos refieren a información sobre la ubicación geográfica de las personas. Ambos datos combinados, posibilitan la identificación única de las personas lo que a su vez permite desarrollar una gestión eficaz por parte de las organizaciones del gobierno, por ejemplo, al momento de identificar y tomar medidas sobre aquellas personas que son un potencial factor de riesgo para la expansión de la pandemia"²¹⁰

La solución, aunque parece dantesca, en combatir el virus y estar a favor de una posible protección a la humanidad, trae complicaciones políticas desde lo netamente individual, social, nacional, internacional, público y privado que se ejemplifican en las decisiones gubernamentales del Estado Chino, que se resumen así:

- Cámaras térmicas: vigilan la temperatura corporal de los conciudadanos, que establecen una clasificación entre personas enfermas o sanas.
- ii. Drones: restringen el movimiento de las personas en las zonas afectadas y permiten recluir a millones de personas en sus viviendas
- iii. Smartphones: Desarrollan aplicaciones, que imitan un semáforo, clasificando a los ciudadanos que hacer y con quien se relacionan.
- iv. El sistema de crédito social: Es un sistema de comportamiento social y confiabilidad de las personas y empresas, establecen sanciones o compensaciones, entre las que se destaca; el cumplimiento de sus obligaciones financieras, el comportamiento en el transporte público, las buenas conductas alimenticias. La finalidad no es quedar en una lista negra debido a las sanciones que se configuran desde el impedimento del tránsito en el transporte aéreo hasta la pérdida del empleo o posibles retribuciones entre las que destaca gimnasios gratuitos, transporte gratuito, etc.

En consecuencia, es un estereotipo de la Biopolítica moderna que se enfatiza en la vigilancia digital por medio de la tecnología, colocando un nuevo prisma en la dominación del cuerpo y la esfera colectiva. Bajo los campos del derecho, se instrumentaliza la dominación, por medios de dos factores, el primero en un posible remedio, para contener o proteger el derechoa a la salud en la pandemia Covid 19 mediante la (sociedad de control) o bigdata en la vigilancia digital y por otra parte, desde la esfera interna, es decir, la misma soledad en que se encuentra la humanidad, al desparticularizar la esfera privada a la esfera pública, lo que es una política apremiante de reality shows que se conjugan hoy en sanciones, castigos o premios.

"Muchos pensadores importantes (entre los cuales el más prominente es Jurgen Habermas) advierten que la esfera privada está siendo invadida, conquistada y colonizada por la esfera pública. Parece estar en juego una redefinición de la esfera pública como plataforma donde se ponen en escena los dramas privados, exponiendolos a la vista del público"²¹¹

Por tanto los Estados y el derecho administrativo Global, interioriza al sujeto y a la colectividad humana, domesticándolo en un drama fluido-liviano-incongruente, que genera estereotipos de lo que se debe leer, aprender, estudiar, y comer, con el fin de desplazar sus decisiones y su efímera libertad. Esto es vivir en un panóptico imaginario de una red virtual, en donde se cree estar vivo pero cada dia morir en un bello sueño.

Aun así, el propósito no es imponer una postura negativa del mundo pandémico o post pandémico, sino partir de una posición descriptiva en las relaciones sociales de un efecto global (herencia común de la humanidad) aunque exija tomar medidas preventivas. Respecto a la big data son decisiones titánicas que alteran la corporalidad de los individuos o la sociedad, pero aun si se establece los efectos o finalidad, es decir, el cómo se subsana la emergencia sanitaria, aún queda abierta a la pregunta metódica ¿Es posible decretar la responsabilidad por hecho ilícito internacional por un indicio de la pandemia del Covid 19 al Estado Chino, desde la postura teórica del Derecho Administrativo global?

²¹¹ BAUMAN, Zygmunt. Modernidad Liquida. Editorial Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. Argentina. 2004. Tercera reimpresión. Pág. 75

RESPONSABILIDAD POR HECHO ÍLÍCITO INTERNACIONAL POR EL COVID 19

La Responsabilidad por hecho ilícito internacional, subyace en el proyecto definitivo de la comisión derecho internacional descrita en la asamblea de las Naciones Unidas en la resolución número 56/83 del año 2001, esta norma internacional desde su art. 1 establece "todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional", esto es, aunque no le interesa el daño, sino la actitud ilícita y el quebramiento de las relaciones internacionales ante la comunidad de los Estados, en este sentido el proyecto no es vinculante pero sí es un criterio autoritativo y discursivo frente a la declaratoria de responsabilidad internacional por parte de la competencia en la Corte Internacional de Justicia

En consecuencia, de lo anterior y con la meta de responder el problema investigativo, se abarca tres aspectos estructurales: i) institucional ii) constitucional (internacional) iii) reglamentario.

- i. Institucional: La competencia funcional del derecho humano a la salud pertenece a la agencia especializada de la ONU, que actualmente la competencia funcional orgánica se desarrolla por parte por la Organización mundial de la salud, la cual nace en New York el 22 de Julio de 1946. Este es un documento formal denominado: la constitución de la OMS; entre su misión principal se destaca, "es publicar y difundir información de salud pública científicamente rigurosa y de relevancia internacional que permita a las instancias normativas, los investigadores y los profesionales actuar más eficazmente, y propiciar así mejoras sanitarias". Se encuentra subdivida para su administración en tres instituciones así: a) la asamblea de la salud b) El Consejo Ejecutivo y la c) Secretaria.
- ii. Constitucional- Internacional: El documento de la OMS es una ruta formal tanto de la organización internacional especializada como lo de los Estados adscritos, en donde aceptaron tanto la competencia funcional, el derecho que protege, la interpretación del estatuto y su presupuesto "La Constitución de la OMS establece una serie de competencias para esa organización internacional, encaminadas a lograr en el mundo el pleno reconocimiento y disfrute del derecho a la salud"²¹², el 7 de Abril de 1948 entró en vigencia la Constitución de la OMS con 61 Estados firmantes.

²¹² DIAZ RICARDO, Tatiana. Aspectos internacionales del derecho a la salud. Revista Saber Ciencia y libertad. Pág.57

iii. Reglamentario: Uno de los estatutos de mayor trascendencia en materia de derecho a la salud, es el reglamento sanitario internacional, "es un código de prácticas y procedimientos destinado a prevenir la propagación de las enfermedades. Se trata de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que prescribe medidas a los Estados para prevenir la propagación transfronteriza de enfermedades infecciosas. El código de procedimientos y prácticas incluye medidas de aplicación ordinaria en los puertos y aeropuertos para conseguir la máxima seguridad contra la propagación internacional de enfermedades con un mínimo de trabas para el tráfico mundial. En el RSI se estipulan las funciones y responsabilidades que incumben a la OMS y a los países para hacer frente a una serie determinada de brotes de enfermedades" 213

Estos presupuestos sustanciales y procesales, llevan a identificar la posibilidad de la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado de China ante la Corte Internacional desde la óptica del derecho administrativo global. A la lectura de la constitución de la OMS en su art 75, agrega que, a la disputa de la aplicación del documento, es factible recurrir ante la Corte Internacional de justicia siendo un presupuesto procesal del derecho de acción por parte de los Estados.

En consecuencia, el reglamento sanitario internacional (RSI) es un instrumento de exigibilidad directa para los países miembros que lo han suscrito y ratificado, como el Estado Chino que hace parte, desde el 15 de Junio del 2007. En este sentido, las diferentes reglas emitidas RSI son criterios sustantivos, coercitivos y coactivos, y en caso de su inobservancia por parte de los Estados es admisible la declaratoria de responsabilidad internacional.

Hecho sucinto al Estado Chino,²¹⁴ se esgrime que la falta de noticias y el ocultamiento de la verdad ha traído consecuencias nefastas globales, en donde queda demostrada desde la lectura del Art, 3, 4. 5 y 6 del RSI " antes

²¹³ Preguntas más frecuentes sobre la revisión propuesta de Reglamento Sanitario Internacional (RSI). Tomado en línea https://www.paho.org/spanish/ad/dpc/cd/eer-ihr-faqs.htm#20

²¹⁴ Entiéndase "Se ignoró en China la advertencia del doctor Li Wenliang quien en diciembre 30 de 2019 previno sobre el brote de un enfermedad parecida al síndrome respiratorio agudo – SARS. Li Wenliang fue arrestado y acusado de falsedad y de disrupción del orden público con la advertencia de que harían lo mismo con todos aquellos que circulan en falsedades y rumores sobre el virus. Este doctor, de 33 años, quien con su advertencia quiso salvar muchas vidas en el mundo murió, con cruel paradoja, afectado por el coronavirus el 7 de febrero de 2020" Paz Juan. El ocultamiento de la verdad que creó y agravó la pandemia del covid 19 tomado en linea https://juanpaz.net/el-ocultamiento-de-la-verdad-creo-y-agravo-la-pandemia-del-covid-19/

de que transcurran 24 horas desde que se haya evaluado la información concerniente a la salud pública, todos los eventos que ocurran en su territorio y que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional de conformidad con el instrumento de decisión, así como toda medida sanitaria aplicada en respuesta a esos eventos" por tanto, es deber los Estados dar a conocer a la OMS con el fin de remediar y buscar una salida conjunta, que en el caso concreto fue tardía, pues hasta el 13 de Enero del 2020, se verificó el primer caso por fuera del Estado Chino, declarándose posteriormente en pandemia por la OMS en fecha 16 de marzo del 2020, hecho que demuestra una negligencia a título de culpa y la necesidad de restitution integrum de los Estados afectados a raíz de la resolución 56/83 del 2001.

El problema coyuntural, reside en qué Estado llevará al Estado de China ante la Corte Internacional de Justicia, dado que exige su consentimiento a la competencia internacional, además en el eventual caso de una declaratoria de responsabilidad, la ejecutoriedad de la sentencia depende del Estado y/o del Consejo de Seguridad de la ONU y vale recordar que China es país miembro permanente.

Aun así, aunque la respuesta es acertada al problema investigativo desde el campo académico, en el campo práctico es complejo, pero no es menos cierto que sea posible. Tal vez para no quedar como la fábula de la zorra y las uvas, sino tener éxito en la empresa como Ulises frente a las sirenas escuchando su bello canto, para llegar con fortuna a su amada Ítaca; esto es, la utopía de un país pequeño en una osadía titánica contra el gigante asiático.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alegría, Héctor. "Globalización y derecho." Página 190. La globalización, de Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1999. Ubicado en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/globalizacion-y-derecho.pdf

Bauman, Zygmunt. Modernidad Liquida. Editorial Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. Pág. 75. Buenos Aires. Argentina. 2004.

Bodemer, Klaus. "La globalización. Un concepto y sus problemas" Página 54-71, Revista Nueva sociedad, Número 156, agosto de 1998.

Darnaculleta Gardella, Merce. "El derecho Administrativo global ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?" Página 11-50. Revista de Administración Pública, 2016.

Deleuze Guilles. Post-Scriptum Sobre las sociedades de Control. Tomado en linea https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxlbmZvcXVlc29jaW9jdWx0dXJhbGVmfGd4OjNlMzI4NDI1YTQyYjNiZTQ

Diaz Ricardo, Tatiana. Aspectos internacionales del derecho a la salud. Revista Saber Ciencia y libertad. Pág.57

Foucault Michel. Vigilar y castigar. Editorial Siglo XXI.Buenos Aires. Argentina.Pág. 11

Grün, Ernesto, "La globalización del derecho: un fenómeno sistémico y cibernético" Página 12, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 1998.

Herrera Pablo Matías & Fronti García Javier. Tecnologías de Bigdata y Biopolítica: mecanismos relacionales de procesamiento de datos en época de pandemia mundial viral. Tomado Online at https://mpra.ub.uni-muenchen.de/99546/

Jiménez, William Guillermo. "Globalización del derecho. Aspectos jurídicos y derechos humanos." Página 17-28. Revista Nova et Vetera, volumen 20, 2011.

Kingsbury, Benedict; Krisch, Nico; Stewart, Richard. "El surgimiento del derecho administrativo global" Página 1-40. Ubicado en: https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/06/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf

Morales, Fernando. "Globalización, conceptos, características y contradicciones." Página 1-9, Ubicado en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4796216.pdf

Orwell George. 1984. Editorial de Bolsillo. Bogotá- Colombia Pág. 59

Rodriguez Rodriguez, Libardo. "El derecho administrativo transnacional o global: Un nuevo capítulo en el derecho administrativo." Página 453 y ss. Revista de la Universidad Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, 2013.

Toscano Lopez, Daniel Gihovani. El Biopoder en Michel Foucault. Revista Universitas Phisolophica vol 25 num 51, diciembre 2008 pág 39-57.

Zirahuen Villamar Nava. Gobernanza Global y (Propio) desarrollo Revista relaciones Internacionales la Unam num 127 enero- abril 2017.

BASES PARA REINGENIAR EL ESTADO DE DERECHO PARA LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN BOLIVIA

Luis Gonzalo Inarra Zeballos²¹⁵

PREFACIO

El interés por desarrollar el presente escrito surge principalmente de la situación de anomia política y de la crisis que ha vivido Bolivia recientemente y de la cual aún no ha logrado salir. En tal sentido, es nuestro principal propósito el explorar bases que permitan encaminarnos hacia un «nunca más»²¹⁶ repetir una crisis como la que principalmente se ha desarrollado en octubre y noviembre del año 2019. Estamos conscientes que este trabajo simplemente podría inaugurar un debate que es a todas luces urgente y necesario en los espacios académicos y políticos en Bolivia.

Las bases de ese nunca más residen en la búsqueda de un mayor fortalecimiento del Estado de Derecho, que propenda a asegurar mayores frenos y contrapesos al ejercicio del poder, de tal forma que la democracia se vea fortalecida, al igual que los derechos humanos de la ciudadanía. Para demostrar esto, nos introduciremos en aspectos fáctico-políticos relacionados al accionar del gobierno de Evo Morales a fin de analizar aciertos y errores que se cometieron en su gestión y que llevaron a que la democracia se erosione.

Inmediatamente, indagaremos en un concepto que nos permita acercarnos al cuadro teórico o modelo de Estado de Derecho que sugerimos construir para Bolivia²¹⁷. A partir del cual sea posible establecer un norte sobre el cual edificar nuestro razonamiento y, fundamentalmente, permita

²¹⁵ Profesor titular en las materias Derecho Internacional y Filosofía del Derecho y Derechos Humanos de la Universidad Mayor de San Simón. Vicepresidente del Instituto de Estudios Internacionales de Bolivia (IDEI). Email: l.inarra@umss.edu.bo, luinarra@gmail.com.

²¹⁶ Luigi Ferrajoli refiere los nunca más como aquellas constituciones de la segunda posguerra que se erigieron con la finalidad de hacer todo por evitar en el futuro un nuevo holocausto y asegurar los derechos fundamentales (2013, pp. 583 y ss.)

²¹⁷ Y para otros países, porqué no.

a los bolivianos «vivir en Constitución», a diferencia del simple hecho de «darse una Constitución». Posteriormente, indagaremos sobre el hiperpresidencialismo y cómo éste juega en contra de los derechos humanos y su ejercicio ciudadano, incluyendo ejemplos de la realidad política boliviana para demostrar nuestras aseveraciones.

Por último, nos preocuparemos por presentar ciertas proposiciones elementales para encaminar el debate académico hacia el pensar una reingeniería constitucional que haga posible una reforma al Estado boliviano para fortalecer una democracia más participativa y deliberativa.

ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS ¿EN BOLIVIA?

En el año 2009, Bolivia aprobaba, mediante un referéndum o consulta popular, una nueva Constitución Política del Estado, después de pasar por un complicado y conflictivo proceso de su elaboración. Este hecho es considerado un hito histórico en virtud a que por vez primera amplios sectores sociales del país fueron considerados en una carta magna y es parte de lo que los representantes del partido Movimiento al Socialismo (MAS) denominaron como la revolución democrática y cultural. De esta forma, se inició un nuevo ciclo constitucional en la historia boliviana con sendos auspicios de que ésta vez la realidad política, social y económica comenzaría a mejorar para los bolivianos.

Es menester reconocer los aciertos y los errores de un gobierno como el de Evo Morales. Teniéndose por los primeros las políticas inclusivas de los sectores históricamente excluidos, la participación de los representantes de comunidades y pueblos indígenas dentro de las diferentes esferas del Estado, es decir, dió voz a los sin voz; reconoció y revalorizó a los pueblos indígenas mediante la constitucionalización de sus autonomías y del pluralismo jurídico. Asimismo, los logros en materia económica y social que llevaron al país por varios años a estar entre los primeros sitiales respecto al crecimiento económico y humano dentro de la región latinoamericana²¹⁸ y a que, por ejemplo, los ingresos de la clase obrera vayan mejorando como efecto de los continuos incrementos a los salarios mínimo y básico. Sin embargo, así como se dieron éstos y otros aciertos, también debemos

²¹⁸ PNUD (2019), Bolivia es clasificado por primera vez como país de "Desarrollo Humano Alto", disponible en línea: https://www.bo.undp.org/content/bolivia/es/home/presscenter/articles/2019/bolivia-es-clasificado-por-primera-vez-como-pais-de-desarrollo-h.html. Visitado el 13/01/2020.

considerar los errores que llevaron a la caída de su gobierno, no con el objeto de menospreciar una gestión que en su momento fue considerada como la mejor en la historia presidencial del país, sino con el propósito de develar las falencias estructurales del sistema democrático de derecho que ha sido establecido por la actual Constitución y ha sido llevado a la práctica por el gobierno del MAS.

