

XIII CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Democracia y derechos fundamentales
en los Estados de Excepción



JURISDICCión PARA LA LIBERTAD

MEMORIAS



Miembros de la conferencia:

-  Andorra
-  Argentina
-  Bolivia
-  Brasil
-  Colombia - País anfitrión
-  Chile
-  Costa Rica
-  Ecuador
-  España
-  El Salvador
-  Guatemala
-  Honduras
-  México
-  Nicaragua
-  Panamá
-  Paraguay
-  Perú
-  Puerto Rico
-  Portugal
-  República Dominicana
-  Uruguay
-  Venezuela

Corte Constitucional
de Colombia



24/25 de septiembre de 2020

ISSN 2805-8607



XIII CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL JURISDICCIÓN PARA LA LIBERTAD

**Conferencia Iberoamericana
de Justicia Constitucional**

PRESIDENTE

Pedro González-Trevijano

**Secretario Protempore y presidente
de la Corte Constitucional**

Alberto Rojas Ríos

**Secretario General del Tribunal
Constitucional Español**

Andrés Javier Gutiérrez Gil

Vicepresidente de la Corte Constitucional

Antonio José Lizarazo Ocampo

Magistrados de la Corte Constitucional

Diana Fajardo Rivera

Jorge Enrique Ibañez Najar

Alejandro Linares Cantillo

Paola Meneses Mosquera

Gloria Stella Ortiz Delgado

Cristina Pardo Schlesinger

José Fernando Reyes Cuartas

Coordinación Editorial

Juan Antonio Barrero Berardinelli

Natalia Jiménez

Diseño Carátula

Paula Daniela Cartagena

Corrección de Estilo

Eduardo Bonces

**Publicación realizada con el apoyo del Consejo
Superior de la Judicatura – CENDOJ**

Presidenta del Consejo Superior de la Judicatura

Gloria Stella López Jaramillo

Directora Cendoj

Paola Zuluaga Montaña

Jefe de Publicaciones y Divulgación

Juan Francisco Garavito Suárez

ISSN: 2805-8607

**Diseño e impresión Imprenta
Nacional de Colombia**

Bogotá, Colombia 2021

Agradecimiento

Las memorias de la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional se realizaron gracias a la dedicación del equipo integrado por la presidencia de la Corte Constitucional y los miembros del Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos

Miembros del equipo de presidencia

Ana María Ramos Serrano
Mariana Eleonora Mora Munera
César Andrés Diago Guaqueta

Equipo de Comunicaciones

Carlos Roa Yopasa
Jacobó Beltrán Garzón
Fernando Pérez Benavides

Miembros del despacho

Camilo Augusto Delgado Rodríguez
Juan Antonio Barrero Berardinelli
Karena Caselles Hernández
Floralba Padrón Pardo
Carmen Becerra Becerra
Jorge Armando Ortega Paz
Cristian Leonardo Céspedes Pérez
Diana Marcela Gómez Díaz
Jorge Ricardo Palomares García
David Armando Rodríguez Rodríguez
Orlando Argüello Góngora
Rafael Lafont Rodríguez
Alexandra Jimena Arias Reyes
Andrés Berrocal Negrette
Carlos David González Molina
Angélica María Rodríguez Rodríguez
Natalia Andrea Jiménez Sandoval
Edgar Valdeleón Pabón
Itala Barraza Rivas
Flor Liliana Castellanos Bothia
Víctor Manuel Méndez Ospina
Eduardo Bonces
Edgar Jair Castellanos Lara



CORTE CONSTITUCIONAL

MAGISTRADOS 24 Y 25 DE SEPTIEMBRE DE 2020

PRESIDENTE

Alberto Rojas

VICEPRESIDENTE

Antonio José Lizarazo Ocampo

Diana Fajardo Rivera

Alejandro Linares Cantillo

Gloria Stella Ortiz Delgado

Cristina Pardo Schlesinger

José Fernando Reyes Cuartas

MAGISTRADOS ENCARGADOS

Richard Ramírez

(Desde el 10 de agosto del 2020 hasta 12 enero de 2021)

Luis Javier Moreno Ortiz

(Desde el 7 de septiembre del 2020 hasta 6 de octubre de 2020)

SECRETARIA GENERAL

Martha Victoria Sáchica Méndez

ÍNDICE

13	1. PRÓLOGO Por el Excelentísimo Señor Magistrado Don <i>Pedro González - Trevijano Sánchez</i>
15	2. INTRODUCCIÓN Por el Honorable Magistrado <i>Alberto Rojas Ríos</i> , Secretario pro tempore de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional del año 2020
14	3. PALABRAS DE APERTURA Por el Presidente de la República de Colombia, <i>Iván Duque Márquez</i>
15	Por el Honorable Magistrado <i>Alberto Rojas Ríos</i> , Secretario pro tempore de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional del año 2020
19	4. INFORME DE LA CONFERENCIA A cargo del Excelentísimo Señor Magistrado Don <i>Pedro González – Trevijano Sánchez</i> , Secretario Permanente de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional

5. PROGRAMA ACADÉMICO

5.1. CAPÍTULO I:	La restricción del componente democrático del Estado Constitucional en la declaratoria de los Estados de Excepción en Iberoamérica.
27	MESA DE DISCUSIÓN GENERAL Presentación a cargo de la Honorable Magistrada <i>Cristina Pardo Schlesinger</i> , magistrada de la Corte Constitucional de Colombia
29	PRIMERA MESA DE TRABAJO: La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y la pandemia del Covid-19. Honorable Ministro <i>Luiz Fux</i> , Presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil
36	La afectación del componente democrático por el Estado de Excepción: derechos políticos y controles normativos. Honorable Ministro <i>Gonzalo García Pino</i> , Magistrado del Tribunal Constitucional de Chile

- 42 El manejo de la crisis del Covid-19, derechos fundamentales y las potestades de imperio de la administración pública. Honorable Magistrado *Fernando Castillo Víquez*, Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica
- 47 Jueces constitucionales, democracia y ciudadanía durante los Estados de Excepción. Honorable Magistrada *Marianella Ledesma Narváez*, Presidenta del Tribunal Constitucional del Perú.
- 54 El reto constitucional de controlar estados de excepción en democracia. Honorable Magistrada Diana Fajardo Rivera, magistrada de la Corte Constitucional de Colombia
- 62 **MESA DE DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL**
Presentación a cargo del Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, Jorge Ernesto Roa Roa
- 68 **SEGUNDA MESA DE TRABAJO:**
Las deficiencias del sistema representativo y la democracia participativa. Honorable Ministro *Iván Aróstica Maldonado* del Tribunal Constitucional de Chile.
- 70 Apuntes sobre el papel de la sala constitucional de la Corte Suprema en la emergencia sanitaria en Costa Rica. Honorable Magistrada *Nancy Hernández López*, magistrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- 82 Apuntes sobre la estructura constitucional de México para enfrentar la crisis sanitaria. Honorable Ministro *Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.
- 85 La diversidad lingüística en el Perú con motivo de la sentencia emitida en el expediente 00889-2017-pa/tc (caso Díaz Cáceres de Tinoco). Honorable Magistrado *Augusto Ferrero Costa*, Vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú.

5.2. CAPÍTULO II:

- El impacto de la pandemia y de las medidas adoptadas por los gobiernos en los derechos fundamentales de personas pertenecientes a grupos sociales diferenciados.
- 89 **MESA DE DISCUSIÓN GENERAL**
Presentación a cargo de la Secretaria General de la Corte Constitucional de Colombia, Doctora *Martha SÁCHICA Méndez*.

- 97 **TERCERA MESA DE TRABAJO:**
Democracia y derechos fundamentales en los estados de excepción. El impacto diferenciado en los derechos fundamentales de personas pertenecientes a grupos sociales específicos. Honorable Magistrado Señor Don **Juan José González Rivas**, Presidente del Tribunal Constitucional de España.
- 97 El control constitucional del estado de excepción en el Ecuador durante la pandemia de Covid-19. Honorable **Juez Hernán Salgado** Pesantes, Presidente de la Corte Constitucional de Ecuador.
- 108 Manejo de la pandemia con las reglas de la normalidad constitucional en Nicaragua. Honorable Magistrado **Francisco Rosales Argüello**, Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.
- 113 Las medidas adoptadas por el gobierno y la Corte Suprema de Justicia en Panamá. Honorable Magistrado **Luis Ramón Fábrega Sánchez**, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.
- 118 **MESA DE DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL**
Presentación a cargo del Magistrado (e) de la Corte Constitucional, **Luis Javier Moreno Ortiz**.
- 123 **CUARTA MESA DE TRABAJO:**
Derechos fundamentales de personas de especial interés. Honorable Magistrada **Encarnación Roca Trías**, Vicepresidenta del Tribunal Constitucional de España.
- 134 Los derechos de las mujeres y la estructural desigualdad de género en Ecuador. Honorable Jueza **Daniela Salazar**, Vicepresidenta de la Corte Constitucional de Ecuador.
- 139 ¿Qué consecuencias ha traído a los países en Iberoamérica imponer estados de excepción para contener el Covid-19 y cuáles son sus resultados? Honorable Magistrado **Armando José Juárez López**, magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.
- 144 El Derecho a la Defensa y el Acceso a la Justicia Durante la Emergencia Sanitaria. Honorable Magistrada **Angela Russo de Cedeño**, Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

149 ¿Hay una contradicción o hay acaso una compatibilidad entre el principio de igualdad establecido en la Constitución -en prácticamente todas las constituciones- y la protección de la vulnerabilidad, situación que aparece con la pandemia? Honorable Magistrado Dominique Rousseau, magistrado del Tribunal Constitucional de Andorra.

5.3. CAPÍTULO III

El reconocimiento de nuevos derechos relacionados con las consecuencias de la pandemia

153 **MESA DE DISCUSIÓN GENERAL**
Presentación a cargo del Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, Andrés Fernando Ospina Garzón.

162 **QUINTA MESA DE TRABAJO:**
Tendencias constitucionales del Covid-19: contextualización del derecho de acceso a internet y su impacto en el sistema educativo virtual. Honorable Magistrado Paul Enrique Franco Zamora, Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

172 La justicia constitucional salvadoreña en tiempos de pandemia: El derecho a la paz, un primer acercamiento. Honorable Magistrado Aldo Enrique Cáder Camilot, magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

177 La protección de los derechos sociales en la pandemia del Covid-19. Honorable Magistrado Jorge Abilio Serrano, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Honduras.

194 ¿Reconocer nuevos derechos o dar nuevos alcances a derechos constitucionales ya existentes o reconocidos en nuestros textos constitucionales? Honorable Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, magistrada de la Corte Constitucional de Colombia.

199 La experiencia de Puerto Rico: los efectos económicos-sociales de la pandemia y el reconocimiento constitucional de derechos humanos como el derecho a la alimentación. Honorable Jueza Maite D. Oronoz Rodríguez, presidenta del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

207 **MESA DE DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL**
Presentación a cargo del Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, Miguel Polo Rosero.

- 212 **SEXTA MESA DE TRABAJO:**
El diálogo del Tribunal constitucional con los poderes públicos en Andorra. Honorable Magistrado Josep-Delfi Guàrdia i Canela, Presidente del Tribunal Constitucional de Andorra.
- 219 La protección judicial de los derechos en Bolivia. Honorable Magistrada Julia Elizabeth Cornejo Gallardo, magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- 227 Pandemia por el Covid-19 y privación de la libertad. Honorable Magistrado Carlos Ernesto Sánchez Escobar, magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

5.4. CAPÍTULO IV

- Los retos constitucionales frente al reajuste institucional de los Estados Iberoamericanos
- 251 **MESA DE DISCUSIÓN GENERAL**
Presentación a cargo de la Magistrada auxiliar de la Corte Constitucional, Karen Caselles Hernández.
- 254 **SÉPTIMA MESA DE TRABAJO:**
El acceso a la justicia constitucional y la garantía de jueces constitucionales independientes –caso Guatemala-. Honorable Magistrada Gloria Patricia Porras Escobas, Presidenta de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- 264 Desafíos del control jurisdiccional de la constitucionalidad a propósito de la declaratoria de estado de emergencia: aproximaciones al caso dominicano. Honorable Magistrado Milton Ray Guevara, Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.
- 272 Viejos y nuevos problemas del constitucionalismo en los tiempos del Covid-19. Honorable Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, magistrado de la Corte Constitucional.
- 278 **MESA DE DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL**
Presentación a cargo del Magistrado (e) de la Corte Constitucional, Richard Ramírez Grisales.
- OCTAVA MESA DE TRABAJO:**
La Corte de constitucionalidad y la pandemia: desafíos para defender el orden constitucional durante la emergencia sanitaria. Honorable Magistrada María 281 Cristina Fernández García, Vicepresidenta de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

- 284 Los problemas que atravesó la Estructura constitucional de Portugal en la Pandemia. Honorable Juez João Caupers, Vicepresidente del Tribunal Constitucional de Portugal.
- 288 Los órganos extra-poderes a la luz de la jurisprudencia del tribunal constitucional dominicano. Honorable Magistrado Rafael Díaz Filpo, Vicepresidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

6. PALABRAS DE CIERRE Palabras de Clausura por Antonio José Lizarazo Ocampo, Vicepresidente de la Corte Constitucional de Colombia. 299

7. DECLARACIÓN
FINAL DE BOGOTÁ

- 305 Declaración Final de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de Andorra, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Puerto Rico, Portugal, República Dominicana y de la Corte Constitucional de Colombia, país anfitrión.



1. PRÓLOGO

EXCELENTÍSIMO SEÑOR MAGISTRADO
DON PEDRO GONZÁLEZ – TREVIANO SÁNCHEZ
*Secretario Permanente de la Conferencia
Iberoamericana de Justicia Constitucional.*

Corría el año 1995 cuando un grupo de magistrados, que sentían en común los problemas de la justicia constitucional y que lo hacían en la misma lengua española o en su hermana portuguesa, concibieron la necesidad de institucionalizar encuentros que permitieran una relación estable entre los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales Iberoamericanos, fomentando el intercambio de ideas y experiencias, siempre con la mira puesta en la defensa de los derechos humanos.

Han transcurrido más de veintiséis años desde que en enero de 1995 se celebró, en Cartagena de Indias -La Heroica-, el encuentro preparatorio de la primera reunión de la que por entonces se llamó Conferencia de la Justicia Constitucional de Iberoamérica, Portugal y España, y que tuvo lugar ese mismo año en Lisboa. Desde entonces la Conferencia se ha ido fortaleciendo con la incorporación de la totalidad de los órganos que en Iberoamérica ejercen la jurisdicción constitucional, y se han multiplicado las acciones comunes desarrolladas, siendo ya trece las ocasiones en que nuestros Tribunales se han reunido, ahora bajo la denominación de Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.

En este transitar ha sido inestimable la aportación de la Corte Constitucional de Colombia, que en noviembre de 2007 acogió, de nuevo en Cartagena de Indias, la VI reunión de la Conferencia, en la que se abordó la cuestión siempre actual de la relación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. Y ahora, en septiembre de 2020, ha organizado nuevamente, desde Bogotá, la XIII reunión,

propiciando la reflexión sobre la “Democracia y los derechos fundamentales en los estados de excepción”.

La drástica y necesaria restricción de la movilidad que ha producido la pandemia pareció, inicialmente, un obstáculo difícil de superar, amenazando sine día la celebración del encuentro. Pero su gestación por medios telemáticos, por primera vez, se ha convertido finalmente en causa de la apertura de los trabajos de la Conferencia a todos quienes, desde sus propios sitios, han podido seguir en directo las intervenciones de los participantes, a las que puede seguir accediéndose mediante su visualización a través de las redes sociales en las que está presente la Conferencia. Estoy seguro de que en el futuro la dimensión virtual convivirá con el encuentro presencial en las actividades de la Conferencia.

El libro que ahora se ofrece recoge las intervenciones que durante los días 24 y 25 de septiembre de 2020 llevaron a cabo los jueces constitucionales que representaron a los tribunales constitucionales de toda Iberoamérica. Son un excelente material para quienes quieran conocer una valiosa reflexión sobre las modulaciones jurídicas que la pandemia mundial del virus Covid-19 ha originado en un ámbito tan sensible como el de los derechos humanos.

Quiero terminar testimoniando mi más sincero agradecimiento a todos los miembros de la Corte Constitucional de Colombia, que han hecho posible la celebración de la XIII reunión de la Conferencia y el alumbramiento de este libro; agradecimiento que concreto en las presidencias desempeñadas por Don Alejandro Linares -que en la reunión celebrada en Ciudad de Panamá aceptó generosamente la propuesta de organizar el evento-, Doña Gloria Ortiz -que resueltamente emprendió su preparación- y Don Alberto Rojas, que aunando competencia y calor humano logró hacerlo realidad con el mayor éxito. Hago extensiva mi enhorabuena a los magistrados auxiliares y a todo el equipo de la Corte, que, superando tantas incertidumbres, ha llevado a buen puerto el propósito de mantener la continuidad de los encuentros de la Conferencia.

Madrid, mayo de 2021.



2. INTRODUCCIÓN

HONORABLE MAGISTRADO
ALBERTO ROJAS RÍOS

*Presidente de la Corte Constitucional de Colombia en
el año 2020.*

*Secretario pro tempore de la Conferencia
Iberoamericana de Justicia Constitucional del año 2020.*

En el mes de septiembre de 2020 se llevó a cabo la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, titulada Democracia y derechos fundamentales en los Estados de Excepción -Jurisdicción para la Libertad-. La Corte Constitucional de Colombia fue la anfitriona de este evento, el cual, en esta oportunidad se caracterizó por ser abierto al público y en formato virtual. Es la primera vez que la referida Conferencia se realiza, por un lado, con la participación de un amplio número de espectadores de todos los países de la región y del mundo; y, por otro lado, de manera remota, a causa de los efectos generados por la pandemia del Covid-19.

Las características de la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional condujeron a una experiencia inédita: la presentación a la ciudadanía de las diferentes interpretaciones y posiciones adoptadas por los jueces constitucionales

1 El evento contó con la participación de 39.417 personas asistentes al auditorio virtual diseñado para la XIII CIJC. Adicionalmente, el día 24 de septiembre de 2020 se conectaron 91.149 personas por Facebook Live y el viernes 25 de septiembre de 2020 se conectaron 64.858 personas. Es decir, en los dos días de conferencia se conectaron 156.007 personas por Facebook Live. Así mismo, 19.562 personas visitaron el auditorio virtual y el 24 de septiembre hubo 482.100 seguidores antes del evento y 484.500 después del evento. Fuente redes sociales de la Oficina de Comunicaciones de la Corte Constitucional de Colombia y RTVC Colombia.

al momento de realizar el control judicial de las normas o decisiones que adoptaron los gobiernos de la región iberoamericana para enfrentar la pandemia generada por el Covid-19. La crisis sanitaria ha conllevado a los poderes ejecutivos de la mayoría de los Estados a declarar normas propias de la anormalidad constitucional, como los Estados de Excepción, emergencia o alarma, con la finalidad de mitigar y conjurar los efectos que causa la pandemia en las personas, la sociedad y en el funcionamiento de los órganos del Estado.

Estos poderes excepcionales, aun cuando tienen una finalidad estricta, esto es, conjurar las causas de la anormalidad constitucional, en algunas ocasiones han servido para instaurar regímenes autoritarios, y han minado las bases democráticas de los Estados constitucionales de la región. Por ello, dentro de las diferentes adecuaciones que han debido hacerse al diseño constitucional de nuestros Estados, los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales han tenido la función de controlar la extralimitación del poder ejecutivo, garantizar la vigencia de los principios democráticos y de separación de poderes, así como la garantía de los derechos fundamentales, que constituyen los fundamentos del Estado Constitucional.

La pandemia causada por el Covid-19 ha generado consecuencias inéditas de alta complejidad: aislamientos de ciudades, confinamientos generales, cierres de fronteras y funcionamiento remoto de los órganos generales del Estado. La pandemia propició un escenario en el que los gobiernos, amparados por las reglas de la anormalidad constitucional, han deteriorado el funcionamiento de los Parlamentos/Congresos, al despojarlos de la función de hacer leyes y volver poco eficaz el ejercicio del control político, y han contribuido al desmejoramiento de la situación de las personas que están en condiciones de vulnerabilidad, lo cual, a su vez, agudizó las desigualdades y desnudó las múltiples deficiencias que tienen la Sociedad y el Estado para proteger y garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

El acontecido panorama ha relevado uno de los mayores retos que ha tenido la humanidad: evitar los abusos de poder contra los más débiles. Ha obligado a repensar la función de los Tribunales Constitucionales, en particular, la de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y la garantía de los derechos fundamentales.

La calidad de la democracia y la vigencia de los derechos fundamentales en los Estados de Excepción fueron los ejes de la discusión de las jornadas en las que se desarrolló la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.

Por ello, en la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional se planteó una conversación sobre el papel de los jueces constitucionales en la defensa de los derechos fundamentales de las personas en el marco de la pandemia; el control de los actos y poderes excepcionales de los Gobiernos para mitigar los efectos de esta crisis; la necesidad de replantear los contenidos de los derechos ya establecidos en la Constitución e identificar otros que, como consecuencia de la emergencia sanitaria, adquirieron su carácter de fundamental; y, por esa vía, la necesidad de revisar los criterios hermenéuticos de los jueces constitucionales para garantizar los mismos.

En este libro se consignan las Memorias de la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, y en él encontrarán los siguientes cuatro capítulos:

- **Capítulo I:** La restricción del componente democrático del Estado Constitucional en la declaratoria de los Estados de Excepción en Iberoamérica.
- **Capítulo II:** El impacto de la pandemia y de las medidas adoptadas por los gobiernos, en los derechos fundamentales de personas pertenecientes a grupos sociales diferenciados.
- **Capítulo III:** El reconocimiento de nuevos derechos relacionados con las consecuencias de la pandemia.
- **Capítulo IV:** Los retos constitucionales frente al reajuste institucional de los Estados Iberoamericanos.

Cada uno de los capítulos está conformado por dos apartados, el primero de ellos denominado Mesa de discusión general y el segundo, Mesa de discusión jurisprudencial.

En cada una de las Mesas contamos con la maravillosa y nutrida participación de magistrados y magistradas de los 20 Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales que hacen parte de la Región Iberoamericana. Cada participante aportó sus reflexiones sobre el rol de la justicia constitucional para la revisión de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia. Así como expusieron interesantes ejemplos de decisiones judiciales proferidas en relación con las limitaciones a la democracia; al goce de derechos fundamentales las mujeres, los niños, los migrantes, la comunidad LGBTIQ+, los indígenas, los adultos mayores; al reconocimiento de nuevos derechos; y a los retos en la organización y funcionamiento de los Estados constitucionales.

En la preparación de la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, se consolidó una tabla con la información de los Tribunales y Salas participantes, con base en la cual hemos construido un apéndice con la información de las actuaciones de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales que hacen parte de la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, la que sin lugar a duda será una fuente de valiosa información para la academia, los jueces y la ciudadanía en general.

Para el caso de la Corte Constitucional de Colombia, a manera de síntesis, esta realizó el control de constitucionalidad de los Estados de Excepción declarados por el Gobierno Nacional, el cual, declaró en dos oportunidades el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de conformidad con el artículo 215 constitucional y la Ley estatutaria 137 de 1994. Con fundamento en dicho marco normativo, el Gobierno expidió 115 decretos legislativos, cuya revisión formal y material llevó a cabo la Corte Constitucional en un período de siete meses. 73 decretos fueron expedidos en la primera declaratoria del Estado de Excepción, y, 42 en la segunda declaratoria².

² Al respecto puede consultarse el micrositio creado por la Corte Constitucional en la cual está consignada toda la información respectiva. Ver: <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/>

Quisiera aprovechar esta oportunidad para extender un saludo de agradecimiento al Magistrado Pedro González Trevijano, secretario permanente de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, quien siempre nos brindó apoyo y animó para realizar la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional con uso de las plataformas tecnológicas.

También a todos y cada uno de los magistrados y magistradas de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales que aceptaron el reto de esta Conferencia virtual y contribuyeron con sus invaluable aportes a que ésta XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional fuera una experiencia inolvidable y enriquecedora.

A mis colegas y amigos de la Sala Plena de la Corte Constitucional, quienes siempre me arroparon durante el período en que me desempeñé como presidente de la Corte y como secretario pro tempore de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. Gracias a todos y a todas, sin su calurosa compañía y distinguidos aportes, la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional no hubiera podido realizarse. A todo el equipo de la Corte Constitucional, en la que destaco a la Presidencia y a mi familia del Despacho: ¡muchas gracias!

Al Consejo Superior de la Judicatura, a la Dirección Ejecutiva, a la Escuela Judicial Rodrigo Lara, al Centro de Documentación Judicial CENDOJ y a RTVC, todo mi agradecimiento por sus servicios profesionales, compañía y gran soporte.

Bogotá, septiembre de 2020.



3. PALABRAS DE APERTURA

XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia
Constitucional
Democracia y derechos fundamentales en
los Estados de Excepción
«JURISDICCIÓN PARA LA LIBERTAD»
PRESIDENTE IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
Presidente de la República de Colombia.

Envío un saludo muy especial al doctor Alberto Rojas, presidente de la Corte Constitucional, a todos los magistrados y magistradas, y a quienes participan en esta Conferencia. La situación actual es excepcional. La emergencia sanitaria por la pandemia ha representado un gran reto para nosotros como nación, pero también como gobierno. Todas las medidas que hemos tomado por drásticas que puedan parecer, las hemos tomado con criterio democrático y con el bienestar de los colombianos en el centro de nuestra mente.

La Corte Constitucional, en su independencia, y con espíritu de colaboración armónica, ha entendido esta excepcionalidad y ha cumplido su labor democrática de control constitucional. Así lo ha hecho con los decretos que hemos expedido en medio de la emergencia que además del aislamiento preventivo obligatorio han servido para regular temas como la reconexión del servicio de acueducto; los auxilios a los beneficiarios del ICETEX; y por supuesto los incentivos para los pequeños productores del campo.

También, nos permitieron sacar adelante un programa tan importante como Ingreso Solidario que ha llegado a tres millones de familias en el país, y por supuesto los giros extraordinarios de Colombia Mayor para atender a los adultos

mayores que son más vulnerables frente a este virus. Con el uso de las facultades que nos ha dado la Constitución hemos garantizado los derechos de la población, sobre todo de aquellos que son más vulnerables manteniendo el equilibrio entre la protección de la vida, la salud y, por supuesto, nuestra economía.

Mientras en otros países algunos mandatarios han aprovechado esta situación para atacar la democracia, para minar sus bases y acumular poder; nosotros hemos querido estar siempre del lado de los colombianos. Como gobierno, hemos buscado garantizar el normal funcionamiento de las demás ramas del poder público, aún en medio de la pandemia el control político, los pesos y contrapesos son fundamentales para el país. El camino nos seguirá presentando desafíos, pero unidos como país y siempre con sentido democrático vamos a superarlos. Mi reconocimiento por este importante encuentro y mi reconocimiento y gratitud a la honorable Corte Constitucional de Colombia.

Muchísimas gracias.