Son de conocimiento general los acontecimientos que se dieron sucesivamente y de manera progresiva, por lo menos desde que el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) habilitó a Evo Morales el año 2013 para una nueva repostulación presidencial, hasta que en noviembre del año 2019 se produjera la caída de su gobierno (hechos que ampliaremos en los siguientes apartados). Cuestión que vino a poner en tela de juicio la estabilidad, credibilidad y eficacia del sistema democrático y del Estado de derecho.

La erosión de la democracia y el debilitamiento del Estado de Derecho.

El profesor argentino Roberto Gargarella ha resaltado que en los últimos años algunos académicos provenientes de las disciplinas más diversas hicieron alusión a un «nuevo fenómeno» al que resumieron con la idea de «erosión democrática», que alude al «desgaste» que varios de los sistemas de gobierno han ido sufriendo «desde adentro», provocando lo que años atrás Guillermo O'Donnell había denominado como «muerte lenta», pues en tales situaciones no se advierte una «muerte abrupta» como en décadas pasadas ocurría con los golpes de Estado por parte de militares (Gargarella, 2019).

En ese sentido, Juan Linz, autor que dedicó gran parte de su vida a conocer bien los peligros de perder la democracia, en su obra titulada Laquiebra de las democracias (primera edición en 1978) recalca la función de los políticos y demuestra que su actitud puede apuntalar la democracia o hacerla tambalear, llegando a proponer una prueba para identificar a los políticos antidemocráticos, aunque no llegó a desarrollarla del todo. Los profesores Steven Levitsky Daniel Ziblatt recogen de Linz un conjunto de cuatro señales que ayudan a identificar a una persona autoritaria: 1) rechaza, va sea de palabra o mediante acciones, las reglas democráticas del juego, 2) niega la legitimidad de sus oponentes, 3) tolera o alienta la violencia o 4) indica su voluntad de restringir las libertades civiles de sus opositores, incluidos los medios de comunicación (2018, p. 32). Estos profesores de Harvard llegan a advertir que entre los presidentes que reúnen estas características se encuentra Evo Morales (Ibíd., p. 33). No obstante, consideramos que en la historia boliviana también otros Presidentes, quizá una mayoría de ellos, demostraron poseer algunas de las características señaladas. Esto también puede deberse a la cultura política autoritaria que impera en nuestra sociedad (Mansilla, 2010, pp. 181-202). Por tal razón, creemos que la erosión progresiva de la democracia no solamente se ha producido en el gobierno de Morales, sino que al parecer ha sido una constante de la política boliviana, lo que nos lleva a preguntarnos si evidentemente ha existido una verdadera democracia en el país. Cuestión que excede por mucho el objeto del presente trabajo.

A modo de ejemplo, de lo anteriormente señalado, es posible observar que en la etapa de la democracia liberal a la cual Bolivia arribó en la década de los años 80's y duró hasta la asunción del gobierno del MAS (2005), la denominada «democracia pactada» provocaba que entre los denominados partidos políticos tradicionales de corte liberal se produzca una suerte de cuoteo donde buena parte de los mismos, inclusive «los más pequeños y marginales, pasaron en algún momento por el poder y algunos incluso llegaron a formar parte de gobiernos sucesivos como parte de coaliciones diferentes e incluso enfrentadas» (Iregui, 2012, p. 96), lo que en la realidad produjo una práctica prebendal del poder y actitudes corruptas, de nepotismo, abuso de poder y malos manejos económicos del Estado, provocando que se incube lentamente la propia destrucción del sistema (Ibíd., p. 97), es decir su muerte lenta. Este es un ejemplo donde encontramos un momento de erosión de la democracia, de la democracia liberal boliviana, más adelante veremos otro momento de erosión de la democracia provocada por el gobierno del MAS. Estas continuas erosiones a la postre terminan provocando crisis. La democracia liberal con la crisis de 2003 y la democracia populista del MAS con la de 2019.

Ahora, antes de introducirnos en la erosión de la democracia populista del MAS, se hace necesario esclarecer qué entendemos por Estado de Derecho y cuál sería el Estado de Derecho que tuvo y tiene Bolivia, si es que efectivamente tuvo o tiene²¹⁹. Por lo menos es necesario observar el modelo de Estado de Derecho al cual la actual Constitución aspira o se aproxima. Por su parte, es posible establecer que el Estado boliviano, en la era de la República²²⁰ simplemente aspiraba a constituir un modelo

²¹⁹ Como ya dijimos esta cuestión está más allá de los alcances del presente trabajo.

²²⁰ El gobierno del MAS utilizó el discurso de que con la Constitución de 2009 se dejaba atrás el Estado republicano de corte neoliberal y se abrazó un nuevo Estado Plurinacional en el cual los movimientos sociales y las pueblos indígenas fueron incluidos y reconocidos, situación que en la etapa anterior no se habría producido. Sin embargo, en el año 1994 se produjo una reforma constitucional en la que se reconocía que el Estado boliviano era multiétnico y pluricultural. Podemos observar que esta diferenciación simplemente constituye retórica política y que la Constitución más bien reafirma el carácter republicano del Estado boliviano (art. 11).

formal de Estado de Derecho, en el cual primaba: «la forma en que las leyes son promulgadas (si fueron por la persona autorizada, en la manera autorizada y apropiada), la claridad de la norma a seguir (si es suficientemente clara para guiar una conducta individual capacitando a la persona a planear su vida) y la dimensión temporal de promulgación de las mismas (si es prospectiva o retrospectiva). Dichas concepciones formales, sin embargo, no juzgan el contenido de las leyes en sí mismas, de tal manera que cualquier consideración sobre su carácter justo resulta irrelevante» (Burgos, 2010, p. 232). Esto debido a que la anterior Constitución no contenía un repertorio de derechos fundamentales detallado y amplio que constituya normas que limiten el poder de los órganos del Estado, dejando de esta forma mayor libertad al legislador ordinario.

Por su parte, aunque la anterior Constitución proclamaba su supremacía, en los hechos era entendida por el poder político y judicial sólo como un instrumento de organización del Estado, quizás principalmente por no contener un amplio catálogo de derechos y un sistema de garantías o acciones de defensa judicial de los mismos, así como por no poseer un mecanismo más gravoso de modificación de su contenido fuera del alcance del legislador ordinario (lo que vendría a ser la denominada rigidez constitucional). Elementos que la actual Constitución sí posee, lo que hace que se enmarque en un modelo sustancial de Estado de Derecho, mismo que «(...) incorpora gran parte de los atributos de los conceptos formales, pero sujeta las leyes y acciones administrativas a la garantía y realización de determinados derechos fundamentales constitucionalmente previstos. En términos de un Estado de derecho sustancial se responde a la pregunta sobre "qué" puede o debe mandarse en una sociedad. Antes que las formas que caracterizan a las leyes, lo importante es su contenido, el cual se debe medir según el respeto y garantía efectiva de una serie de derechos» (Ibíd., pp. 232-233).

Así podríamos definir que el modelo de Estado de Derecho anterior constituía en palabras de Luigi Ferrajoli un Estado «paleopositivista» de Derecho (de corte kelseniano), en el cual: «(...) el derecho ya no es el (en ocasiones considerado) ontológicamente «verdadero» o «justo», sino todo y sólo el establecido como tal por la ley. De aquí la subordinación del derecho a la política (...) Puesto que la ley es producto de la política, el principio de la omnipotencia del legislador acabó por coincidir con la idea de la omnipotencia de la política y de su primacía sobre el derecho (...)» (2013, pp. 298-299). Entonces, así definidas las cosas podríamos concordar que para este autor este modelo no constituye verdadero Estado de Derecho.

Ahora, por otra parte, el modelo que sí revistiría Estado de Derecho para el jurista italiano es el sustancial donde, gracias a la rigidez de las constituciones: «(...) también el poder legislativo se subordina al derecho: más precisamente, a la constitución como norma de reconocimiento del derecho válido, y no sólo en lo relativo a las formas previstas para su producción sino asimismo en lo que hace a los contenidos producidos. En consecuencia, el legislador ya no es omnipotente, dado que las leyes no son válidas sólo por estar en vigor, es decir, por haber sido producidas según las formas establecidas por las normas sobre su formación, sino sólo si, además, son también coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco es omnipotente ni siguiera la política, cuya relación con el derecho se complica y se invierte. El derecho es siempre «positivo», o sea, producido por la política como su propio instrumento. Y sin embargo, en presencia de constituciones rígidas, será además normativo en relación con la política, que resulta así, a su vez, subordinada al derecho como instrumento de actuación de los principios y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos» (Ibíd., p. 300). Configurándose así una «esfera de lo indecidible» de los derechos por parte de la política.

Esta última concepción vendría a coincidir con la idea de que los derechos deben ser pensados como «Cartas de triunfo» contra el poder de las mayorías (Dworkin, 1989) y por lo tanto no sometidos a la regla de la mayoría. Entonces en un marco jurídico como éste debería ser escasamente probable que los distintos poderes del Estado puedan provocar una alteración al Estado de Derecho, y de esa forma, la democracia y los derechos estarían debidamente resguardados y fuera del alcance las mayorías. Sin embargo, particularmente nos parece que ésta representa una concepción demasiado idealizada del Estado de Derecho, por no decir ingenua, al considerar que los poderes del Estado, en la práctica, mantendrán siempre incólume los derechos²²¹, es decir, sin por lo menos interpretarlos cuando sean ambiguos o posean una textura abierta. Como bien distingue Gargarella, es insostenible pensar que los jueces sólo hacen valer frente al legislador límites ya conocidos y preestablecidos en la Constitución, situación que pasa por alto la llamada «brecha interpretativa» (1996, p. 59) o poder interpretativo de los jueces, que impide que la norma constitucional resuelva ex ante algunos de los problemas y desacuerdos que puedan surgir respecto a la delimitación de los derechos.

²²¹ Estoy consciente de que este modelo se mueve más en la lógica del deber ser del Derecho que en el ser.

Lo propio piensa Jeremy Waldron, pero con relación a la política, puesto que considera que en ésta lo que imperan son precisamente los desacuerdos y al propio tiempo, la necesidad de arribar a los mismos. De esta forma, la dificultad que se nos presenta radica en que «(...) si ya contamos con estándares independientes a la opinión mayoritaria para determinar el contenido de nuestras decisiones (de aquello que nos interesa proteger o garantizar), entonces la democracia (un procedimiento diseñado para superar los desacuerdos confiando la autoridad de decisión a la mayoría), sale sobrando» (citado en Curcó, 2016, pp. 66 y 69).

De esta manera, al igual que Josep Aguiló, nos parece interesante y pertinente la concepción que Cass Sunstein plantea al referirse a los «acuerdos incompletamente teorizados». Este concepto a nuestro parecer responde con solvencia a la cuestión relativa a: «¿Cómo es posible que en sociedades complejas y pluralistas, donde conviven concepciones del bien y de la justicia claramente divergentes entre sí, con un alto potencial de conflicto, etc., se alcance un acuerdo (un consenso) en torno a ciertas formas de acción y a ciertos criterios de legitimidad consistentes en valores y principios?». La respuesta referida estaría formulada de la siguiente manera: «Con mucha frecuencia la gente puede llegar a acuerdos sobre prácticas constitucionales, derechos y valores fundamentales incluso estando en un desacuerdo profundo sobre las concepciones de la Constitución o las concepciones de esos derechos y valores. El vínculo por medio del cual el constitucionalismo es posible no es otro que los llamados «acuerdos incompletamente teorizados». Estos acuerdos tienen la virtud de silenciar aquello en lo que se está en real y radical desacuerdo, y explicitar aquello en lo que se está de acuerdo. El acuerdo se alcanza a veces mediante procesos de abstracción y a veces mediante procesos de concreción, pero lo relevante es huir de aquello que radicalmente separa a los que participan en la convención constituyente. Por ejemplo, a veces en las constituciones se pueden encontrar normas que constituyen un acuerdo bastante concreto y cerrado y, sin embargo, es perfectamente posible que sea un acuerdo incompletamente teorizado. Es decir, que las razones por las cuales los participantes creen que una determinada práctica debe estar prohibida o debe estar permitida pueden diferir radicalmente» (2010, p. 258).

Por ejemplo, los legisladores constituyentes pueden estar de acuerdo con que las personas tengan derecho a la identidad de género, como un concepto incompletamente teorizado, que permita arribar a un acuerdo general, dejando su especificación para una posterior actuación del legislador ordinario (en el caso de Bolivia vendría a ser la Ley de Identidad de Género que el TCP en parte declaró inconstitucional, de manera

polémica). O a la inversa, la Constitución puede definir un concepto de forma específica (en forma de regla), como en el caso de la reelección presidencial permitiéndola o limitándola. Para el caso boliviano, la crítica vendría a darse en función a la pregunta ¿si este acuerdo ya fue especificado o «teorizado» por qué un órgano no mayoritario lo redefinió, más aun considerando que el límite a la reelección fue ratificado por una consulta popular el año 2016? Actitudes como ésta también provocaron la antes señalada «erosión democrática» en la cual los poderes del Estado cambiaron el sentido de las normas y acuerdos constituidos democráticamente por el soberano y por el constituyente.

Entonces, los acuerdos incompletamente teorizados nos permiten poner en primer plano el consenso básico al cual se puede arribar, y a partir del cual es posible construir una práctica jurídico-política centralmente discursiva o deliberativa. Es decir, nos permiten vivir en democracia: «vivir en Constitución». Pues como dice Aguiló, la presencia de conceptos polémicos es propia del ámbito de lo político, del ámbito en el que se manifiesta el conflicto político; en este sentido, es en el que pueden verse como el ring en el que se ventilan las principales disputas político-sociales (Ibíd., 259). Recordemos que Norberto Bobbio, por su parte, ha insistido en que todos los fenómenos políticos pueden ser analizados ex parte principis o ex parte populi (1985, p. 129), y que como interpreta Aguiló, quizás Bobbio «(...) con ello probablemente trataba de significar no sólo que las cosas se ven de manera diferente si se miran desde la perspectiva de quién tiene poder político que si se miran desde la perspectiva de quién está sometido al poder político, sino como algo más: que entre ambas perspectivas media una suerte de oposición dialéctica que hace difícil (sino imposible) su armonización total. Pues bien, en mi opinión, ahí está la clave principal para entender las múltiples discusiones internas del constitucionalismo. Es decir, el constitucionalismo y su componente de liberación política aminoran, si se guiere, las contradicciones típicas de todas las relaciones políticas, pero no las eliminan; y, en este sentido, las disputas internas del constitucionalismo no son más que una manifestación específica de un fenómeno más general» (Aguiló, Ibíd.).

Este fenómeno vendría a ser el terreno de las contradicciones políticas y, por tanto, de la dialéctica y la deliberación. Aspecto que intentamos resaltar en este trabajo, como objetivo de toda democracia que considere el igual valor de todo ser humano, es decir, reconozca su autonomía individual y partir de la cual, por medio de la deliberación, sea posible construir un autogobierno colectivo como las corrientes republicanas de la teoría política pretenden edificar: «El valor de la democracia

no proviene sólo del hecho de que sea un mecanismo de agregación de preferencias (eso en sí ya es relevante por cuanto es una forma de combatir la exclusión política), cuánto de que lo que se agregue sean preferencias transformadas como consecuencia de un debate público que toma en cuenta los intereses o preferencias de todos. Aunque no puedo detenerme en ello, tengo la impresión de que en muchas ocasiones cuando se recela de las relaciones entre Constitución regulativa y democracia no se entiende suficientemente al hecho de que la deliberación relevante requiere consensos básicos y de que, por tanto, no puede verse la democracia como un simple mecanismo de agregación de preferencias» (Ibíd., p. 260).

Como veremos en los acápites siguientes, la erosión de la democracia y del Estado de Derecho en Bolivia²²², como mencionamos al inicio de este apartado, se debe en gran forma al autoritarismo de los gobiernos. Es decir, al exceso de poder de los presidentes y al rechazo de entablar los diferentes temas sociales mediante procesos dialógicos y deliberativos, en un plano de horizontalidad, inclinándose en su lugar, de manera contraria y tendenciosa a la verticalidad y centralidad del poder en detrimento de la democracia y los derechos.

Una organización y ejercicio del poder hostil hacia los derechos: el hiperpresidencialismo.

La Constitución boliviana de 2009, como señalamos anteriormente, posee una gran y extensa relación de normas sobre Derechos Humanos, que como ya vimos son parte fundamental del modelo sustancial del Estado de Derecho al que la Constitución aspira, por lo menos en el plano teórico. A esto, se suma la inclusión constitucional de tratados internacionales de derechos humanos en el «bloque de constitucionalidad» (art. 410.II), como una forma de establecer límites al poder del Estado, también desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es decir, estas normas internacionales coadyuvan en la tarea de establecer límites a los poderes del Estado, principalmente al presidencialismo o hiperpresidencialismo reinante en la historia boliviana.

Sin embargo, como bien hace notar Gargarella la idea de la *autooperatividad* de las cláusulas constitucionales que reconocen derechos va acompañada de la idea ingenua de que bastan ciertos artículos en la Constitución para que estos cobren vida, se autoejecuten (2014, p.

177

²²² Obviamente también en Latinoamérica y muchos países del mundo.

286). Cuando más bien, en su criterio, lo que ocurre es precisamente lo contrario: «finalmente cualquier cláusula nueva se inserta en un contexto político, institucional, constitucional, existente, que puede ser hospitalario o no con las novedades que recién aparecen» (Ibíd.). O sea, en los países latinoamericanos al receptarse cada vez mayores normas sobre Derechos Humanos en sus ordenamientos, parece sugerir la idea de que la maquinaria del poder se acomoda suficientemente a los mismos e incluso los hace eficaces.

Este imaginario no puede ser sino contrario a la realidad imperante en los países latinoamericanos, siendo que especialmente en Bolivia ha campeado a lo largo de su historia un «hiperpresidencialismo» hostil hacia los derechos. Debemos al jurista Carlos Nino este concepto, puesto que en su obra Fundamentos de Derecho Constitucional (1992) expuso que el hiperpresidencialismo, al referirse a la presidencia hipertrofiada, según la Constitución argentina de 1853, se refiere a que: «Esta somera revisión de las facultades que los Presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de la musculatura política, muestra que, desde el punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del Presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional, aún en períodos de jure» (Ibíd. p. 529). De esta forma, esta presidencia hipertrofiada, va provocando el debilitamiento del Congreso de un país, del sistema de los partidos políticos y el sistema electoral, del proceso de sumisión de la administración de justicia a la Constitución y a las leves, la declinación relativa del federalismo (en el caso boliviano el debilitamiento de las autonomías o impedimento de su despegue²²³) y las formaciones corporativas.

Veremos ahora, en el caso boliviano y específicamente en relación al gobierno de Evo Morales, cómo estos últimos aspectos de la institucionalidad boliviana fueron debilitándose progresivamente,

²²³ Cuestión que ineludiblemente la academia jurídica latinoamericana y, principalmente boliviana, ineludiblemente debe tratar.

hasta llegar a la erosión de la democracia y el Estado de Derecho, y en última instancia, se produzca la crisis democrática que terminó con el gobierno del MAS²²⁴:

a. La falta de frenos y contrapesos y la debilidad del órgano legislativo.

En la línea de las concepciones sobre el Estado de derecho que hemos señalado antes, es pertinente aquí referirnos a una de las definiciones que Bobbio ha establecido: «(...) un estado en el que los poderes públicos son regulados por normas generales (las leves fundamentales o constitucionales) y deben ser ejercidos en el ámbito de las leyes que los regulan, salvo el derecho del ciudadano de recurrir a un juez independiente para hacer reconocer o rechazar el abuso o exceso de poder. Entendido así, el Estado de Derecho refleja la vieja doctrina que se remonta a los clásicos y que fue transmitida por las doctrinas políticas medievales, de la superioridad del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres, según la fórmula Lex facit regem» (2006, p. 18). Estamos hablando de un Estado en el cual se establece la existencia de un aparato institucional, legal y de control del espacio público que promueva la legalidad y restringe la impunidad. Es decir, un Estado en el cual hay un sistema de control y de accountability (rendición de cuentas), de separación efectiva de los poderes del Estado y por lo tanto de cuestiones que van mucho más allá de la mera decisión de los que gobiernan (Iraegui, ob. cit., p. 103).

Pese a que, como Iraegui identifica: «Bolivia llegó a la democracia sin antecedentes previos efectivos de separación de poderes y de control de la actividad pública y, en ese sentido, todo estaba por construir, comenzando por una cultura política que terminase con la idea de que los políticos podían gobernar en medio de la impunidad y la arbitrariedad» (Ibíd., p. 104), la solución a este problema tendría que haber llegado con la implementación de la actual Constitución, principalmente en virtud a las normas constitucionales que proscriben la concesión de facultades extraordinarias y la acumulación del poder público prohibiendo la otorgación de poderes por los cuales

²²⁴ Estamos conscientes que en la salida de Evo Morales del poder conjugaron varios elementos, principalmente, las manifestaciones que lograron paralizar el país desde el 21 de octubre hasta mediados de noviembre de 2019 (incluso después de su salida), el informe de auditoría de la OEA a las elecciones del 20 de octubre (que causó un impacto demoledor en la credibilidad social del Órgano Electoral Plurinacional y del propio gobierno de Morales, generando un pedido social para su renuncia) y paralelamente, el accionar de grupos cívico-políticos, el amotinamiento de la Policía Nacional y la "recomendación" de renuncia al Presidente por parte de las Fuerzas Armadas (lo que provocó la denuncia de un golpe de Estado).

los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente queden a merced de un determinado órgano o persona (art. 140. I y II), así como la disposición constitucional que organiza el Estado en cuatro órganos fundamentándolo en la independencia, separación, coordinación y cooperación de los mismos, estableciendo nuevamente la imposibilidad de reunir las funciones de cada uno en un solo órgano ni delegarlas entre sí (art. 12. I y III).

En los hechos esta normativa, pese a las buenas intenciones que el legislador constituyente tuvo, en el terreno de la política y su aplicación no pasaron de ser cartas de buenas intenciones. Como Iraegui reconoce, el gobierno de Morales se constituyó por ser un gobierno populista²²⁵, por dos elementos fundamentales: 1) por la ampliación del sistema político y la inclusión de los sectores populares en un proceso de expansión sustantiva de la representación y, 2) por la devaluación del carácter liberal de la democracia o, dicho en otros términos, por el incremento evidente de las prácticas políticas de contenido autoritario y, como consecuencia, por una evidente desvalorización de los derechos políticos y civiles. Caracterizándose además por el: «(...) fuerte liderazgo carismático, el ensalzamiento discursivo del cambio y el desdén por el pasado, la reacción antiliberal, El desprecio hacia la intermediación política, la desinstitucionalización, el peso relativo de la estructura partidaria, la emergencia político-gubernamental de movimientos sociales que son incluidos en la política, la aversión por las élites, el desdén hacia lo intelectual, la permanente apelación directa al pueblo como personificación de todos los atributos morales positivos y la lucha contra un enemigo (interno o externo) que pretende la ruptura de la unidad virtuosa del pueblo. Además, (...)como algo positivo- una importante tendencia a promover derechos sociales y una genuina preocupación por la situación de los grupos sociales menos favorecidos, lo que, por supuesto, es una constante del populismo como manifestación de la existencia de grupos marginados emergentes» (Ibíd. pp. 154-157).

En un escenario como éste, donde además el Órgano Ejecutivo posee extensos poderes o atribuciones (27 en total, art. 172 de la CPE,), sumado a que participa como eje central en las vastas competencias privativas y exclusivas del nivel central del Estado (60 en total, art. 298 de la CPE), indiscutiblemente llega a consolidarse

²²⁵ Advertimos que el populismo aquí no tiene un sentido ni negativo ni positivo, es simplemente una locución que trata de describir un conjunto de hechos.

un hiperpresidencialismo, que en el caso del gobierno del MAS se vio fortalecido por el dominio de dos tercios en la Asamblea Legislativa Plurinacional, eliminando así cualquier atisbo de control y fiscalización, que en la práctica fue más formal que real, en la medida que no existió suficiente autonomía de los legisladores ni la capacidad de la oposición para contrarrestar el poder del gobierno (Ibíd., p. 192). La crítica que Iraegui a su juicio efectúa es la: «(...) total subordinación de los parlamentarios al ejecutivo y su tendencia a votar masivamente y sin el más mínimo espíritu crítico las normas que llegan del gobierno». Sin embargo, también reconoce que: «(...) No parece evidente que el actual legislativo sea más o menos dependiente de lo que fueron las versiones existentes durante el segundo ciclo liberal, la fiscalización continúa siendo muy endeble y el modelo presidencial sigue en vigencia».

El Órgano judicial y Ministerio Público dominados por el hiperpresidencialismo

Como bien señala Jorge Lazarte, entre las instituciones que menos confianza ha generado tradicionalmente en la población boliviana se encuentra con claridad el Poder Judicial (1991, p. 595). Ante tal situación, siempre ha sido apremiante su reforma estructural, y como no podía ser de otra manera, el gobierno del MAS asumió dicha responsabilidad con la finalidad de promover mayor justicia para la población boliviana.

Sin embargo, paradójicamente su accionar más bien llevó a un total descrédito social del mismo, por las constantes interferencias que tuvieron jueces y magistrados por parte del gobierno. Principalmente, por las sentencias constitucionales que éste obtuvo a su favor para habilitar la repostulación del Presidente y Vicepresidente, siendo la más polémica, conflictiva y resistida la sentencia constitucional 0084/2017, por interpretar el artículo 23 del pacto de San José de Costa Rica en el sentido que el mismo no contiene un límite a la repostulación, siendo, por tanto, más favorable para las autoridades ejecutivas, con lo cual estableció la inaplicabilidad del artículo 168 de la Constitución y la inconstitucionalidad de las normas de la Ley del Régimen Electoral que limitan la reelección a una sola vez, habilitando así a las autoridades ejecutivas a una repostulación indefinida y, lo que es peor, inaplicó la voluntad de la mayoría del pueblo boliviano expresada en el referéndum del 21 de febrero de 2016 que reafirmó el tenor del citado artículo 168 constitucional. He ahí la paradoja que se forma cuando en realidad la función de un Tribunal Constitucional es ejercer un rol contramayoritario y de control de constitucionalidad de los actos del gobierno.

La dependencia de los magistrados respecto al poder político es evidente en virtud a que, por más que los mismos sean elegidos democráticamente por el pueblo, las listas de precandidatos son elaboradas y constituidas por el Órgano Legislativo, en el cual el MAS, como va sabemos, tiene dos tercios de votos. Por otra parte, además de estas intromisiones en el Órgano Judicial, es bastante conocida la instrumentalización del Ministerio Público, cuvo Fiscal General es designado por la Asamblea Legislativa dominada por el MAS, lo que en los hechos facilitó se provoque el denominado fenómeno de la «judicialización de la política», produciéndose persecuciones y iuzgamientos a los opositores al gobierno. Nótese, que actualmente el gobierno de la Presidente Jeanine Añez también está haciendo uso de los excesivos poderes que el sistema presidencialista le confiere para perseguir y detener a autoridades y funcionarios del anterior gobierno, incidiendo inclusive en lo que sus adversarios en su momento también incurrieron, en una sistemática vulneración a los derechos, garantías y libertades de quienes no comparten sus ideas políticas. Con esto no queremos afirmar que en ningún caso se deben procesar a ex autoridades y ex funcionarios, simplemente pretendemos advertir que en muchos casos el hiperpresidencialismo también puede instrumentalizar la administración de justicia conculcando garantías constitucionales dentro de los procesos judiciales.

c. El Órgano electoral y los conflictos posteriores a la elección presidencial

Al otorgarle la Constitución a la Asamblea Legislativa la atribución de designar a seis vocales y al Presidente del Estado la potestad de asignar a uno de ellos (art. 206. III), sumado a los dos tercios del MAS y al «escaso esfuerzo oficial por lograr candidatos de consenso significó que se generalizase la idea de que todos los nuevos magistrados eran afines al MAS, idea que se profundizó tras filtrarse imágenes del presidente de la CNE, Wilfredo Ovando, participando en mítines electorales del partido de gobierno» (Iraegui, Ibíd., 202). Esta idea de afinidad de los vocales y de la injerencia del gobierno en sus funciones perduró e inclusive, a la postre, se profundizó en diversos sectores de la sociedad boliviana con la habilitación del binomio electoral Evo Morales - Álvaro García, como candidatos de las pasadas elecciones presidenciales del 20 de octubre de 2019.

La historia de las intromisiones e injerencias del gobierno del MAS, que como dijimos para muchas personas era algo evidente, terminaron con los trágicos eventos posteriores a los mencionados comicios electorales, dando por resultado más de una treintena de personas asesinadas y varias decenas de heridos. El 11 de noviembre de 2019, el Presidente Morales y su Vicepresidente García renunciaron a sus cargos después de que la OEA publicara su informe preliminar sobre la auditoría a las elecciones, advirtiendo irregularidades, lo que para un gran sector de la población no fue otra cosa más que la confirmación de sus sospechas de fraude electoral.

Más allá de si hubo o no fraude²²⁶ en las pasadas elecciones, el uso autoritario del poder nos deja la lección de que cuando un sector de la población sospecha u observa que parte de sus libertades y derechos están siendo conculcados, como el derecho a elegir o el derecho de participar de forma equitativa en procesos eleccionarios (que se ve seriamente limitado cuando una autoridad es candidata y hace uso de recursos del Estado en su favor), no sólo la democracia se erosiona o quiebra por dentro, sino que el Estado de Derecho, que resguarda los derechos de los ciudadanos ingresa en una aguda crisis, no quedándole quizás a la población otro recurso que recurrir a la protesta en las calles y tomar medidas de presión que terminan por desestabilizar por completo el sistema institucional del Estado.

A MODO DE CONCLUSIÓN: EL «NUNCA MÁS» Y LA CORRELATIVA NECESIDAD DE SEPARAR «ESFERAS»

Cualquier crisis del Estado casi siempre ha tenido que ver con el Presidente, si éste se excedía en el ejercicio del poder, si éste no actuaba conforme los requerimientos de la sociedad o si se enfermaba o renunciaba, pues en todos esos casos siempre se presentaban y presentan problemas de gobernabilidad y de autoridad estatal. Es el caso que tocó vivir a los bolivianos tras la renuncia de Morales y de las autoridades que se encuentran en la línea de sucesión constitucional. Entonces, esto lleva a pensar que en nuestro sistema existe demasiada dependencia de la figura presidencial y del Órgano Ejecutivo como tal, pues muy bien se puede comenzar a analizar, en base a estas experiencias, la posibilidad de establecer sistemas parlamentaristas o semi-presidencialistas²²⁷.

²²⁶ Que es un tema que también excede las pretensiones de este trabajo.

²²⁷ Cuestión que dejo al debate de politólogos expertos.

Lo que aquí nos preocupa es establecer un «nunca más» a las crisis como la que Bolivia ha atravesado y seguirá haciéndolo si no se remedian o se reingenian las estructuras de control al poder (al hiperpresidencialismo principalmente). Por eso nos permitimos proponer la necesidad de efectuar lo que Giovanni Sartori (1999) denominó «reingeniería constitucional» para que desde las academias jurídica y política se postulen propuestas de reformas a lo que Gargarella denomina «sala de máquinas de la Constitución», con dos propósitos fundamentales: 1) proponer un nuevo sistema presidencialista para caracterizar una nueva forma de gobierno que haga efectivo el control de sus funciones y que en circunstancias de ausencia de poder se adopte un sistema parlamentario para superar crisis de gobernabilidad, o por otro lado, que en última instancia se analice la posibilidad desechar a los presidentes²²⁸, o en definitiva de instituir un sistema parlamentarista o semi-presidencialista, 2) se organice la sala de máquinas de tal forma que el poder se encuentre al servicio de las personas y posibilite el bienestar y satisfacción de las necesidades de la población.

Para el primer propósito señalado se requiere el establecimiento de un sistema efectivo de frenos y contrapesos que asegure lo más posible el control y equilibrio del poder estatal para resguardar principalmente las libertades o derechos negativos de las personas. Para el segundo propósito, la adopción de una nueva forma de organización estatal que implemente instituciones de garantía de los derechos sociales o derechos positivos, en los que el poder del gobierno no tenga mayor influencia que la de posibilitar los recursos necesarios para que dichas instituciones cumplan con sus responsabilidades.