HONORABLE MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS
*Presidente de la Corte Constitucional
 de Colombia del año 2020.*
*Secretario pro tempore de la Conferencia
 Iberoamericana de Justicia Constitucional
 del año 2020.*

Coincidimos con el premio nobel, Albert Camus, que indudablemente cada generación se cree destinada a rehacer el mundo, la mía sabe, sin embargo, decía él, que no podrá hacerlo, pero su tarea es quizá mayor: consiste en impedir que el mundo se deshaga.

Señor presidente de la República de Colombia, doctor, Iván Duque Márquez, gracias por su mensaje de apertura de este gran Encuentro de los Jueces Constitucionales de Iberoamérica. Honorable Magistrado Don Pedro José González-Trevijano, Secretario Permanente de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, anhelamos la pronta recuperación de su salud.

Honorables dignatarios del Sistema Judicial Constitucional de Iberoamérica, jueces, profesores, juristas, servidores públicos y estudiantes que nos siguen a través de redes sociales y en la transmisión en tiempo real.

La Corte Constitucional de Colombia les da la bienvenida a la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, bajo el eje temático central de Democracia y derechos fundamentales en los Estados de Excepción, Jurisdicción para la libertad.

El célebre constitucionalista Karl Lowenstein sostuvo el pregón libertario de que: “la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda de las limitaciones del poder absoluto, en lugar del sometimiento ciego a la autoridad existente”.

A partir de esa aproximación al Estado de derecho, Ferrajoli ha revaluado la teoría clásica de la separación de poderes, al señalar que la única legitimidad de los poderes públicos deviene de la protección efectiva de los derechos humanos, para lo cual, en la búsqueda de una nueva arquitectura de pesos y contrapesos, se refiere a dos tipos de organismos públicos, a saber: los de administración y los de control, eliminando por completo del léxico jurídico la palabra poder, para de esta manera reemplazarla por la de servicio.

Precisamente, a la luz de una comprensión dogmática como esa, la jurisdicción es democracia, en tanto es fuente de racionalización del ejercicio del poder.

Tal vez no se repitan condiciones tan apropiadas para abordar estos temas; la reunión de los jueces constitucionales iberoamericanos se suscita en un momento crucial para la humanidad en el que están a prueba todas las categorías jurídicas y, por eso tiene como propósito central, no una muestra de erudición, sino, a través de un lenguaje sencillo, acercarnos a la ciudadanía iberoamericana para reflexionar sobre los efectos que en el Estado Social y Democrático de Derecho y en la garantía de los derechos fundamentales, han ocasionado los Estados de Excepción declarados por diferentes gobiernos de la región, cuyo objetivo ha sido enfrentar la expansión de la pandemia por la crisis sanitaria del Covid-19.

Con tal objetivo, abordaremos cuatro ejes temáticos relacionados con: (i) la restricción del componente democrático del Estado; (ii) la garantía de los derechos fundamentales; (iii) el reconocimiento de nuevos derechos; y, (iv) los desafíos en la organización y funcionamiento del Estado.

La temática de la Conferencia Iberoamericana es afín con la realidad porque se orienta a reafirmar el compromiso de la jurisdicción constitucional con la democracia.

Las medidas implementadas por los distintos gobiernos para conjurar la crisis sanitaria causada por la pandemia, tales como el distanciamiento social, las cuarentenas estrictas, la priorización en la atención de salud, pueden llegar a ser objeto de análisis y cuestionamientos en relación con la efectividad de derechos como la libertad de locomoción, la igualdad, la salud, la dignidad humana y la vida misma. Pero, además de esto, la inédita prolongación de la pandemia involucra el goce de los derechos sociales.

En efecto, organismos internacionales como la CEPAL, ONU Mujeres, la OCDE, y la OIT han advertido que las consecuencias sociales y económicas de la pandemia aumentarán globalmente el desempleo, la desigualdad, el trabajo informal e infantil y la violencia contra las mujeres.

Este Cataclismo de Damocles, significa que, en el año 2020, el Producto Interno Bruto mundial se reducirá 5.2%. En el caso de las economías más desarrolladas la contracción será de 7.0%. En la región latinoamericana se proyecta una caída promedio del 9,1%³.

³ Informe especial No. 5 Covid-19. Enfrentar los efectos cada vez mayores del COVID-19 para una reactivación con igualdad: nuevas proyecciones. Cepal.

De acuerdo con las cifras de la OIT⁴, a escala global se han perdido 140 millones de puestos de trabajo. En el caso de América Latina 11.6 millones de personas están en condición de desempleo. Ello tendrá como consecuencia el aumento de la pobreza en 45,4 millones en 2020. Dentro de este grupo, el número de personas en situación de pobreza extrema se incrementaría en 28,5 millones.

En línea con el aumento de la pobreza y la pobreza extrema, también aumentará la desigualdad en todos los países. La CEPAL proyecta incrementos del índice Gini de entre el 1,0% y el 8,0%, agravándose aún más la desigualdad social.

El contexto descrito indica que se aumentará la pobreza en todas sus dimensiones, cuestión que debe alertar a la ciudadanía y a los jueces constitucionales sobre la necesidad de fortalecer la democracia y los principios del Estado constitucional de derecho que fundamentan nuestras instituciones. Pero, sobre todo, ante la prolongación indefinida de la pandemia, las atribuciones de carácter excepcional⁵ de los órganos ejecutivos no pueden deformar la institucionalidad en un uso desmesurado de esa excepcionalidad. Por el contrario, se debe propender a la implementación de políticas públicas en grado de garantizar unas premisas sociales mínimas de subsistencia.

Precisamente, volviendo a Ferrajoli, en su teoría de la democracia⁶, anticipa que las constituciones contemporáneas no permiten la declaratoria de Estados de Excepción como los que tuvimos en el siglo XX, en torno a los cuales se perpetuaron sistemas totalitarios y dictatoriales. En ese sentido, explica que los Estados de Excepción contemporáneos solo serán válidos en la medida en que: (i) las constituciones de manera taxativa y detallada determinen los eventos en los que proceden, descartando, fórmulas indeterminadas; y, (ii) su finalidad consista en impedir la ruptura de las garantías constitucionales.

Los jueces constitucionales en muchas ocasiones desempeñan una función contramayoritaria⁷ que permite transitar del arquetipo democrático ateniense basado en el imperio de las mayorías, a la democracia constitucional fundada en el consenso pluralista y en el que, producto del efecto de irradiación de los derechos fundamentales, tiene lugar el reconocimiento y protección de las minorías.

⁴ Observatorio de la OIT: La COVID19 y el mundo del trabajo. Quinta edición Estimaciones actualizadas y análisis. OIT.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. "...desconocimiento de su índole de mecanismo excepcional para el restablecimiento del orden público alterado y su transformación en un mecanismo permanente del ejecutivo para ejercer facultades excepcionales; el resquebrajamiento de la potestad legislativa del Congreso ante la proliferación de una normatividad (sic) de excepción que terminó por regular todos los espacios de la vida social con la consecuente fractura del principio democrático y las permanentes restricciones a las libertades públicas y la correlativa disminución del espacio para el ejercicio de los derechos..."

⁶ Ferrajoli, Luigi. Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo 2. Teoría de la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2011, pág. 101-103. Sobre el estado de excepción sostiene que es: "el Estado de excepción es el que rompe la ordenación constitucional al incidir radicalmente en el sistema de fuentes: no, por tanto, simplemente violando algunos derechos fundamentales y de las normas constitucionales, sino desposeyendo a los órganos constitucionales de sus poderes y transfiriéndolos a autoridades de excepción, sean civiles o militares".

⁷ ELY, JOHN H., Democracy and distrust. A theory of judicial review, Harvard University Press, 1980.

Con estas breves palabras de bienvenida a esta célebre Conferencia, invitamos a reflexionar sobre los desafíos que en tiempos de la pandemia asumen las Cortes, los Tribunales y las Salas Constitucionales de Iberoamérica, al tiempo que, felicitamos a nuestro buen amigo, el Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Honorable Juez Milton Ray Guevara, por su disposición para albergar en su bello país, la Décimo Cuarta Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional que esperamos realizar de manera presencial, a la vez que damos apertura a las mesas de trabajo que, sin lugar a duda, se convertirán en fuente creativa de nuestra labor judicial en la continua defensa de los derechos fundamentales.

Hago propicio también este momento para interpretar el sentir de nuestra frágil humanidad, haciendo remembranza de las víctimas de la pandemia, que, en voces de nuestro Nobel, Gabriel García Márquez, se han curado para siempre de los tormentos de la memoria. Con ese sincero dolor que no se nombra, nos solidarizamos con el sufrimiento de sus seres cercanos entre quienes están los del distinguido Magistrado de la Corte Constitucional de Guatemala, Amilcar Mejía Orellana quien, tras casi un mes de padecer el coronavirus, partió el pasado 5 de septiembre.

Y concluyo destacando el legado ejemplar de una gran mujer, de una gran jueza, Ruth Beider Ginsburg, envuelta ahora en el perfume de la eternidad, quien afirmaba, con sobrada razón, que: “contemplado en su forma extrema, cualquier poder luce peligroso”.



4. INFORME DE LA CONFERENCIA

A CARGO DEL EXCELENTÍSIMO SEÑOR MAGISTRADO DON PEDRO GONZÁLEZ – TREVIJANO SÁNCHEZ
Secretario Permanente de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional

LEÍDO POR EL LICENCIADO ANDRÉS GUTIERREZ GIL
Secretario General del Tribunal Constitucional de España

Excelentísimo Señor Presidente de la Corte Constitucional de Colombia, excelentísimos y honorables señores y señoras magistrados, ministros, jueces constitucionales y todos los integrantes de los tribunales, cortes y salas constitucionales de Iberoamérica. En ausencia del secretario permanente el Magistrado Don Pedro González- Trevijano por dolencia médica de la que se recupera satisfactoriamente, pero que le impide estar presente en este acto que esperaba con gran ilusión, tengo el honor de dar lectura, en nombre suyo, al informe que ha elaborado en cumplimiento del mandato previsto en los estatutos de la conferencia dando cuenta de las actividades emprendidas y autorizadas por la secretaría permanente desde la anterior reunión celebrada en la ciudad de Panamá durante los días 16 y 19 de mayo de 2018.

Dice así:

Excelentísimas autoridades y participantes en la XIII reunión de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, quisiera, antes que nada, dirigir un efusivo saludo a todos los presentes en esta reunión que por primera vez se celebra de modo telemático, tras excusar mi ausencia por imperativos médicos, que no me impedirán visionar posteriormente el encuentro, deseo expresar, en primer lugar, el reconocimiento a la Corte Constitucional de Colombia por haber

sabido afrontar el reto de poner en marcha un evento que logra reunir a representantes de los tribunales, cortes y salas constitucionales de todo Iberoamérica y que se honra de haber contado con un saludo en su inauguración del Presidente de la República de Colombia, el Excelentísimo Señor Don Iván Duque Márquez.

En la persona del Presidente de la Corte Constitucional de Colombia, Don Alberto Rojas Ríos, expreso mi agradecimiento a toda la corte por el esfuerzo llevado a cabo para afrontar este reto, igualmente a todos los presidentes, vicepresidentes, magistrados, ministros y jueces que van a participar con sus ponencias en las ocho mesas de trabajo organizadas, al presidente de la comisión, a los magistrados auxiliares, letrados y asesores de los tribunales. Por último, a todas las personas que nos están viendo desde distintos lugares, a las que invito que en adelante sigan las actividades de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.

El tema que abarca el conjunto de intervenciones que van a tener lugar en esta Conferencia es el de Democracia y derechos fundamentales en los Estados de Excepción. Precedido del bello recordatorio de que la Jurisdicción Constitucional es la jurisdicción de la libertad. El tema no puede ser menos acertado por su actualidad y profundidad y sin más demora voy a repasar, brevemente, las tareas acometidas por la secretaría permanente de nuestra anterior reunión de 2018.

La primera actuación consistió, precisamente, en llevar a cabo la publicación del libro que recoge los trabajos de la XII reunión de Panamá que se desarrolló bajo el título: "relaciones entre jurisdicción constitucional y ordinaria".

En segundo lugar, debe destacarse la celebración de distintos seminarios sobre aspectos de interés para la jurisdicción constitucional iberoamericana en cumplimiento del artículo 27 de nuestros estatutos que prevé la organización por la secretaría permanente de actividades complementarias de formación con el objeto de fortalecer la red iberoamericana de justicia constitucional. En este propósito se enmarcan los seminarios que desde la anterior reunión de la Conferencia se han organizado en colaboración con la Agencia Española de Cooperación Internacional y Desarrollo en sus cuatro centros de formación ubicados en Cartagena de Indias, antigua Guatemala, Santa Cruz de la Sierra y Montevideo.

El primer seminario celebrado trató sobre los tribunales y cortes constitucionales como garantes de los procesos electorales. Se celebró en Montevideo durante los días 10 al 13 de julio de 2018. El segundo seminario bajo el título: "la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, balance de dos décadas de diálogo entre tribunales", se centró en la influencia recíproca de la jurisprudencia de nuestros tribunales y cortes celebrándose en antigua Guatemala durante los días 3 a 5 de diciembre de 2018.

Un tercer seminario tuvo por objeto el estudio del acceso a la justicia constitucional como objetivo fundacional de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional realizado en Cartagena de Indias durante los días 20 a 22 de noviembre de 2019.

Sin embargo, la pandemia, que aún se deja sentir a ambos lados del océano, ha impedido la celebración de otros cinco seminarios programados. A pesar de ello estamos convencidos

de la utilidad de estos seminarios a los que desde su creación han podido asistir numerosos integrantes de nuestros tribunales y confiamos vivamente en reanudarlos en cuanto las circunstancias lo permitan.

En tercer lugar, debe destacarse el funcionamiento de la página web de la Conferencia en la que se recoge toda la documentación interna, así como la emanada de las reuniones y seminarios realizados desde 1995 en que se celebró en Lisboa nuestra primera reunión. Más allá de contar con esta documentación que viene a reflejar una historia que ya supera los 25 años, la web de la Conferencia aspira ser un punto de encuentro en el entendimiento de que puede ser un eficaz instrumento que facilite el intercambio de la jurisprudencia de nuestros tribunales sobre áreas temáticas de común interés, en este sentido se han creado los cuadernos de jurisprudencia constitucional iberoamericana de los que, hasta el momento, se ha iniciado la formación de tres sobre igualdad de la mujer, sobre nuevas tecnologías y derechos humanos y sobre protección de datos.

También se ha creado el Noticario de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, que periódicamente ya reciben en sus correos electrónicos más de 500 abonados. Son ya ocho los números distribuidos mediante la lista de correos y pueden consultarse en nuestra web. Su aspiración no es doctrinal sino dar noticia de acontecimientos relevantes de la vida interna de nuestros tribunales y cortes, ya sean eventos importantes, nuevos nombramientos, entrevistas y en general noticias que nos permiten tener un conocimiento más estrecho del componente humano de nuestras instituciones.

También se ha creado un canal YouTube de la Conferencia, en el que actualmente pueden visionarse los vídeos de la integridad de la XII reunión celebrada en Panamá, también los que se generen en el actual encuentro, y se ha iniciado la incorporación de entrevistas a integrantes de nuestras instituciones.

Estas cuatro iniciativas (la nueva web de la Conferencia, el Noticario, el canal Youtube y los Cuadernos de jurisprudencia constitucional iberoamericana), son proyectos que han visto la luz en el periodo de dos años que estamos repasando, y ponen de manifiesto el propósito de que la Conferencia sea una institución dinámica que realiza actividades de modo permanente.

Por último, quiero volver a dejar constancia de la fluida y fecunda relación durante estos dos años con la Corte Constitucional de Colombia, que ha desempeñado la Secretaría Pro Tempore durante las presidencias de Don Alejandro Linares, Doña Gloria Ortiz y particularmente de Don Alberto Rojas, que a su competencia ha sabido unir el calor humano, agradecimiento que hago extensivo a todo el equipo de la Corte, que superando tantas incertidumbres ha llevado a buen puerto la celebración de la Conferencia. ¡Muchas Gracias!

5. PROGRAMA ACADÉMICO

PRIMER DÍA

Jueves 24 de septiembre

ACTO DE INSTALACIÓN

Eje temático I: La restricción del componente democrático del Estado Constitucional en la declaratoria de los Estados de Excepción en Iberoamérica

- **Primera Mesa de Trabajo**

Honorable Ministro Luiz Fux, Presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil.

Honorable Ministro Gonzalo García Pino, Magistrado del Tribunal Constitucional de Chile.

Honorable Magistrado Fernando Castillo Viquez, Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Honorable Magistrada Marianella Ledesma Narváez, Presidenta del Tribunal Constitucional del Perú.

Honorable Magistrada Diana Fajardo Rivera, magistrada de la Corte Constitucional de Colombia.

Moderadora Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, magistrada de la Corte Constitucional de Colombia.

- **Segunda mesa de trabajo –diálogo jurisprudencial-**

Honorable Ministro Iván Aróstica Maldonado del Tribunal Constitucional de Chile.

Honorable Magistrada Nancy Hernández López, magistrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Honorable Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Honorable Magistrado Augusto Ferrero Costa, Vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú.

Moderador: Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, Jorge Ernesto Roa Roa.

Eje Temático II: “El impacto de la pandemia y de las medidas adoptadas por los gobiernos en los derechos fundamentales de personas pertenecientes a grupos sociales diferenciados”.

- **Tercera Mesa de Trabajo**

Honorable Magistrado Señor Don Juan José González Rivas, Presidente del Tribunal Constitucional de España.

Honorable Juez Hernán Salgado Pesantes, Presidente de la Corte Constitucional de Ecuador.

Honorable Magistrado Francisco Rosales Argüello, Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

Honorable Magistrado Luis Ramón Fábrega Sánchez, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Moderadora: secretaria general de la Corte Constitucional, doctora Martha Sáchica Méndez.

- **Cuarta mesa de trabajo –diálogo jurisprudencial-**

Honorable Magistrada Encarnación Roca Trías, Vicepresidenta del Tribunal Constitucional de España.

Honorable Jueza Daniela Salazar, Vicepresidenta de la Corte Constitucional de Ecuador.

Honorable Magistrado Armando José Juárez López, magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

Honorable Magistrada Angela Russo de Cedeño, Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Honorable Magistrado Dominique Rousseau, magistrado del Tribunal Constitucional de Andorra.

Moderador: Honorable Magistrado (e) de la Corte Constitucional, Dr. Luis Javier Moreno.

Segundo día/ Viernes 25 de septiembre

Eje temático III: “El reconocimiento de nuevos derechos relacionados con las consecuencias de la pandemia”

- **Quinta Mesa de Trabajo**

Honorable Magistrado Paul Enrique Franco Zamora, Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Honorable Magistrado Aldo Enrique Cáder Camilot, de la Sala Constitucional de la

Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

Honorable Magistrado Jorge Abilio Serrano, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Honduras.

Honorable Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, magistrada de la Corte Constitucional de Colombia.

Honorable Jueza Maite D. Oronoz Rodríguez, presidenta del Tribunal Supremo Puerto Rico.

Moderador: Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, Andrés Fernando Ospina Garzón.

- **Sexta Mesa de Trabajo – diálogo jurisprudencial –**

Josep-Delfi Guàrdia i Canela, Presidente del Tribunal Constitucional de Andorra.

Honorable Magistrada Julia Elizabeth Cornejo Gallardo, magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Honorable Magistrado Carlos Ernesto Sánchez Escobar, magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

Moderador: Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, Miguel Polo

Eje Temático IV: “Los retos constitucionales frente al reajuste institucional de los Estados iberoamericanos”.

- **Séptima Mesa de Trabajo**

Honorable Magistrada Gloria Patricia Porras Escobas, Presidenta de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Honorable Magistrado Milton Ray Guevara, Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

Honorable Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, magistrado de la Corte Constitucional.

Moderadora: Magistrada auxiliar de la Corte Constitucional, Karen Caselles Hernández.

- **Octava mesa de trabajo –diálogo jurisprudencial-**

Honorable Magistrada María Cristina Fernández García, Vicepresidenta de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Honorable Juez João Caupers, Vicepresidente del Tribunal Constitucional de Portugal.

Honorable Magistrado Rafael Díaz Filpo, Vicepresidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

Moderador: Honorable Magistrado (e) de la Corte Constitucional, Richard Ramírez Grisales



5.1. CAPÍTULO I LA RESTRICCIÓN DEL COMPONENTE DEMOCRÁTICO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA DECLARATORIA DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN IBEROAMÉRICA

En esta primera mesa de discusión general se aborda el impacto causado por las medidas de excepción adoptadas por los distintos gobiernos de Iberoamérica sobre un elemento esencial del sistema constitucional como lo es el componente democrático. A partir de dichas reflexiones, seguidamente se presenta la mesa de discusión jurisprudencial en la que se exponen las principales decisiones proferidas por los Tribunales, Cortes o Salas constitucionales relacionadas con la democracia en el marco del Estado constitucional de derecho.

De forma adicional en la mesa de discusión jurisprudencial se expone la jurisprudencia de los respectivos Tribunales o Salas que guardan relación con la crisis del componente democrático de los Estados constitucionales, como la limitación de derechos políticos, las deficiencias en el sistema representativo, la democracia participativa, y el funcionamiento de las cámaras legislativas, entre otros temas.

MESA DE DISCUSIÓN GENERAL

PRESENTACIÓN

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia

Es un honor para mí hacer la presentación de la mesa de discusión en la cual se debatió sobre el tema de la restricción del componente democrático en el Estado constitucional en la declaratoria de los Estados de Excepción en Iberoamérica, es decir, el tema de esta mesa se concentró en la restricción de los fundamentos mismos de la democracia, motivados por las declaratorias del Estado de Excepción con motivo de la pandemia.

A continuación, presentaré el título de la ponencia que realizó cada uno de los participantes de la mesa:

En primer lugar, el Honorable Ministro Luiz Fux, Presidente del Tribunal Federal de Brasil, quien hará una presentación relativa a la *“Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y la pandemia del Covid-19”*.

En segundo lugar, el Honorable Ministro Gonzalo García Pino, magistrado del Tribunal Constitucional de Chile. Él disertará sobre la *“Afectación del componente democrático por el Estado de Excepción, derechos políticos y controles normativos”*.

En tercer lugar, el Magistrado Fernando Castillo Viquez, Presidente de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, quien nos hablará sobre *“El manejo de la crisis del Covid-19, derechos fundamentales y las potestades de imperio de la administración pública”*.

En cuarto lugar, la Honorable Magistrada Marianella Ledesma Narváez, Presidente del Tribunal Constitucional del Perú, cuya presentación será sobre *“La justicia constitucional, democracia y ciudadanía durante los Estados de Excepción en Iberoamérica”*.

Finalmente, hablará la Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia, mi amiga, Diana Fajardo Rivera, quien disertará sobre *“El reto constitucional de controlar los Estados de Excepción en la democracia”*.

Participé en la moderación de este panel en mi condición de Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia. Creo que este encuentro virtual fue una oportunidad maravillosa para un intercambio de experiencias sobre un tema que realmente es preocupación en todos los Estados que hacen parte de esta conferencia. Durante esta pandemia, en muchos de los Estados se han declarado situaciones de excepción, que dotan de facultades legislativas a la rama ejecutiva del poder público. Esto en sí mismo, implica un debilitamiento del órgano legislativo, un aminoramiento de sus posibilidades, además de eso, ha habido restricciones a la movilidad, cuarentenas obligatorias, que incluso han afectado la posibilidad de reunión física de los órganos representativos y legislativos, lo que, igualmente, los pone en una situación de disminución, por la menor posibilidad de actuación.

Toda esta situación merece reflexión, en algunos países de la región los órganos representativos, los parlamentos, los congresos vienen reuniéndose virtualmente, lo cual también puede significar una afectación de la democracia. En otros países, la presencialidad se ha visto restringida por disposiciones del gobierno, lo que merece reflexiones profundas.

De igual manera, el derecho al voto de los ciudadanos puede verse restringido por situaciones de aislamiento motivadas por la pandemia. Todos estos escenarios tienen que ser valorados y confrontan a los tribunales constitucionales en su labor de poner límites a las restricciones de la democracia, en su función de mantener el vigor y la vigencia de una democracia activa, que permita la oposición, la participación de todos los sectores políticos y que no reduzca el poder al ámbito de las decisiones del Ejecutivo. Creo entonces que esta discusión parece ser muy interesante.

A continuación, podremos tener un panorama general de las implicaciones de la pandemia en los órdenes constitucionales de cada uno de los países de los expositores, Brasil, Chile, Costa Rica, Perú y Colombia, y cómo los tribunales y Salas constitucionales han tenido que enfrentar este reto y mantener el equilibrio de poderes.

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PANDEMIA DO COVID-19

LUIZ FUX

Presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil

- PARTE I -

36

Agradecimentos iniciais

Inicialmente, tenho o dever de destacar que me sinto honrado em participar da XIII Conferência Ibero-americana de Justiça Constitucional, sobretudo pela possibilidade de debater temas tão relevantes para as realidades das nações ibero-americanas aqui representadas.

Nesse diapasão, agradeço ao magistrado **ALBERTO ROJAS RÍOS**, Excelentíssimo Presidente da Corte Constitucional da Colômbia, pelo convite e o parabenizo pela organização de tão oportuna conferência. Em igual sentido, cumprimento os demais integrantes desta mesa.

Os laços históricos e culturais que tornam irmãs as nações ibero-americanas servem de contexto para que possamos nos unir ante a essa pandemia que não diferencia nacionalidades e fronteiras. Decerto é que o Direito de cada país é singular, por ser fruto das particularidades e experiências locais. No entanto, não podemos olvidar que nossa história e nossos ordenamentos jurídicos nos aproximam mais do que nos distinguem. Dessa forma, a partir do diálogo, não tenho dúvidas de que encontraremos soluções uníssonas para as questões conjunturais que tem desafiado a jurisdição constitucional em nossas nações, sempre com o objetivo de garantir o respeito aos direitos fundamentais e fortalecer o regime democrático.

Espero enriquecer o debate ao compartilhar a experiência da Suprema Corte Brasileira.

A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E A COVID-19

- PARTE II -

A pandemia do coronavírus tem testado a capacidade de resiliência de nossos cidadãos e de nossas instituições políticas como nunca na história contemporânea. Nesse processo de reação e de reconstrução nacional, o meu sentir, como cidadão e como juiz, é que as constituições nacionais sairão mais fortalecidas desse momento desafiador. Forçoso reconhecer que, mesmo no auge da ansiedade coletiva causada pela pandemia, ninguém – ninguém – ousou questionar a legitimidade e a autoridade das respostas da Suprema Corte, com fundamento na Constituição, para as nossas incertezas momentâneas.

Nós, Juízes constitucionais da América Latina e da Península Ibérica, somos os guardiões desses mais sagrados documentos democráticos pertencentes aos nossos povos. Deveras, temos um dever público central na manutenção da estabilidade republicano-democrática de nossas nações e na proteção dos direitos fundamentais, especialmente nesses momentos desafiadores para as vidas humanas, para a saúde pública e para a economia.

No exercício de suas competências, posso testemunhar que o Supremo Tribunal Federal do Brasil tem se desincumbido exemplarmente de seu mister, assegurando que a Constituição da República Federativa do Brasil permaneça como a certeza primeira de todos os brasileiros.