De esta manera, las «esferas de justicia» de Michael Walzer podrán hacerse factibles impidiendo la injusticia, la cual llega a generarse cuando: «(...) en todos los casos en que los poseedores legítimos de los bienes en una esfera convierten estos últimos en bienes dentro de otras esferas y, así, terminan por estar en posesión de bienes en múltiples esferas, obtenidos de un modo que no está en correspondencia con los criterios distributivos y, por ende, no es coherente con los significados sociales de los bienes», en este sentido: «la injusticia es, en estricto sentido, la tiranía (dominancia) de los depredadores de bienes sociales que cruzan y violan las fronteras entre esferas y se proponen la conversión general de recursos propios de arenas sociales distintas y diferenciadas. Una sociedad es una sociedad de igualdad

²²⁸ En un artículo por demás interesante y bien fundamentado Marcelo Alegre propone una democracia sin Presidentes, en el libro Coordinado por Roberto Gargarella, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I, Argentina, Abeledo Perrot.

compleja donde está obstaculizada la convertibilidad universal de bienes específicos» (Veca, 2010, p. 104). Así, es justo que la separación de poderes y la instauración de frenos y contrapesos efectivos sean implementados, de la misma manera en que deban hacerlo las instituciones político-sociales regidas por criterios de justicia distributiva que se encarguen de facilitar a la población un acceso igualitario a los recursos sociales y económicos.

Sólo de esta manera podremos aspirar a una concepción republicana más robusta del Estado de Derecho, donde para Fernando Calderón: «El Estado en un régimen democrático no se identifica con el mercado. La función Estatal es proteger y fomentar la participación de los ciudadanos. El Estado en un mundo globalizado debe potenciar la capacidad de sus ciudadanos, tanto en el plano técnico-instrumental -es decir, del manejo de los nuevos códigos de conocimiento-, como en el de la socialización democrática, referida a instituciones, a valores sustantivos y al reconocimiento de la diversidad étnica-cultural, como referente de la acción política estatal» (Calderón, 2002, p. 85). De esta forma, quizá sea posible aspirar a un ejercicio deliberativo y más participativo de la sociedad donde ésta ejerza un control del Estado en un plano más horizontal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiló, J. (2010), Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Editores), El canon neoconstitucional, Madrid, Ed. Trotta.

Bobbio, N. (1985), *El futuro de la democracia*, Barcelona, España, Plaza y Janés.

Bobbio, N. (2006), *Liberalismo y democracia*, Mexico, Fondo de Cultura Económica.

Burgos, J. (2010), Estado de Derecho: el modelo formal al sustancial, Revista Diálogos de Saberes, disponible en:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3618626.pdf, visitado el 13/01/2020

Dworkin, R. (1989), Los derechos en serio, España, Editorial Ariel S.A.

Ferrajoli L. (2013), *Principia Iuris. Teoría de la Democracia*, tomo II, Madrid, España, Trotta.

Calderón, F. (2002), La reforma de la política: deliberación y desarrollo, La Paz, Bolivia, FES-ILDIS.

Curcó, F. (2016), Constitucionalismo y democracia: una revisión cítica del argumento contra-epistémico, Isonomía, Nº 44, Disponible en línea: http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n44/1405-0218-is-44-00063.pdf., visitado el 13/01/2019

Gargarella, R. (1996), La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona, Editorial Ariel.

Gargarella, R. (2014), *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, Argentina, Katz Editores.

Gargarella, R. (2019), El desencanto con las democracias que mueren por dentro, La Nación, disponible en: https://www.lanacion.com.ar/opinion/columnistas/el-desencanto-con-las-democracias-que-mueren-por-dentro-nid2308624, visitado el 13/01/2020

Iraegui, A. (2012), *La democracia en Bolivia*, La Paz, Bolivia, Plural Editores.

Lazarte, J. (1991), Partidos, democracia, problemas de representación informalización de la política (el caso de Bolivia), en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época).

Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018), Cómo mueren las democracias, Colombia, Editorial Ariel.

Linz, J. (1996), *La quiebra de las democracias*, Trad. De Rocío de Terán, Madrid, España, Alianza Editorial.

Mansilla, H. (2010), La cultura política en Bolivia. La posibilidad del populismo autoritario, Estudios Políticos, Núm. 21, Novena Época, disponible en: http://www.revistas.unam.mx/index.php/rep/article/view/24184, visitado el 13/01/2020

Nino, C. (1992), Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea.

Sartori, G. (1999), Ingeniería Constitucional comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados, México, Fondo de Cultura Económica.

Veca, S. (2010), La filosofía política, Buenos Aires, Argentina, Amorrortu Editores.

SOCIEDAD DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL APEX IURIS

LA VÍCTIMA DEL PROCESO PENAL EN TIEMPOS DE COVID-19

Andrea Cristina Farro Soto 229

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es presentar algunas reflexiones acerca de la víctima del delito, en un proceso penal dentro de un Estado de Emergencia a causa del brote del COVID-19. La poca claridad político criminal de hacia donde se pretende apuntar con la regulación de la víctima en nuestro sistema procesal penal abre enormes espacios de riesgo de introducción de cambios que, debido a no tener una orientación clara ni estar bien pensados, podrían introducir distorsiones y problemas relevantes en situaciones como las que se viene atravesando en el mundo, sobre todo en nuestro país, donde se ha Decretado Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID 19.

En este contexto, se suspendió las labores de diversas instituciones, entre ellas el Ministerio Público y del Poder Judicial suspendiéndose, en consecuencia, durante ese periodo los plazos procesales. Por plazo procesal se entiende el tiempo máximo que el Código Procesal Penal (en adelante CPP) o las leyes de la materia le otorgan a las partes, para que puedan realizar determinada actividad procesal o ejercer alguna facultad establecida a su favor; esto se trata de un lapso en el cual, ni las partes ni el juez pueden realizar actividades destinadas al esclarecimiento de los hechos, desatando como consecuencia el retraso de la investigación o juicio oral, evidenciando lo que ya todos conocemos, la enorme litigiosidad existente, como causas de muchos de los eternos procesos que se acumulan así como la ineficiencia del sistema que deja a la víctima postergada; por ello, con la finalidad de no solo considerar aspectos teóricos sino también empíricos, dividiré el texto en dos secciones. En la primera de ellas, previa a una definición in extensa de la categoría de víctima, intentaré dar una visión somera histórico-dogmático sobre la víctima dentro del Sistema Penal Acusatorio, poniendo especial énfasis en los sistemas procesales penales de la edad media (en la época de la peste negra), modernos y

²²⁹ Abogada por la Universidad Hermilio Valdizan, Huánuco-Perú, Asistente en Función Fiscal del Distrito Fiscal de Huánuco, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho-Área de Procesal Penal, miembro de la Instituto de Investigación para la Ciencia & Humanidades "Apex Iuris" y autora de distintos artículos en materia procesal penal.

contemporáneos, en la segunda sección me interesa explicar la situación de la víctima (en sus diversos grados) en el estado de Emergencia Nacional peruano. El trabajo culminará con unas breves reflexiones finales de cierre.

DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE "VÍCTIMA"

Corresponde, en primer lugar, a efectos de demarcar el presente trabajo, delimitar el concepto de "victima". Desde una óptica jurídica, conviene efectuar la definición de víctima del criminólogo español Antonio García Pablos de Molina, quien señala categóricamente que, es la víctima quien soporta los efectos del crimen (físicos, psíquicos, económicos, sociales, etc.), además recibe la insensibilidad del sistema legal. rechazo, la insolidaridad de la comunidad y la indiferencia de los poderes públicos, insistiendo además en la idea que, en el Estado moderno (al que denomina Estado Social de Derecho) resulta paradójico que las actitudes reales hacia la víctima del delito, oscilen entre la compasión y la demagogia, la beneficencia y la manipulación²³⁰. En ese orden de ideas. El Doctor en criminología Ezzat A. Fattah esbozaba que "la victimización es una experiencia individual, subjetiva y culturalmente relativa"231. De lo anterior se desprende que, proporcionar un concepto en el que todas las víctimas de un delito puedan considerarse incluidas es más difícil cuanto más específica sea la definición. Y es que, señalaba también Fattah que, "el sentimiento de ser víctimas no siempre coincide con la definición legal de la victimización"232.

En definitiva, se necesita un concepto lato de víctima, sobre todo cuando se trata de reconocer, a quienes se enmarcan dentro de dicha definición, una serie de derechos, en el marco de un sistema penal garantista y más aún en tiempos en el que la pandemia del COVID19 deja en desamparo y agranda cada vez más el número de víctimas del y en el proceso penal, tal como analizaremos en el presente artículo.

²³⁰ García Pablos De Molina, Antonio. Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos. Iuris Consulti Editores. 2006. Lima, Perú. p.66

²³¹ Fattah Abdel Ezzat., Towards a Critical Victimology. London: Macmillian. New York: St. Martins Press. 1992

²³² Fattah Abdel Ezzat., La relativité culturelle de la victimisation – Quelques réflexions sur les problèmes et le potentiel de la victimologie comparée. 1993, Criminologie p. 121-136.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA Y DOGMÁTICA DE LA "VÍCTIMA" EN TIEMPOS DE EPIDEMIAS

Desde la plaga de Atenas en el año 430 a. C, hasta el Covid-19 en el siglo XXI, más de 20 pandemias han puesto en riesgo la supervivencia humana.

Una de ellas, sino la más mortífera, ha sido la peste negra, por lo que corresponde realizar un análisis somero de las condiciones de la víctima en aquella etapa de la historia.

La víctima en la edad media, a propósito de la etapa de la peste negra

La epidemia de la peste negra sucedió en una etapa histórica del derecho en la que se caracterizada por afirmar la naturaleza pública del Derecho penal sostenida por el derecho romano, fuertemente influenciado por la iglesia; el poder punitivo se ejercía en nombre de Dios, se confundió lo ilícito con lo inmoral o el pecado; además de considerar delito actos que si bien atacaban las ideas de la Iglesia no afectaban la vida civil como la herejía, el poder de los jueces careció de límites, tenía carácter subjetivo ya que se aplicó los principios romanos de la imputabilidad y de la culpabilidad.

En el aspecto procesal, el procedimiento era inquisitivo; entre sus características se encuentra que en este era común el uso del tormento para obtener la confesión del acusado, quien se encontraba incomunicado y tenía una defensa nula, pues en la persona del juzgador se reunían las funciones de acusación, defensa y decisión. Se instituyeron los comisarios, quienes eran los encargados de practicar las pesquisas para hacer saber al tribunal del Santo Oficio la conducta de los particulares, en relación a las imposiciones de la propia Iglesia. Cuando se reglamentó el funcionamiento de la Inquisición Episcopal, le fue encomendada a dos personas laicas la pesquisa y la denuncia de los herejes; y los actos y funciones procesales les fueron atribuidos a los inquisidores.

El ratón del Himalaya portaba la pulga transmisora del virus de la peste bubónica, pero para una parte importante de las sociedades europeas, la culpa no fue del ratón: había que encontrar otro "causante" de tamaña tragedia, es así que se intensifico en toda Europa la "cacería de brujas²³³".

²³³ La caza de brujas se relaciona con una nueva concepción del Diablo que se desarrolla en la Cristiandad latina como consecuencia de la crisis económica, social y cultural provocada por la Peste Negra y de la crisis religiosa que trajo consigo el Cisma de Occidente. Todo eso hace que Satán ya no sea pensado como el tentador que instiga malos pensamientos o posee a las personas: a partir de ese momento, él interviene físicamente, realmente, en el mundo por medio de la seducción de fieles para construir una antisociedad en el seno de la Cristiandad, una anti-Iglesia y un reino del diablo sobre la tierra; peligros a combatir.

En 1348, dos mil judíos fueron a la hoguera en Stuttgart, condenados por una histeria colectiva que los consideró chivos expiatorios. En ese sentido se aprecia en esta época una cruenta persecución a los judíos y a mujeres perspicaces, a quienes erróneamente se las acusaba de "brujas", estos soportaban los efectos del crimen (físicos, psíquicos y sociales, etc.), además recibían la marginación de un sistema legal, imperfecto y remoto en esa época, ni siquiera eran juzgados en los tribunales; fue, sin duda, una época oscura y cruenta.

A nivel de reflexión, por estos días en los que la pandemia, no tan masivamente letal como la peste negra, nos tiene mayoritariamente encerrados, en algunos sectores de la sociedad peruana se ha generado una histeria similar, que provoca frecuentes episodios de condena contra quienes se presume culpables del contagio o de su propagación: primero fueron los ciudadanos chinos (por el país donde se originó la epidemia), luego los ciudadanos peruanos que viajaron al extranjero y que posteriormente regresaron al país. No son tiempos de hogueras, ni de buscar chivos expiatorios, sino de solidaridad entre todos los peruanos.

La víctima en el derecho penal moderno

Pero la influencia decisiva y duradera de la Iglesia en el Derecho penal que se evidenció en la edad media fue aún más profunda, no limitándose a templar ciertos usos salvajes y ciertos rigores primitivos. La acción de la Iglesia echó las bases del Derecho penal moderno con sus ideas acerca de la víctima, el delito y de la pena y su regulación

Durante una buena parte del desarrollo del derecho penal moderno, la víctima ha sido un actor marginal sin derechos explícitos en el proceso. Este fenómeno se explica debido a que el derecho penal moderno se caracteriza por constituir un derecho eminentemente estatal, es decir, un sistema de regulaciones legales en donde el delito es definido como conflicto el autor del mismo y el Estado. Frente a la comisión de un delito, surge el derecho del Estado de sancionar la violación al deber de todos los ciudadanos de respetar las normas penales. El conflicto deja de ser un problema entre autor y víctima pasando, en cambio, a constituir un problema entre infractor y autoridad.

Explica atinadamente Ledesma²³⁴ que, el proceso penal moderno

²³⁴ Ledesma Ángela "Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia" en "La víctima del delito. Aspectos procesales penales – II" DONNA Edgardo (Director) LEDESMA Ángela (Vicedirectora) "Revista de Derecho Procesal Penal" Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 24

íntimamente unido a las raíces inquisitivas no reconocía a la víctima como un sujeto de proceso penal y como se dijo *ut-supra* el Estado expropió sus derechos y los asumió en forma monopólica como un representante.

Así, se ha descrito este proceso por parte de Julio Maier como una "expropiación"²³⁵ o por Nils Christie como un "arrebatamiento"²³⁶ del conflicto a la víctima de parte del Estado. Más radicalmente, Hassemer habla de un proceso de "neutralización" de la víctima, es decir, de su completa exclusión del sistema.²³⁷

La víctima en los procesos penales contemporáneos

En los tiempos presentes se produce una suerte de viraje copernicano, impulsado por distintas cuestiones de orden histórico-político, compromisos supranacionales asumidos por los Estados después de los conflictos mundiales del siglo pasado y la evolución del proceso penal moderno, cada vez más acusatorio y adversarial. Todos estos condimentos han abierto un abanico de alternativas por medio de las cuales se legitima, en mayor o en menor medida la intervención de la víctima en el proceso y no solo habilita el reconocimiento de la víctima individual, sino su extensión al carácter colectivo en alusión a delitos de lesa humanidad, terrorismo y otros fenómenos que empañan a la comunidad internacional y a las nacionales. Por ello el reconocimiento se extiende a los familiares de las víctimas, a los desplazados, los vulnerables en general que otrora quedaban marginados en el sistema penal protector y hoy las legislaciones amparan su ingreso al proceso y es reconocido por tribunales nacionales y supranacionales²³⁸.

En los últimos años ha comenzado a replantearse el rol del Derecho Penal y también a la crítica radical contra la potestad penal exclusiva del Estado. Y es que, a mediados del siglo XX, específicamente en los años cuarenta, Wertham, sería uno de los primeros en plantear la cuestión de las víctimas en su obra "The show of violence", obra en la que pone

²³⁵ Maier, Julio, *La víctima y el sistema penal*, en: MAIER, Julio (Editor), De los Delitos y de las Víctimas, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1992, pp. 183-249, 186 y 187.

²³⁶ Christie, Nils, Los conflictos como pertenencia, en: MAIER, Julio (Editor), De los Delitos y de las Víctimas, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1992, pp. 157-182, p. 159.

²³⁷ Hassemer, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, Barcelona: Bosch, 1984, pp. 92-94.

²³⁸ Ledesma Ángela "Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia" en "La víctima del delito. Aspectos procesales penales – II" DONNA Edgardo (Director) LEDESMA Ángela (Vicedirectora) "Revista de Derecho Procesal Penal" Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p.25

de manifiesto la necesidad de desarrollar una ciencia, la victimología al señalar que la persona que sufría un acto criminal era un ser olvidado. Incluso llegó a afirmar que para poder comprender la psicología de un asesino era imprescindible y de gran importancia entender la sociología de las víctimas. Es así que, surgen disciplinas como la victimología y la victimodogmática que reubican el rol de la víctima en el conflicto penal, no solo como mero sujeto pasivo del mismo, sino como merecedor de consideraciones. Dentro de esos cambios, es como la víctima pasa primeramente a ser evaluada tanto en su relación con el delito, como en su caracterización criminológica, incluyéndose medidas asistenciales post delictuales. La victimología nace como respuesta al relegamiento sufrido por la víctima dentro del proceso penal, pues es evidente que ella está ausente en la definición de la pena y sus finalidades. Busca evitar lo que se ha definido como una "victimización secundaria" para referirse a los daños y molestias que aquélla suele padecer en ocasión del proceso judicial.