Em 8 de setembro, somente no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, o Supremo Tribunal Federal somava 176 ações ajuizadas versando temas relativos à pandemia. Adicionalmente, foram ajuizadas, até essa mesma data, 3.713 pedidos de *habeas corpus*, ação que tutela o direito de liberdade das pessoas naturais, e 673 reclamações constitucionais, instrumento que questiona ato administrativo ou decisão judicial que aplica erroneamente precedente qualificado do Supremo Tribunal. Esses dados estão todos disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal, no recém lançado “**Painel de Ações COVID-19**”.

No atual contexto, a escassez dos recursos públicos torna-se ainda mais evidente, dificultando a tarefa do Judiciário de resolução de demandas que tocam a justaposição dos direitos fundamentais. No caso da jurisdição constitucional, a força vinculante dos precedentes torna mais complexa a tarefa do julgador. U ma decisão “errada” pode produzir efeitos sistêmicos graves. Mais do que isso, mesmo quando as cortes constitucionais pretendem ignorar o contexto ou adiar a deliberação jurisdicional, sua atuação produz efeitos sociais, políticos e econômicos de grande relevância: afinal, a própria manutenção do status quo pode potencializar os efeitos da crise sobre grupos sociais que já se encontram mais onerados e vivem em situação de vulnerabilidade.

Diante de tamanha complexidade, acredito que, neste momento, cabe às Cortes Constitucionais passar uma orientação clara para os demais magistrados/as, com base no seguinte tripé **sensibilidade prudencial, compromisso com os valores constitucionais e pragmatismo contextual**. Em apertadíssima síntese, trata-se de, sem arredar do compromisso com a normatividade dos direitos fundamentais, atentar às necessidades e às possibilidades práticas que o contexto corrente apresenta, sob uma perspectiva pragmática. Denomino essa vertente de **jurisprudência da crise**.

De início, serei bastante incisivo: tal postura não deve significar o afrouxamento da proteção judicial dos direitos fundamentais ou a tolerância com investidas contra a estabilidade institucional e a normalidade democrática. Em todos os seus pronunciamentos, uma Corte Constitucional deve ser exemplar, coibindo excessos e garantindo os pilares de uma democracia constitucional.

Apesar dos vários riscos envolvidos em torno das decisões proferidas neste grave momento, é importante não incorrer em imobilismo. Embora se trate de período excepcional, as Cortes ainda têm o dever de proteger a normatividade constitucional. As determinações da Constituição seguem válidas e cabe aos magistrados garantir que excessos não ocorram. Deve a Corte, portanto, atuar nessa constante tensão entre a normatividade constitucional e a abertura às exigências das circunstâncias excepcionais, sendo tal análise pragmática uma melhor forma de lidar com essa situação.

Não obstante, acredito que o momento demanda sensibilidade e prudência no seguinte sentido. Na linha do que preleciona o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸, precisamos, a partir de uma análise sistêmica e empiricamente informada do cenário e das demandas apresentadas ao Tribunal, nos atentar para as possíveis **consequências** de nossas decisões e para o contexto de emergência em que estamos inseridos. É dizer: impedir que o Judiciário seja mais um fator de crise, “criando privilégios não universalizáveis e drenando recursos escassos”⁹.

⁸ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

⁹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos Direitos Sociais: parâmetros ético-constitucionais. In: SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 183.

Aqui entra a jurisprudência da crise. Por ser um cenário excepcional, não é de se esperar que as decisões relacionadas à crise sejam definitivas ou estanques. A particularidade da situação pode fazer com que os magistrados relativizem o rigor de certas normas jurídicas e precedentes construídos sob circunstâncias contextuais completamente diferentes.

A noção de que viradas jurisprudenciais acontecerão durante momentos excepcionais, tais como uma pandemia de proporções globais, não significa que a preocupação com a segurança jurídica deva ser deixada de lado. Deveras, a pacificação de conflitos de interesse que o Judiciário visa a proporcionar só é possível com segurança jurídica. É que a imprevisibilidade das decisões judiciais consiste em incentivo para que as pessoas litiguem. Por outro lado, a previsibilidade dos pronunciamentos judiciais é um desincentivo à litigância excessiva, pois aquele cidadão que tiver adotado comportamento contrário à jurisprudência sabe que restará vencido se recorrer ao Judiciário.

Na jurisprudência da crise, verifica-se a mesma necessidade. Para que não haja déficit do vetor segurança jurídica, é preciso que a Corte, quando diverja de seus prévios pronunciamentos, seja explícita e específica na apresentação das circunstâncias de fato e de direito excepcionais que autorizam o *distinguish* realizado.

Vejamos agora exemplos de como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado em casos que tangenciam a pandemia do coronavírus.

A COVID-19 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONFLITOS DECORRENTES

- PARTE III -

A atual pandemia gerou reflexos sistêmicos não apenas no direito de liberdade de locomoção dos cidadãos, mas também 1) no sistema de saúde, 2) na relação entre os entes federativos, e 3) no sistema econômico e político.

Em primeiro lugar, no âmbito do sistema de saúde, percebeu-se incremento de ações judiciais que tratam 1) do acesso ao direito à saúde, especialmente por parte de populações vulneráveis que desejam ter acesso a testes antivirais e a leitos em hospitais; 2) do controle sobre as contratações emergenciais de serviços públicos de saúde, diante da possibilidade de erro do administrador público face ao binômio necessidade/velocidade; e 3) do controle sobre requisições administrativas sobre bens móveis e imóveis particulares, em caso de perigo público iminente e para reforçar o sistema público de saúde.

Em segundo lugar, a pandemia descortinou litígios entre a União e os Estados e os municípios, alguns deles trazidos à Suprema Corte, guardiã do pacto federativo encartado na Constituição Federal: 1) definição de competência legislativa para imposição de restrições a atividades econômicas e sociais, bem como à liberdade de locomoção; 2) pleito dos Estados para suspensão da cobrança de dívidas contraídas com a União; 3) definição de atividades essenciais, públicas e particulares, que deveriam permanecer ininterruptas durante a pandemia e 4) compatibilidade das competências concorrentes e comuns em matéria de cuidados e proteção à saúde.

É o caso das **Ações Cíveis Originárias - ACOs nn. 3376, 3377, 3378, 3379 e 3380**, classe processual que trata de conflitos entre União e estado da Federação ou entre os próprios estados federativos. Esses processos foram de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. No caso, os Estados do Amazonas, Rondônia, Rio Grande do Norte, Mato Grosso e Sergipe,

respectivamente, obtiveram liminarmente a suspensão por 180 dias do pagamento das parcelas da dívida com a União. Como justificativa, a Corte considerou que os estados não eram capazes de cumprir suas obrigações com a União por conta dos gastos gerados pela pandemia. Destarte, considerou que o princípio da razoabilidade seria violado caso se determinasse que os Estados fossem instados a adimplir a dívida pública em um contexto em que recursos públicos são necessários para salvar vidas humanas.

Em terceiro lugar, no que diz respeito aos conflitos decorrentes do **impacto direto da pandemia na economia e no sistema político**, a Corte rechaçou pedidos de inconstitucionalidade de leis aprovadas pelo Congresso Nacional durante a pandemia que autorizaram, em caráter excepcional, 1) a flexibilização excepcional de regras das relações de trabalho, com vistas ao amortecimento do risco de desemprego; 2) a flexibilização das regras jurídicas que instituem teto de gastos para a Administração Pública; 3) a renegociação de contratos e dívidas, inclusive com a dilação de prazos editais, contratuais ou mesmo legais e 4) a destinação de receitas diversas para políticas públicas de combate ao coronavírus.

Ao deferir a medida cautelar na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 568**, proposta pela Procuradoria Geral da República, o Ministro Alexandre de Moraes autorizou que 32 milhões de reais provenientes de ativos recuperados pela Operação Lava Jato, a maior operação de combate à corrupção da história do país, fossem destinados ao Estado do Acre para custeio de ações de prevenção, contenção e combate à pandemia.

Por sua vez, na **ADI n. 6359**, de relatoria da Ministra Rosa Weber, pediu-se algo mais expressivo, com possível impacto nas eleições municipais de 2020: o adiamento do prazo para que candidatos políticos pudessem se filiar aos respectivos partidos, se inscrever em seus domicílios eleitorais e desincompatibilizar-se dos cargos atuais incompatíveis com o cargo pretendido. A Ministra relatora indeferiu liminarmente o pedido formulado pelo Partido Progressista, autor da ação, mantendo assim o calendário para as eleições municipais de 2020. O Plenário do Tribunal referendou essa decisão liminar, mantendo hígdas as regras constitucionais democráticas.

Como se percebe, precedentes judiciais criam incentivos justamente porque estabilizam expectativas sobre as condutas humanas.

Em vez de decisões judiciais simplórias (concessão x não concessão), momentos de crise demandam maior prudência dos magistrados: é preciso, pois, repensar eventuais interferências judiciais e seus impactos estruturais, primando-se por intervenções nas quais se corrija a distribuição dos custos decisórios envolvidos. Deve-se, ainda, incentivar soluções negociais ou o encaminhamento do conflito para arenas cujos atores dispõem de maior expertise técnica (capacidade institucional).

Nesse ponto, cabe uma reflexão a um aspecto da jurisdição que me é muito caro.

Assistimos, cotidianamente, as Cortes Constitucionais e as Supremas Cortes de todo o mundo serem instadas a decidir questões para as quais não dispõem de capacidade institucional. No caso brasileiro, a cláusula constitucional pétreia de que nenhuma lesão ou ameaça deva escapar à apreciação judicial erigiu uma zona de conforto para os agentes políticos.

Em consequência, alguns grupos políticos que não desejam arcar com as consequências de suas próprias decisões acabam por permitir a transferência voluntária e prematura de conflitos de natureza política para o Poder Judiciário, instando os juízes a plasmarem provimentos judiciais sobre temas que demandam debate em outras arenas.

Essa prática tem exposto o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, a um protagonismo deletério. Essa disfuncionalidade desconhece que nenhuma Corte ou Tribunal pode ser considerado legítimo oráculo para todos os tipos de conflitos morais, políticos e econômicos de uma nação. Tanto quanto possível, os poderes Legislativo e Executivo devem resolver interna *corporis* seus próprios conflitos e arcar com as consequências políticas de suas próprias decisões.

Aos nossos olhos, o Judiciário deve atuar movido pela virtude passiva, devolvendo à arena política e administrativa os temas que não lhe competem à luz da Constituição. E, quando excepcionalmente assumir esse protagonismo, o Judiciário poderá, em lugar de intervir verticalmente, atuar como catalisador e indutor do processo político-democrático, emitindo incentivos de atuação e de coordenação recíproca às instituições e aos atores políticos.

REFLEXÕES FINAIS · - PARTE IV -

Em contextos de crise, a **inefetividade prática da prestação jurisdicional pode se tornar remédio amargo**: seja por não agir quando necessário, seja por interferir em terrenos áridos fora de sua expertise.

Como nos relembram Guido Calabresi (Professor da Yale University) e **Phillip Bobbit** (Professor da Columbia University), o Poder Judiciário não pode esquecer que está inserido em um ambiente político-econômico de recursos limitados no qual, não raras vezes, o Poder Público necessita realizar verdadeiras “**escolhas trágicas**” na medida em que elege como alocar tais recursos escassos.¹⁰ Nesse diapasão, a discussão a respeito de direitos, especialmente os de cunho social, não está somente adstrita a um debate principiológico.

Por óbvio, a justificativa de limitação orçamentária não deve, per se, refletir um obstáculo à proteção de direitos.¹¹ Mais do que isso, o Poder Judiciário tampouco pode legitimar o descumprimento de deveres constitucionais por parte do Poder Público, sob a eterna justificativa de falta de recursos. No entanto, sobretudo em períodos de crise, decisões judiciais podem produzir consequências sistêmicas que possuem necessária interconexão com os demais poderes e agentes interessados.

Como busquei ressaltar nesta breve exposição, a formulação de políticas públicas para o combate aos efeitos da pandemia envolve um complexo de interações entre instituições e atores políticos, demandando respostas em um espaço de tempo bastante curto, muitas vezes sem possibilidade de um debate público amplo acerca dos problemas vigentes e das soluções possíveis.

¹⁰ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic Choices**. New York: Norton, 1978.

¹¹ ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. Los **derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Tratta, 2002.

Por conseguinte, eventual intervenção judicial precisa partir de uma óptica funcional. Isto é, mensurando-se 1) **o grau de utilidade**, 2) **os impactos sociais** e 3) **os incentivos e os desincentivos gerados aos demais atores políticos envolvidos**, tudo isso a fim de se chegar a uma resolução dialógica para o problema, em prol dos cidadãos impactados.

Cass Sunstein, professor da Universidade de Harvard, em recente coluna no canal *Bloomberg*¹², afirmou, a partir de estudos da Universidade de Chicago e da Universidade de Wyoming sobre os benefícios econômicos da preservação de vidas, que as precauções demoradas ainda se justificam a partir de uma análise pragmática. É que a conservação das vidas tem maior utilidade e impactos sociais menos graves na sociedade do que a opção de adotar medidas preventivas breves e sofrer com um número alto de mortes.

A pandemia do COVID-19 é uma adversidade profunda que tem nos custado muitas vidas. Contudo, meu olhar sobre o Brasil e sobre os países ibero-americanos permanece otimista.

As boas mudanças, por vezes, não ocorrem no tempo e no ritmo que desejamos. Em algumas situações, como a que estamos vivenciando, visualizamos retrocessos pontuais. No entanto, mesmo em face das graves complicações que se descortinam na política, na economia e na vida social, ME RECUSO a adotar uma postura de pessimismo.

Não há milagres nem subterfúgios. O motor da história é olhar para frente, sempre com prudência, responsabilidade, senso de inovação e consciência de que devemos honrar e preservar os ideais de futuro que as Constituições das quais somos guardiões prometeram. Somente assim daremos respostas apropriadas aos desafios lançados por esta pandemia.

Obrigado a todos pela atenção. Muito obrigado!

¹² SUNSTEIN, Cass. **This Time the Numbers Show We Can't Be Too Careful**: Hardheaded cost-benefit analysis usually confirms that it's dangerous to be overcautious. The coronavirus is different. Bloomberg. 26.03.2020

LA AFECTACIÓN DEL COMPONENTE DEMOCRÁTICO POR EL ESTADO DE EXCEPCIÓN: DERECHOS POLÍTICOS Y CONTROLES NORMATIVOS

GONZALO GARCÍA PINO
Ministro del Tribunal Constitucional de Chile.

Sirvan estas primeras palabras para agradecer a Colombia y su señora Corte Constitucional presidida por Alberto Rojas que ha organizado una Conferencia única por la forma y esperamos única por sus conclusiones. Agradecemos, asimismo, a la Secretaría General de la Cumbre Iberoamericana en la persona del magistrado Pedro González-Trevijano y a todo el TC español por los años de diálogos, formación y cooperación sobre nuestro quehacer en el ámbito iberoamericano. Saludo a Presidentes, vicepresidentes y magistrados de distintos tribunales y cortes de Iberoamérica a nombre de la Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile la Ministra María Luisa Brahm a quién le fue imposible estar hoy con nosotros como era su anhelo personal.

Hablar en medio de una etapa aún en curso y respecto de la cual no resulta claro predecir su evolución, obliga a calificar de provisorias estas conclusiones. El escaso tiempo que tenemos me lleva a comenzar sin más preámbulos: ¿cómo afectan los derechos políticos y los controles normativos la pandemia?

En Chile el 18 de marzo de 2020 el Presidente de la República declaró el estado de catástrofe basado en la calamidad pública de la pandemia. Nuestra Constitución en el año 2005 reformuló estos estados de emergencia siguiendo los Principios de Siracusa propuestos por la Comisión Internacional de Juristas. Desde ahí sostenemos que la excepción no es un título para suspender la Constitución, sino que es la razón por la cual una crisis debe ser gobernada por el derecho. Bajo esas reglas, el tratamiento de esta calamidad pública ocasionada por la pandemia implica que la excepción no significa construir poderes implícitos inherentes, ni

desarrollar cláusulas de plenos poderes ni aprobar una *Indemnity Bill* donde el Parlamento legaliza actuaciones de gobierno consideradas ilícitas al momento de su práctica. Por el contrario, nos enmarcamos constitucionalizando el derecho de excepción intentando prever y delimitar lo mejor posible las medidas necesarias para la defensa del orden constitucional en momentos de anormalidad. Esos poderes son norma especial porque permiten someter la crisis haciendo uso de mecanismos excepcionales, necesarios, adecuados y proporcionales al restablecimiento de la normalidad constitucional.¹³

El propósito es fortalecer las soluciones dentro de la Constitución del modo más exigido y exigente, según nos desafía diariamente el Covid-19. Esas normas infra regulan el problema, amplían los medios de acción y son finalistas en los objetivos, de tal modo que los detalles tornarían en inútil el recurso al medio excepcional. Por lo mismo, el problema reside en las reglas constitucionales que remiten al legislador y al administrador, pero cuya textura abierta, ambigua o vaga imponen a los tribunales el necesario examen de los controles normativos, especialmente, en el ejercicio de derechos políticos.

El corazón de la democracia representativa son las elecciones. Aquello que para algunos es una fiesta cívica, para otros es la manifestación más evidente de la insuficiencia de la democracia. En Chile la pandemia se ha llevado por delante tres procesos electorales que han sido postergados en el caso de las elecciones de gobernadores regionales¹⁴, municipios¹⁵ y el plebiscito para definir si existirá o no una nueva Constitución.¹⁶ Este plebiscito se realizará el próximo 25 de octubre bajo estados de excepción constitucional en todo el país y con las Fuerzas Armadas resguardando el orden público. Asimismo, se estableció como fecha de elecciones primarias para gobernadores regionales y alcaldes el 29 de noviembre de este año.¹⁷ Asimismo, una porción del electorado que está con Covid o en cuarentena no podrá votar ¿de facto o de derecho?

Pero antes de analizar esas circunstancias, cabe mirar otros lados de la ecuación excepcional. Primero, que este estado de catástrofe no ha afectado ninguna de las inmunidades de los órganos constitucionales autónomos ni de sus autoridades.

Seguidamente, si bien el control de todo el país bajo un estado de excepción lo realizan los mandos militares, ello no ha mermado competencias políticas o técnicas. La pandemia se enfrenta con lógica sanitaria siendo autoridades políticas, especialmente los ministros de Salud y otros dirigentes sociales, los que han liderado la emergencia.

Tampoco se ha necesitado ninguna delegación de facultades del Congreso a favor del Presidente. El Congreso no está cerrado y está plenamente autorizado para funcionar

¹³ Gomes Canotilho, José Joaquim (1999), *Direito Constitucional e Teoria da Constitucao*, Almedina, 3ª edición, Coimbra, Portugal, pp.

¹⁴ Disposición 28ª transitoria constitucional con eventual segunda vuelta cuatro domingos después.

¹⁵ Disposiciones 34ª y 35ª Transitoria Constitucional.

¹⁶ Disposición 33ª Transitoria Constitucional.

¹⁷ Disposición 35ª Transitoria Constitucional.

telemáticamente o de modo mixto¹⁸ y no se ha interrumpido el trabajo parlamentario ni éste ha renunciado a legislar.¹⁹

Otros organismos constitucionales operan con normalidad. Nuestro propio Tribunal Constitucional viene saliendo de la verificación de una acción de inaplicabilidad de una jueza que impugnaba las reglas penales de los controles sanitarios.

Pero cabe reconocer que hay un proceso previo a la pandemia que condiciona este tiempo. Desde el 18 de octubre de 2019 hay una crisis social abierta y el 15 de noviembre de 2019, se firmó un gran acuerdo político de casi todo el espectro ideológico nacional que busca trazar el camino de buscar una nueva Constitución en la opción por la institucionalización.

En consecuencia, vivimos en una excepcionalidad que está cerca de cumplir un año. Hay en este proceso, como es obvio, una porción equivalente de des-constitucionalización y re-constitucionalización. La Constitución ha dejado de ser lo que era, pero no puede dejar de serlo completamente puesto que ella misma es la guía del proceso de su propio cambio. Realizar su control bajo estos criterios es una tarea muy compleja.

Este período se ha estructurado desde las normas transitorias de la Constitución. En menos de un año hay diez reformas constitucionales nuevas, todas originadas en mociones parlamentarias, siendo la reforma al Banco Central la única compartida en su origen con la Presidencia de la República. Unas relativas a la pandemia y otras de arrastre desde el acuerdo de noviembre pasado, acentuando una tensión normativa y política entre el Congreso Nacional y la Presidencia, especialmente, en materias económicas y de responsabilidad política.

Este recurso a la disposición constitucional transitoria ha supuesto trasladar los contenidos de las leyes orgánicas constitucionales electorales a normas de rango constitucional. Con ello se generó un doble efecto normativo. Por una parte, materias que eran de indudable rango legal han sido derivadas a las “normas e instrucciones necesarias” del Consejo Directivo del Servicio Electoral definidas por los 4/5 de sus miembros, respecto del plebiscito más importante de los últimos 30 años en Chile.

Y, por otro lado, al ser reglas constitucionales transitorias, las propias regulaciones electorales se sustrajeron del control de constitucionalidad previo del Tribunal Constitucional. El punto no deja de ser complejo, pero se mitiga por el hecho de que las normas sustantivas electorales que elevaron su jerarquía normativa, eran ya parte de la legislación electoral pública, la que en su totalidad había sido controlada por el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, ya hubo controles de constitucionalidad sobre buena parte de esas reglas. Queda subsistente el problema de las nuevas reglas electorales. Algunas de ellas, la propia pandemia las puede afectar severamente. Como es el caso de las normas para las candidaturas de independientes a la Convención Constitucional.²⁰ Se imponen requisitos

¹⁸ Disposición 32° Transitoria Constitucional.

¹⁹ Disposición 35° Transitoria Constitucional, según reforma constitucional de la L. 21.237 del 30 de mayo de 2020.

²⁰ Disposición 29° Transitoria Constitucional.

formales de sustentabilidad de candidaturas independientes exigiéndoles el patrocinio de un 0,4 % de las personas que hubieren sufragado en el distrito respectivo. El problema es que con cuarentenas extendidas y bajo la pandemia en acción, ese requisito se ve de difícil cumplimiento. La Constitución garantiza una plena igualdad de oportunidades entre los independientes y los miembros de los partidos políticos en la presentación de candidaturas y ese tipo de igualdad no es puramente jurídica, sino que debe hacerse cargo de obstáculos de facto, debiendo removerlos, y aquí la misma pandemia impide asistir a notaría para cumplir con los patrocinios exigidos.

El otro problema es la participación electoral de personas contagiadas con Covid. Recientemente, el Tribunal Calificador de Elecciones resolvió que el Servicio Electoral no tiene competencia para decidir quién participa o no como elector, haciendo prevalecer las condiciones de salud pública. Existiendo varios delitos en el Código Penal sobre la pandemia²¹, prima la consideración temporal de la defensa del interés público sacrificando circunstancialmente el derecho de sufragio de votantes contagiados. El tiempo ha conspirado con otras formas de votación para ellos como el voto por correo; el voto a domicilio o sistemas telemáticos. Estos ensayos tienen el riesgo de abrir vulnerabilidades cuando más se requieren certezas.

Asimismo, el mismo Tribunal ha resuelto acoger recursos contra los acuerdos del Servicio Electoral que limitaba solo a un determinado número de apoderados la presencia de éstos a nombre de listas de independientes y partidos políticos. Si bien hay una motivación del Servicio Electoral basada en reducir la cantidad de gente en los recintos electorales, no es posible hacerlo con la esencia del control en un plebiscito.

Ya han transcurrido seis meses de la declaración del estado de catástrofe, lo que permite al Congreso “dejar sin efecto la declaración (...) si las razones que la motivaron hubieran cesado

²¹ Artículos 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal. El primero venía de la L. 17.155 de 11 de junio de 1969 y los otros dos fueron establecidos por la L. 21.240 de 20 de junio de 2020.

Art. 318: El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales.

Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio.

En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 398 del Código Procesal Penal. Tratándose de multas superiores se procederá de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento simplificado.

Art. 318 bis. El que, en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, genere, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.

Art. 318 ter. El que, a sabiendas y teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, le ordene concurrir al lugar de desempeño de sus labores cuando éste sea distinto de su domicilio o residencia, y el trabajador se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad sanitaria, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y una multa de diez a doscientas unidades tributarias mensuales por cada trabajador al que se le hubiere ordenado concurrir.

en forma absoluta”.²² Si bien subsisten esas condiciones parece razonable pensar que no haya toque de queda al momento de las elecciones. A su turno, el Presidente está obligado a informar de las medidas adoptadas y si bien restringe los efectos limitativos a las libertades de locomoción y de reunión, permite “adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad de la zona afectada”.²³

Siguiendo a Robert Dahl, uno de los enemigos de la democracia es el tutelaje religioso, militar o ideológico.²⁴ Habrá militares en controles sanitarios, pero no hay tutelajes sobre las decisiones democráticas. El estado de excepción vigente no impide la vitalidad del proceso político; no ha limitado la circulación de las ideas; no ha limitado la acción de la justicia en este tipo de casos; no ha restringido la acción política de la sociedad civil, aunque sí se han restringido las libertades de movimiento como es natural a este estado de excepción y al tipo de pandemia. Las elecciones se pueden enfrentar bajo estados no óptimos, pero con afectaciones que se originan directamente en la pandemia y nada más que en ella. Los que no podrán votar, salvo la incógnita de los asintomáticos, no lo pueden hacer por el riesgo de salud pública que entraña para todos y las normas que se han dispuesto están basadas en principios que dan seguridad sobre los resultados y su prontitud en darlos a conocer. La construcción de confianzas se debe basar en resultados tan confiables como masivos.

Así como en el pasado, la gran depresión, las guerras, los conflictos internos, las dictaduras han marcado a países enteros, la pandemia marcará un ciclo para las nuevas generaciones. Se trata de un tipo de problemas que se desarrollan en contextos civilizatorios superiores al del pasado. Valoramos hoy mucho más la vida y la salud de las personas y estamos dispuestos a hacer sacrificios enormes por salvarlas. También se tiene a la vista las lecciones pasadas de otras pandemias: el urbanismo; la salubridad pública, la planificación estratégica de los Servicios de Salud, el fortalecimiento de los Sistemas de Vigilancia Epidemiológica y de Laboratorios Clínicos y Ambientales, la educación de la población y las estrategias de prevención, así como el desarrollo de las ciudades del siglo XX son reflejo de las mismas. Las lecciones del presente pasan también por su dimensión institucional.

Debemos calibrar el derecho de excepción a mecanismos que concilien el objetivo de la salubridad con el respeto de los derechos fundamentales en el marco del bien común. Esos contextos deben fortalecer los procesos de democracia constitucional más que debilitarlos. No parece posible que en los momentos donde la innovación científica es cada vez más amplia, los avances en torno a una vacuna y otras estrategias se enreden en el marco de los precios y la distribución de medicamentos a nivel nacional y mundial incrementado las desigualdades sociales y políticas. Hace parte de la institucionalidad que todo lo bueno de la OMS y la OPS, no termine con el resultado de que las grandes potencias consigan la ONU que quieren y no la que el mundo necesita. La justicia constitucional cumple un papel de dejar abiertos los caminos del derecho para el establecimiento de soluciones justas, progresivas y satisfactorias en la consolidación del bienestar físico y psíquico para nuestras comunidades.

²² Art. 41 de la Constitución.