Es así que, las discusiones dogmáticas de los últimos años, las reformas procesales y, sobre todo, el desarrollo de nuevos instrumentos teóricos para el análisis del injusto penal han situado a la víctima en un lugar relevante, a tal punto que la victimodogmática comienza a representar un campo específico de principios, planteos y cuestiones que guardan relación con un universo definido de problemas penales.²³⁹

El rol de la víctima en el proceso penal peruano

Históricamente, a nivel peruano y en el ámbito comparado, la víctima ocupó un rol secundario en los procesos penales (sobre todo en los vetustos sistemas inquisitivos). Su reconocimiento normativo era menor y sus derechos prácticamente inexistentes²⁴⁰.

Prueba de ello, en el Perú, es que el Código de Procedimientos Penales de 1940, aún vigente en algunas partes del país, no contiene un solo artículo que haga referencia a la víctima y sus derechos. Al referirse en su Libro Primero, a las partes, da cuenta de la Parte Civil.

²³⁹ Silva Sánchez Jesús "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo" 2ª edición, Ed. B de F, Montevideo, 2010, p. 162, y TAMARIT SUMALLA Josep "La víctima en el Derecho Penal", Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 17

²⁴⁰ Duce Mauricio, Moreno H. Leonardo y otros, "La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica. Revista Scielo, versión electrónica. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000200014#n3

El Artículo 54°, señala lo siguiente:

«El agraviado, sus ascendientes o descendientes, su cónyuge, sus parientes colaterales y afines dentro del segundo grado; sus padres o hijos adoptivos o su tutor o curador, pueden constituirse en parte civil»

Actualmente, el Código Procesal Penal Peruano, trae consigo una serie de normas que en muchos aspectos, dinamiza el proceso penal y a través de su visión acusatorio - garantista, pretende ser el instrumento que solucione en gran medida, la problemática que agobia el sistema de justicia penal. Cuando legisla sobre la víctima, el artículo 94º define al agraviado, como todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Podemos apreciar que, es una definición que no engloba todo el significado real de ser víctima de un delito.

El artículo 95°, fija como derechos del agraviado:

- a. A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite.
- b. A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite.
- c. A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.
- d. A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.²⁴¹

A diferencia del proceso penal peruano antiguo en la que la víctima tenía relegado un papel pasivo, con el nuevo modelo proceso penal esta tiene una participación activa, en la medida que, en principio, se respeta su dignidad, de acuerdo a su condición de víctima, la misma tiene derecho a participar desde que presenta una denuncia hasta que el caso llega al juicio oral; en cada uno de las etapas del proceso, el policía debe recibir la denuncia, no

195

²⁴¹ Luego, el NCPP también legisla las figuras del actor civil (esto es, el agraviado que pretende ejercitar la acción reparatoria, así como daños y perjuicios de naturaleza civil) y la del querellante particular (que es el mismo agraviado que impulsa la investigación de un delito de acción privada)

debe descartar la denuncia porque no le parece, por prejuicios, por ideas; el fiscal, por ejemplo debe entender que la víctima tiene intereses, tiene deseos y que a veces contraponen con la de él; tanto el abogado defensor como el defensor público debe respetar a la víctima y no agredirla, esperando lo mismo del juez, es un conjunto de cambios, incorporaciones que se realizan y que son visibles en cuanto se dé un nuevo entendimiento del rol de la víctima. No basta con la buena voluntad, los operadores del derecho deben de cumplir con lo que el código adjetivo establece.

LA VÍCTIMA COMO SUJETO DEL Y EN EL PROCESO PENAL EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA NACIONAL A CAUSA DEL COVID19 (EL CASO PERUANO).

Luego de haber detallado el devenir histórico de la víctima a través del tiempo, resulta necesario detallar lo que acontece en nuestros días, a raíz de la limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas²⁴², como forma de detener la propagación del virus, a partir del 16 de marzo en el Perú se vive una situación de cuarentena dentro del propio hogar²⁴³. Ello trajo consigo una notable victimización de los sujetos (activo y pasivo) a nivel primario, secundario y terciario en sus diversas esferas, tal como detallamos a continuación:

La victimización primaria y la violencia de género en el marco del Covid 19

Se entiende victimización primaria como aquella que sufre la víctima a manos de su agresor o victimario, esto es, la que deriva de la comisión-padecimiento del delito. Es aquella que sufre o padece la persona que se constituye como blanco del delito. Se trata de un padecimiento que se manifiesta en un perjuicio físico, psicológico, social o económico, incluso puede dar lugar a que se generen sentimientos de culpabilidad con relación a los hechos, en estos casos la víctima siempre siente la afectación psíquica o física del acto cometido sobre su persona, esta, no sólo se va a presentar a raíz de hechos delictivos, sino que también se presenta como consecuencia de actos violentos, conductas desviadas o catástrofes naturales²⁴⁴.

²⁴² Dispuesta por el gobierno peruano mediante D.S. N. º 044-2020-PCM y sus ampliaciones.

²⁴³ Salvo para la prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales como lo indica la misma norma.

²⁴⁴ Virginia Ribés Moreno, las otras víctimas, trabajo final de grado Criminología y Seguridad 2013/2014 pag.26. Obtenido de: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/ handle/10234/107859/TFG_2013_ribesM.pdf?%20sequence=1

En el caso peruano, en el marco de las declaraciones de la Ministra Gloria Montenegro del pasado 1 de abril advirtió que la línea 100 del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables ha sido el medio más utilizado por las víctimas para el pedido de auxilio, habiendo recibido alrededor de 5,438 llamadas por violencia contra la mujer. Asimismo, se han atendido 43 casos de violación, siendo que de ellos, 27 fueron perpetrados contra menores de edad dentro de su propio hogar²⁴⁵. En estas cifras no se están considerando las zonas rurales o amazónicas alejadas que no tienen alcance a este canal, por lo que debemos entender que la cifra real es mucho mayor y se encuentra invisibilizada. Cabe señalar también que desde el inicio de la cuarentena se han presentado 4 casos de feminicidio, siendo que uno de ellos tuvo como víctima a una menor de edad quien fue previamente violada por su vecino²⁴⁶.

Nos encontramos entonces frente a una situación real de violencia que está ocurriendo dentro de este periodo de Emergencia Nacional y que requiere un abordaje específico dada su gravedad y forma de manifestarse, teniendo en cuenta que adquiere fuerza dentro del periodo de cuarentena de la población. En estos momentos convergen diferentes factores como: la incertidumbre por la salud pública, la ausencia de trabajo, aunado a las necesidades económicas, la presencia de los hijos en el hogar, lo que genera tensión en las personas. Estos factores se agravan si le sumamos la limitación del derecho a la libertad de tránsito y la inmovilización obligatoria dentro de los días dispuestos por el gobierno, lo que se presta para que el agresor ejerza un mayor control sobre la víctima, máxime si ya se encuentra aislada de otras personas como familiares o amistades que pueden ser su ruta de escape ante la violencia, así como de los demás recursos para pedir ayuda²⁴⁷.

De acuerdo con la información contenida en el especial "El call-center que atiende casos de violación en cuarentena", escrito por Juan Pablo León Almenara para El Comercio. Recuperado en: https://especiales.elcomercio.pe/?q=especiales/violaciones-en-cuarentena-ecpm/index.html, acceso: 8 de abril de 2020.

^{246 &}quot;Cuatro feminicidios en cuarentena: Arequipa, Huánuco, Junín y Callao". Recuperado en:https://manoalzada.pe/feminismos/cuatro-feminicidios-en-cuarentena-arequipa-huanuco-junin-y-callao, acceso: 9 de abril de 2020.

²⁴⁷ Díaz Díaz, María-Pía Guadalupe, Violencia contra las mujeres en tiempos de cuarentena, La Ley: El ángulo legal de la noticia ,obtenido de: https://laley.pe/art/9597/violencia-contra-las-mujeres-en-tiempos-de-cuarentena

Victimización secundaria y paralización del sistema de justicia peruano en el marco del Covid 19

La victimización secundaria es alusiva a las respuestas del sistema legal, a las expectativas de la víctima y la actitud de ésta ante el mismo²⁴⁸. Es considerada la más negativa, ya que es producida por el propio sistema que victimiza a quien se dirige a solicitar justicia. En nuestro país, el covid19 ha traído consigo suspensión de labores por causa del el aislamiento social obligatorio, travendo consigo un impacto en los procesos penales, afectando el acceso a la justicia penal, siendo latente la victimización secundaria, toda vez que, se dificulta a la víctima el acceso a tribunales, juzgados penales, comisarias e incluso a sus abogados. Los órganos jurisdiccionales penales no están funcionando, aunque el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en acatamiento al estado de emergencia a través de la RA 115-2020-CE-PJ²⁴⁹, haya establecido reglas para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y administrativos indispensables en el período de emergencia. Aunado a ello, no debemos olvidar el gran problema que atraviesa la justicia penal peruana, aún no se ha superado el elevado número de expedientes que tramitan los juzgados, que hace que los jueces, por más diligentes que sean, no se encuentren debidamente preparados para cada audiencia y tampoco se cumplen los plazos, por la carga procesal que se vienen arrastrando.

La victimización terciaria en el marco del hacinamiento de las cárceles peruanas y la cesación de las prisiones preventivas

En lo que a victimización terciaria se refiere, no hay un consenso conceptual entre los distintos autores. Así, en primer lugar tenemos a autores como Landrove Díaz, que son partidarios de vincular la victimización terciaria al delincuente. Otros autores como Beristain difieren en cuanto al sujeto pasivo que recibe la victimización, pues ya no se centra el delincuente directamente o tercero que recibe la pena, sino que es toda la población en general, así como los familiares y amigos de la víctima²⁵⁰. Podemos relacionar la victimización terciaria, en el caso peruano, con el hacinamiento de las cárceles y el problema latente de las prisiones preventivas, toda vez que, delincuentes, inclusive la población en general se convierten en víctimas del proceso penal.

²⁴⁸ Morcillo Rodríguez Noelia, Termino Victimologia ,crimipedia, CRIMINA centro para el estudio y prevención de la delincuencia p 21.Obtenido de : http://crimina.es/crimipedia/wp-content/uploads/2015/07/Victimolog%C3%ADa.pdf

²⁴⁹ https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7413f1804d9280529df1df5cd3eb06f8/RA-115-2020-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7413f1804d9280529df1df5cd3eb06f8

²⁵⁰ Beristain Antonio. Victimología. Nueve palabras clave. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

a. Sobre el hacinamiento de las cárceles

El sistema penitenciario tiene a su cargo una población penal de 97 111 personas privadas de libertad distribuidas entre mujeres y varones, preponderando estos últimos, ya que las mujeres en cárceles representan el 6% del total, aproximadamente²⁵¹.

De este número importante de personas privadas de libertad, se tiene que el Instituto Nacional Penitenciario (en adelante, INPE) cuenta con una capacidad de albergue de 40 137 personas, es decir, 56 974 de ellas no tendrían un espacio al interior de los penales, lo que representa un hacinamiento del 140%²⁵².

A esto se debe tener en cuenta el alto número de personas privadas de libertad en condición de procesadas, las cuales representan el 36% del total de la población penal. Esta cifra resulta preocupante, pues como bien ha concluido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el uso excesivo o abusivo de la prisión preventiva es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia²⁵³.

El Perú se encuentra ampliamente atrasado en lo que respecta a políticas penitenciarias para hacer frente a la COVID-19. La gran mayoría de los países de la región y demás continentes han optado por medidas para deshacinar cárceles, mantener a la población penal en orden, y reforzar su sistema de salud. Así, tenemos como ejemplo la iniciativa que tuvo Chile, mediante el cual se aprobó la ley para trasladar presos a sus casas. Esta ley que aprobó el Congreso de Chile permite cambiar las condenas de cárcel por arresto domiciliario, la cual beneficiaria a más de 40 000 presos, siempre que sean personas adultas mayores, mujeres gestantes, mujeres que viven acompañadas de sus hijos/as menores de dos años en prisión, con la excepción de no haber cometido delitos graves. Sin embargo, aún no se ha podido ejecutar la medida por cuanto catorce senadores acudieron al Tribunal Constitucional para que la declaren inconstitucional tras alegar violación al principio de igualdad ante la ley.

²⁵¹ Reporte estadístico del INPE, diciembre de 2019.

²⁵² ídem

²⁵³ Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p. 119.

b. Sobre las prisiones preventivas

Ante la situación global de pandemia por la COVID-19, frente al riesgo latente de contagiarse de este virus, a la luz de los índices de complicaciones en la salud y mortandad a nivel mundial y que en nuestro país ha venido en incremento, ha motivado de que algunos procesados acudan ante los órganos jurisdiccionales competentes a fin de solicitar el cese de la prisión preventiva o la sustitución por una medida de arresto domiciliario²⁵⁴. Este es un tema estrechamente relacionado a los hacinamientos de las cárceles, siendo que, en estos últimos años la prisión preventiva ha dejado de ser utilizado como una medida de última ratio y de aplicación excepcional²⁵⁵.

La Resolución N° 01/20, "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), indica que los Estados deben adoptar medidas de atención y contención del virus centrándose en un enfoque de respeto a los derechos humanos, específicamente en los casos donde haya restricciones a los derechos fundamentales, promoviendo la reevaluación de las medidas de coerción procesal dictadas hasta ese momento, teniendo en cuenta los principios de pro persona, de proporcionalidad, temporalidad; debiendo procurar además, el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral de los procesados privados de su libertad

En ese sentido, durante este Estado de Emergencia Nacional la prisión preventiva debe tener un mayor carácter excepcional, debido a que la persona que sea recluida en un establecimiento penitenciario puede ser portadora del COVID-19 y como consecuencia de ello se podría generar un contagio masivo en el establecimiento penitenciario. Sin embargo, debido a una serie de causas, entre estas la carga procesal y la paralización de la mayoría de los juzgados de investigación preparatoria, la reevaluación de las medidas de coerción procesal, en el marco de los principios de pro persona, de proporcionalidad, temporalidad, se torna lento, dejando en estado de precariedad y desamparo la salud integral de los procesados privados de su libertad.

²⁵⁴ Moreno Pérez Carlos ¿La prisión preventiva está en cuarentena?: Una breve reflexión sobre el peligro de fuga en tiempos de Coronavirus 04 de Mayo de 202, La ley el Angulo legal de la noticia. Obtenido de: https://laley.pe/art/9660/la-prision-preventiva-esta-en-cuarentena-una-breve-reflexion-sobre-el-peligro-de-fuga-en-tiempos-de-coronavirus

²⁵⁵ Salas Beteta, Christian. "El proceso penal común". Lima: Gaceta Jurídica, p. 181.

En ese sentido, en el contexto peruano, se observa que, en los diversos grados de victimización, nos enfrentamos a problemas colosales que representan un reto para el sistema de justicia peruano; se tiene una deuda histórica con la reivindicación de la victimas en los diferentes niveles, el mismo que se ha acrecentado en tiempos de la pandemia y que deben de mitigarse cuanto antes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros:

Beristain, A. *Victimología*. Nueve palabras clave. Valencia, España: Tirant lo Blanch

Christie, Nils, "Los conflictos como pertenencia", en: MAIER, Julio (Editor), De los Delitos y de las Víctimas, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1992

Fattah Abdel Ezzat., *Towards a Critical Victimology*. London: Macmillian. New York: St. Martins Press. 1992

Fattah Abdel Ezzat., La relativité culturelle de la victimisation — Quelques réflexions sur les problèmes et le potentiel de la victimologie comparée. 1993, Criminologie.

García-Pablos De Molina, Antonio. Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos. Lima, Perú Iuris Consulti Editores. 2006.

Hassemer, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, Barcelona: Bosch, 1984.

Maier, Julio, "La víctima y el sistema penal", en: MAIER, Julio (Editor), De los Delitos y de las Víctimas, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1992

Pertile Antonio Storia del diritto italiano dadla caduta del_3 Iuiperio ronwno alla codificasione V2. Toriuo, 1892.

Salas Beteta, Christian. "El proceso penal común". Lima: Gaceta Jurídica.

Silva Sánchez Jesús "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo" 2ª edición, Ed. B de F, Montevideo, 2010.

Tamarit Sumalla Josep "La víctima en el Derecho Penal", Aranzadi, Pamplona, 1998.

Revistas:

Duce Mauricio, Moreno H. Leonardo y otros, "La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica. Revista Scielo, versión electrónica. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000200014#n3

Ledesma Ángela "Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia" en "La víctima del delito. Aspectos procesales penales "Revista de Derecho Procesal Penal" Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.

Direcciones web:

Centros de Emergencia de la Mujer. http://www.mimp.gob.pe/files/cartilla-pnud-victimas-covid-19.pdf

Díaz Díaz, María-Pía Guadalupe *Violencia contra las mujeres en tiempos de cuarentena*, La Ley: El ángulo legal de la noticia, obtenido de: https://laley.pe/art/9597/violencia-contra-las-mujeres-en-tiempos-de-cuarentena.

León Almenara Juan Pablo *El call-center que atiende casos de violación en cuarentena* Diario El Comercio. Obtenido en: https://especiales.elcomercio.pe/?q=especiales/violaciones-en-cuarentena-ecpm/index.html, acceso: 8 de abril de 2020

Mano Alzada "Cuatro feminicidios en cuarentena: Arequipa, Huánuco, Junín y Callao". Disponible en: https://manoalzada.pe/feminismos/cuatro-feminicidios-en-cuarentena-arequipa-huanuco-junin-y-callao, acceso: 9 de abril de 2020.

Morcillo Rodríguez, Noelia *Termino Victimologia*, crimipedia, CRIMINA centro para el estudio y prevención de la delincuencia. Obtenido de: http://crimina.es/crimipedia/wpcontent/uploads/2015/07/Victimolog%C3%ADa.pdf

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7413f1804d9280529df1df 5cd3eb06f8/RA-115-2020-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID =7413f1804d9280529df1df5cd3eb06f8

Moreno Pérez Carlos .¿La prisión preventiva está en cuarentena?: Una breve reflexión sobre el peligro de fuga en tiempos de Coronavirus 04 de Mayo de 202, La ley el Angulo legal de la noticia. Obtenido de: https://laley.pe/art/9660/la-prision-preventiva-esta-en-cuarentena-una-breve-reflexion-sobre-el-peligro-de-fuga-en-tiempos-de-coronavirus

Ribés Moreno Virginia, *las otras víctimas*, trabajo final de grado Criminología y Seguridad 2013/2014. Obtenido de: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/107859/TFG_2013_ribesM.pdf?%20sequence=1

ESTADO DE DERECHO VS. COVID 19 ROL DE LOS JURISTAS EN MEDIO DE LA PANDEMIA

Adrián Zarate Condori²⁵⁶

INTRODUCCIÓN

Ocurre que la crisis desatada por el nuevo Covid 19 o "Coronavirus" ha revelado la fragilidad de muchos Estados, encontrando a más de uno muy mal preparado para afrontar este tipo de situaciones, puesto que contaban con sistemas médicos mal equipados, con poco personal o con escaso material de bio seguridad para hacer frente a tremendo mal, quienes poco o nada pudieron hacer para evitar que dicho virus pudiese llegar a su territorio, no obstante, ello no significa que debemos desmerecer la labor que realizan actualmente, pues se hallan enfrentando una titánica batalla y luchando en primera línea para tratar de contener el virus.

En ese ínterin, fácilmente, puede ubicarse cuál es la labor que desarrollan los profesionales del sector salud, siendo que gran parte de ellos están encargados de contener la propagación del virus, mientras que otro grupo redobla esfuerzos en el intento de crear un anti viral que sea capaz de palear las consecuencias del Covid 19, así también se puede identificar la labor que tienen en sus manos tanto el personal policial como militar, quienes son los llamados para garantizar el cumplimiento de las medidas de restricción dictadas por los diferentes gobiernos en procura de garantizar la integridad y salud de su población. No obstante, en medio éste preocupante panorama pareciese que la delgada línea que separa al escenario de crisis sanitaria internacional que atravesamos, con aquel panorama en el que existe limitación arbitraria de derechos fundamentales y concentración del poder en una sola persona u órgano, estamos hablando de un estado donde existe ruptura el orden jurídico y constitucional, parece cada día más tenue.

Sin embargo, corresponde preguntarse, ¿Cuál es la labor que asumen los juristas/estudiantes de Derecho en medio de toda esta situación?, ¿Son acaso meros espectadores?, ¿Juegan o jugaran algún papel protagónico? Este tipo

²⁵⁶ Egresado, Tesista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón (UMSS), Bolivia, integrante de la Sociedad de Filosofía y Estado Constitucional del Instituto Iberoamericano "Apex Iuris" y Miembro del Semillero de Litigio ante Sistemas Internacionales de Protección de derechos Humanos SELIDH de la Universidad de Antioquia de Colombia.

de cuestionantes trataran de ser abordadas a través de un enfoque jurídico de la realidad que gran parte de los países a nivel mundial está atravesando.

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL ACERCA DEL ESTADO DE DERECHO.

Para poder analizar con precisión cual es el rol que juega el estado de derecho en medio de toda ésta crisis sanitaria y la importancia que tiene, necesitamos partir por analizar su concepto, es así que referimos el entendimiento desarrollado por Gonzalo Candia Falcón, acerca de Estado de Derecho definiéndolo, como:

"El Estado de derecho es una noción que, en sus términos más generales, exige la sujeción de la autoridad estatal al derecho. Ello aparece en contraposición con todo sistema en el cual la autoridad dispone de poderes omnímodos o de una discrecionalidad absoluta para resolver respecto de los asuntos públicos. En ese sentido, la noción de Estado de derecho busca imponer a toda autoridad una disciplina interna que permita generar un sistema legal que se encuentre "en buena forma". ²⁵⁷

Asimismo, podemos citar otro razonamiento acerca del Estado de Derecho, entendido como:

"(...)aquélenelcuallosgobernantessonelectosporelprocedimiento previsto con antelación en la ley y donde el sometimiento a la ley es el elemento distintivo y rasgo característico, la primacía de la ley se traduce en el principio fundamental de legalidad. Se sustenta además en el reconocimiento y protección constitucional de derechos fundamentales, y orgánicamente, en la división y equilibrio de poderes." ²⁵⁸

Dicho de otro modo, puede entenderse la figura de Estado de Derecho como:

"(...) todo aquel Estado cuya vida comunitaria está regulada por el derecho positivo. En tal caso, ello se haría extensivo también a la forma de gobierno de la monarquía absoluta o

²⁵⁷ CANDIA FALCÓN, Gonzalo: "El Estado de Derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Díkaion, vol. 24, núm. 2, diciembre, 2015, Universidad de La Sabana, Cundinamarca, Colombia, p. 230.

²⁵⁸ DÍAZ LABRANO, Roberto R.: "El Estado De Derecho, algunos elementos y condicionamientos para su efectiva vigencia", preparado para el Bicentenário da Justiça Militar no Brasil "Coletânea de Estudos Jurídicos", Coordinadoras: María Elizabeth Guimâraes Teixeira Rocha – Zilah Maria Callado Fadul Petersen, p. 2.

a la dictadura, ya que también éstos sistemas se apoyan en disposiciones "jurídicas (...) No obstante, de inmediato surge la percepción de que el concepto de Estado de derecho intenta articular un estado de cosas diferente, a saber un Estado cuyo orden jurídico se ajuste a ciertos requerimientos."²⁵⁹

Entonces, de lo transcrito podemos inferir que un Estado de Derecho es aquel modelo institucional donde existe una sumisión igualitaria, tanto de autoridades estatales (gobernantes) como de población (gobernados) no al poder o ley emanada por el Estado sino, al derecho suprapositivo, permanente y universal que emana de la razón²⁶⁰,- nótese la inclinación ius naturalista de la que es fruto esta institución jurídica – propiciando una relación de reciprocidad, donde ambos entes encuadran su actuar al derecho bajo una situación de sometimiento recíproco. Asimismo, se habla de la importancia que tienen los derechos fundamentales para este "modelo institucional", puesto que se hace referencia al respeto absoluto a estos derechos, como una antesala para la implantación y posterior desarrollo de la democracia.

En este sentido, podemos hablar de la presencia de ciertos elementos que hacen al Estado de Derecho, sin embargo mencionamos solamente aquellos que consideramos como los de mayor trascendencia, a decir los siguientes:

- La constitución del Estado por medio de la voluntad de la mayoría, en base a principios y procedimientos democráticos.
- La organización del gobierno del Estado, en base al principio de división e independencia de los poderes, que distingue el poder legislativo, ejecutivo y judicial en la Constitución Nacional.
- La sujeción a la ley por quienes ejercen la administración del Estado y el sometimiento al derecho de todos los ciudadanos sin distinción alguna.
- El reconocimiento en la Constitución Nacional y en las leyes de los derechos humanos fundamentales y la efectividad de las garantías y principios constitucionales consagrados.
- Garantías procesales básicas con rango constitucional, entre otras el debido proceso, la irretroactividad de las leyes penales,

²⁵⁹ WERNER Birkenmaier: "Estado de Derecho de la RFA, Estado de Derecho y Democracia", Editado por Josef Thesing. 2da. Edición. n Honrad Adenauer Stiftung. CIEDLA 1999, p. 84.

²⁶⁰ MARSHALL BARBERÁN, Pablo: "El Estado De Derecho como Principio y su consagración en la Constitución Política", Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, Año 17 - N° 2, 2010, p. 187.

la no aplicación de penas no previstas en la ley a través de un órgano judicial independiente e imparcial, el de que nadie puede ser privado de su libertad sin orden de autoridad competente.²⁶¹

Sin embargo pese a la importancia que tienen estos elementos, hablar de un estado de derecho como tal, no puede ni debe agotarse en el acto de una mera comprobación sobre la concurrencia de ciertos elementos e instituciones, pues esto nos lleva a una otra situación, es decir que podremos hablar de un panorama consecuente como es el estado democrático, que solamente aflorara en aquel estado de derecho fortalecido, partiendo de la premisa de que "No hay derechos sin democracia y no hay democracia sin derechos". No obstante lo anterior nos permitiría, únicamente, referirnos a un tipo de democracia, estamos hablando de la denominada democracia formal y no así de una democracia sustancial cuyo elemento principal se halla compuesto, parafraseando al jurista italiano Luigi Ferrajoli, por "la esfera de lo indecidible", es decir, los derechos fundamentales.

En tal caso debe darse una situación de verificación de la concurrencia simultánea de los elementos formales y sustanciales de la democracia, de modo que a al mismo tiempo debe constatarse la vigencia efectiva de los derechos frente al ciudadano y, de manera paralela, se debe verificar el funcionamiento de las instituciones, en cuanto refiere a la capacidad de respuesta que pueden brindar ante circunstancias de crisis, de desconocimiento o un posible rompimiento del Estado de Derecho.

ANÁLISIS DE LAS SITUACIONES PARTICULARES SUSCITADAS COMO CONSECUENCIA DEL COVID 19.

Ahora bien, teniendo presente la plataforma conceptual referente al significado de Estado de Derecho y los elementos más importantes que lo componen, vale decir que lo ocurrido como consecuencia del Covid 19, siendo de carácter excepcional, ha motivado diversos tipos de escenarios que bien podrían calificarse como estados con ruptura del orden jurídico y constitucional, debido a las peculiares características que demuestran, lo que nos lleva a pensar que la delgada línea que separa un Estado de emergencia sanitaria mundial, como el que estamos viviendo, con un Estado arbitrario parezca cada vez más difusa.

²⁶¹ DÍAZ LABRANO, Roberto R. op. cit. p. 5.

Sin embargo ante el inicio de la crisis desatada por el Coronavirus, hemos sido testigos de ciertos escenarios, tales como:

- a. El surgimiento del "Estado Policía".- Concordante con lo que manifestaba un jurista boliviano, estamos ante aquel modelo de estado al que hacía referencia Michel Foucault, basado en la represión y sanción como herramientas principales, v. gr. el despliegue de personal policial y militar rondando en calles y avenidas. De modo que ante el hecho de que una persona que atente contra las medidas dispuestas en la lucha contra el Covid 19, se busca primero reprimir su actuación y posteriormente imponerle una sanción por su negligente actuar, entonces es de éste modo que el estado despliega y trata de ejecutar sus políticas, dando la impresión de que los derecho fundamentales en medio de este panorama parezcan perdidos. Asimismo, vemos otra figura a la que hacía referencia este autor, como es el Panóptico a través del cual observan a todos y es que si bien debido al contexto particular, los ciudadanos acatamos las restricciones dictadas por el gobierno a la par nos hallamos constantemente observados/vigilados, en contra postura necesitamos estar informados respecto a la forma en la que se está enfrentando el virus, de modo que tengamos conocimiento respecto a de qué forma, por ejemplo, se estarían realizando las contrataciones de material de bio seguridad, de qué modo se está equipando a los hospitales y al personal médico, dado que si bien el escenario trazado por Foucault permite observar a todos desde un lugar privilegiado para la autoridad, en la misma medida los ciudadanos debemos poder realizar un control social al ejercicio del poder público, a modo de que sirva como una forma de rendición pública de cuentas permanente y poder sancionar positiva o negativamente su actuar, bajo el criterio de una "sociedad de la transparencia". Sin embargo, la realidad es que poco o nada sabemos de la forma en la que se están aprobando dichas normas, tales como de qué manera se está haciendo las contrataciones para dotar a médicos, policías y militares de equipos de bio seguridad necesarios para el cumplimiento de su labor, siendo que no podemos sacrificarlos al ponerlos al frente de esta crisis sin el material de protección adecuado y, si se les dota del material, no puede ser cualquier tipo de material, sino que debiese ser un material específico que garantice un mayor grado de protección.
- b. Estado de Emergencia vs. Estado Arbitrario. En ese orden de ideas, la línea que separa el panorama que estamos atravesando como consecuencia de la declaración de estado de emergencia sanitaria a nivel internacional con las medidas desplegadas en un estado con ruptura del orden constitucional parece que poco a poco van mimetizándose. Es en este sentido que referente a un elemento importante del Estado de

Derecho, como es el respeto a los derechos humanos (positivados en el ordenamiento jurídico interno bajo el rotulo de derechos fundamentales). citamos lo acontecido en El Salvador, donde su presidente Navib Bukele. autorizo el uso de la fuerza letal en contra de las pandillas denominadas "Las Maras"²⁶². Quizás acá pueda surgir la falacia de que los derechos humanos son solamente para quienes transgreden la norma, sin embargo lo cierto es que si el estado va a combatir la delincuencia otorgando luz verde para que se vulneren derechos humanos, retrocedemos cientos de años en evolución jurídica a la época de la vindicta y atentamos contra la esencia misma del Estado de Derecho, lo que en palabras del jurista chileno Héctor Faundez Ledezma significa reflexionar que la comisión de un hecho penal no puede ser sancionado con la comisión de otro hecho penal, sino como distinguir entre delincuente y Policía?²⁶³. Otra situación que hace que pareciera que estamos viviendo en estados arbitrarios, es que el Parlamento de Hungría otorgue a su primer ministro facultades para gobernar a través de decretos supremos de forma indefinida²⁶⁴ permitiendo la concentración del poder en la cabeza del Estado gracias a la habilitación de facultades extra ordinarias, lo que representa un riesgo grave contra uno de los elementos de mayor importancia del Estado de Derecho como es la separación de funciones e instaurando de manera peligrosa una posible bomba de tiempo.

262 Confróntese en:

https://www.google.com/amp/s/amp.elmundo.es/internacional/2020/04/27/5ea6ea4afc6c~8336798b458d.html

https://www.voanoticias.com/america-latina/el-salvador-presidente-bukele-autoriza-uso-de-fuerza-letal-contra-pandillashttps://www.google.com/amp/s/www.abc.es/internacional/abci-bukele-autoriza-ejercito-y-policia-fuerza-letal-contra-pandillas-202004271009_noticia_amp.html https://www.google.com/amp/s/cnnespanol.cnn.com/2020/04/28/el-presidente-de-el-salvador-autoriza-el-uso-de-la-fuerza-letal-contra-miembros-de-pandillas-e-impone-estrictas-medidas-en-las-carceles-de-alta-seguridad/amp/

263 FAUNDEZ LEDEZMA, Héctor: "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ra. Edición, San Jose, Costa Rica, 2004, p. 13.

264 Confróntese en:

 $https://www.google.com/amp/s/www.lasprovincias.es/internacional/primer-ministro-hungria-20200330193501-nt_amp.html\\$

http://www.laizquierdadiario.com/El-Parlamento-hungaro-da-plenos-poderes-al-primer-ministro-Viktor-Orban

https://www.google.com/amp/s/www.elpais.com.uy/amp/mundo/primer-ministro-hungaro-obtener-superpoderes-parlamentarios-covid.html

MISIÓN DE LOS JURISTAS EN MEDIO DE LA CRISIS SANITARIA.

Si eso es así, lo que hoy en día tiene una correcta justificación, como es el de proteger la integridad de las personas sometidas a la jurisdicción de un estado, el día de mañana puede tornarse en armas de doble filo, siendo que bajo el mismo argumento se pueda atentar o lesionar el núcleo fundamental de los derechos fundamentales, v. gr. China hizo seguimiento a la enfermedad a través del monitoreo de smartphones de sus ciudadanos, atentando contra su derecho a la intimidad. 265 De éste modo es que la configuración diseñada para el modelo institucional llamado estado de derecho enfrenta el día de hoy uno de sus mayores retos, pues si bien permite por un lado el ejercicio de poderes de manera independiente y más importante aún, el respeto de los derechos fundamentales, que ocurre si al concentrarse el poder en una sola persona con el fin de garantizar una lucha más eficaz contra el Covid 19, pueda perderse la teleología inicial para la cual fue concebida y se convierta en un poder arbitrario, que bajo los argumentos de la crisis sanitaria implemente medidas que van encaminados a acallar protestas que vayan en contra de su gobierno, que atente contra los derechos de propiedad privada o que, en vista de la crisis económica, apruebe e imponga nuevas obligaciones impositivas a quienes están tratando de sobrellevar las restricciones como pueden, en muchos casos con recursos económicos escasos.