²³ Art. 43 de la Constitución.

²⁴ Dahl, Robert (1991), *La democracia y sus críticos*, Paidós, Buenos Aires, 1° edición, p. 67 y siguientes.

En todo el mundo, antes de la pandemia ya existía lo que los alemanes denominan el Wutbürger, el ciudadano iracundo dispuesto a quejarse o manifestarse por las cuestiones más variadas. La pandemia agrega motivos de indignación adicionales. En todos, la pandemia implica una movilización de factores emocionales. El miedo a la muerte, a la pérdida de salud, el daño a la integridad física y psíquica personal y de familiares, así como las dificultades de sobrellevar la pérdida de un familiar, pone a las democracias constitucionales frente al desafío de controlar los miedos, de evitar su uso político, de racionalizar la acción pública sin adicionar los complejos efectos económicos. Es un desafío gigantesco para las democracias hacerse cargo de los sentimientos tan intensos al que han sido sometidos sus ciudadanos y que las encuestas y las redes sociales buscan liderar poniendo en la mesa de la élite lo que aparentemente quiere su gente.

Estimados magistrados y magistradas: estamos ante un ciclo complejo que exige mucho talento, atención a los argumentos y a los sentimientos de la gente. La pandemia es una eclosión de miedos antiguos y nuevos, pero como decía Albert Hirschman nada más humano que las expectativas y la decepción, puesto que nuestras experiencias sobre ellas son fuerzas impulsoras de cambios reales, visibles y duraderos en la acción pública. No solo vienen elecciones por delante y siempre se dice que ésta sí es la más relevante, pero me pregunto si hay algo más esencial que la construcción de un nuevo pacto constitucional y social puesto que en el modo en que se resuelva se comprometen las próximas décadas de nuestra democracia constitucional. Y debatirlos aquí con ustedes es un verdadero lujo.

EL MANEJO DE LA CRISIS DEL COVID-19, DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS POTESTADES DE IMPERIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

FERNANDO CASTILLO VÍQUEZ

*Presidente De La Sala Constitucional De La Corte
Suprema De Justicia De Costa Rica*

Como es bien sabido, hay una fuerza innata en toda persona que le impulsa a ejercer un poder de autodeterminación, aunque su intensidad varía en cada individuo, en el ámbito político, en lo que atañe a la organización racional del poder y, por ende, a una sociedad políticamente organizada, se expresa en una lucha permanente entre la libertad y la autoridad, en el ámbito colectivo hay un anhelo permanente por alcanzar mayores ámbitos de libertad frente al poder.

Unas de las expresiones máximas de esta tensión se expresan en épocas de crisis, donde la administración pública despliega en toda su intensidad las potestades de imperio o exorbitantes de derecho común y por ende recorta el ejercicio de algunos derechos fundamentales.

Dicho esto, voy a hacer un repaso por la normativa constitucional del ordenamiento jurídico costarricense, luego haré un repaso por ciertas normas que han sido unos elementos claves a través de los cuales la administración pública ha abordado el tema de la pandemia en nuestro país, y finalmente, me referiré a algunos fallos relevantes que ha dictado la Sala Constitucional.

Debo anticipar que en el caso de Costa Rica el poder ejecutivo no ha recurrido al Estado de Excepción, sino que ha recurrido a la normativa legal a efectos de abordar adecuadamente y encarar el tema de la pandemia.

En cuanto a las regulaciones constitucionales, en Costa Rica tenemos una Constitución que data de 1949, son 71 años de vigencia y de acuerdo con la Constitución, la Asamblea Legislativa tiene la potestad, en caso de guerra, en casos de conmoción, en casos de situaciones graves, como puede ser un terremoto, maremoto o una pandemia, decretar la suspensión de derechos fundamentales.

La Constitución es muy clara en sentido de que son siete derechos fundamentales los que se pueden suspender y no más y la Constitución es clara en establecer que puede ser en parte o en todo el territorio nacional.

Los derechos fundamentales que pueden suspender son: la libertad de tránsito; la inviolabilidad del domicilio; lo que atañe al derecho a la intimidad; el secreto en las comunicaciones; el derecho de reunión y asociación; la libertad de expresión y la libertad de prensa; y, finalmente el libre acceso a los departamentos públicos, lo que se conoce como el derecho de acceso a la información pública.

Esa es una atribución del Parlamento, de la Asamblea Legislativa, que puede decretarlo por una mayoría calificada de dos tercios de la totalidad de los miembros del Parlamento. Sin embargo, dice la misma Constitución que si la Asamblea se encuentra en receso el poder ejecutivo puede suspender los derechos fundamentales. Pero en este caso, al estar en receso, la misma Constitución expresa que la suspensión de las garantías individuales, por parte del ejecutivo, equivalen *ipso facto*, es decir, de pleno de derecho a una convocatoria a sesiones de la Asamblea Legislativa, la que tiene que reunirse en un plazo no mayor de 48 horas.

52

En el caso hipotético de que no hubiese quórum, esto es un aspecto muy relevante porque muy probablemente los redactores de la Constitución, aunque esto es una norma que data de 1910, tenían en mente que muy posiblemente los diputados del gobierno no asistirían a la Asamblea Legislativa para no hacer quórum y de esa forma mantener suspendidas las garantías individuales, en ese caso dice que si no hubiese quórum, la Asamblea Legislativa deberá reunirse 24 horas después y lo hará con cualquier número de diputados. Si por una mayoría calificada de dos tercios de los presentes en este caso no se confirma la medida, se tendrá por restablecidos los derechos fundamentales.

Ahora bien, es importante también hacer mención al hecho de que, en caso de Estado de excepción, no es posible suspender ni el recurso de *habeas corpus* ni el recurso de amparo. En este sentido, me permito citar dos antecedentes, uno está en la Constitución de los Estados Unidos de América, en el artículo primero sección novena inciso dos, que dice que el recurso de *habeas corpus* no se suspende salvo en casos de rebelión, invasión y cuando la seguridad pública así lo exija. Es interesante que durante la Guerra civil el presidente Lincoln suspendió en ocho ocasiones el recurso de *habeas corpus* y en un caso llegó a suspenderse de una forma prolongada y se decía que los militares estaban autorizados para detener a todas las personas culpables de cualquier práctica desviada.

Según cifras de estudiosos estadounidenses, con base en esa suspensión del recurso de *habeas corpus* se detuvieron y encarcelaron aproximadamente 38.000 ciudadanos sin procedimientos ni revisiones judiciales sobre la legalidad de los arrestos. Es importante mencionar que, en

1866, un año después de terminada la guerra, la Suprema Corte decidió Ex parte, en el caso Milligan que el Presidente de los Estados Unidos había excedido su autoridad constitucional, pues no podía suspender el derecho al *habeas corpus* incluso en tiempos de guerra si los Tribunales Civiles regulares estaban abiertos y funcionando.

Más categórica ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha sostenido que ni el *habeas corpus* ni el amparo pueden suspenderse en casos de Estados de excepción. En este sentido, en la opinión consultiva OC 8/87 del 20 de enero de 1987, la Corte puntualizó *“que, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio de control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique por ejemplo si una detención basada en la suspensión de la libertad personal se adecua a los términos en que el Estado de excepción lo autorice, aquí el habeas corpus adquiere una dimensión fundamental”*.

Como les decía el Estado de Costa Rica, para el abordaje de la pandemia, no ha acudido a la suspensión de los derechos fundamentales, es decir, no se ha decretado el estado de excepción que prevé el artículo 121 inciso 7 o en caso de que la Asamblea estuviera en receso el artículo 140 inciso dos. Más bien el abordaje que ha hecho el poder ejecutivo ha sido acudiendo a una serie de potestades de imperio que se encuentran en tres leyes fundamentales de Costa Rica que son: la ley general de salud, la ley de tránsito y la ley nacional de emergencias. A partir de ahí y en uso de esas potestades de imperio ha sido el abordaje que ha dado el Gobierno de la República.

En cuanto a la primera ley, la ley general de salud, le otorga al Ministerio de Salud amplias potestades para realizar un abordaje integral, intenso, permanente, flexible, cuando se ha decretado una epidemia. Lo que dice básicamente el artículo 367 es lo siguiente: *“En casos de peligro de epidemia, el Ministerio podrá declarar como epidemia sujeta al control sanitario cualquier zona del territorio nacional y determinar las medidas necesarias y las facultades extraordinarias que autoricen totalmente a sus delegados para extinguir o evitar la propagación de la epidemia. Salvo declaración en contrario, la facultades y medidas extraordinarias se entenderán caducas 30 días después de presentarse el último caso epidémico de la enfermedad”*. Las violaciones a las disposiciones que con motivo del uso de estas potestades exorbitantes de derecho común llegase a adoptar el Ministerio de Salud están sancionadas con multas que van desde los 420.000 colones (USD 700) a 2.100.000 colones (USD 3.500), es decir, de un salario base a cinco salarios base.

Por su parte, nosotros tenemos la Ley general de tránsito que en el artículo 95, que le da una importante atención al poder ejecutivo, dice que el poder ejecutivo puede establecer restricciones a la circulación vehicular por razones de oportunidad, de conveniencia o de interés público regional o nacional, debidamente fundamentadas conforme se establezca reglamentariamente. En este caso deberá rotular claramente las áreas y los horarios en los cuales se limitará la circulación mediante la correspondiente señalización vertical.

Y finalmente, la ley de emergencia le otorga una serie de potestades a la Comisión Nacional de Emergencia para hacer un abordaje integral desde la fase inicial hasta la fase de rehabilitación

en caso de que se produzca una especie de emergencia con motivo de una calamidad pública o una pandemia. Y en este caso incluso en la ley de emergencia le otorga al poder ejecutivo la potestad de impedir la libertad de tránsito no más allá de cinco días naturales. Si fuese más allá de cinco días naturales es necesario solicitar a la Asamblea Legislativa la suspensión de las garantías o de los derechos fundamentales.

Qué es lo que ha hecho el gobierno de Costa Rica. Con base en estas atribuciones legales, básicamente el Ministerio de Salud, ha establecido, dependiendo de la intensidad de la pandemia en las distintas regiones, distritos, y cantones, una serie de limitaciones que van desde la no apertura del comercio, porque en Costa Rica para que un comercio, una actividad comercial, o un negocio pueda funcionar requiere, necesariamente, de un certificado de funcionamiento del Ministerio de Salud, y, a raíz de eso, lo que ha hecho es en esos casos específicos es suspender temporalmente el ejercicio de esos certificados en cuyo caso los comercios no pueden abrir.

En cuanto al tema de la movilidad vehicular, en Costa Rica no se ha llegado a la situación de ordenar ningún tipo de confinamiento, toda vez que lo único que se ha hecho, con base en las potestades de imperio dadas por la ley de tránsito, es establecer limitaciones a la circulación vehicular. Sin embargo, eso no impide que las personas se puedan desplazar a través de los servicios públicos ya sea la modalidad de bus, taxi u otra.

En cuanto a casos relevantes, partiendo de esta dinámica de que en Costa Rica no ha habido ninguna suspensión de las garantías de derechos fundamentales, no se ha decretado un Estado de Excepción, sino que han bastado las potestades de imperio que están en la ley a efectos de hacer un abordaje integral, permanente y flexible por parte del ejecutivo. La Sala ha conocido algunos casos, es decir, ha conocido muchos casos, en otras palabras, la pandemia ha desbordado el trabajo del Tribunal Constitucional, pero la Sala ha reafirmado en su jurisprudencia básicamente que al no existir una suspensión de las garantías individuales la intensidad de esos derechos no se ve menguada ni disminuida, como se ve, por ejemplo, en la prohibición de manifestaciones.

Entonces la Sala ha dicho que, al no estar suspendida la libertad de reunión y la libertad de tránsito, las personas tienen derecho a manifestarse abiertamente, siempre y cuando adopten las medidas sanitarias correspondientes, como tiene que ser, por ejemplo, que guarden el distanciamiento social y que usen las mascarillas.

En segundo lugar, la Sala ha dicho que como no hay suspensión de garantías individuales, a través del *habeas corpus* ha establecido que a una persona no se le puede detener por el hecho de que desobedezca, toda vez que las infracciones a las órdenes concretas que emite el Ministerio de Salud están penalizadas con sanciones de multas administrativas y no con sanciones de tipo penal.

También la Sala ha potenciado mucho todo lo que tiene que ver con la entrega de información en relación con lo que tiene que ver con el manejo de la pandemia. Se han presentado recursos de amparo solicitándole al Ministerio de Salud información actualizada, despersonalizada, lógicamente, de cómo se está manejando la pandemia y como se está llevando el nexo de

contagios entre las personas y la Sala ha dicho que la amenaza a la que se ve expuesta la salud pública y la difícil situación económica que viven muchas familias hacen exigibles una transparencia absoluta del proceder de los poderes públicos y un flujo ininterrumpido de información a la prensa y los demás actores de la sociedad civil.

JUECES CONSTITUCIONALES, DEMOCRACIA Y CIUDADANÍA DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

Presidenta del Tribunal Constitucional del Perú.

56

Los jueces constitucionales cumplen un rol medular en la defensa y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en el respeto de la Norma Fundamental en democracia. Son los jueces quienes, al resolver las controversias sometidas a su conocimiento, interpretan los mandatos constitucionales expresados en sus reglas, principios y valores.

Asimismo, son los jueces los llamados a controlar los excesos y/o desviaciones del poder, que no solamente pueden incidir directamente de forma negativa en los derechos de los justiciables, sino que también podrían afectar gravemente las relaciones y reglas de juego institucionales establecidas en la Constitución, que deben ser respetadas en todo momento en aras del fortalecimiento democrático.

En consecuencia, la defensa de la supremacía constitucional y la tutela efectiva de los derechos fundamentales son la guía y fines de los procesos constitucionales, lo que en Perú ha sido establecido en la normativa especial sobre la materia²⁵. Ahora bien, dicha defensa de la Constitución y de los derechos, crucial en situaciones regulares y ordinarias, cobra una dimensión especial cuando nos encontramos en momentos excepcionales como los que atraviesa el mundo en la actualidad, y, especialmente nuestros países.

²⁵ Código Procesal Constitucional (Ley 28237). Título Preliminar. Artículo 2: "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales".

En los hechos, el Estado concentra sobre sí, nuevamente, mayores poderes que los que ejerce de ordinario, y, de esta manera “recupera legítimamente su forma primigenia de Estado Moderno hobbesiano, en el mejor de los sentidos”²⁶, con una finalidad, en principio, justificada por las graves y perjudiciales circunstancias que afectan la vida en sociedad.

Jurídicamente, ello se ha expresado en el reconocimiento que hace la Constitución de los regímenes de excepción, en sus diversas denominaciones, según cada ordenamiento jurídico. En el caso peruano, el artículo 137 de la Constitución Política de 1993 ha previsto dos regímenes de excepción: el Estado de Emergencia y el Estado de Sitio, con causales diferenciadas, alcances y consecuencias distintas respecto a los derechos de los ciudadanos.

Dichos regímenes, según el mencionado artículo, sólo pueden ser declarados por el Presidente de la República, con el acuerdo del Consejo de Ministros, por un plazo específico, con alcance nacional o solo en parte del territorio del país, pero con la obligación de dar cuenta al Congreso de la República o a su Comisión Permanente, obligación que no puede materializarse plenamente en atención a la falta de previsión del procedimiento parlamentario correspondiente.

Con relación a las atribuciones constitucionales del Presidente de la República en este ámbito, quisiera destacar las siguientes particularidades:

- i)** Si bien los Estados de Excepción sólo pueden ser declarados únicamente por el Presidente, a través de un decreto supremo, tales regímenes requieren necesariamente del acuerdo del Consejo de Ministros.
- ii)** Esto último es coherente con la regla constitucional según la cual son nulos los actos del Presidente sin el respaldo de por lo menos un ministro de Estado.²⁷
- iii)** No se puede realizar el control jurisdiccional de dicha declaratoria por mandato del artículo 200 de la Constitución.

En esta oportunidad centraré mis reflexiones sobre el Estado de Emergencia, por cuanto es la figura constitucional que se ha aplicado permanente y sucesivamente durante estos meses de pandemia en Perú. El Estado de Sitio, por su parte, sólo puede ser declarado en casos de guerra exterior, guerra civil o cuando hay peligro inminente de que cualquiera de ellas se produzca, según lo establecido en el mencionado artículo 137 de la Constitución.

Indicado lo anterior, analizaré a continuación los alcances constitucionales del “Estado de Emergencia” en la experiencia peruana. Dicho Estado tiene solo como causales, según el orden constitucional vigente: i) la perturbación de la paz, ii) del orden interno, iii) la catástrofe o iv) las graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

²⁶ Lara Amat y León Joan (2020). “Ciudadanía, trabajo y COVID-19: vidas orientadas al mercado también en tiempos de pandemia”, La República, 5 de mayo de 2020.

²⁷ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 120: “Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial”.

Sin embargo, en algunos de esos supuestos se advierte un cierto margen para incluir otras circunstancias lesivas y/o amenazantes para la vida en sociedad y que, en principio, no han sido previstas.

Es lo que ha ocurrido con la pandemia de Covid-19. En efecto, en el caso peruano, los decretos supremos que han declarado y prorrogado sucesivamente el Estado de Emergencia hasta la actualidad han invocado la causal de las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación, ante la ausencia de un supuesto previsto en la Constitución que se encuentre relacionado de forma más directa con una emergencia sanitaria de tal envergadura.

Dicha omisión ha conllevado a que, incluso, se hayan planteado propuestas de reforma constitucional en ese sentido, a fin de incluir un estado de emergencia por las causales de catástrofes naturales, ambientales y sanitarias, pero desde una perspectiva de defensa de los derechos fundamentales²⁸, lo que ya venía siendo discutido, por ejemplo, con ocasión de los fenómenos naturales que se producen cada cierto tiempo en el país, con distintos niveles de intensidad, como es el caso del “Fenómeno del Niño Costero”, poniendo en grave peligro la vida y el bienestar de la población.

Por otro lado, en cuanto a los derechos fundamentales que pueden restringirse se encuentran: i) la libertad y la seguridad personales, ii) la inviolabilidad del domicilio, iii) la libertad de reunión y iv) la libertad de tránsito en el territorio peruano, reconocidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, literal ‘f’ de dicho artículo, respectivamente. Asimismo, según el citado artículo 137, se encuentra prohibido el destierro en toda circunstancia.

Al respecto, quisiera precisar que una interpretación integral y armónica de la Constitución Política de 1993 llevaría a sostener, como lo hago en esta oportunidad, que los derechos fundamentales, incluso durante un régimen de excepción, no pueden ser despojados de efectividad o afectados en su núcleo duro. En ese sentido, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las obligaciones internacionales asumidas por nuestros Estados sobre el particular.

Asimismo, considero especialmente relevante mencionar que las restricciones a los derechos fundamentales durante los regímenes de excepción, como el Estado de Emergencia, pueden ser cuestionadas o controladas judicialmente a través de los procesos constitucionales previstos para tal efecto.

Ello es así por cuanto el ejercicio de las garantías constitucionales no se suspende durante dichos regímenes, según el artículo 200 de la Constitución. En ese sentido, además, se ha pronunciado en la región la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹ y otras altas cortes y tribunales.

²⁸ Landa Arroyo, César (2020). “Constitucionalismo de Emergencia frente al coronavirus en el Perú”. Landa Arroyo, César (2020). *Constitución y Emergencia Sanitaria*. Lima: Palestra.

²⁹ Ver por caso la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. “El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

Por consiguiente, en este escenario es especialmente relevante el papel que desempeñan los jueces constitucionales. En esa línea, considero que un juez constitucional leal a la Constitución y garante de los derechos fundamentales tiene el deber de realizar un escrupuloso control y/o examen de los actos que los restringen en un contexto de Estado de Emergencia o de cualquier régimen de excepción, independientemente de la denominación que reciba.

En todo caso, si bien algunos derechos durante el Estado de Emergencia pueden ser restringidos, ello no significa que puedan ser objeto de cualquier restricción, sino de aquellas que sean conformes con la Constitución.

Por ello, en el control constitucional que realice el juez constitucional, resulta medular advertir que las restricciones de los derechos fundamentales no tienen porqué ser en todos los casos intensas; por el contrario, los niveles de intensidad de dichas restricciones deben encontrarse justificados por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, en cada caso concreto.

El artículo 137 de la Constitución peruana también prevé que el plazo del estado de emergencia no exceda 60 días y que su prórroga requiere de un nuevo decreto. La regla que es el control del orden interno la asume la Policía Nacional del Perú, a menos que el Presidente disponga que sean las Fuerzas Armadas quienes asuman dicho control.

Un aspecto problemático, y que puede conllevar a situaciones que podrían amenazar los derechos ciudadanos y la vida democrática, es la ausencia de control parlamentario del poder ejercido por el Ejecutivo, pese a tratarse de un requisito de obligatorio cumplimiento durante el Estado de Emergencia, según lo dispuesto por el artículo 137 de la Constitución.

Lo que ocurre es que el Reglamento del Congreso, que es una norma con rango y fuerza de ley en Perú, no ha previsto en su regulación el procedimiento correspondiente que materialice la dación de cuenta del Presidente al Congreso o a su Comisión Permanente al establecerse un régimen de excepción.

Esta omisión legislativa impide el pleno cumplimiento del mandato constitucional antes referido, lo que a su vez tiene dos efectos: i) en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y ii) en el ámbito institucional o de la parte orgánica de la Constitución, en la medida que incide negativamente en el núcleo duro del principio de balance de poderes.

Con respecto al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, advierto que la falta de un control efectivo por parte del Poder Legislativo respecto de las acciones realizadas por el Poder Ejecutivo durante los Estados de Emergencia puede traer como consecuencia no deseada que se incurran en excesos, en detrimento de los derechos de los ciudadanos, al advertirse precisamente la ausencia de un contrapeso que tienda a evitar dicha arbitrariedad.

A falta de controles claramente regulados y efectivos en el ejercicio del poder, los ciudadanos se encuentran expuestos a eventuales situaciones lesivas o amenazantes de sus derechos; por ello, la vía jurisdiccional para tutelarlos y disponer el cese de dichos actos o amenazas cumple un papel crucial en su defensa.

Con respecto al ámbito de las relaciones entre los poderes ocasionada por esta ausencia de regulación parlamentaria, quisiera destacar cómo esto último incide negativamente en el principio de balance de poderes, manifestación del principio de separación de poderes, uno de los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho.

Respecto a ello, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú se encuentran diversas sentencias que han abordado el contenido y alcances de este principio en el marco del ordenamiento jurídico-constitucional peruano. En ese sentido, hace pocos años, el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia 0006-2018-PI/TC, que fue expedida en el marco de un proceso de inconstitucionalidad en la que el Colegiado se pronunció respecto a la legitimidad de una reforma del Reglamento del Congreso que vulneró, entre otros, el principio de balance de poderes.

En aquel caso, el Tribunal sostuvo, en fundamento jurídico 56, que el balance de poderes es un principio dimanante del principio de división de poderes. En tal sentido, el Tribunal sostuvo que en el artículo 43 se encuentra consagrado el principio de división de poderes, del que a su vez se desprenden los siguientes principios: i) el principio de separación de poderes propiamente dicho; ii) el principio de balance de poderes; iii) el principio de cooperación y iv) el principio de solución democrática.

En lo que respecta al principio de balance de poderes, el Tribunal ha expresado en la sentencia, bajo comentario, que este alude a la existencia de diversos mecanismos de coordinación, de control recíproco y de equilibrio (Sentencia 0006-2018-PI/TC, fundamento 56). Al respecto, la omisión parlamentaria identificada afecta que se ejerza un mecanismo de control recíproco ordenado por la Constitución.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha sostenido en el fundamento citado que “el balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional los poderes públicos se conciben en una dinámica de equilibrio o contrapeso, lo cual exige reconocer y respetar los mecanismos de control constitucionalmente previstos” (Íd.). Por ello, considero que dicha omisión afecta negativamente el principio de balance de poderes, en los términos previamente explicados.

Más allá de dicha problemática, y centrándome ahora en el quehacer jurisdiccional, quisiera mencionar que durante estos meses de pandemia se han dado actuaciones que ameritan ser destacadas debido a su aporte a la defensa de los derechos y de la Constitución.

En efecto, a nivel de la justicia constitucional, se han expedido pronunciamientos en defensa de la dignidad, de la vida humana y el respeto de su integridad, especialmente de aquellos que se encuentran en situaciones de extrema carencia y precariedad.

Tal es el caso de la sentencia, expedida en el mes de mayo de 2020, que declaró un estado de cosas inconstitucionales respecto al hacinamiento carcelario crítico existente en la mayoría de establecimientos penitenciarios (Sentencia 05436-2014-PHC/TC), en medio de los reclamos de los familiares de los reclusos intramuros cuya vida e integridad, en varios casos, se encontraba ciertamente amenazada, de protestas al interior de las cárceles, de heridos y

fallecidos, que han sido personas privadas de su libertad, policías y trabajadores del sistema penitenciario, todo ello como resultado de los enfrentamientos con pero también como consecuencia del Covid-19.

Esta sentencia fue una respuesta oportuna al entrapamiento por el que atravesaban las instituciones competentes del sistema de justicia penal y penitenciario en la labor de ofrecer alternativas de solución a una problemática estructural que data de varias décadas y que tiene entre sus causas principales al populismo punitivo (Sentencia 05436-2014-PHC/TC, fundamentos 26-27), situación que en todos estos años no ha sido debidamente asumida y enfrentada por la mayoría de autoridades que asumieron dichas responsabilidades.

Así, el cumplimiento cabal de lo dispuesto en esta sentencia constituirá un paso firme y decidido a fin de erradicar y/o superar la situación de permanente amenaza y vulneración de los derechos de las personas privadas de su libertad que, sin embargo, no han perdido la dignidad³⁰.

Cabe estar especialmente alerta, puesto que los rebotes de “populismo punitivo”³¹, sobre todo en período electoral, solo se fijan en los efectos de marginalidad social y proponen llenar las cárceles o retroceder hacia la barbarie. Preocuparnos por las causas de la marginalidad social es enfocar el tema con seriedad, recordando que la responsabilidad de la sociedad y el Estado es afrontar las situaciones de marginalidad, caldo de cultivo de la delincuencia. Y más en este contexto de pandemia.

Por ello, el cumplimiento de los fines de la justicia constitucional y la labor vigilante de una ciudadanía activa, que participe y se involucre en la defensa de sus derechos constituye la mejor garantía del respeto de los mandatos constitucionales, especialmente durante los Estados de Emergencia.

Cuando se cumple el 70 aniversario del célebre artículo “Ciudadanía y clase social” (1950) de Thomas H. Marshall, fundamental para comprender la ciudadanía contemporánea, deberíamos recordar que los elementos constitutivos de la ciudadanía y que la Constitución ha de garantizar los derechos civiles, políticos y sociales, a los que debemos añadir los derechos medioambientales y los nuevos derechos. Asimismo, no podemos perder de vista que los derechos sociales (sanidad, educación, pensiones y política social) constituyen condiciones de posibilidad de los restantes³², sobre todo en un contexto de pandemia y en países con tan graves desigualdades.

³⁰ Sánchez Benites, Rosa Isabel (2020). “Los derechos fundamentales frente a las cárceles hacinadas en tiempos de la pandemia de Covid-19”. Landa Arroyo, César (2020). *Constitución y Emergencia Sanitaria*. Lima: Palestra.

³¹ Lara Amat y León, Joan (2013). “El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: entre las nuevas guerras y el populismo punitivo”. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 4, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (OSPDH) de la Universitat de Barcelona.

³² Lara Amat y León, Joan (2020). “Entre siervos y ciudadanos: transformaciones de la ciudadanía contemporáneaLa ciudadanía y lo político”. Lara Amat y León, Joan (ed.) (2020). *Ciudadanía y crisis de la democracia liberal en un mundo en transformación*. Lima: UNMSM/ONPE.

EL RETO CONSTITUCIONAL DE CONTROLAR ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN DEMOCRACIA

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia

62

Por estado de excepción suele entenderse aquella situación en la que es necesario suspender la plena vigencia del orden jurídico establecido, para garantizar su propia existencia y no permitir que se vea gravemente afectado o desaparezca por una amenaza en su contra. El estado de excepción implica esa extraña paradoja de olvidar el ordenamiento para poder protegerlo. O, dicho de otra manera, es el momento en que el gobernante tiene derecho a no seguir el derecho para poder conservarlo.

Así, los estados de excepción o de emergencia ocurren en ese lugar que se debate entre un espacio regulado y definido por el ordenamiento y un espacio en el que la realidad y lo impredecible de la vida se imponen. Este sitio extraño, que ha propiciado una amplia reflexión de autores como Carl Schmitt, Hans Kelsen, Walter Benjamín o, más recientemente, Giorgio Agamben. El estado de excepción es, como lo dice este último autor, “esta tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida”.³³

Uno de los primeros dilemas que esta figura supone es si se debe incorporar expresamente, o no, tal institución. Esto es: ¿debe una Constitución conceder al gobernante en su texto, expresamente, una facultad para dictar un estado de excepción ante grave calamidad o amenaza del orden jurídico, y poder así suspender o limitar su aplicación temporalmente en aras de poder restablecerla?

³³ Agamben, Giorgio (2003) *Estado de excepción (Homo sacer, II, 1)*. Adriana Hidalgo Editora. Argentina, 2019. Pág. 28.

Quizá el principal argumento en contra de incluir expresamente la figura resalta que esto implica sembrar en la Carta su propia destrucción. La Constitución es un conjunto de reglas que delimita el ejercicio del poder, por lo que incluir la excepción a tener que cumplirlas allí mismo se convierte en la excusa perfecta para que los gobernantes desconozcan las ataduras que les impone el orden Constitucional.

Por otra parte, uno de los principales argumentos para sí reconocer expresamente la facultad de declarar estados de excepción es que en todo caso se va a llegar a ese punto. Aceptando la posibilidad casi segura de que esas situaciones extremas y de amenaza al orden jurídico ocurran, y, por tanto, que es una figura que se va a emplear, deben ser reguladas para que llegado el caso se actúe dentro del derecho. Es la apuesta por tratar de controlar esta suerte de Caja de Pandora, con unas reglas de derecho básicas, capaces de moldearse a tan complejas e inciertas coyunturas. No hacerlo, implicaría dejar la puerta abierta para que, cuando esto ocurra, el peligro de no regresar al orden de normalidad aumente.

Colombia, como la mayoría del continente americano, es un régimen presidencial que ha bebido de la tradición estadounidense (leyes marciales y poderes de emergencia) y de la tradición francesa (estado de sitio), y por tanto ha seguido la opción de regular los estados de excepción de manera explícita. Pero al igual que ocurre en el resto de Latinoamérica, el estado de excepción ha servido en Colombia para esos usos perversos temidos por sus detractores.

En climas de confrontación política ha servido para perseguir y acallar opositores y en contextos de confrontación armada ha servido para instaurar a través del estado de excepción lo que se ha denominado una 'guerra civil legal'. Como lo advertía una profesora española al inicio de su carrera en la década de los años noventa, refiriéndose a esta figura jurídica en el ámbito americano: "No podemos negar la trascendencia que el fenómeno descrito ha alcanzado en todo el ámbito universal, trascendencia que se ve acrecentada en el ámbito latinoamericano, debido al uso indiscriminado y sistemático de los estados de excepción, convirtiéndolos en perfectos escudos de los Estados para la reiterada e impune violación de los Derechos Humanos, incluidos los más fundamentales"³⁴

Latinoamérica, por diferentes razones e influencias políticas e ideológicas, usó el estado de excepción como sus críticos temían. Erosionando la Constitución y los derechos que se suponía se iban a proteger. Sólo fue hacia finales del siglo XIX que el avance de la protección de los derechos humanos adquirió fuerza y se convirtió en una barrera para la permanencia y expansión de los abusos del poder constitucional de estos estados para situaciones de emergencia.³⁵

En el caso de Colombia, este movimiento de derechos humanos encontró su momento político en la creación de la Constitución de 1991 que tuvo como uno de sus principales

³⁴ Goizueta Vértiz, Juana (1997) Los estados de excepción en América Latina: los controles desde el derecho internacional. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, N.º. 98, 1997, págs. 183-215.

³⁵ Al respecto ver, por ejemplo: González Jácome, Jorge (2015) *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930 – 1990)*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2015.

derroteros controlar el ejercicio abusivo y exagerado de esta figura constitucional. En la década de los años ochenta, la Corte Suprema de Justicia del país criticaba lo que llamaba el poder legiferante del Presidente de la República. Que el Ejecutivo tuviese poderes legislativos, se había convertido en la regla. La legislación, sobre todo aquella importante y que definía realmente el alcance de los derechos de las personas, se hacía a través de decretos presidenciales con fuerza de ley. Bien fuera con fundamento en los poderes conferidos debido a la declaratoria de un estado de excepción, o en los poderes extraordinarios legislativos, el Congreso no legislaban. En realidad, esa era la excepción.

La Constitución de 1991 mantuvo la tradición de contemplar explícitamente estados de excepción, pero limitándolos, y, generando un sistema de frenos y pesos particular y especial para estos casos. Se buscó, para decirlo de alguna manera, domesticar las fuerzas bestiales que se pueden liberar en estos contextos de emergencia. De acuerdo con la Constitución el Presidente con sus ministros pueden declarar un Estado de Guerra Exterior, con la aprobación previa del Senado, salvo que a juicio de aquel 'fuere necesario repeler la agresión.' (Art. 212, Constitución). También puede el Presidente y sus ministros declarar el Estado de Comoción Interior, ante graves perturbaciones del orden público (Art. 213, Constitución), y, en caso de hechos distintos a los contemplados para estos dos estados que afecten el orden económico, social y ecológico del país, se podrá dictar el Estado de Emergencia (Art. 215, Constitución). Así, la Carta fundamental reconoce expresamente la facultad para dictar estos estados, pero a la vez le impone límites materiales (como no poder suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales o no interrumpir el funcionamiento de las ramas del Estado) y límites procedimentales, como que todo Decreto expedido con base en tales facultades debe someterse a la ley estatutaria que el Congreso expida para regular la materia y debe ser objeto de control judicial automático e integral.

¿Cuál ha sido el impacto de este camino seguido por la Constitución de 1991? ¿Ha servido? ¿Se ha impedido que los Estados de Excepción se desborden en Colombia como venía ocurriendo hasta entonces? En esta corta intervención es imposible responder de forma extensa y definitiva tan difícil pregunta. No obstante, es posible presentar algunos indicios de que, quizá, la ingeniería constitucional sí ha servido para tratar de controlar la fuerza bestial que un estado de excepción puede liberar. A continuación, se hará un comentario general sobre la cuestión, se presentarán dos ejemplos recientes del trabajo de la Corte y, finalmente, se identificarán algunos aspectos que plantean dilemas y nuevos retos.

El comentario general

En el contexto académico algunos trabajos recientes han logrado mostrar que las herramientas constitucionales del estado social de derecho, que se ha gestado desde 1991, han logrado controlarlo y evitar los excesos de los estados de excepción. De forma particular, el constituyente buscó dos límites: i) impedir que los derechos fueran suspendidos o que fueran limitados y restringidos más allá de lo necesario, e ii) impedir que el poder Ejecutivo se convirtiera en la fuente regular y ordinaria de producción legislativa, como había ocurrido hasta entonces, y no el Congreso de la República, como foro de representación democrática.

En efecto, en el texto Los estados de excepción, *imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, la profesora Mary Luz Tobón Tobón muestra como durante el Gobierno 2002-2010 no se empleó de forma importante esta figura para adelantar su política de seguridad democrática.³⁶ Es un hecho de reconocimiento público nacional, e incluso internacional, que este Gobierno adelantó una política de seguridad fuerte que implicó confrontaciones con grupos ilegales, criminales y subversivos. En tal medida, en estos años se aprobaron normas que daban competencias al poder Ejecutivo para actuar y enfrentar las amenazas al orden público. No obstante, estas reglas jurídicas, producidas al inicio del presente siglo en medio de la guerra contra el terrorismo, no fueron producto de estados de excepción, sino de procesos democráticos ante el Congreso.

La jurisprudencia, aplicando la Constitución, ha sido clara en señalar que una restricción o limitación a un derecho fundamental que tiene un origen democrático y deliberativo en el Congreso, impone al juez constitucional un deber de deferencia. Las restricciones impuestas a los derechos fundamentales a través de leyes democráticamente aprobadas se presumen constitucionales y deben ser las personas, en ejercicio de sus derechos políticos, las que las desvirtúen mediante argumentos ante el tribunal constitucional. En cambio, cuando una restricción o limitación a un derecho fundamental tiene su origen en el poder Ejecutivo, que es una instancia en la que suele tener representación el partido de gobierno y los que lo apoyen o estén en coalición con éste, pero no los independientes y de oposición, el control constitucional debe ser más estricto.

Esta diferencia en el grado de deferencia hacia el legislador democrático y el legislador de excepción, o incluso al extraordinario, implica que ciertas limitaciones considerables o de alto grado a un determinado derecho fundamental prácticamente sólo puedan ser adoptadas por el Congreso de la República. Así, buscando una mayor legitimidad de las reglas antiterrorismo y queriendo minimizar el riesgo de declaraciones de inconstitucionalidad, el Gobierno optó por expedir democráticamente las restricciones a los derechos que su política de seguridad suponía, antes que hacerlos por medio de declaraciones de estados de excepción.

En otras palabras, que el Gobierno más fuerte en política de seguridad de la historia reciente haya optado por enfrentar las que consideraba ‘amenazas terroristas’, por medio de reglas democráticas ordinarias y no mediante reglas de excepción, es una buena señal y un gran indicio. La situación no es perfecta o ideal, pues como el debate académico lo señala, lo que antes se conseguía poniendo en suspenso la plenitud del orden constitucional, ahora se busca conseguir a través de éste, mediante reformas constitucionales legales. Es lo que algunos autores han denominado, constitucionalismo abusivo³⁷ No obstante, esta es una cuestión distinta. Por ahora, baste insistir en que, al parecer, los riesgos que representaba el estado de excepción se han venido controlando.

³⁶ Tobón, Mary Luz (2019) *Los estados de excepción, imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2019.

³⁷ Al respecto ver los trabajos del profesor David Landau.

Primer ejemplo, medidas deliberadas

Uno de los indicios de este cambio que se ha dado es el grado de deliberación pública que el control de constitucionalidad ha promovido. Las exigencias de razonabilidad de las medidas adoptadas en excepción, que tienen un grado de celo mayor al que se emplea con el legislador democrático, han obligado al poder Ejecutivo a ofrecer una argumentación pública de sus actos, que permite un mayor control democrático de sus acciones. Este aspecto se hace patente en la misma factura de los decretos legislativos, que incluyen amplias, extensas y detalladas argumentaciones, orientadas a dar las razones y argumentos que justifican sus actos.

En medio de la reciente emergencia por la pandemia de Covid-19, una de las principales medidas de restricción de derechos consistió en limitar el derecho de locomoción, y, en especial, la libertad de ingresar y salir del territorio nacional a toda persona colombiana. El Presidente de Colombia, como se hizo también en algunas otras partes del mundo, impidió la entrada y salida de vuelos internacionales, como forma de mitigar y contener la expansión de la pandemia.

Lo importante que quisiera resaltar en este momento es que, al tomar esta decisión, y anunciarla públicamente, el Presidente realizó en vivo y en directo un juicio de razonabilidad constitucional, para justificar la necesidad de adoptar dicha medida. En primer lugar, se indicó que se había tomado inicialmente una medida menos restrictiva de los derechos. Al inicio se había permitido el ingreso de nacionales por vía aérea, pero imponiéndoles el deber de guardar cuarentena. Sin embargo, ante el incumplimiento de tales medidas y la imposibilidad de implementarlas adecuadamente, por la dimensión logística que implicarían, se había optado por una medida más restrictiva que permitiera proteger los derechos a la vida y a la salud de la población en general.

El Presidente, además, indicó que la medida no se tomaba de manera inmediata, para permitir libremente a los que tuvieran urgencia, ingresar con la medida menos restrictiva que para entonces seguía vigente, y que, en todo caso, existirían vuelos humanitarios como opción para casos graves en los que fuera necesario ingresar o salir del país. Independientemente de si se comparte o no la evaluación hecha por el Presidente, lo significativo es que la argumentación respecto a la restricción de los derechos se hace en términos constitucionales.³⁸

En otras palabras, el control constitucional de los estados de excepción ha impuesto en el poder ejecutivo el deber de deliberar públicamente, ayudando así a mitigar los impactos que un estado de excepción impone sobre las garantías constitucionales, propias de una sociedad abierta y democrática.

³⁸ La Corte Constitucional avaló esta medida en la Sentencia C-157 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera con S.P.V., también Cristina Pardo Schlesinger, Alberto Rojas Ríos; A.V. Alejandro Linares Cantillo, Gloria Stella Ortiz Delgado.

Segundo ejemplo, promoviendo la deliberación democrática

Una de las acciones más importantes que puede lograr el control de constitucionalidad en los estados de excepción es, justamente, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales básicos y determinantes para el funcionamiento democrático, de igual forma, a las instituciones y reglas básicas del cual éste depende.

La reciente pandemia por Covid-19 supuso un especial reto en este sentido a la democracia por las implicaciones lógicas del aislamiento y confinamiento. En primer lugar, derechos fundamentales básicos como los de asociación, reunión, movilización o protesta, motores de una democracia, se ven constreñidos en altísimo grado. Particularmente, para finales del año 2019 y principios de 2020, se vivía en el país un clima de protesta social significativo, como expresión democrática. No obstante, y a pesar de que algunas de las protestas se podían hacer en confinamiento (como los cacerolazos, por ejemplo), la movilización democrática se vio afectada considerablemente.

En este contexto, también el Congreso de la República se vio afectado por estas medidas. Y no sólo se trataba de la discusión de si el Presidente podía o no imponer tales restricciones de reunión a la rama Legislativa, sino que la propia corporación temía por la garantía de los derechos a la salud y a la vida de personas que ejercieran la función parlamentaria. Sobre todo, de aquellas con una salud frágil o limitada. En tal medida, y con el propósito de permitir que el Congreso no parara su actuar, el Presidente resolvió modificar las reglas de su funcionamiento, y permitirle que las sesiones parlamentarias se adelantaran virtualmente.

Para la Corte Constitucional el dilema no era menor. Era una norma bien intencionada que buscaba mantener en funcionamiento el Congreso para que este pudiera adelantar, entre otras cosas, el control político al estado de excepción por la pandemia y sus medidas. No obstante, la regla implicaba que el poder Ejecutivo, por poderes de excepción, entrara a regular el funcionamiento de la rama Legislativa. Quizá, una situación realmente extrema lleve a que semejante medida sea necesaria. No obstante, la pregunta para la Sala Plena de la Corte era si en el presente caso se daban esas condiciones excepcionalísimas, que justificaran semejante medida.

La Corte consideró que la rama Legislativa tiene en su reglamento una cláusula (Ley 5ª de 1992, Orgánica del Reglamento del Congreso, artículo 3º) que le permite, a falta de norma expresamente aplicable, acudir *“a las normas que regulen casos, materias o procedimientos semejantes y, en su defecto, la jurisprudencia y la doctrina constitucional”*, que le permitían adoptar las medidas necesarias para poder utilizar tecnologías de la información y las comunicaciones para el desarrollo de sus reuniones y el ejercicio de las funciones legislativas y la importante labor de control político en tiempos de emergencia económica, social o ecológica.³⁹ La Sala, en todo caso, advirtió que ello se debería hacer sin perjuicio del deber de garantizar las condiciones para la deliberación, la decisión, la publicidad y la participación de conformidad con la Constitución y la ley.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-242 de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger. S.P.V. Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Cristina Pardo Schlesinger.

Este tipo de decisiones, limitan el impacto desproporcionado que puedan tener los estados de excepción en el proceso ordinario de una sociedad libre, abierta y democrática.

Final

Existen pues evidencias e indicios, de que las medidas adoptadas por el constituyente de 1991 para controlar la posibilidad de que un estado de excepción afecte desproporcionadamente el orden constitucional y democrático que se busca conservar, han dado resultados favorables. En todo caso, la reciente pandemia de Covid-19 también alerta sobre nuevos riesgos y retos que se avecinan para los estados constitucionales de la región.

En Colombia, por ejemplo, el nivel de afectación de la pandemia llevó al Ejecutivo hacer el mayor uso y ejercicio reciente de las facultades de excepción. Los números hablan por sí solos. En la única emergencia que ha dictado el Presidente Duque en sus dos años de gobierno ha expedido muchos más decretos por facultades de excepción, de los que habían expedido los dos presidentes de la República que lo precedieron en sus periodos de ocho años cada uno. En efecto:

GOBIERNO	(2002 -2010)	(2010 – 2018)	(2018 – 2020)
Estados de excepción	4	3	1 (COVID-19)
de conmoción	3	0	
de emergencia	1	3	1
Número de decretos expedidos	35	46	160

Estos datos muestran nuevamente que quizá el viejo estado de excepción que amenazaba los derechos fundamentales y las garantías democráticas no representa el mismo peligro. Sin embargo, las excepciones por emergencias biosanitarias abren un nuevo escenario en el que buena parte de la sociedad se vea afectada en todas sus dimensiones y sea necesario un ejercicio excepcional de los poderes públicos. El excesivo número de decretos muestra el nivel de intervención ejecutiva en el proceso legislativo y, además, cuestiones logísticas como la misma capacidad de la Corte para realizar un control que podría desbordarla.

Por tanto, así haya buenas noticias y señales respecto a los peligros conocidos de los estados de excepción, se presentan nuevos y grandes retos en el siglo XXI, que corresponde a los jueces y las entidades democráticas de Colombia y de Iberoamérica, en general, entrar a resolver.

MESA DE DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL

La restricción del componente democrático del Estado constitucional en la declaratoria de los Estados de Excepción

PRESENTACIÓN

JORGE ERNESTO ROA ROA

Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia

Las estupendas conferencias de quienes intervinieron en el panel sobre la restricción del componente democrático del Estado constitucional en la declaratoria de los estados de excepción en Iberoamérica se refirieron, desde diferentes perspectivas y enfoques, al rol de la justicia constitucional en el contexto de la pandemia causada por el Coronavirus. La preocupación principal se centró en el papel de las cortes para contener los fenómenos de abuso del poder, las restricciones desproporcionadas de los derechos y la erosión democrática. Las conclusiones del panel reflejan en las siguientes seis tesis: i) la normalización institucional como finalidad esencial de los poderes de emergencia; ii) el rol de los tribunales debe ser más activo en contextos de desequilibrio democrático; iii) los tribunales constitucionales como instrumentos para el reequilibrio democrático; iv) los tribunales constitucionales como garantes del principio de precaución; v) visibilizar a los más débiles y a quienes carecen de representación política y vi) enfrentar la emergencia sin sacrificar los acuerdos sociales fundamentales.

1. La normalización institucional como finalidad esencial de los poderes de emergencia

Como han indicado Ginsburg y Versteeg, la mayoría de los sistemas constitucionales del mundo no solo cuentan con esquemas de excepcionalidad para responder a este tipo de emergencias, sino que -de hecho- los han activado a propósito de la crisis del Coronavirus⁴⁰. En efecto, en los países en los que se establecen estados de excepción, se ha decretado alguna de esas excepcionalidades (i.e. España o Colombia). Allí donde existe legislación de emergencia, se han utilizado las prerrogativas previstas (i.e. Alemania, Noruega o Japón). Y, finalmente, donde se requiere legislación ad hoc para cada emergencia,

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

esta ha sido efectivamente expedida mediante las diferentes Coronavirus Acts (i.e. Reino Unido o Taiwán). De manera que el verdadero riesgo no está en el déficit de herramientas constitucionales para enfrentar una pandemia, sino en el potencial abuso de los poderes excepcionales para desequilibrar las ecuaciones democráticas a favor del poder ejecutivo.⁴¹

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

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

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

⁴¹ Ver: <https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-ii/> (11.05.2020)

2. El rol de los tribunales debe ser más activo en contextos de desequilibrio democrático

La segunda tesis es que el rol de los tribunales constitucionales depende del contexto en el que estos actúan. De manera que la pandemia crea un ecosistema que incluye una serie de desequilibrios especiales en distintas ecuaciones y estos exigen mayor intervención de la judicatura constitucional.

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

A todas esas cargas, se suma la excepcionalidad y la emergencia. Los tres modelos de respuesta constitucional a situaciones de emergencia son permeables y han sido efectivamente permeados por los abusos cometidos por el ejecutivo y el legislativo. El análisis comparado, más allá de Latinoamérica, demuestra tres tipos de desequilibrios democráticos.

Por una parte, en los Estados donde la ecuación social, democrática y política aparecía aceptablemente equilibrada, la excepción y los poderes de emergencia han causado un desequilibrio inevitable. Se trata de democracias relativamente estables, con algún grado de desarrollo del Estado de bienestar y con una cultura política sólida. En España, por ejemplo, algunos constitucionalistas consideran que el gobierno debió declarar el estado de excepción porque, en su criterio, el estado de alarma (efectivamente decretado y prorrogado varias veces con el control previo del parlamento) no permite la adopción de las medidas de restricción a los derechos fundamentales que han soportado los ciudadanos españoles en las últimas semanas⁴². Bajo el estado de excepción, se afirma, el gobierno tendría más poderes, pero también estaría sujeto a mayores controles. Debates similares se han desarrollado en Corea del Sur, Francia, Italia y Reino Unido.

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

⁴² Ver el debate entre Manuel Aragón Reyes y Pedro Cruz Villalón: https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html(08.05.2020)yhttps://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html (08.05.2020).

desequilibrios sociales, democráticos y políticos que la excepcionalidad sólo ha profundizado.

Desde luego, el tercer escenario es todavía más acuciante. Se trata de Estados en los que la ecuación democrática estaba (profundamente) desequilibrada, a tal punto, que parecía imposible que la situación pudiera empeorar. Sin embargo, la excepcionalidad ha permitido consolidar democracias iliberales, sistemas de constitucionalismo abusivo o autoritarismos.

De manera que la conclusión del panel es que: en contextos de desequilibrio social, democrático y político, los tribunales constitucionales, las cortes constitucionales y los tribunales supremos con funciones constitucionales deben adoptar un rol especial y diferente al que deberían asumir en contextos de normalidad. Esto con el fin de, como se verá a continuación, procurar el reequilibrio democrático.

3. Los tribunales constitucionales como instrumentos para el reequilibrio democrático

El contexto de dificultad democrática se complementa con el hecho de que la población tiene miedo a la enfermedad, existe una profunda militarización de la sociedad civil, hay una pérdida del espacio público, se reduce el margen para la política y se implementa una respuesta penal para fenómenos sociales y sanitarios.

En ese marco, los tribunales deben contribuir a reequilibrar las tres ecuaciones. ¿Qué significa eso en concreto? En el ámbito democrático, se trata de realizar un control estricto de la necesidad, proporcionalidad, temporalidad y calidad de la información que justifican las medidas que adoptan los gobiernos en el contexto de una crisis. Además, el objetivo también es evitar que el poder público deje de tomar medidas para proteger a la población en medio de una pandemia.

Dentro de la ecuación política, las cortes constitucionales deben crear vías para el funcionamiento ordinario de los parlamentos y recuperar el espacio público para la sociedad mediante la garantía proporcional del derecho de manifestación. Desde luego, esta no es una tarea fácil. En algunos casos más acuciantes, los tribunales ya están bastante ocupados tratando de preservar su independencia frente a injerencias externas o mantener su propia actividad laboral a pesar del coronavirus.

En este último aspecto existen profundos ejemplos en los que los tribunales constitucionales se han adaptado rápido para seguir funcionando a pesar de la pandemia, han soportado la carga de trabajo excesiva que ha representado el control de las medidas de emergencia y han intentado, dentro del marco de sus competencias, recuperar la deliberación, mantener el sistema democrático, proteger a la población, y, por supuesto, amparar a los más débiles. De manera que tenemos muchas razones para estar preocupados en términos democráticos,

humanitarios, sociales y políticos en América Latina; pero también tenemos muchas razones para confiar en nuestros tribunales.

4. Los tribunales constitucionales como garantes del principio de precaución

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

5. Visibilizar a los más débiles y a quienes carecen de representación política

Desde la perspectiva social los tribunales deberían poner el foco allí en aquellos sectores que no tienen representación o cuya representación es débil en el marco social. Se trata de lo que han hecho muchas cortes de la región y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Unas y otra han proferido medidas cautelares u orientaciones para proteger, por ejemplo, a la población privada de la libertad en el contexto de la pandemia. Asimismo, ha ocurrido con las recomendaciones relacionadas con los pueblos indígenas o el deber especial de protección a las mujeres en relación con la violencia sexual a la que están expuestas o su sometimiento a dobles y triples cargas de trabajo.

Los tribunales también han resaltado que la recomendación más básica que hemos hecho a los ciudadanos y ciudadanas para prevenir el contagio del coronavirus, que consiste en lavarse las manos y quedarse en la casa, es de imposible cumplimiento para más de la mitad de la población latinoamericana que carece o de una vivienda digna o de acceso a agua potable, a agua limpia. Entonces, desde el punto de vista de la ecuación social, los tribunales pueden poner énfasis en los más débiles dentro de los débiles.

Eso significa que, en el ámbito humanitario, la judicatura debe poner el foco en los grupos vulnerables y en los múltiples puntos ciegos frente a medidas que no consideran la debilidad y la vulnerabilidad de los destinatarios de la protección del Estado. El punto de partida es reconocer la debilidad social y económica de los grupos vulnerables que, como suele ocurrir, también carecen de representación política.

6. Enfrentar la emergencia sin sacrificar los acuerdos sociales fundamentales

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

Les agradezco entonces a todos y a todas ustedes por su presencia, a quienes nos siguieron en el panel y de nuevo también a quienes hacen posible la organización de esta Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. Finalizo con la certeza de que la próxima Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional nos va a permitir recuperar y compensar todos los abrazos que nos quedamos debiendo en esta conferencia Iberoamericana virtual.