En consecuencia corresponde aplicar, lo que el juez interamericano Raúl E. Zafaronni refería como "desabogadizar el derecho" 266, o dicho de otro modo, tratar de reducir el "monopolio del conocimiento jurídico" aparentemente reservado para estudiantes de derecho y abogados, como si de un conocimiento exclusivo se tratase. Ello implica que todas las personas que conforman la sociedad, independientemente de su profesión o dedicación, deban tener un conocimiento mínimo respecto a las normas que hacen a su Estado, que comprendan los alcances y límites jurídicos de un estado de emergencia sanitaria (teniendo presente que gran parte de los países afectados declararon estados de emergencia sanitaria sin explicar a sus ciudadanos que significado tenia dicha declaración), que sepan cuáles son sus derechos, como pueden ejercerlos, que deberes tiene y de qué manera

²⁶⁵ Confróntese en:

 $https://www.google.com/amp/s/www.lavanguardia.com/vida/20200302/473825002349/china-receta-big-data-control-ciudadano-lucha-coronavirus-inteligencia-artificial-app. \\html%3ffacet=amp$

https://www.google.com/amp/s/www.bbc.com/mundo/amp/noticias-51460372

²⁶⁶ Confróntese en: https://cesjul.org/desabogadizar/

pueden actuar en aquellos casos en los que se vean víctimas de un atentado contra sus derechos, ello, y solamente ello, permitiría una sociedad empoderada que sea capaz de aplaudir o sancionar, según corresponda, las actitudes que vayan a asumir sus mandatarios, dependiendo si éstas van a nutrir la construcción jurídica del estado de derecho o, por el contrario, van encaminadas a afectar los elementos esenciales que éste propugna.

Entonces, podemos inferir que radica allí la labor importante que deben jugar los juristas (incluidos los estudiantes de derecho como futuros juristas), teniendo presente que revisando la labor desarrollada por los juristas a nivel mundial, éste particular grupo de profesionales se halla con una obligación moral para con su sociedad, en consecuencia su rol en medio de la pandemia debiese ser la de transmitir el conocimiento jurídico que ostentan a todo su grupo social, como si de un nuevo virus se tratase, a modo de que todos juntos puedan comprender jurídicamente lo que es un estado de emergencia sanitaria, que tengan conciencia respecto a que actitudes están permitidas para los gobernantes y de qué modo dichas facultades podrían tergiversarse, teniendo como meta conjunta la de luchar de manera mancomunada por el respeto y fortalecimiento del Estado de Derecho, pues ni aún en estados de excepción se habilitan facultades de transgredir derechos fundamentales.

Siendo que como un consecuencia post cuarentena, será la del incremento de la litigiosidad a nivel general, debido a la gran cantidad de contratos incumplidos, de mercaderías no entregadas, de pagos de salarios, de despidos injustificados, de violencia infantil, familiar y contra la mujer entre muchos otros posibles casos, en otras palabras, en todas las ramas del derecho e incluso, convirtiéndose esta en un problema que supere las fronteras, debido a los sujetos participes, pues, podríamos vaticinar, que se avecinan una gran cantidad de denuncias internacionales por parte de asociaciones defensoras de derechos humanos en contra de los Estados por incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos debiendo aplicar (o haber aplicado en una situación a futuro) medidas con perspectiva de derechos humanos conforme determinaron las instituciones internacionales del ramo, teniendo estas un común denominador, la violación de derechos humanos de personas pertenecientes a grupos denominados vulnerables, por escasas medidas asumidas en favor suyo o ni siquiera haber sido incluidos dentro de esas políticas.

Como quiera que ante el posible panorama a enfrentar, la labor de los juristas no puede acabar solamente con la difusión del conocimiento, sino que pudiesen también asumir medidas solidarias, de modo que pueda darse situaciones de creación de grupos de juristas que apoyen la defensa de los derechos de aquellas personas que forman parte de los grupos vulnerables de manera gratuita, o que los abogados en su conjunto puedan destinar un determinado número de horas semanales para realizar esta labor, pese a que es tarea del Estado la de crear escenarios donde se otorgue a todos las facultades para ejercer y activar medidas jurisdiccionales encaminadas al respeto de sus derechos (efecto vertical de los derechos humanos), si no lo hace o si lo hace de manera precaria, seamos los estudiantes de derecho y abogados quienes asumamos esa samaritana labor.

CONCLUSIONES.

- En conclusión, podemos evidenciar que ningún Estado del mundo se hallaba preparado para enfrentar la crisis desatada por el Covid 19 e incluso, podemos afirmar que la ciencia jurídica se vio infectada con este virus, puesto que los diferentes Estados fueron obligados a actuar bajo el calor del momento y, si bien, las medidas que implementaron pueden tener un fin correcto el día de hoy, la forma en la que están siendo aplicadas puede tergiversar su finalidad de modo que podamos instalar bombas de tiempo de las cuales el día de mañana lamentemos.
- Es así que, analizando el panorama, si bien los estados se hallan facultados para suspender el ejercicio de ciertos derechos fundamentales deben hacerlo conforme a los principios para dicha labor, ello implica tener en cuenta en todo momento la cláusula del contenido esencial, teniendo presente que lo que se puede limitar de manera legítima y limitada son, únicamente, los contenidos constitucionales de un derecho, no pudiendo afectar el núcleo esencial de un derecho fundamental bajo ninguna circunstancia, bajo la premisa de que mientras más se afecte un derecho, de mejor manera se debe tratar de satisfacer otro; sin embargo, en los escenarios que han traído el Covid 19 evidenciamos que dicha premisa ha quedado en el olvido, pues en muchos de los casos se ha afectado el contenido esencial de los derechos o se pone en amenaza de atentado a éste, propiciando una situación de malestar en la población en general.
- En ese orden de ideas, se halla presente el deber de denunciar las medidas que atenten o pongan en riesgo el estado de derecho como modelo institucional óptimo para garantizar sistemas democráticos, sin embargo para cumplir tal misión hace falta una población con cultura jurídica, imponiendo a los abogados en su conjunto la misión de poder difundir un nuevo virus, el conocimiento jurídico general que poseen, a objeto de que pueda tratar de llegar a la totalidad de las personas,

mientras que por otro tienen la obligación de convertirse junto con la población en guardianes de la vigencia y fortalecimiento del Estado de Derecho como el único camino para implantar una cultura democrática en los Estados, tomando en cuenta que sin democracia no hay forma de garantizar los derechos fundamentales de las personas en su conjunto y de manera recíproca, sin derechos fundamentales mal podríamos hablar de un Estado democrático.

• Entonces, de esa manera podría evitarse, que en los diversos Estados donde se halla presente el Covid 19 y donde actualmente se viene desarrollando una difícil guerra contra este virus, se implante bombas de tiempo que a la larga la sociedad pueda lamentar, debido a una posibilidad latente del deterioro de sus principios así como la posible tergiversación de sus actuaciones, en otras palabras la ruptura del orden jurídico y constitucional en los Estados, o bien el desgaste mismo de la ingeniería de los sistemas político - jurídicos que el Estado de Derecho, fruto de años de desarrollo doctrinal y jurídico, ha diseñado para los países, en consecuencia propiciando la instauración de estados arbitrarios y posibles violaciones masivas de derechos fundamentales.

RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA DETENER EL ABUSO DEL PODER DEL ESTADO

Elvis Rubén Puma Pacco²⁶⁷

INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda el debate constitucional respecto al modo en que los Principios de razonabilidad y proporcionalidad resultan mecanismos jurídicos efectivos para limitar el poder del Estado y fortalecer el Estado Constitucional de Derecho. En un primer momento se exponen los alcances conceptuales, doctrinales, axiológicos y jurisprudenciales de ambos Principios, tanto desde la teoría y doctrina nacional e internacional. Asimismo, se pondrá el énfasis de la aplicación práctica y jurisprudencial de estos principios. Todo ello con el objetivo de enriquecer el debate constitucional y en ese marco reflexionar sobre la actuación del Estado en la actual emergencia sanitaria declarada a nivel nacional, la cual ha sido originada por la pandemia del COVID 19.

En primer lugar, cabe precisar los alcances conceptuales, axiológicos y jurisprudenciales del Principio de razonabilidad y proporcionalidad y su incidencia en el pleno ejercicio de un Estado Constitucional de Derecho.

Respecto al origen doctrinal del Principio de razonabilidad, de acuerdo a Sapag²⁶⁸ su origen se encuentra en el derecho anglosajón, y se vincula al denominado *due process of Law*, el que, a su vez, deviene de los documentos medievales, como la Carta Magna de 1215, su concepción original implica la idea de que para que los actos de los poderes públicos sean válidos, deben observarse ciertas reglas y procedimientos. Si bien desde sus orígenes el debido proceso se entendió como un principio de carácter más bien procesal o adjetivo, las cosas cambian a partir de la interpretación que de este

²⁶⁷ Estudiante de pregrado en la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Autónoma del Perú. Integrante de la Sociedad de Filosofía & Estado Constitucional del Instituto Iberoamericano de Investigación para la Ciencia & Humanidades ÁPEX IURES. Estudios especializados en Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derecho Procesal Penal en diversos diplomados organizados por centro de estudios a nivel Nacional. Licenciado del Ejército Peruano. Email: erpumap2393@gmail.com

²⁶⁸ Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado, en Dikaion 17.

principio comenzó a hacer la jurisprudencia norteamericana desde finales del siglo XIX (pp. 63-64).

Cianciardo²⁶⁹ refiere que, pese a que la razonabilidad es aplicada por diversas jurisdicciones constitucionales, y también por tribunales internacionales, su tratamiento teórico no es, sin embargo, demasiado abundante (p. 56). Uno de los autores que desde los años 80 consideró el principio de razonabilidad como fundamental, fue Atienza²⁷⁰, para quien el principio de proporcionalidad posee una "importancia fundamental en la práctica y en la teoría de la argumentación jurídica" (1987, p. 34).

Bernal, citado por Salas²⁷¹ sostiene que el principio de razonabilidad se ha convertido en un criterio metodológico efectivo para la aplicación jurídica, en especial, cuando se trata de los derechos fundamentales. De allí que este principio puede concebirse como un medio racional para la aplicación de normas jurídicas por parte del Estado.

Pereira²⁷² señala que en la cultura angloamericana lo razonable, la razonabilidad y, en último término, la confianza en el sentido común del hombre común, han sido el pilar fundamental de sus sistemas constitucionales (p. 7). Mientras que Bazán y Madrid²⁷³ sostienen que lo razonable es aquello que resulta acorde a dichos derechos. En otros términos, una regulación estatal de derechos será razonable en la medida que los respete (p. 188). Lo señalado por Bazán y Madrid²⁷⁴ guarda relación con la actuación del Estado respecto a la pandemia del COVID 19, ya que, si bien se restringen derechos en un estado de emergencia, ello no supone la vulneración de los mismos. Es decir, el Estado está obligado a actuar en todo momento de modo razonable a fin de no extralimitarse en sus facultades.

Lo que debe quedar claro es que el control de constitucionalidad implica necesariamente un juicio de razonabilidad, al punto que, como lo señala Haro²⁷⁵

²⁶⁹ Cianciardo, J. (2004). El principio razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco.

²⁷⁰ Atienza M, (1987). Para una razonable definición de razonable, Revista Doxa, nº 4.

²⁷¹ Salas, C. (2010). El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. En: Carbonell, M. (coord.). Santiago: Librotecnia.

²⁷² Pereira, A. (2006). Teoría Constitucional, 2ª ed. (Santiago, LexisNexis).

²⁷³ Bazán y Madrid (1991). Racionalidad y razonabilidad en el Derecho, en Revista Chilena de Derecho, N° 2, Vol. 18.

²⁷⁴ Bazán y Madrid (1991), op.cit.

²⁷⁵ Haro, R. (2001). La razonabilidad y las funciones de control, en Ius et Praxis, N° 2, Vol. 7.

esta última "ha venido a constituirse en un sinónimo de constitucionalidad, pues como señala Bidart Campos, citado por Carbonell, lo razonable es lo ajustado a la Constitución, no tanto a la letra como a su espíritu, y lo irrazonable es lo que conculca la Constitución, lo inconstitucional" (p. 98). En ese sentido, conviene recordar que en las actuales circunstancias de la pandemia del COVID 19, el Estado debe enmarcar su actuación dentro de los cánones de la Constitución y no vulnerar derechos fundamentales. Hacerlo así resulta no solo razonables sino además proporcional.

Por su lado, Martínez y Zúñiga²⁷⁶ señalan que si bien razonabilidad y proporcionalidad son conceptos parecidos, que apuntan al mismo objetivo de evitar la arbitrariedad, lo cierto es que un estudio más detenido de ambos lleva a concluir que estricta y formalmente no son lo mismo (p. 4).

A partir del análisis del Derecho comparado, se puede señalar que el art. 7º de la Constitución Política de Chile consagra el principio de imperio del Derecho, basado en la idea de que los poderes del Estado no pueden actuar de manera arbitraria.

Desde el análisis de la jurisprudencia, Cianciardo²⁷⁷ señala que el origen de la aplicación del principio de razonabilidad es del Derecho inglés medieval y en la Constitución de Estados Unidos (en dos de sus Enmiendas, la V y la XIV). El mismo Cianciardo señala que el principio de razonabilidad en América Latina fue en 1924 cuando la Corte Suprema de Argentina, fundamentó en el caso Manuel Cornú c/José Ronco, Fallos, 142:81, la aplicación del art. 28 de la Constitución, con el principio de razonabilidad, aplicándolo a numerosos casos, muchos de ellos de gran trascendencia posterior. De esta forma la razonabilidad se erigió en garantía de que la reglamentación legislativa de los derechos fundamentales no los altera. La garantía de inalterabilidad pasó a ser vista, pues, como una garantía de regulación razonable, de modo que el Congreso sólo "se encuentra investido de la facultad de sancionar y establecer aquellas disposiciones (que sean) razonables y conveniente".

Ahondando en lo anterior, la Corte Suprema de Argentina, citado por Cianciardo²⁷⁸ parte del siguiente presupuesto: cada vez que exista una regulación razonable de los derechos fundamentales queda ipso facto

²⁷⁶ Martínez, J., y Zúñiga, F. (2011). El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago, Chile: Estudios Constitucionales de Chile, vol. 9, núm. 1.

²⁷⁷ Cianciardo, op.cit.

²⁷⁸ Cianciardo, op.cit.

excluida la violación de su contenido, o, dicho de otro modo: la alteración del contenido de un derecho equivale a irrazonabilidad en su regulación. Por ello, una comprensión acabada de esta propuesta requiere el desarrollo de las vinculaciones funcionales entre razonabilidad y determinación del contenido del derecho, que será llevada a cabo tras el examen del subprincipio de proporcionalidad stricto sensu.

Desde el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, Martínez y Zúñiga²⁷⁹ han elaborado un listado de criterios de razonabilidad y de irrazonabilidad, que tienen especial importancia para evaluar situaciones en que están envueltas actuaciones del Estado similares. El listado es el siguiente:

- La fijación de normas transitorias en una ley no es en sí misma una diferenciación irrazonable.
- 2. La fijación de altas tasas en determinados impuestos indirectos no es de por sí irrazonable:
 - a. El cambio en el límite máximo de un tributo indirecto no es irrazonable en sí mismo.
 - b. Un impuesto indirecto puede ser desproporcionado o injusto, "si con su imposición o monto se impide del todo o se limita de tal manera que hace imposible el libre ejercicio de una actividad económica o impide la adquisición del dominio de los bienes a que afecte el impuesto".
- 3. Es razonable que la ley penal no describa de manera acabada y detallada la conducta punible, y que esta labor la encomiende a la potestad reglamentaria.
- 4. Es razonable que la Administración cuente con una potestad de sanción, siempre y cuando cumpla los siguientes requisitos:
 - a. Que las facultades sean entregadas a la Administración por el legislador.
 - b. Que las conductas sujetas a posible sanción administrativa sean descritas por el legislador y cumplan con el principio de tipicidad.
- 5. No es razonable el turno gratuito de los abogados, porque es una medida que solo se impone a los abogados y no a otros profesionales.
- 6. No es razonable imponer medidas que entraben el acceso al derecho a la justicia, como es el caso del principio *solve et repete*.

²⁷⁹ Martínez y Zúñiga, opc.cit.

7. No es razonable la facultad de retener la devolución anual del impuesto a la renta respecto de supuestos deudores del Fisco, sin que previamente haya existido un procedimiento judicial.