LAS DEFICIENCIAS DEL SISTEMA REPRESENTATIVO Y LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO

*Ministro del Tribunal
Constitucional de Chile*

En primer término, quiero felicitar a la Corte Constitucional de Colombia por la magnífica organización de esta XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional que -en tiempos de confinamiento masivo- ha sido sugestivamente titulada “Jurisdicción para la libertad”. Y que en esta Segunda Mesa de Trabajo nos invita a dialogar acerca de un tema tan desatendido por los círculos oficiales, aunque de capital importancia y primerísima trascendencia: cuál es -a propósito de la sedicente “crisis” del componente democrático- formular un parangón entre las “deficiencias del sistema representativo”, vis a vis con la llamada “democracia participativa”.

Una comparación que implica separar -en una vereda- a la sociedad política, en donde tiene lugar la tradicional democracia representativa, como forma de legitimar el ejercicio de la soberanía por parte de las autoridades electas, y -en la vereda del frente- a la sociedad civil y a la democracia participativa, donde comparecen una serie de entidades o asociaciones que, aunque privadas en su ser, en cuanto a su obrar se encuentran interesadas en asumir cometidos públicos. Forzando un poco la analogía, diríamos que esto se parece a la separación efectuada por la constitución *Lumen Gentium* -adoptada durante el Concilio Vaticano II- entre la Iglesia jerárquica y las comunidades eclesiales de base (CEBs).

Precisado lo cual, conviene señalar que la Constitución chilena -en las Bases de la Institucionalidad (capítulo I)- solo reconoce aquella forma que se denomina **democracia representativa**; sin perjuicio de que la **democracia directa** pueda hacerse presente a través de los plebiscitos que la misma Constitución taxativamente prevé.

Lo que no quita que las así llamadas “asociaciones de participación ciudadana en la gestión pública” u “organizaciones de interés público”, hayan obtenido reconocimiento y financiamiento merced a la Ley N° 20.500, del año 2011. Es más, fruto de un acuerdo entre el

Gobierno y la Oposición para enfrentar el Covid-19, el 11 de junio recién pasado, se destinaron 20 millones de dólares a estas organizaciones componentes de la **democracia participativa**.

Al mismo tiempo, otras leyes instalan cada día más “consejos” -con participación de entidades de este tipo- al interior de ministerios y servicios de la Administración del Estado. Y toda suerte de “observatorios” y “coordinadoras” y “mesas de diálogo” son recibidas a diario por las autoridades del Estado para socializar la implementación de sendas políticas públicas.

Pues bien, a nadie escapa la inestimable cooperación que suelen prestar las organizaciones privadas en la concreción de tareas estatales. Como a nadie escapa tampoco que la democracia representativa acusa fallas, derivadas de la falta de liderazgos especialmente en épocas de crisis. Esto es, cuando las autoridades deben asumir gobierno y dirección, abandonando el papel de meras cajas de resonancia de cuanto cosa deseen o apetezcan algunos ciudadanos, quienes son vistos como clientes o consumidores en una dialéctica de oferta y demanda, lo que no siempre resulta favorable para la concreción del bien común general.

Como dijera el año 1991 S.S. El Papa Juan Pablo II, apropósito, precisamente de la “crisis de los sistemas democráticos” en *Centesimus Annus*: es que “a veces parece que han perdido la capacidad de decidir según el bien común. Los interrogantes que se plantean en la sociedad a menudo no son examinados según criterios de justicia y moralidad, sino más bien de acuerdo con la fuerza electoral o financiera de los grupos que los sostienen” (§ 47).

De allí la necesidad de “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, por utilizar la terminología de la Constitución chilena (artículo 1º, inciso quinto), cuyo correlato es el deber de los poderes públicos de “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, en palabras ahora de la Constitución española (artículo 9.2).

Sin embargo, no cabe confundir la parte con el todo; el co-laborar con el co-gobernar; la participación con la conducción en los asuntos públicos. Las agendas políticas e intereses partidistas que pueden animar a estos consejos o “movimientos” (denominados así precisamente porque buscan hacer oscilar las cosas de un lado para otro, acaso en una lógica Hegeliana), a veces tratando de llenar ese vacío de poder por la falta de liderazgos a que hiciéramos referencia, esto no permite atribuirles roles de cogestión y fiscalización, con el poder como para hacer que las cosas funcionen o fracasen, según quería Lenin en sus Tesis de Abril y que ahora algunos buscan revivir.

Confiemos pues en que nuestros países sabrán discernir con sabiduría toda clase de experiencias positivas y negativas al respecto. Los tribunales y cortes constitucionales somos conscientes -y estaremos en alerta- de que en estos temas no solamente está comprometida la Democracia, sino que también, en último término, la pervivencia misma del Estado de Derecho.

APUNTES SOBRE EL PAPEL DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA EN LA EMERGENCIA SANITARIA EN COSTA RICA

NANCY HERNÁNDEZ LÓPEZ

*Magistrada de la Sala Constitucional de la
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*

Un cordial saludo a los hermanos de la República de Colombia y demás países participantes. Un agradecimiento al señor Presidente de la Corte Constitucional por auspiciar este evento y un saludo cordial a los colegas de la mesa. Bueno, el Presidente de la Sala Constitucional de Costa Rica, Doctor Fernando Castillo está participando en la Mesa A y me pidió que compartiera con ustedes algunos casos de la experiencia que ha vivido Costa Rica durante la pandemia relativos al tema. Lo que les quisiera exponer es que la Constitución en nuestro país durante esta pandemia ha estado bajo una tensión como nunca se había vivido desde la ruptura del orden constitucional en 1948, cuando surge la Constitución actual en el año 1949. De tal manera que hace setenta y un (71) años, nosotros no vivíamos un escenario donde la Constitución y las fuerzas de la Constitución estuvieran en una tensión tan fuerte.

Las normas para afrontar la suspensión de garantías datan de hace setenta y un (71) años y no habían sido utilizadas, - en el caso de la suspensión de garantías, con excepción de una vez, en el año 1955-. Y la legislación de emergencia que tiene nuestro país, (que no es la de suspensión de garantías sino la de limitación de derechos), está diseñada principalmente para resolver problemas de corto plazo creados por huracanes, terremotos, inundaciones y eventos de corta duración.

Entonces, las fronteras entre el derecho de emergencia y la suspensión de garantías en Costa Rica no están muy claras y eso ha generado una tensión y un malestar de la población sin precedentes. Para un sector de la población, en vez de utilizarse la legislación de emergencia para afrontar la pandemia, es decir desde las potestades del Poder Ejecutivo, mediante decreto,

se debió participar al a la Asamblea Legislativa, que es el Poder con mayor representación, y activar el mecanismo de suspensión de garantías, para que la rama legislativa opera como contrapeso del Ejecutivo, esto porque es la Asamblea Legislativa quien tiene la potestad constitucional de autorizar o no la suspensión de garantías constitucionales. Un sector critica, entonces, que las medidas dictadas con ocasión de la pandemia se hicieron a espaldas del órgano más representativo que es la Asamblea Legislativa y que, por lo tanto, se hicieron a espaldas del pueblo.

Y entonces, el Tribunal Constitucional Costarricense o la Sala Constitucional ha venido operando como una especie de válvula de escape de todo ese malestar social que ahora se litiga o judicializa. Y hemos tenido un mar de casos sin precedentes en un tribunal que ya estaba agobiado por la tremenda demanda judicial. La Sala Constitucional de Costa Rica resuelve cerca de 25 mil asuntos al año para una población aproximada de 5 millones de habitantes. Para ponerles un ejemplo, de cómo la dinámica de la pandemia nos ha venido a afectar en una sola sesión conocimos cerca de (70) casos de *habeas corpus*, que es el equivalente a la cantidad de *habeas corpus* que se resolvían en un mes en tiempos ordinarios. De tal forma que, ese malestar de la población se ha judicializado a través de la Sala Constitucional como encargada de velar por la protección de derechos fundamentales de los habitantes.

En el caso de la Sala Constitucional, como es una sala que opera veinticuatro (24) horas al día, trescientos sesenta y cinco (365) días al año, a través de un sistema de turnos de ordinarios y extraordinarios, y, que recibe directamente por acción vicaria, acción popular, reclamos de los ciudadanos en forma sumaria sin representación, tanto en recursos de amparo de *habeas corpus* en representación letrada, esto ha permitido que todo ese malestar y falta de participación y opinión de las medidas adoptadas por el Gobierno durante la pandemia se judicialice e impacte fuertemente al Tribunal en su carga laboral.

A pesar de que nadie estaba preparado para esta pandemia y que en nuestra legislación en esta materia no existía una adecuada actualización, el Estado ha funcionado, han funcionado los tres poderes de la República en su totalidad, sin ninguna interrupción durante la pandemia. Y eso ha permitido que, también, el sistema de frenos y contrapesos funcione, pero al no haberse invocado la suspensión de garantías, el órgano representativo que es el Parlamento capaz de controlar políticamente los actos del ejecutivo no ha funcionado como verdadero contrapeso para las medidas dictadas durante la emergencia, con excepción de alguna intervención particular de algún diputado o diputada en el espacio de control político.

Entonces, todo el peso de la pandemia, desde el punto de vista de la tensión general en el sistema jurídico, ha recaído sobre la Sala Constitucional en particular y el órgano judicial en general. A pesar de que la legislación nuestra tiene zonas grises, el Tribunal ha declarado con lugar recursos de amparo y *habeas corpus* contra autoridades de gobierno en varios temas, aunque no hay suficientes casos como para determinar un interés del ejecutivo de secuestrar la Constitución, como se ha dado en algunos países, ni tampoco trasluce un interés de aprovecharse de la pandemia para concentrar poderes. Sí se han dado casos puntuales, repito, algunos de ellos dramáticos, donde el Tribunal ha tenido que fungir como contrapeso de las acciones de Gobierno.

Es importante agregar, que encuentro que existe una debilidad del sistema constitucional costarricense, y es que no tiene un *fast track* o vía rápida para el análisis de la hiperinflación normativa generada por la normativa emitida por el Poder Ejecutivo en estos 8 meses de la pandemia, vía que por ser de inconstitucionalidad (por tratarse de normas); es, además, formal, de respuesta lenta y por lo tanto menos accesible para el común de los ciudadanos. En éste último punto, es decir, en la respuesta frente a la gran cantidad de decretos y normativa emitida por el ejecutivo, aún el Tribunal no ha tenido oportunidad para pronunciarse, en la mayoría de las medidas decretadas, porque los casos no han superado los requisitos de admisibilidad. No obstante, la primera reflexión es que aún superada la fase de admisibilidad en materia constitucional, la vía normal de acción de inconstitucionalidad no resulta adecuada para resolver con celeridad los reclamos contra la normativa que surge día a día en una pandemia, es decir, se requiere una especie de vía rápida en esta materia, que acorte los plazos y permita resolver, en días, los reclamos contra la normativa emitida o bien otorgarle a la Sala Constitucional la posibilidad de actuar de oficio en estos supuestos. ¿Qué sentido tiene tener una emergencia nacional, con legislación de emergencia y decisiones que urgen, con un sistema judicial que en general se mantiene bajo la estructura y tiempos de resolución ordinarios, es decir de escenarios de normalidad? Así lo expresé en un voto salvado del pleno que declaraba la inadmisión de una acción de inconstitucionalidad contra uno de los decretos del poder ejecutivo, dictados durante la pandemia:

“En la actualidad, el país vive inmerso en un ambiente de condiciones excepcionales, de emergencia originadas por la pandemia de Covid-19, cuya temporalidad excede el año, por lo que estimo que el esquema clásico de admisibilidad de la acción de constitucionalidad y de acceso a la justicia para ejercer el control judicial de la normativa emitida durante la pandemia, no se puede ser el mismo. Estimo que el acceso a la justicia en condiciones de normalidad no debe aplicar para la legislación emitida con ocasión de una emergencia o de estados de emergencia, la cual, por sus efectos gravosos sobre las libertades de las personas, requiere un acceso directo para garantizar la supremacía de la Constitución.

Cuando estamos en tiempos de emergencia, muchas de las medidas y disposiciones normativas que dicta el Poder Ejecutivo o Legislativo, sobre esta materia, afecta la balanza que resguarda la Constitución Política sobre las libertades de los ciudadanos. Ello es particularmente relevante cuando sus efectos son mayores a 30 días, o como en este caso, superan el año, por lo que considero que el sistema de protección de la supremacía de la Constitución, debe garantizar acceso directo por parte de los accionantes que reclaman violación de sus Derechos Fundamentales por actuaciones del Poder Ejecutivo o Legislativo, lo anterior para determinar si las conductas y normativa establecida son razonables y proporcionadas, pero más aún para garantizar la supremacía de la constitución. Es decir, estimo que los esquemas tradicionales para acceder a la justicia deben ceder en tiempos de emergencia y se requiere garantizar el acceso de forma directa porque en estos escenarios, el tema deja de tener una afectación individual y concreta únicamente y se convierte, a su vez, en una afectación general, de tal forma que la legislación emitida en estados de emergencia o excepción, afecta de una manera especial y diferente el equilibrio de la Constitución y puede llegar a poner en riesgo su supremacía, escenario que trasciende la

afectación individual que también pueda llegar a darse en casos concretos. Los derechos fundamentales, pueden verse afectados con un supuesto fundamento en las condiciones excepcionales (Pandemia), pero que estas medidas pueden responder a un interés muy diferente o prolongarse innecesariamente en el tiempo con ese pretexto. Pensemos en un escenario donde con ocasión de una pandemia se emitan 100 decretos o 30 leyes. Someter el análisis de estos supuestos al sistema de acceso individual y directo, tomaría años. En esta pandemia hay países que sólo el primer mes, dictaron 40 decretos. En un escenario así, de anormalidad, someter al ciudadano a los sistemas tradicionales de acceso a la justicia para ejercer el control judicial, se convierte, en una barrera de acceso a la justicia, capaz de poner en riesgo los equilibrios constitucionales y la supremacía misma de la Constitución.

La situación actual de la pandemia ha generado afectaciones que nadie había previsto. Las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo si bien fueron concebidas para ser tomadas en situaciones de anormalidad (urgencia) con la característica de ser temporales, se han prolongado por más de un año y sus efectos se mantienen hasta la fecha, siendo la restricción vehicular un claro ejemplo de ello. Ante tales circunstancias es necesario cuestionarse si estas medidas son acordes a la Constitución y si el Poder Ejecutivo tiene la potestad de prorrogarlas de manera indefinida, durante todo el periodo de anormalidad (pandemia) o, por el contrario, si le corresponde a la Asamblea Legislativa emitir normativa relativa a este tema, más aún cuando existen derechos fundamentales que están siendo afectados de manera gravosa. Con fundamento en lo anterior, se justifica la necesidad de incorporar el control jurisdiccional pleno (de constitucionalidad y de legalidad) a la normativa dictada durante una emergencia y más aún si se llegara a decretar un estado de excepción, donde el control judicial y constitucional debe ser, a mi juicio, de acceso directo, para analizar si las medidas tomadas: a) se generan por la existencia o no de la situación urgente, b) la idoneidad de las medidas de urgencia en cuanto a su razonabilidad y proporcionalidad y c) la ejecución de mismas (temporalidad).

La garantía de la supremacía constitucional exige de los Tribunales Constitucionales un control integral sobre los actos de los poderes estatales. Admitir que la competencia de la Sala Constitucional en su función de garante de la Constitución Política debe aplicar los controles de acceso a la justicia en tiempos de normalidad, a los que no lo son, implica exponer a la Constitución a ser desobedecida por el Ejecutivo o bien el Legislativo. Más aún, como indica la doctrina colombiana o mexicana, renunciar a su control supondría una infracción a la Constitución por parte del mismo órgano llamado a custodiarla. En palabras del ex juez Piza Escalante (q.D.G), el primer derecho que tienen las personas en las democracias constitucionales es el derecho a la Constitución, sin eso no hay democracia.”

Por el contrario, el *habeas corpus* y el amparo sí han resultado efectivos durante la pandemia, porque ya funcionan como una vía rápida en tiempos de normalidad y tienen la misma dinámica en tiempos de emergencia.

Seguidamente comentaré brevemente cuatro casos en que la Sala Constitucional ha funcionado como contrapeso del Ejecutivo durante la pandemia.

#1-. Res 2020-014944. (HC por detención contra manifestantes pacíficos contra el gobierno)

Se detiene a una de las organizadoras de una marcha pacífica convocada por redes sociales en la localidad de Playa Tamarindo de Santa Cruz, Guanacaste a las 11:00 horas del día 24 de junio del 2020, que buscaba visibilizar el descontento con el cierre de las playas ordenado por el Ministerio de Salud, que ha provocado el desempleo y desolación en las zonas costeras del país por ausencia de turistas. En ella participaron cerca de 100 PERSONAS en una distancia de unos 800 METROS.

Ella fue seleccionada mediante labores de investigación e inteligencia del Estado previa a la marcha, se le identifica como líder o cabecilla de la marcha, según las autoridades se trató con disuadirla de suspenderla. Como no lo hizo, fue arrestada, notificada en el momento de la marcha de una orden sanitaria específica. El fundamento legal utilizado fue un decreto ejecutivo (DE 42227 MO-S) dictado con ocasión de la pandemia que autorizaba la suspensión de actividades de concentración masiva en comercios.

La sentencia determina que ni el decreto ni la orden sanitaria específica dictada, son fundamento para suspender de facto el derecho de reunión pacífica ni el ejercicio de derechos políticos. Se comprueba de los videos aportados que no es cierto lo que indicaban las autoridades de que se ponía en peligro la salud, ya que los manifestantes portaban mascarillas, caretas y distanciamiento social. Además, la manifestación era al aire libre, poco concurrida.

Llama la atención, además de los videos, que se escucha a la policía indicar que la orden de detención vino de Casa Presidencial. A la manifestante se le detiene y se le inicia un proceso penal por violación de orden sanitaria.

Se declara con lugar el recurso, se ordena a las autoridades abstenerse de incurrir en esos actos, se condena al pago de los daños y perjuicios causados, y se establece que nunca el ejercicio válido de un derecho constitucional en una democracia, puede ser delito, y tampoco una dirección funcional del Ministerio Público, puede desaplicar la Constitución Política, ni siquiera en pandemia.

#2-. Res. N° 2020-014292 (Amparo contra el Ministro de Salud por negativa a entregar a la prensa información o datos actualizados de Covid-19)

Objeto del Recurso:

El 5 de junio un medio de prensa solicita datos despersonalizados de pacientes contagiados con Covid-19, concretamente una base de datos que contenga información sobre edad del paciente, sexo, si es nacional o extranjero, fechas de confirmación del virus (por favor especificar cantidad de pruebas realizadas y fecha de cada una), distrito, cantón y provincia de donde se encuentra, factores de riesgo presente (favor detallar los nombres de enfermedades),

si requirió hospitalización, nexo de contagio (en esta sección favor especificar si tuvo relación con otro paciente y el número de ese paciente; si es virus importado y de dónde, si se encuentra recuperado y fecha en que se determinó la recuperación).

Respuesta de la administración:

El 22 de junio de 2020 se les respondió con un link de la Universidad Estatal a Distancia (<http://geovision.uned.ac.cr/oges/>), en el que se encuentra información que ya se ha venido publicando sobre la pandemia, la cual se entrega de manera general y sin que permita realizar el tipo de análisis que pretenden. Agregaron que se les indicó que no se les podía entregar la base despersonalizada y con los datos requeridos en forma específica “porque estaban ocupados” atendiendo la pandemia y tienen poco personal.

Sentencia señala que:

- 1-. La escasez de recurso humano o material, o bien, la alta demanda de trabajo, no son justificaciones válidas para denegar o condicionar la entrega de información, mucho menos en un contexto como el que se vive actualmente en donde, la amenaza a la que se ve expuesta la salud pública y la difícil situación económica que viven muchas familias, hacen exigible una transparencia absoluta en el proceder del poder público, y un flujo ininterrumpido de información a la prensa y demás actores de la sociedad civil, todo esto dentro de los límites que el Estado Democrático y Constitucional de Derecho impone.
- 2-. El detalle de la respuesta que se dio en el amparo es distinto a la respuesta que se dio a la prensa, en ese sentido la Sala indica “Llama la atención de esta Sala, que nada de esto fuera explicado a los recurrentes en el correo electrónico de respuesta”.
- 3-. No se puede escudar la administración para la negativa de entregar ciertos datos, en el hecho de que están obligados a proteger la identidad de los pacientes, porque la información se pidió en forma despersonalizada. Se ordena se entregue la información en el plazo de 1 mes, con exclusión de los datos sensibles, e información que pueda dar lugar a la identificación o localización, directa o indirecta, de las personas diagnosticadas con el coronavirus Covid – 19.

#3-. Res 2020-16069 Caso indigentes expulsados de territorio por autoridades públicas y la ciudadanía.

Caso:

Un estudiante, interpone recurso a favor de 3 indigentes, dos costarricenses y un extranjero, porque vio una noticia en la Prensa televisiva en la que se observa un video en el que la Alcaldesa de una localidad (Tarrazú) reconoce que se detuvo y expulsó a 3 personas de ese territorio, por el hecho de tener una condición socioeconómica de pobreza.

Se trata de dos hombres y una mujer que llegaron con intención de trabajar en la recolección de café, ya que se trata de una zona que se caracteriza por producir el mejor café del país. No

obstante, cuando se encontraban en la parada de bus, la comunidad alertó a la policía que se apersonó a solicitarles sus datos. Se les detuvo e interrogó sobre su presencia en esa localidad (a pesar de ser ciudadanos libres), se les solicitó identificación, se consultaron las bases de datos policiales a ver si tenían antecedentes penales o causas pendientes con la justicia. Al indigente extranjero se verificó si tenía estatus legal en el país. Resultó que todos estaban a derecho, es decir sin antecedentes penales y el extranjero tenía permiso de residencia vigente. La Alcaldesa se apersona al lugar, se les indica que la cosecha de café no es sino hasta el mes de octubre. Ellos solicitan un lugar donde permanecer porque en la ciudad no encuentran donde estar o encontrar trabajo para comer y hay mucho Covid. La Alcaldesa señala llama a las autoridades de salud de la localidad a pedir consejo, y se les indica que, si no tienen síntomas de Covid, ellos no pueden actuar. La Alcaldesa les dice que no tienen albergue, que deben abandonar la ciudad. Ellos manifiestan que no tienen dinero para los pasajes de bus, entonces la alcaldía les compra el pasaje, comida y unas mascarillas de protección. Durante todo el tiempo, los indigentes están rodeados de la policía y de miembros de la comunidad, no son libres de movilizarse.

De los videos aportados, es evidente en las declaraciones que brindó la Alcaldesa a un medio de comunicación, su clara intención que, bajo ningún motivo, permanecieran en la localidad.

Se comprueba que fueron escoltados todo el tiempo sin libertad de moverse, ingresados a un bus por la puerta de atrás, y sentados en la parte de atrás, en una zona a la que se le colocó cinta amarilla de uso policial para distinguir la zona de ellos de la de los demás pasajeros. Asimismo, el bus fue escoltado con la fuerza pública, hasta que abandonara el territorio para asegurarse que no se bajaran del bus hasta que salieran de la localidad.

Se acredita que claramente la violación a la libertad de tránsito, establecida en el artículo 22 de la Carta Magna, la violación a su dignidad humana, así mismo un trato discriminatorio y denigrante. Se condena a las autoridades y se establece la orden de no repetición.

Lo grave de este caso es que las autoridades actúan con la comunidad en esta expulsión, incluso a instancia de la comunidad. Es más grave que ninguno de los casos que hemos visto de abuso de autoridad durante esta pandemia porque evidencia la falta de compromiso con la libertad de la ciudadanía y como señaló una vez el famoso juez **Learned Hand** en 1944:

«La **libertad reside** en los corazones de las mujeres y los hombres. Si muere allí, ninguna constitución, ninguna ley, ningún tribunal podrán resguardarla; y mientras esté viva allí, no necesita ninguna constitución, ninguna ley, ningún tribunal para ser defendida».

Esta pandemia ha revelado no sólo el lado negativo del ejercicio del poder, que se aprovecha de las circunstancias para limitar derechos y empoderarse, sino que un importante sector de la población tiene poco compromiso con la libertad y dignidad humanas, lo que evidencia el deterioro de la institucionalidad democrática en el país.

En esa ocasión en mi voto particular indiqué:

“No obstante, lo que sucedió en este caso fue todo lo contrario. Fue el Estado, por medio de sus instituciones de gobierno local y sus autoridades policiales, los que lejos de exhibir respeto y solidaridad por los tutelados, le dieron la espalda a sus necesidades más básicas. Los tutelados estaban respetando en todo momento el orden público y la legislación, por lo que tenían todo el derecho de disfrutar de la protección de la Constitución y la ley. Pero no, la Alcaldesa recurrida decide expulsarlos ilegítimamente y comprarles un tiquete de bus, sólo para generar otra dantesca escena de parte de la empresa y la policía de tránsito, que es enviarlos a la parte de atrás del bus y separar el área en la que estarían con cinta amarilla de la que se usa en las escenas criminales o policiales, como si fueran escoria. Ni en la peor época de la segregación racial de los Estados Unidos, cuando las leyes discriminatorias obligaban a las personas de raza negra a viajar en la parte de atrás del bus, y que motivaron el famoso arresto de Rosa Parks en Montgomery Alabama, es decir, ni en lo más bajo de esa sombría época de la humanidad, se les habría ocurrido separar con cinta amarilla en la parte de atrás de un bus, a unas personas de otras por su sola condición. Sin duda este es uno de los actos más degradantes que hayan sido acreditados en un recurso ante este Tribunal. Se olvidan las autoridades recurridas que este es un estado de derecho y que, como primer acto en el ejercicio del cargo, juraron respeto a la Constitución Política, la que no ha quedado ni suspendida, ni derogada con ocasión de la pandemia. Lo sucedido, aparte de ser moralmente reprochable, es jurídicamente lesivo, de los principios fundantes más elementales que dan sentido al régimen democrático.

84

Para terminar toda esta triste escena, la fuerza pública, en absoluta complicidad con lo sucedido, escolta al bus para asegurarse que los tutelados no volvieran a ese municipio. Como señala la sentencia, todas estas acciones constituyen una clara lesión a la dignidad humana, al derecho de no discriminación y libertad de libre circulación de los tutelados.

Finalmente, considero que la empresa de autobuses debió haber sido traída al proceso y condenada por ser parte de estos hechos y que la Alcaldía debía ser condenada, además, a construir un refugio para personas indigentes a fin de brindar a las personas que viven en la pobreza, un acceso adecuado y no discriminatorio a instalaciones, bienes y servicios esenciales como lo procura la carta de Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, ya citado. Si se sospechaba que los tutelados eran personas que podían portar el virus (de lo cual no existe ninguna evidencia en el expediente), debieron ser acogidos, asistidos y asesorados médicamente, así como puestos en cuarentena, por medio de los mecanismos legales establecidos”.

#4-. Res. N° 2020-011750. Amparo acceso información, participación ciudadana de las sesiones y decisiones adoptadas por Concejo Municipal.

Objeto del proceso:

Petente solicitó a municipalidad: información sobre el orden del día, las actas del Concejo Municipal, lugar donde se publicitan y si las sesiones se transmiten en forma virtual o alguna plataforma tecnológica.

Respuesta de la administración: Se le indicó que las actas se encuentran en la página de la Municipalidad y las órdenes del día tiene que venir aquí para que se le graben en una llave o un disco (...)", en cuanto a las sesiones del Concejo por medios virtuales se le indicó que no existen.

Recurrente afirma que trató de ingresar a las actas que se dijo que estaban en la página web y no pudo extraer la información.

El Alcalde señala que la normativa que regula las sesiones del Concejo Municipal no establecen la obligación de que las sesiones se transmitan por algún medio digital, pero si señalan que las sesiones deben ser públicas (artículo 41 del Código Municipal y artículo 15 del Reglamento). El Concejo Municipal de Cartago no ha transmitido hasta ahora las sesiones por medios tecnológicos, con excepción de la sesión solemne del 1° de mayo de 2020, que se transmitió por Facebook Live, dadas las especiales circunstancias provocadas por la emergencia sanitaria decretada por el Covid-19 y los estrictos lineamientos dictados por el Ministerio de Salud. Dicha transmisión requirió la participación de cuatro personas adicionales que cubrieron el espacio del Salón de Sesiones. Indica que la emergencia sanitaria y la crisis presupuestaria que acarrea les impide hacer ese esfuerzo de transmisión como forma permanente.

Reconoce que se suspendió la asistencia presencial a las sesiones del Concejo por razones sanitarias debido a que el salón es pequeño y para evitar el contagio del Covid.

Estima que porque la publicidad de los acuerdos del Concejo y de sus deliberaciones, se garantiza con el acceso a las actas y con la asistencia en persona a las sesiones.

85

En este caso, estimó la Sala que independientemente de la pandemia, debe existir acceso a la publicidad de las sesiones del Concejo Municipal por medios tecnológicos, en vivo, como única forma de garantizar el acceso pleno de los administrados a ejercicio del poder y control de las decisiones que allí se toman, atendiendo a la naturaleza de los gobiernos locales como órganos eminentemente representativos, cuyas decisiones afectan a sus electores de una forma directa. En lo que interesa se señaló:

"La democracia es el ejercicio del poder en público (Norberto Bobbio). Ello implica que ningún Poder del Estado está exento de explicar sus actos ante el pueblo. Así lo establece nuestra Constitución Política en los artículos 9 y 11. Es un principio que existe desde hace siglos, ya lo decía Thomas Paine "... un grupo de hombres que no se siente obligado a rendir cuentas a nadie no debe contar con la confianza de nadie "(Rights of Man 1791).

La transparencia es un concepto que tiene una larga historia intelectual, una profunda raigambre filosófica que halló un lugar central en las construcciones del pensamiento más importantes de la humanidad: desde Platón y Aristóteles, pasando por Kant, Bobbio, Habermas, hasta llegar a John Rawls y muchos otros clásicos contemporáneos. Así pues, puede decirse que la transparencia es una idea que está presente en casi todos los grandes sistemas de la elaboración política, y ya en el siglo XVII, se convirtió en una de las piezas –absolutamente claves– de la gran corriente liberal gracias a los Tratados de John Locke para quien: "...el poder político sólo se puede comprender si lo derivamos de su origen, de

aquel Estado en que todos los hombres se encuentran por naturaleza... libremente, dotados de la mismas ventajas y por lo tanto, depositarios de los mismos derechos, derechos que le otorguen el poder tener vista de cómo proceden las cosas del Estado...”

Que todos “tengan vista” de lo que ocurre al interior del Estado, es la frase que acuña desde 1690, toda la filosofía de transparencia y rendición de cuentas que luego se plasma expresamente en la Declaración de Derechos del Hombre y el ciudadano de 1789 que en su artículo 15 establecía el derecho de la sociedad de pedir cuentas de su gestión a todo agente público.

En ese sentido Kant señalaba que “Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”, de tal suerte, que la filosofía clásica alemana construyó un principio democrático de enorme importancia y de grandes consecuencias, una tríada absolutamente inseparable para la vida democrática formada por la publicidad que proporciona legitimidad y que soporta a la justicia.

La visibilidad del poder vino así, a ser uno de los atributos esenciales de la democracia frente a otras formas de gobierno. Como cité supra, el filósofo italiano Norberto Bobbio prefería entre todas las nociones de democracia aquella que la presenta como “el ejercicio del poder en público” para referirse a todos aquellos mecanismos institucionales que obligan a los gobernantes a tomar decisiones a la luz del día y a los gobernados a “ver” cómo y dónde se toman dichas decisiones. Gobernar en público supone hacer que el poder sea controlable por la mirada de los ciudadanos. La publicidad transporta una concepción de la democracia que excluye el secreto como principio de actuación en el ámbito de la cosa pública. En los modernos estados constitucionales, la publicidad se convierte entonces, en un atributo imprescindible de un sistema de gobierno de filiación y orientación democrática.

Uno de los conceptos íntimamente vinculados con la transparencia es la rendición de cuentas en tanto la transparencia es una condición necesaria para que los gobiernos sean imputados por sus acciones, es decir, que la responsabilidad pública les pueda ser atribuida. La entendemos como un sistema que obliga, por una parte, al servidor público a reportar detalladamente sus actos y los resultados de los mismos, y por otra parte, dota a la ciudadanía de mecanismos para monitorear el desempeño del servidor público. Uno de los límites - quizá el más importante - con respecto a la rendición de cuentas, es la asimetría de la información. Esta asimetría está ligada a la opacidad del ejercicio público, a la falta de transparencia. En la práctica, provoca que los representados, es decir la ciudadanía, no esté en posibilidad de evaluar las acciones de sus representantes que redundan en muchas veces en corrupción. Es aquí donde la tecnología juega un papel fundamental, no sólo como una herramienta para mejorar la eficiencia en el trabajo, sino como aliada de la transparencia y rendición de cuentas al reducir los niveles de asimetría en el acceso a la información que se pone a disposición de los ciudadanos para que puedan evaluar el desempeño de sus gobernantes. Naturalmente que se parte de la base de que esa información es de calidad, es decir veraz y oportuna.

La tecnología, especialmente la internet, permite con un fácil acceso poner una cantidad de información, comprensiva, relevante y confiable al servicio de los ciudadanos, como

herramientas para que puedan fiscalizar la labor de sus representantes y de la actividad de la administración que se financia con el pago de sus impuestos.

Sin duda alguna que el uso de la tecnología en función de la transparencia permite la identificación oportuna de las debilidades y fortalezas de las políticas públicas, obligatorio para el debate y escrutinio público, sin el cual la formación de la opinión pública no estará relacionada con el desempeño del gobierno.”

Se resuelve:

- 1-. Se otorga a los recurridos un plazo máximo de 6 meses, para que dispongan las medidas necesarias para garantizar la publicidad, la transparencia y el acceso a las Sesiones del Concejo Municipal de Cartago, mediante la transmisión en vivo por medios virtuales.
- 2-. Mientras no esté habilitado ese acceso, debe garantizarse el acceso a la publicidad de las sesiones del Concejo Municipal ya sea estableciendo medidas de distanciamiento social en la barra de público, o bien trasladando las sesiones temporalmente a un local más amplio que permita el acceso al público, aunque sea en forma parcial durante el tiempo que duren las restricciones por pandemia, lo anterior, siempre y cuando el Ministerio de Salud, no establezca lo contrario.

Estos casos han sido emblemáticos y han servido para poner límites claros al poder de policía y la obligación de rendir cuentas y transparentar sus actos durante la pandemia. Espero que sean útiles para el estudio del derecho comparado. Muchas Gracias.

APUNTES SOBRE LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE MÉXICO PARA ENFRENTAR LA CRISIS SANITARIA

ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ

*Ministro de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación de México*

Muy buenos días a todas y todos, antes que nada, me quiero unir al agradecimiento a la Corte Constitucional de Colombia, a su presidente, por organizar este evento. Realmente no me puedo imaginar un evento más importante y pertinente para lo que estamos viviendo todos los países de América Latina.

Yo, el día de hoy, les quiero platicar primero de la estructura constitucional de México para enfrentar crisis de salud o crisis de algún otro tipo y, luego, una sentencia que me parece que da indicios de cómo va a abordar la Corte Constitucional de México los problemas del ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorga la Constitución al Ejecutivo en épocas de pandemia. No me voy a pronunciar, no voy a platicar sobre asuntos específicos que tengan que ver con la pandemia actual porque están sub judice en México y estoy vedado de emitir opinión sobre asuntos que, muy probablemente, van a estar ante el tribunal en muy poco tiempo.

Dicho esto, la primera parte de mi charla es realmente explicar la estructura de la Constitución mexicana para enfrentar problemas de este tipo. La Constitución mexicana básicamente tiene dos facultades extraordinarias para enfrentar momentos de crisis: La primera, que es la tradicional, es la suspensión de derechos y garantías, y, la segunda, es una facultad extraordinaria que se encuentra en la Constitución en materia de salubridad general para enfrentar específicamente casos de pandemia.

En cuanto a la suspensión de derechos y garantías, esta solo se ha usado una vez en la historia de nuestro país y fue durante la Segunda Guerra Mundial, en 1942 a 1945, se suspendieron

las garantías y los derechos de la ciudadanía. Esta facultad está reglada en la Constitución, en el artículo 29, el Ejecutivo invoca la suspensión de las garantías y requiere la aprobación del poder Legislativo.

Sin embargo, tiene ciertos límites esta facultad, existe un catálogo de derechos que no pueden ser suspendidos, este catálogo se encuentra en la Constitución y uno de esos derechos que no pueden ser sujetos a una suspensión de derechos y garantías, son precisamente los derechos políticos. Es decir, son indisponibles los derechos políticos, inclusive en una suspensión de derechos y garantías en México.

La segunda facultad extraordinaria es la facultad en materia de salubridad, ésta se ha usado dos veces: en 2008 se usó para hacer frente a la crisis, a la pandemia, de H1N1, y, ahora, en el 2020, se ha usado para la actual pandemia del Covid-19. ¿Cómo funciona? Se convoca a un consejo de salubridad, el Secretario de Salud y el Presidente de la República tienen amplísimas facultades una vez que se declara la pandemia, la crisis en materia de salud, el consejo de salubridad tiene facultades tanto ejecutivas como legislativas, vincula a los tres órdenes de gobierno. México es una federación por lo tanto tenemos un gobierno federal: entidades federativas con su propio ámbito de competencia y gobiernos municipales que tienen sus propios ámbitos de competencia.

El consejo de salubridad puede delegar la facultad en el Secretario o en un subsecretario, puede limitar los derechos de reunión, los derechos en tránsito, no está claro en la Constitución si se pueden limitar los derechos políticos pero yo creo que, por mayoría de razón, no se pueden limitar, toda vez que la suspensión de derechos y garantías expresamente prohíbe la suspensión de los derechos políticos, es decir, la Constitución prohíbe límites al componente democrático, prohíbe límites a los derechos políticos y prohíbe límites al sistema de representación. El catálogo de derechos que se encuentra en el artículo 19 son indisponibles y, ante un conflicto entre una crisis y la suspensión de los derechos políticos, la Constitución, inequívocamente, se inclina por salvaguardar los derechos políticos, ante cualquier crisis de cualquier tipo.

Desafortunadamente no puedo abordar más estos temas de Covid, llegarán ya a la Corte los asuntos y tendrán que ser resueltos en sede jurisdiccional.

Esto no quiere decir que, en épocas de crisis, no hemos enfrentado ya límites o intentos de límites, por parte del poder Ejecutivo, a los derechos políticos en México. Y el caso más claro, que creo que va a ser precedente cuando abordemos los casos de Covid, es en materia de seguridad pública.

Desafortunadamente, México ya lleva unos 20 años de crisis en cuanto a la seguridad pública y ha tenido el Ejecutivo que abordar este problema de diferentes maneras y una de las maneras recientes que llegó a la Corte, y que ya resolvió la Corte, fue cuando el poder Ejecutivo expidió una ley de seguridad nacional, esta ley de seguridad nacional, básicamente, les entregaba a las Fuerzas Armadas, en tiempos de paz, el control de la seguridad pública en el país. Este asunto fue impugnado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, por partidos de oposición, por las minorías en el Congreso Nacional, en acción de inconstitucionalidad llega el asunto

a la Suprema Corte y la Suprema Corte tiene que definir si la facultad federal, por seguridad nacional, abarca la seguridad pública; la Constitución es muy clara, la seguridad pública en México tiene que estar bajo el mando de autoridad civil, no puede estar bajo el mando de autoridad militar.

Entonces la discusión en la Suprema Corte se centró sobre una invasión de competencias, y una invasión de competencias que llevaba implícito una merma en los derechos políticos de la ciudadanía. ¿Por qué la merma? En la medida que uno utiliza una ley de seguridad nacional y le entrega al ejército el mando de la seguridad pública del país, se restringen los derechos políticos, es decir, sale la seguridad pública de la órbita de las entidades federativas, sale de la órbita de las autoridades municipales y se federalizan y, al federalizarse, la política pública de la seguridad pública sale de la esfera de la deliberación democrática a nivel de las entidades federativas, no solo eso, el sistema de rendición de cuentas sale de manos de los civiles y se coloca en manos de los militares.

Y esa invasión de competencias se declaró inconstitucional por parte de la Suprema Corte, prácticamente por unanimidad se declaró que la ley de seguridad nacional constituía un fraude a la Constitución y se declaró, en términos generales, la inconstitucionalidad de toda la ley por violar derechos políticos de una manera subrepticia, derechos políticos que, conforme a la Constitución, son indisponibles ante cualquier crisis. Eso no quiere decir que no pueda intervenir el ejército en materia de seguridad pública pero siempre bajo el mando y en auxilio de la autoridad civil.

Dicho eso, me parece que ese precedente se va a invocar cuando abordemos los asuntos de las facultades extraordinarias que tiene el consejo de salubridad, conforme está previsto en la Constitución, y gran parte del debate va a ser asegurar que los derechos políticos, entre otros, son indisponibles conforme a nuestra Constitución, no se vean mermados so pretexto de enfrentar una crisis como la que estamos enfrentando de salud.

Con eso concluyo mi plática de hoy y, nuevamente, les quiero agradecer la invitación para esta reunión. Muchas gracias.

LA DIVERSIDAD LINGÜÍSTICA
EN EL PERÚ CON MOTIVO DE
LA SENTENCIA EMITIDA EN EL
EXPEDIENTE 00889-2017-
PA/TC (CASO DÍAZ CÁCERES
DE TINOCO)

AUGUSTO FERRERO COSTA

*Vicepresidente del Tribunal
Constitucional del Perú.*

Queremos saludar y agradecer a la Corte Constitucional de Colombia a través de su presidente, magistrado Alberto Rojas Ríos por haber logrado realizar con éxito este evento. Para nosotros, es grato compartir con una distinguida audiencia un tema que -estamos seguros- resulta vigente en toda Sudamérica: el multilingüismo o diversidad lingüística.

En el Perú, felizmente, hemos tomado conciencia de nuestra diversidad lingüística y cultural, consagrada en seis artículos de la Constitución, entre otras de sus disposiciones, así como de toda la riqueza y complejidad que esto conlleva.

En este contexto, el Tribunal Constitucional del Perú, en una de las sentencias más comentadas, resuelta por mayoría con nuestros colegas magistrados del Tribunal, interpretó las disposiciones vinculadas a la diversidad lingüística. Nos referimos a la sentencia dictada en el Expediente 00889-2017, de la cual tuve el honor de ser ponente y en la que se ampararon los derechos fundamentales de una peruana quechuahablante, pronunciamiento que a continuación comentaremos.

Este caso inicia cuando Doña María Díaz Cáceres de Tinoco interpone demanda de amparo contra la Municipalidad de la Provincia de Carhuaz, ubicada en el departamento de Áncash, en la sierra peruana a ocho horas de Lima, la cual se distingue por sus hermosas quebradas y lagunas. En dicha provincia, el 73.27% de la población habla en quechua, por tanto, solicita continuar con su trabajo ambulatorio y que no se le exija lo “acordado” en la carta de compromiso, cuyo contenido desconoce, puesto que es quechuahablante y analfabeta en el idioma castellano.

El Tribunal Constitucional considera que el asunto litigioso radica en determinar si, desde una perspectiva constitucional, la carta de compromiso —sin traducción alguna al quechua— puede resultar vinculante a la demandante en su condición de quechuahablante y analfabeta en el idioma castellano. Y, si dicha adhesión resulta lesiva a sus derechos al trabajo, a la igualdad y al derecho al uso del propio idioma ante cualquier autoridad, reconocidos en la Constitución.

El máximo Tribunal recuerda que la Constitución peruana en su artículo 48 prescribe que “son idiomas oficiales el castellano, y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes”. Del texto advertimos que en el Perú contamos con una cláusula constitucional oficializadora-restringida.

En esa línea, nuestro Alto Tribunal expresa que tutelar la diversidad lingüística implica reconocer a las personas la facultad de usar su lengua materna en todos los espacios sociales. También determina que las lenguas aborígenes son conocidas actualmente como indígenas u originarias, y son anteriores a la difusión del idioma castellano que se preserva y emplea en el ámbito nacional; así como que la predominancia de una lengua originaria deriva de la ponderación entre criterios cuantitativos y cualitativos desarrollados en la Ley 29735, que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú.

Respecto a las consecuencias de la oficialidad, el Tribunal señala que esta implica que, en la Administración Pública, los trámites o procedimientos en los servicios públicos se desarrollen o brinden con pertinencia intercultural.

En lo concerniente al caso concreto, el Tribunal Constitucional resolvió que la demandante tiene derecho a utilizar el quechua (su lengua originaria) en su vida diaria, así como ante cualquier autoridad. Señaló que no hacerlo es un acto discriminatorio por indiferenciación. Por ello, dispuso que la Municipalidad demandada se comunique con la demandante de manera adecuada.

Como manifestamos, el Tribunal declaró un estado de cosas inconstitucional en relación con la ausencia de una efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comunique oficialmente también en lenguas originarias, en las zonas del Perú donde ellas son predominantes, tal como lo exige el artículo 48 de la Constitución.

Asimismo, ordenó al Ministerio de Educación que elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, a efectos de que se determine las lenguas originarias y las zonas del país en las que son predominantes y, por ende, también oficiales.

Igualmente, dispuso que todas las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos en la provincia de Carhuaz, oficialicen también el uso de la lengua quechua en un plazo de dos años.

Además de la trascendencia jurídica del caso, esta sentencia marcó historia en la manera como se comunicó a la sociedad, por lo cual el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

acordó la traducción al quechua —en la variante de Carhuaz— de un extracto de la misma y su lectura mediante un intérprete en un acto público, así como su publicación en el diario oficial El Peruano. Este acto se vincula a la lógica de las medidas de reparación de satisfacción utilizadas por la Corte IDH en su constante jurisprudencia, pues, siendo de naturaleza no pecuniaria, proveen reparación a quien se le han vulnerado sus derechos humanos.

Al interior del Tribunal Constitucional también generó cambios. Así en junio de 2018, con el objeto de verificar el cumplimiento de lo ordenado en la memorable Sentencia, se instaló la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional. Cerramos dicho año instalando la señalética en las lenguas Quechua, Aymara y Ashaninka en cada una de las oficinas de todas las sedes del Tribunal Constitucional.

A inicios del año 2019, inauguramos nuestro noticiero en quechua, por el cual se busca consolidar la inclusión social de nuestros compatriotas quechuahablantes. Y en abril del presente año, implementamos el portal web institucional en quechua. Como se observará hemos avanzado, pero aún tenemos mucho por hacer.

Al terminar mi charla, quiero agradecer a la presidenta de nuestro Tribunal Constitucional, doctora Marianella Ledesma por la confianza que me ha otorgado al proponerme como su vicepresidente y la colaboración que he tenido de ella para difundir la resolución sobre la cual hemos informado. Igualmente queremos extender nuestra felicitación a la profesora Paola Ordoñez, por su valiosa contribución para la elaboración de dicha resolución.

Muchas gracias.



5.2. CAPÍTULO II • EL IMPACTO DE LA PANDEMIA Y DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LOS GOBIERNOS EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS PERTENECIENTES A GRUPOS SOCIALES DIFERENCIADOS

En este capítulo se presenta la mesa de discusión general concerniente a los efectos de las medidas adoptadas para afrontar la pandemia sobre personas pertenecientes a grupos sociales diferenciados. En particular, a partir de un análisis con enfoque diferencial, se exponen las consecuencias que han soportado las mujeres, los niños, los adultos mayores, las poblaciones campesinas, las personas en condición de migrante y, en general las personas en condiciones de vulnerabilidad.

De manera complementaria, la mesa de discusión jurisprudencial aborda las decisiones judiciales proferidas por los respectivos Tribunales, Cortes o Salas constitucionales de los países iberoamericanos que guardan relación con los grupos de la población más afectados por la crisis sanitaria generada por el Covid-19.

MESA DE DISCUSIÓN GENERAL

PRESENTACIÓN

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General de la Corte Constitucional de Colombia.

En primer lugar, quisiera hacer un especial reconocimiento al Honorable Magistrado Alberto Rojas Ríos, presidente de la Corte Constitucional de Colombia, por su trabajo constante y comprometido en el desarrollo de la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional integrada por destacados juristas pertenecientes a cada una de las Salas, Cortes, y Tribunales constitucionales de los veintidós (22) países iberoamericanos. También, quisiera extenderle mis agradecimientos por invitarme a participar dentro de esta mesa de trabajo sobre la justicia constitucional iberoamericana.

Nos corresponde disertar sobre los mecanismos constitucionales de control adoptados por cada uno de nuestros países en relación con el impacto que tiene la pandemia sobre los principios del constitucionalismo, y en especial sobre las distintas formas que han adoptado los gobiernos para afrontar la crisis causada. En virtud de lo anterior, se efectuará un análisis sobre cómo el control constitucional ha garantizado la protección de los derechos fundamentales de distintos sectores de la sociedad, haciendo especial énfasis en los que más han resultado perjudicados como son: los trabajadores, los migrantes, los niños, los trabajadores de la salud, y los adultos mayores.

En el marco del impacto que han tenido para ellos las medidas gubernamentales tomadas como el cierre de fronteras, el aislamiento preventivo, la suspensión de la educación presencial, la suspensión de actividades laborales y comerciales, y la suspensión del transporte público.

Nuestro gobierno dio uso al mecanismo constitucional que por excelencia tenemos previsto para estos casos, como lo es la declaración del Estado de Emergencia, el cual autorizó al presidente de la República, con la firma

de todos los ministros, para dictar Decretos con fuerza de Ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. La Corte Constitucional de Colombia desarrolló un trabajo vigente, futuro, y dedicado para ejercer control de constitucionalidad sobre una totalidad de 115 Decretos Legislativos expedidos.

La mesa de trabajo la conforman altos dignatarios de las diferentes Salas, Cortes, y Tribunales constitucionales de cuatro de los veintidós países iberoamericanos.

En primer lugar, el Honorable Magistrado Juan José González Rivas, presidente del Tribunal Constitucional de España, el cual comparte el modelo español establecido para enfrentar la crisis causada por la pandemia y se refiere a dos casos muy particulares que dan una muestra de cómo funcionan las cosas en su país frente a los recursos presentados contra las medidas adoptadas por el gobierno.

En segundo lugar, está el Honorable Juez Hernán Salgado Pesantes, presidente de la Corte Constitucional de Ecuador, quien diserta sobre el sistema de control y protección de los derechos constitucionales en el modelo ecuatoriano.

En tercer lugar, está el Honorable Magistrado Francisco Rosales Argüello, presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, quien presenta una situación particular, toda vez que en Nicaragua no se declaró ningún estado de excepción, alarma o emergencia, y por ende no se adoptaron restricciones para el manejo de la pandemia.

En último lugar, el Honorable Magistrado Luis Ramón Fábrega Sánchez, presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, quien explica cómo se adoptó el control constitucional en aquel país dentro del marco de la pandemia.

Es preciso resaltar que entre las ponencias de cada uno de los juristas mencionados encontraremos puntos en común, lo que explica, en parte, la realidad que como países iberoamericanos compartimos. De otro lado, es menester hacer énfasis en los contextos de cada país, como es el caso de Ecuador, en donde se ha desarrollado un control judicial rígido con el fin de proteger a las familias que se encuentran en estado de aislamiento obligatorio, esto, si se tiene en cuenta que el confinamiento tiende a generar mayores conflictos de violencia intrafamiliar que deben ser atendidos oportunamente por la justicia. También, dentro del contexto del sistema constitucional español, es importante atender el enfoque que dicho sistema le ha dado a ciertos derechos en el marco de la pandemia como el derecho a la salud, el cual se encuentra catalogado como un derecho social, pero que ha ingresado al campo de la protección de amparo gracias a su conexidad con derechos fundamentales tales como el derecho a la vida y el derecho a la dignidad

humana. De igual forma, llama la atención el caso de Nicaragua, el cual, a pesar de no haber adoptado medidas excepcionales en el marco de la pandemia, cuenta con un sistema que ha garantizado la prestación del servicio de salud a domicilio.

Los países iberoamericanos gozan de una solidez institucional destacable, prueba de ello es que sus sistemas estatales respondieron de forma inmediata y oportuna para brindar protección a los sectores de la población más desfavorecidos, implementando medidas como los aplazamientos de cobro de créditos, la protección a los arrendatarios, y la continuidad del amparo constitucional.

Las crisis resultan ser un quebrantamiento de la normalidad y por ello resultan ser enormes oportunidades de cambio. El poder judicial de Colombia vivió un cambio forzoso a la virtualidad, cambio que antes de la pandemia era inimaginable. No obstante, puedo afirmar con esperanza y optimismo, que hoy la rama judicial ha mostrado ser igual de fuerte y garantista que como lo sería presencialmente. Finalmente, quisiera señalar que a pesar de las pequeñas diferencias que se observan en nuestros sistemas estatales y constitucionales, nos une el empeño de seguir adelante, de mantener la normalidad de las instituciones que no se han paralizado, y el ingenio para afrontar la crisis en medio de la escasez.

DEMOCRACIA Y DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LOS ESTADOS
DE EXCEPCIÓN. EL IMPACTO
DIFERENCIADO EN LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE PERSONAS
PERTENECIENTES A GRUPOS
SOCIALES ESPECÍFICOS

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS

*Presidente del Tribunal
Constitucional de España*⁴³.

El Presidente del TC explicó que el art. 116 de la Constitución recoge el estado de alarma -en términos semejantes al art. 27 de la Convención de San José 1969-, desarrollándolo la Ley Orgánica 4/1981; los cuales constituyen el marco constitucional español que justificó la adopción por el Gobierno del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma por el Covid-19 (de vigencia quincenal, prorrogado y convalidado hasta en seis ocasiones en el Congreso) que concluyó el 21 de junio 2020, con las tres fases de desescalada, dirigidas por las CCAA, en función de la evolución epidemiológica.

A nivel estatal, el Gobierno delegó en cuatro ministerios, destacando el de Sanidad cómo autoridad prioritaria (a cuyo cargo estaba el Centro de Coordinación de Alertas Emergencias Sanitarias, y ulteriormente se crearía la Secretaría de Estado de Sanidad) que controló la cuarentena integral de todo el territorio durante tres meses. A efectos judiciales, el RD-L 463/2020 previó la suspensión de los plazos administrativos y procesales, acordándose en RD-L 16/2020, el reinicio de su cómputo al inicio -y finalmente el RD 537/202 el reinicio a partir de comienzos del mes de junio-.

⁴³ Intervención enviada por el equipo del presidente del Tribunal Constitucional de España.

En el TC se dictó el Acuerdo del Pleno de 16 de marzo de 2020 respecto de los plazos en procesos ante el TC.