Desde una precisión histórica, cabe indicar que el Principio de proporcionalidad fue concebido, desarrollado y aplicado desde sus inicios en Alemania, desde antes de la Primera Guerra Mundial. Alemania, desde los ámbitos administrativos y judiciales. Alemania es el país que mejor y más ha entendido y asumido la utilidad teórica y práctica de este principio. Klatt y Meister²⁸⁰ desde su experiencia como juristas alemanes señalan que el conocimiento pleno del principio de proporcionalidad no solo es de ayuda en el campo teórico, sino que su empleo en el juicio constitucional demuestra su justificación y su utilidad en términos prácticos para los operadores del Derecho: jueces, fiscales, abogados, peritos, etc. A decir de Sánchez²⁸¹, Klatt y Meister contribuyen a demostrar que no hay más solución que el examen de proporcionalidad para resolver los conflictos entre principios constitucionales de manera objetiva, racional y comprensible, o que logre estas calidades en mayor grado.

Para un análisis doctrinal del Principio de proporcionalidad, Alexy²⁸² señala que la fase de examen de proporcionalidad *stricto sensu* corresponde al procedimiento comúnmente conocido como "ponderación", o *balancing* en inglés. En su configuración más desbrozada, la ponderación es sólo una parte del principio de proporcionalidad. Mientras que Clérico²⁸³ sostiene que el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia no puede ser reducido plausiblemente al mandato de prohibición por exceso, ya que las reglas de la idoneidad y del medio alternativo requieren ser modificadas. Es por ello que Clérico evalúa la importancia del desarrollo de una dogmática constitucional del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia en el contexto latinoamericano que se caracteriza por violaciones sistemáticas a los derechos por incumplimiento de obligaciones de hacer que imposibilitan el ejercicio de los derechos sociales en su función de derechos de prestación positiva.

²⁸⁰ Klatt, M., y Meister, M. (2017). La Proporcionalidad como Principio Constitucional Universal. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, núm. 301.

²⁸¹ Sánchez, R. (2017). Prólogo de La Proporcionalidad como Principio Constitucional Universal de Klatt, M., y Meister, M. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, núm. 301.

²⁸² Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Ed. y trad. de Rubén Sánchez Gil, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. México, núm. 11, enero-junio.

²⁸³ Clérico, L. (2010). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En: Carbonell, M (coord.).

Arancibia, citado por Martínez y Zúñiga²⁸⁴ señala que en el juicio de proporcionalidad se mide la "intensidad" de la actuación estatal. En otros términos, en el juicio de proporcionalidad se trata de determinar hasta qué punto resulta constitucionalmente admisible una intervención estatal, o lo que es lo mismo, cual es el grado de intervención compatible con el respeto a los derechos. Desde luego ello apunta a eliminar la arbitrariedad estatal. Al respecto, cabe indicar que, ante las diversas denuncias de los ciudadanos ante el abuso y arbitrariedades de los agentes policiales y militares del Estado, hay que recordarle al Estado que la cuarentena establecida por la pandemia del COVID 19 no le da carta abierta para vulnerar o transgredir los derechos de los ciudadanos. Al contrario, el Estado está obligado a actuar de modo razonable y usar la fuerza de modo proporcional.

Lopera²⁸⁵ examina las peculiaridades que presenta la estructura argumentativa de la proporcionalidad cuando se trata de un tipo específico de intervención en derechos fundamentales, como lo es la que tiene lugar a través de la definición legislativa de delitos y penas. Para ello analiza la función que desempeña el principio de proporcionalidad en la argumentación del Tribunal Constitucional cuando este se ocupa del control de constitucionalidad de las leyes, lo cual le permite establecer las exigencias específicas que incorpora el principio de proporcionalidad cuando se emplea en el control de constitucionalidad de leyes penales. A partir de estas dos premisas, Lopera establece las diferencias entre el juicio de validez y el juicio de legitimidad externa de una ley penal, incluso si para ambos casos se emplea el principio de proporcionalidad, además la autora, determina la intensidad que debe tener el control de constitucionalidad de las intervenciones penales del legislador.

Asimismo, Nogueira²⁸⁶ señala que el principio de proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho contemporáneo, y que en tanto principio constitucional que es, se encuentra implícito en las Constituciones, en el derecho al debido proceso sustantivo y en el derecho a la igualdad ante la ley. Desde esta perspectiva, entonces, es posible su utilización como parámetro de control de constitucional-dad frente a posibles actuaciones abusivas del Estado en el ámbito de los derechos fundamentales. Nogueira

²⁸⁴ Martínez y Zúñiga, opc.cit.

²⁸⁵ Lopera, G. (2010). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En: Carbonell, M (coord.).

²⁸⁶ Nogueira, H. (2010). El principio de proporcionalidad y su aplicación en Suda-mérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno. En: Carbonell, M (coord.).

señala que el Tribunal Constitucional chileno lo ha utilizado primero como postulado de la razonabilidad en su labor jurisdiccional, para lo cual cita y examina una serie de sentencias, pero también ha acogido el principio de proporcionalidad, por ejemplo, en la Sentencia Rol N° 541, de 26 de diciembre de 2006, y más específicamente a propósito de la igualdad en las sentencias Roles 790, de 2007, y 986 y 1234, ambas de 2008, entre otros casos que utiliza el autor.

Carbonell²⁸⁷ manifiesta que el principio de proporcionalidad se asume actualmente como el "límite de los límites" a los derechos fundamentales, y en esa medida, a pesar de contar con detractores que critican varios aspectos de su estructura, es una herramienta esencial para los intérpretes y operadores jurídicos, que vuelve eficaces a los derechos al interior de un Estado constitucional y democrático de Derecho, cuestión de máximo interés para el desarrollo de cualquier sistema jurídico. Es por ello que creemos al igual que Carbonell que los jueces y operadores jurídicos, ante casos de denuncias por abusos de los agentes del Estado en la actual situación de emergencia sanitaria, deben basar sus resoluciones judiciales en los Principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Para finalizar el análisis de la doctrina, concordamos con Cianciardo²⁸⁸ cuando señala que existe un acuerdo en definir a la proporcionalidad como una prescripción en virtud de la cual toda intervención del Estado sobre las actividades de los ciudadanos debe ser: a) idónea; b) indispensable; y, finalmente, c) proporcionada. Cada uno de los tres principios que integran la máxima (utilidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu).

Desde el análisis de la jurisprudencia comparada, el principio de proporcionalidad, fue ampliamente desarrollado y expuesto en las distintas sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán, luego del cual ha gozado de un importante y valorado rango constitucional. La jurisprudencia lo desprendió del principio de Estado de derecho que conlleva corrección o justicia materiales y ya en el fondo de la esencia de los derechos fundamentales, manifestada en que su restricción se permite sólo en tanto sea imprescindible para proteger un "interés público". Esto último define lato sensu el principio de proporcionalidad. Cabe agregar que la jurisprudencia alemana, los aportes de Alexy y de otros juristas

²⁸⁷ Carbonell, M. (coord.) (2008). El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

²⁸⁸ Cianciardo (2004), opc.cit.

europeos conllevaron a que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 52.1, establezca que: "Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el *principio de proporcionalidad*, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás".

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, en su STC 15811993, "R.T.C.", t. 1993-11 establece la necesidad de reunir tres requisitos para la aplicación del principio de proporcionalidad: a) que las singularizaciones respondan a un fin constitucional; b) que exista coherencia entre el fin y los medios, y c) que las consecuencias sean proporcionadas al fin. Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional español nos permite señalar y recordar que los agentes militares y policiales del Estado, están obligados a acatar el Principio de proporcionalidad cumpliendo los tres requisitos antes mencionados, a fin de no cometer arbitrariedades que podrían generar denuncias formales ante el órgano jurisdiccional.

Desde la experiencia americana la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) también hizo suyo el principio de proporcionalidad. La jurisprudencia interamericana en el Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2004, nº 96 y 129 apoya el principio de proporcionalidad. En un principio la Corte relacionó la "necesidad" que mencionan diversas disposiciones del Pacto de San José con la idea de "proporcionalidad". Posteriormente, la Corte estableció el criterio de que la restricción a los derechos que reconoce ese instrumento deben satisfacer los criterios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, entendiendo esta última como una ponderación.

La experiencia de los tribunales mexicanos también resulta útil para comprender y exponer los alcances del principio de proporcionalidad. En México, los tribunales invocaron por primera vez el principio de proporcionalidad en su jurisprudencia nº 130/2007 del Pleno de la Suprema Corte mexicana con la que se arraigó en dicho país el principio de proporcionalidad. Posteriormente, la Primera Sala, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011, t. I, tesis 10 de México, los derechos fundamentales deben tomarse por principios que exigen máxima efectividad, es decir, deben gozarse en los más amplios términos. En tal virtud, los derechos fundamentales oponen creciente resistencia a su menoscabo, y por consiguiente ésta sólo puede lograrse en la medida estrictamente imprescindible para realizar un propósito legítimo, es decir, de una manera proporcional.

En relación a la jurisprudencia peruana se cuenta con el Exp. N.º 579-2008-PA/TC. Lambayeque, caso de César Augusto Becerra Leiva, en la que, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional, se señala que el test de proporcionalidad incluye tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, el Tribunal ha establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, es decir, de una comparación entre medios: el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la lev de la ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

Añade Tribunal Constitucional de Perú respecto al análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, este consiste en establecer el peso o importancia de los principios jurídicos en conflicto. Dicha operación debe hacerse siguiendo la ley de la ponderación conforme a la cual, "Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la ley".

De acuerdo a Salas²⁸⁹ este principio ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial en cortes internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como por Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas y Tribunales Superiores de justicia de Europa, Norteamérica y Latinoamérica, del cual el Perú, no ha sido ajeno. Salas señala que ha sido el amplio desarrollo de la jurisprudencia la que ha permitido que la aplicación del principio de proporcionalidad sea utilizada como medio de tutela y protección de los derechos fundamentales

²⁸⁹ Salas, (2010). op.cit.

o como parámetro de constitucionalidad de decisiones estatales, sean estas administrativas o legislativas.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad, según refiere Sánchez²⁹⁰ no ha estado ajena a la crítica. Han sido Habermas y Schlink quienes se han manifestado contra este principio, fundamentalmente por la subjetividad que le atribuyen y la arbitrariedad judicial que parece propiciar. Sea como fuere, con sus sumas, restas, dudas, dificultades y complejidades, consideramos que el principio de proporcionalidad sí ha aportado en el mundo jurídico global y contemporáneo, de modo decisivo en el cumplimiento de los derechos fundamentales y en la acción de detener el abuso del poder del Estado, para ello, ha sido fundamental la preparación idónea desde un constitucionalismo axiológico y global del juez y del abogado defensor.

Por tanto, consideramos que la aplicación efectiva de los Principios de razonabilidad y proporcionalidad ha permitido, por un lado, que las personas hagan cumplir sus derechos y hayan limitado el poder del Estado; y por otro lado, ha generado el desarrollo de la que Salas denomina un nuevo constitucionalismo que implica que las Constituciones se conviertan en normas sustantivas que condicionan la vida social y política del Estado, lo que conlleva a su vez a la necesidad de postular que las decisiones jurisdiccionales hoy en día deben ser el resultado de un ejercicio argumentativo racional y razonado, que ha enriquecido considerablemente la interpretación de los derechos fundamentales.

Creemos al igual que Sánchez que en el Perú hace falta conocer a profundidad el examen de proporcionalidad y que esta sea difundida a fin de apreciar su utilidad práctica. El conocimiento de este principio, incluso por los propios constitucionalistas, se limita a la "ponderación", tenida por un simple "balanceo" de los bienes jurídicos que intervienen en una determinada situación, efectuado al tanteo y según el leal saber y entender del operador jurídico. En el Perú ni siquiera hemos entrado a la discusión sobre los detalles de la proporcionalidad y de la "ponderación", y menos aún a impugnar con razones atendibles la deficiente racionalidad que se atribuye a este procedimiento. No pocas veces la discusión en torno a esta figura se limita a su admisión como concepto jurídico válido. Por lo que ratificamos la importancia de la discusión de este tema y la formación constitucional plena e integral de los jueces, abogados, fiscales y demás operadores del Derecho, a fin de consolidar un auténtico Estado Constitucional de Derecho en el Perú.

²⁹⁰ Sánchez (2017), op.cit.

Si bien en el Perú hay mucho por aprender y aplicar sobre el principio de proporcionalidad, consideramos que la nueva generación de jueces, fiscales y abogados están más dúctiles para hacer valer un auténtico Estado Constitucional de Derecho. Para ello se requiere, una sólida e integral formación constitucional y jurídica, pero a su vez el desarrollo de destreza, habilidades y capacidades para poner eso en práctica a cada caso concreto.

Finalmente, y a partir de la experiencia latinoamericana y europea expuesta anteriormente podemos advertir que los Principios de razonabilidad y proporcionalidad resultan mecanismos que garantizan la plena vigencia de los derechos fundamentales y el fortalecimiento de un Estado Constitucional de Derecho, más aún en la actual coyuntura de emergencias sanitaria y la declaración de estado de emergencia a nivel nacional decretado por el gobierno. Hay que recalcar que ninguna emergencia o declaratoria de estado de emergencia justifica los abusos y arbitrariedades de los agentes del Estado sobre los ciudadanos y la población civil. Por el contrario, esta crisis mundial originada por la pandemia pone a prueba al Estado y los operadores de justicia en el cumplimiento de los Principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Además, creemos que el principio de proporcionalidad muestra también que aplicar los derechos no es cosa de discursos por parte de los operadores jurídicos, sino objeto de una *técnica muy elaborada*, ajena al facilismo de la elocuencia vaga y vacía. El examen que exige el principio de proporcionalidad evade respuestas abstractas o superficiales. Por el contrario, exige un análisis minucioso del caso concreto, cuya dificultad compensa la obtención de la mejor respuesta constitucional para cada caso en particular. Conocer esta técnica y habilidad resulta imprescindible para cualquier operador del Derecho porque sólo con ella puede darse una solución exacta a los problemas de los derechos fundamentales, que de otra forma no hallarían respuesta satisfactoria.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Ed. y trad. de Rubén Sánchez Gil, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. México, núm. 11, enero-junio.

Atienza M, (1987). Para una razonable definición de razonable, Revista Doxa, nº 4.

Bazan y Madrid (1991). *Racionalidad y razonabilidad en el Derecho*, en Revista Chilena de Derecho, N° 2, Vol. 18.

Carbonell, M. (coord.) (2008). El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Cianciardo, J. (2004). El principio razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco.

Clérico, L. (2010). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En: Carbonell, M (coord.).

Constitución Política de Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso: Ricardo Canese vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2004, nº 96 y 129.

Corte Suprema de Argentina. Caso: Manuel Cornú c/José Ronco. Fallos, 142:81.

Haro, R. (2001). *La razonabilidad y las funciones de control*, en Ius et Praxis, N° 2, Vol. 7.

Klatt, M., y Meister, M. (2017). La Proporcionalidad como Principio Constitucional Universal. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, núm. 301.

Lopera, G. (2010). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En: Carbonell, M (coord.).

Martínez, J., y Zúñiga, F. (2011). El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago, Chile: Estudios Constitucionales de Chile, vol. 9, núm. 1.

Nogueira, H. (2010). El principio de proporcionalidad y su aplicación en Suda-mérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno. En: Carbonell, M (coord.).

Pereira, A. (2006). *Teoría Constitucional*, 2ª ed. (Santiago, LexisNexis).

Pleno de la Suprema Corte mexicana. Jurisprudencia nº 130/2007.

Primera Sala, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011, t. I, tesis 10. Igualdad. Casos en los que el juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificaciones legislativas (interpretación del artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Salas, C. (2010). El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. En: Carbonell, M. (coord.). Santiago: Librotecnia.

Sánchez, R. (2017). *Prólogo de La Proporcionalidad como Principio Constitucional Universal* de Klatt, M., y Meister, M. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, núm. 301.

Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado, en Dikaion 17,

Tribunal Constitucional español. STC 15811993, "R.T.C.", t. 1993-11.

Tribunal Constitucional de Perú. Exp.N. ° 579-2008-PA/TC. Lambayeque, caso de César Augusto Becerra Leiva.









El presente volumen reúne importantes ponencias que reflexionan filosóficamente, desde la perspectiva del derecho y su relación con la medicina, la psicología, el estado y las ciencias sociales, sobre las situaciones particulares suscitadas por la aparición del Covid 19 en el mundo y, especialmente, en Latinoamérica.

Abogados ponentes de Colombia, Perú, Bolivia y Argentina estudian y comentan, entre otros temas, la misión de los juristas en medio de la emergencia sanitaria, con el análisis de las situaciones jurídicas particulares suscitadas por la pandemia del Covid-19, especialmente la generada por las restricciones de derechos y garantías en los "estados de excepción".

Un importante volumen para los profesionales y estudiantes del derecho, así como para todo ciudadano culto deseoso de ampliar su conocimiento sobre la situación actual.