A nivel Autonómico fueron las Consejerías de Sanidad, mediante sus Órdenes, las que a partir de junio dirigieron las actuaciones contra la pandemia, con aislamientos territoriales limitados. Los Entes Locales también colaboraron en la ejecución de las medidas anti-covid en los municipios. Algunas resoluciones Autonómicas sobre la pandemia fueron objeto de impugnación ante los Jueces Ordinarios, anulándose, dando lugar finalmente a la modificación de Ley 3/2020 de medidas procesales y organizativas de Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que atribuye finalmente la competencia para enjuiciamiento de estos casos a las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales regionales.

A nivel constitucional, existen dos recursos de inconstitucionalidad pendientes ante el TC contra las convalidaciones del Estado de Alarma Covid-19, al entender dos grupos políticos legitimados que aquéllos cercenaban los derechos fundamentales y se excedían de las competencias del Ejecutivo.

El TC cuenta con dos precedentes: la STC núm. 83/2016, sobre el estado de alarma decretado a raíz de la huelga de controladores aéreos de 2010 (en el que el Presidente del TC se abstuvo, al haber formado parte de la Sala del TS que se inhibió al TC); y el ATC número 40/2020 que desestima el amparo promovido (por vía de la LO 9/1983 de Derecho de Reunión) por un sindicato, sobre su derecho a manifestarse el 1º de mayo en el escenario de pandemia, y en el que (formando parte el Presidente de la Sala 1ª del TC) el Tribunal otorgó prevalencia al bien jurídico salud pública sobre el bien jurídico derecho de reunión.

El Presidente del Tribunal Constitucional español agradeció a los Presidentes y Magistrados de las Cortes Constitucionales hermanas su asistencia y atención “telemática”, deseando que la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional «**promueva una Justicia Constitucional garante de los derechos de la persona y de su dignidad** [tal y como figura ésta en los Considerandos de la DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE de Bogotá (1948), en el Preámbulo CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS de San José (1969) y en el art. 10.1 de la Constitución Española (de 1978)] **forjando la paz en nuestros pueblos**».

Síntesis

- **Regulación constitucional y legal. Actuación de los poderes públicos. Proyección en grupos sociales específicos: tercera edad, mujeres maltratadas e infancia.**

La pandemia ha impuesto restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales especialmente en la libertad de circulación de las personas, como consecuencia de los confinamientos previstos.

Tanto en Europa como en los países iberoamericanos hemos asistido a la aprobación de medidas por parte de los respectivos ejecutivos que utilizando las técnicas normativas de

urgencia han propiciado la adopción de medidas excepcionales, refrendadas en los respectivos Parlamentos que han supuesto la creación y puesta en funcionamiento de mecanismos normativos que protegieran la salud pública de los ciudadanos y la consecución del interés general (así ha sucedido en Colombia, Argentina, Chile, El Salvador, Paraguay, Uruguay, Perú, República Dominicana y Puerto Rico y en los restantes países iberoamericanos).

Tal situación impone la necesidad de una ponderación de los intereses concurrentes.

La proyección de esta problemática en los diferentes grupos específicos ha supuesto en España la adopción de medidas a nivel del ejecutivo estatal en el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, que aprobó el estado de alarma, con confinamiento total desde el 14 de marzo de 2020 hasta el levantamiento del estado de alarma a partir del 21 de junio de 2020 y sucesivas Resoluciones del Congreso de los Diputados como la de 20 de mayo de 2020, sobre Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma.

En nuestro Tribunal, por sendos Acuerdos del Pleno de 14 de marzo de 2020 y 6 de mayo de 2020 se suspendió el cómputo de los plazos procesales y se volvió a rehabilitar su plena operatividad a partir del 5 de junio de 2020.

En dicho periodo se fomentó el teletrabajo, se celebró un Pleno no presencial el 6 de mayo de 2020 y durante dicho periodo se resolvieron 1.486 recursos mediante providencias, autos y sentencias dictadas en los asuntos jurisdiccionales de los que conoce el Tribunal.

El Ejecutivo Central creó un mando único para la adopción de medidas de control y seguimiento bajo la directa intervención de la Presidencia del Gobierno, el Ministerio de Sanidad cuya estructura administrativa ha sido recientemente reforzada con la creación a finales del mes de julio de una Secretaría de Estado y los Ministerios de Defensa (JEMAD y UME, así como la operación Balmis) y de Interior (con la participación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado).

Subrayo la intervención de las Comunidades Autónomas, con la participación de los Presidentes en sucesivas video-conferencias y asistencias de las respectivas Consejerías de Sanidad y Bienestar Social para la articulación a partir de primeros de junio de las sucesivas fases de desescalada (grados o fases 1, 2 y 3) con el levantamiento progresivo de las medidas de confinamiento. En el Consejo de Ministros de 25 de agosto de 2020 se posibilita que sean las Comunidades Autónomas las que insten al Gobierno del Estado la aplicación del estado de alarma.

También se han producido en el mes de agosto confinamientos parciales, cierre del ocio nocturno, uso obligado de mascarillas y distancias sociales con autorización de grupos reducidos.

Las Corporaciones Locales han contribuido, a través de las respectivas Concejalías, a establecer medidas de policía administrativa local (autorizaciones, permisos y controles) tendentes a la evitación de la propagación del virus.

La sanidad exterior del Estado ha efectuado el control de fronteras.

Desde la perspectiva constitucional la conjunción de los arts. 55 y 116 de la CE, la coordinación autonómica enmarcada en el título VIII de nuestra Constitución y la defensa de los intereses locales (art. 140 de la CE) han sido los mecanismos esenciales de actuación.

Desde el punto de vista organizativo y competencial, la actuación gubernamental amparada en el art. 97 de la CE completada con las leyes administrativas sobre el Gobierno y la Administración General, la intervención ejecutiva de las Comunidades Autónomas y la participación de las Corporaciones Locales han sido mecanismos básicos de inspección y control de la pandemia.

Grupos sociales específicos afectados por la pandemia han sido, entre otros:

- a) Las personas mayores inmersas en la tercera edad, que han evidenciado el mayor índice de mortalidad y han supuesto un mayor esfuerzo de los poderes públicos en la inspección y desinfección de Centros y Residencias que atienden a este colectivo.
- b) Los sectores poblacionales más necesitados de protección, por su relevante vulnerabilidad, como las mujeres maltratadas por sus parejas y los migrantes, con la protección de medidas que afectan a la sanidad exterior del Estado y especial afectación a la juventud e infancia, especialmente mediante medidas coordinadas suscritas el 27 de agosto de 2020 con los Ministerios de Sanidad, Educación y las respectivas conferencias intersectoriales para reanudar la vida académica en las escuelas, institutos y centros universitarios.

Se ha creado el ingreso mínimo vital para personas en situación de marcada vulnerabilidad y sistemas de ayudas financieras.

El respeto a la dignidad de la persona humana y la proyección de los principios de justicia social es pieza esencial de nuestro constitucionalismo y son aspectos esenciales que recogemos de manera sistemática.

Partimos de la referencia de la dignidad de la persona en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Organización de las Naciones Unidas.

Sustentado en esta Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, incorpora en su preámbulo la dignidad al señalar que: “Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Texto similar se encuentra incorporado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el año 1948 en la ciudad de Bogotá (Colombia), fue aprobado dentro del marco de la Novena Conferencia Internacional Americana, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, señalando en su preámbulo que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”.

Otros ejemplos de textos constitucionales pueden concretarse en los siguientes:

La Constitución del Brasil funda su ordenamiento jurídico en la protección de la Dignidad Humana (art. 1).

La Constitución chilena, de manera escueta señala en su artículo 1, número 1, que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

En Colombia, la dignidad humana se erige como uno de los Fundamentos del Estado, cuando en el artículo 1 de la Constitución establece que: *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*.

En el artículo 33 de la Constitución de Costa Rica, encontramos el establecimiento del principio consistente en que: *“Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”*.

En la Constitución ecuatoriana, en el Preámbulo se refleja que *“Decidimos construir una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”*.

En la Constitución de Guatemala, el artículo 4 dice que *“los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”*

La Constitución de Honduras precisa en el artículo 59 *“La dignidad del ser humano es inviolable”*.

En la Constitución de la República de Panamá, encontramos dos veces la referencia a la dignidad: En su preámbulo y en su artículo 17.

En la República de Paraguay, la Constitución se funda en el reconocimiento de la dignidad humana.

En la Constitución de la República de Perú, encontramos que su artículo 1, precisa que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*.

En dichas Constituciones es posible sintetizar las siguientes características del término “dignidad humana”:

- Es fundamento del orden político
- Es inherente a la persona
- Es inviolable
- Su protección está a cargo del Estado.

Los Tribunales Constitucionales de diferentes partes del mundo han abordado el tema de la dignidad de la persona.

El Tribunal Constitucional español se ha referido a la dignidad humana en numerosas resoluciones y por poner un ejemplo temprano lo ha suscitado en los siguientes términos:

- En la Sentencia de 17 de febrero de 1984, al ordenar el respeto de la dignidad de la persona cuando se trata de ejecutar una obligación personalísima de no hacer o de soportar que se ejecuta con compulsión directa sobre la persona.
- En la sentencia de 24 de mayo de 1982, recordando que son igualmente dignas todas las personas (art. 10 de la Constitución española), como fundamento del orden político y de la paz social.

A diferencia de los órganos políticos, los órganos de la justicia constitucional, y en especial los tribunales constitucionales, no adoptan sus decisiones por un acto de voluntad, sino de razón, esto es, de razón jurídica. Sólo la rigurosa fundamentación jurídica de sus resoluciones hace aceptable el ejercicio de unas facultades de tan alto relieve, entre ellas el control del legislador democrático.

Es exigible que la argumentación que el órgano jurisdiccional emplee siempre esté suficientemente razonada en términos de Derecho.

En la democracia constitucional, democracia y Estado de Derecho son realidades indisolubles.

Administrar justicia es juzgar y ejecutar lo juzgado. Esa competencia, que la tiene cualquier órgano de la jurisdicción ordinaria, han de tenerla y ejercerla también los órganos supremos de la jurisdicción constitucional. Así sucede en la inmensa mayoría de los demás países con justicia constitucional consolidada, y así debiera suceder en todos, sin excepción.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL ECUADOR DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19

HERNÁN SALGADO PESANTES

*Presidente de la Corte
Constitucional de Ecuador.*

Introducción

La promoción, garantía y protección de los derechos fundamentales como la vida, salud, libertad, integridad personal son una responsabilidad constitucional e internacional de los Estados, los cuales tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para la prevención y el tratamiento de las personas. Sin embargo, cuando los mecanismos ordinarios para enfrentar una situación excepcional -como la pandemia a causa del Covid-19- no se dan abasto, es preciso que los Estados tomen medidas extraordinarias para proteger fines legítimos como la salud pública y la vida de la población. No obstante, las medidas que los Estados están facultados a tomar están limitadas por el contenido de la Constitución y el Derecho internacional.

Conforme a los parámetros constitucionales e internacionales, esas medidas excepcionales deben ser: necesarias, graduales, temporales, idóneas y proporcionales al escenario extraordinario planteado⁴⁴. Esto implica que las medidas extraordinarias que adopte el Estado, debido a la pandemia, deben ser las necesarias y adecuadas, tanto técnica como científicamente, para lograr el fin de prevenir la propagación del virus y hacer posible el tratamiento oportuno de las personas afectadas. La gradualidad también es esencial en ambos sentidos: incremental, de menor a mayor intensidad frente a la gravedad de la

⁴⁴ Leandro Despouy. *Los derechos humanos y los estados de excepción*. Universidad Nacional Autónoma de México (1995): 25-45.

situación excepcional; y decreciente, de mayor a menor intensidad de la gravedad de la situación excepcional. La temporalidad de las medidas excepcionales es siempre un elemento básico, ya que su duración está estrictamente limitada a las exigencias de la situación; por lo cual, depende directamente de la existencia objetiva de la situación excepcional causada por la pandemia. Finalmente, esas medidas excepcionales adoptadas por los Estados, deben estar contenidas y expresadas en actos jurídicos formales, debidamente motivados, publicados y divulgados. Es necesario que dichas medidas sean de conocimiento público con la debida anticipación de modo tal que se pueda garantizar la seguridad jurídica y se lleve a cabo su control de manera técnica y jurídica.

Dado que las medidas adoptadas por los gobiernos y otras autoridades para enfrentar la pandemia del Covid-19 tienden a limitar derechos como la libre circulación, reunión pública, participación, acceso a la justicia, esparcimiento, trabajo, propiedad y libertad económica, entre otros; el papel de la Corte Constitucional (en adelante la Corte o CC) adquiere especial relevancia en la medida en que su principal misión es salvaguardar el Estado de Derecho y los derechos humanos establecidos en la Constitución.

En este sentido, el presente trabajo abarca una revisión del diseño institucional del estado de excepción (en adelante EE) en el Ecuador enfocando el régimen de protección de derechos en cuanto a estándares nacionales e internacionales. Posteriormente, analizaré las medidas adoptadas a través de los sucesivos decretos de EE y el control que realizó la Corte Constitucional; mencionaré algunas de las medidas tomadas en la fase de seguimiento de estos dictámenes. Finalmente, ofrezco algunas conclusiones y retos que se derivan del desarrollo previo.

El caso ecuatoriano

El diseño constitucional del Ecuador prevé una sola modalidad de declaratoria de EE, no existe un estado de emergencia o estado de sitio como en otros países, por ejemplo, España. En cuanto a las causales, en el caso bajo estudio, el gobierno nacional utilizó la de calamidad pública⁴⁵. Debo mencionar que en el dictamen 001-20-EE/20, la CC desarrolló parámetros para determinar las condiciones que llevan a esta causal. La Corte señaló –siguiendo a la Corte Colombiana– que la calamidad pública requiere de dos condiciones necesarias: a) que sea una situación catastrófica que afecta gravemente las condiciones sociales; b) que dicha situación sea imprevista o sobrevenida.

En cuanto a la temporalidad, el diseño institucional ecuatoriano prevé una duración del EE por un periodo máximo de 60 días y una renovación por 30 días adicionales⁴⁶. En la práctica,

⁴⁵ Según el art. 164 de la Constitución, las causales para declarar un EE son: agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural.

⁴⁶ Según el art. 166 de la Constitución, el decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse. Si el Presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, éste se entenderá caducado.

el EE fue declarado el 16 de marzo y culminó el 13 de septiembre de 2020, lo que implicó varios decretos y sus correspondientes renovaciones. Con respecto al ámbito territorial, en los sucesivos decretos el Presidente declaró como zona de seguridad a todo el país. De esta forma, inicialmente las medidas del EE alcanzaban a todo el territorio nacional, sin embargo, debido a las decisiones del Comité de Operaciones de Emergencia (COE) algunas zonas geográficas flexibilizaron las medidas de restricción. En lo que respecta a las medidas adoptadas por el gobierno central para hacer frente a la pandemia del Covid-19, se pueden mencionar las siguientes disposiciones: a) Establecer como zona de seguridad todo el territorio nacional; b) El empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; c) El cierre de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos; d) La movilización y las requisiciones que fueren necesarias; e) La recaudación anticipada de impuestos; f) Utilización de los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación.

Por otra parte, en lo que toca a los derechos fundamentales que se limitaron durante este periodo, tenemos: la libertad de tránsito y la libertad de asociación y reunión.⁴⁷ Como se sabe, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se ha pronunciado sobre los alcances del estado de excepción, especialmente respecto de la prohibición de suspensión de determinados derechos y garantías.

Concretamente, en su Opinión Consultiva 9/87, dicho Tribunal sostuvo que: *“Del artículo 27.1 [de la Convención] (...) se deriva 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 adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella (...) debe entenderse que en la implantación del estado de emergencia - cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno- no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia”*⁴⁸.

Como se observa, la Corte IDH ha enfatizado la inderogabilidad de las garantías judiciales en el marco de un estado de excepción. De modo más general, dicho organismo expresó en su Opinión Consultiva 8/87, lo siguiente: *“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. 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*

⁴⁷ Según el art. 165 de la Constitución, los derechos que se pueden limitar mediante declaratoria de EE son: derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

⁴⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9: párr. 21 y 25.

*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*⁴⁹.

Por consiguiente, la limitación o suspensión de ciertos derechos a través de las medidas adoptadas en el marco de un EE se encuentra sujeta a una serie de exigencias y restricciones jurídicas. En esta misma línea de razonamiento, en el caso Zambrano Vélez vs. Ecuador, el citado tribunal interamericano manifestó explícitamente que: *“Es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a éstas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención, ‘en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación’. Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria*⁵⁰.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé que la declaratoria de EE se encuentra sujeta a un estricto control constitucional por parte de la CC. Particularmente, el art. 436.8 de la Constitución menciona que corresponde a dicho organismo, *“Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales”*. El papel que adopta la Corte en este sentido es diferente a la del control político que puede válidamente llegar a ejercer el órgano legislativo. El control que ejecuta la Corte se enfoca, entre otros aspectos, en las facultades extraordinarias de las que dispone el Ejecutivo, en especial cuando estas impliquen la suspensión o limitación de derechos y garantías constitucionales.

Sobre la base de esta determinación, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) regula y desarrolla el procedimiento y objetivos de este control. Es así como, el Art. 119 de dicho cuerpo legal establece que el control de los EE tiene como finalidad, *“garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos”*. Asimismo, la citada disposición determina que la Corte llevará a cabo un control tanto formal como material del respectivo decreto y de los que se dictaren con fundamento en él. Las subsiguientes normas de la LOGJCC especifican en qué consiste cada uno de esos tipos de control constitucional, así como lo atinente a las medidas que se adoptaren con base en la declaratoria de estado de excepción.

El control Constitucional efectuado por la CC

En aplicación del principio de supremacía constitucional y con el objetivo de proteger el Estado democrático, la Corte Constitucional controló la constitucionalidad de ocho (8) decretos emitidos por el Presidente de la República en el contexto de la pandemia Covid-19.

⁴⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, Serie A No. 8: párr. 24.

⁵⁰ Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 4 de julio de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 166: párr. 47.

Primeramente, el 19 de marzo de 2020, mediante Dictamen No. 1-20-EE/20, la Corte analizó el Decreto Ejecutivo 1017 y autorizó: **(i)** la movilización en todo el territorio nacional de entidades de la Administración Pública Central e Institucional⁵¹ que coordinen esfuerzos para mitigar los efectos del coronavirus en el país; **(ii)** la suspensión del derecho a la libertad de tránsito, de asociación y de reunión, decretando una cuarentena comunitaria obligatoria; **(iii)** el toque de queda a partir del 17 de marzo de 2020 en los términos dispuestos por el COE nacional; **(iv)** la suspensión de la jornada presencial de trabajo para todos los trabajadores del sector público y privado y una acogida general al teletrabajo; y **(v)** requisiciones correspondientes para mantener activos los servicios que garantizan la salud pública⁵².

Adicionalmente, en su primer dictamen emitido durante la pandemia, la CCE afirmó que el Estado debe: **(i)** proteger a las personas en situación de calle y vulnerabilidad; **(ii)** garantizar el libre tránsito a las personas que laboran en áreas esenciales para el combate de la calamidad pública, y personas que necesiten abastecerse de bienes materiales necesarios para su salud y subsistencia; **(iii)** usar medios tecnológicos de geolocalización exclusivamente con personas a quienes las autoridades de salud hayan dispuesto aislamiento u otra medida similar; **(iv)** permitir el ingreso adecuado al país a personas, nacionales y extranjeras con residencia en el país, que se encuentren en tránsito al país o zonas fronterizas con debidos controles sanitarios y directrices emitidas por las autoridades de salud; **(v)** respetar los derechos fundamentales y garantizar el uso progresivo de la fuerza en las actividades de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas; **(vi)** proteger el derecho a la salud de los agentes de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas que estén en desplazamiento para atender la pandemia; y **(vii)** atender las realidades locales y nacionales mediante coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados⁵³.

Seguidamente, el 25 de marzo de 2020, mediante el Dictamen No. 1-20-EE/20A, la Corte realizó el control de constitucionalidad al Decreto Ejecutivo 1019. Se analizó una nueva medida en el contexto del EE, al declarar a la provincia del Guayas como zona especial de seguridad, con particular atención a los cantones de Guayaquil, Daule, Durán y Samborondón⁵⁴. Mediante dicho Decreto se decidió dar apoyo prioritario a la provincia mencionada, siendo las autoridades de ejecución el COE provincial, la Gobernación de la provincia y los Ministerios de Defensa, de Gobierno y de Salud Pública⁵⁵. La decisión se dio en torno al dramático aumento de casos de contagio de Covid-19 en la zona, por lo que la medida se consideró idónea tras la manifiesta inobservancia de la cuarentena comunitaria obligatoria⁵⁶.

Luego, el 22 de mayo de 2020, la CC emitió el Dictamen 2-20-EE/20 para realizar el control constitucional del Decreto Ejecutivo 1052; con el fin de renovar el estado de excepción por un periodo de 30 días. En esta decisión, se destaca el límite temporal del estado de excepción, pues la Corte exhortó al gobierno a que, "*durante los treinta días de vigencia del Decreto, de*

⁵¹ Se hace una mención especial de: la Policía Nacional, las Fuerzas Armadas, el Ministerio de Salud Pública y el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencia.

⁵² Corte Constitucional del Ecuador. *Dictamen No. 1-20-EE/20*, 19 de marzo de 2020.

⁵³ *Ibid.*, 20.

⁵⁴ Corte Constitucional del Ecuador. *Dictamen No. 1-20-EE/20A*, 25 de marzo de 2020.

⁵⁵ *Ibid.*, párr.25.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 27-28.

*forma coordinada con todas las autoridades nacionales y locales, el gobierno y el Estado tomen las medidas necesarias para que se pueda enfrentar la pandemia de conformidad con los mecanismos jurídicos ordinarios*⁵⁷. Además, la Corte estableció parámetros para la protección de los derechos no suspendidos en el EE, resaltando entre ellos: la salud, educación y conectividad, trabajo, movilidad humana, acceso a la información, libertad de expresión y los derechos de las mujeres, los pueblos indígenas y las personas privadas de libertad. También, la CC se refirió al malestar público ocasionado por la corrupción, motivo por el cual resaltó el deber constitucional de denunciar y combatir estos actos⁵⁸.

Posteriormente, el 29 de junio de 2020, la Corte emitió el dictamen No. 3-20-EE/20, mediante el cual llevó a cabo el control de constitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1074, de 16 de junio de 2020; por el cual el Presidente de la República declaró un nuevo EE por la calamidad pública derivada de la pandemia Covid-19. Si bien en este dictamen la CC ratificó la constitucionalidad del EE, se debe indicar que existieron tres votos salvados y un voto concurrente, lo que demuestra que la decisión no fue unánime y que se presentaron aspectos de compleja resolución. En lo que concierne al voto de mayoría, cabe primeramente destacar que la Corte llevó a cabo nuevamente un control formal de la declaratoria, en el cual se examinó la identificación de los hechos y la causal invocada, su justificación, el ámbito territorial y temporal, los derechos susceptibles de limitación y las respectivas notificaciones prescritas por la disposición constitucional.

Asimismo, la Corte en el voto de mayoría también ejerció el control material de la declaratoria de estado de excepción. En este sentido, cabe destacar que si bien la CC consideró que la calamidad pública por la emergencia sanitaria se encontraba justificada, desestimó la motivación por razones económicas. Específicamente, el voto de mayoría determinó que, *"este criterio se basa en que tales problemas, por tener un carácter endémico, deben ser solucionados dentro del ordenamiento jurídico normal vigente, a través de políticas de mediano y largo plazo. Caso contrario, las crisis económicas mantendrían a naciones en permanentes estados de excepción"*⁵⁹. Además, la CC señaló que el Ejecutivo cuenta con herramientas ordinarias para la toma de decisiones en materia económica, por lo que no ameritaba recurrir a atribuciones extraordinarias correspondientes al estado de excepción.

En lo atinente al aspecto sanitario, en el dictamen No. 3-20-EE/20 en análisis, la Corte reconoció que la pandemia generada por la Covid-19 es un hecho inédito que ha tenido efectos incalculables, pero que *"a pesar de la gravedad de la calamidad pública que nos encontramos atravesando, sus efectos han empeorado por la falta de atención oportuna por parte de varias entidades públicas"*⁶⁰. De todas maneras, la CC concluyó que los hechos constitutivos de la declaratoria no podían ser superados a través del régimen constitucional ordinario, sin dejar de llamar la atención al Ejecutivo por la falta de un accionar estatal acucioso destinado a contar con mecanismos ordinarios para combatir la Covid-19 y sus efectos⁶¹.

⁵⁷ Corte Constitucional del Ecuador. *Dictamen No. 2-20-EE/20*, 22 de mayo de 2020, párr. 26.

⁵⁸ *Ibid.*, 6-14.

⁵⁹ Corte Constitucional del Ecuador. *Dictamen No. 3-20-EE/20*, 29 de junio de 2020: párr. 34.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 47.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 57.

De igual manera, resulta significativo que en el voto mayoritario de la Corte haya advertido que el Decreto 1074 adolecía de algunos vicios, entre ellos el fundamentarse en hechos idénticos a los expuestos en los anteriores decretos, sin exponer una situación diferente a la ya analizada en los dictámenes precedentes. No obstante, en esta decisión de mayoría la CC ponderó la magnitud de la situación y consideró que impedir el régimen de excepción decretado por el Presidente de la República y levantar todas las medidas de forma inmediata, conllevaría una rápida escalada de los contagios, lo que a su vez generaría efectos nefastos para la salud de las personas. Por ello, en el voto de mayoría se manifestó que, *“ignorar esta realidad implicaría un actuar irresponsable en razón de las afectaciones a derechos, mismas que serían de dimensiones irreparables e incuantificables, puesto que se pondría en peligro la vida, la integridad y la salud de los habitantes del Ecuador”*⁶². Sobre la base de estas premisas y en razonamientos similares, la Corte consideró que el ámbito temporal y espacial de la declaratoria de EE se encontraba justificada, por lo que refrendó su constitucionalidad.

Por otra parte, es importante notar que en su voto de mayoría la CCE exigió a las distintas funciones del Estado trabajar de manera coordinada, para implementar mecanismos adecuados que permitan combatir sostenible y eficientemente la pandemia. Específicamente, la Corte conminó al Ejecutivo y demás funciones con potestad normativa y entidades públicas a encontrar vías expeditas para adecuar el sistema político y jurídico a las necesidades exigidas por la crisis sanitaria. Finalmente, en lo que concierne a las medidas adoptadas en el marco del referido Decreto 1074, en su voto de mayoría la Corte estimó que estaban en concordancia con los requisitos formales previstos en la LOGJCC. Respecto del control material de dichas medidas, la CC consideró que en general las mismas se acoplaban a las exigencias constitucionales, aunque condicionó las actuaciones del COE nacional a la observancia de una serie de requisitos a fin de que guardaran consonancia con el marco constitucional.

Con relación al voto salvado⁶³, se debe indicar que el disentimiento implicó el criterio de desestimar la declaratoria de estado de excepción por violar los límites temporales, espaciales y materiales establecidos en la CRE; aunque precisando que los efectos de tal inconstitucionalidad debían diferirse en el tiempo, en vista de la necesidad de establecer un régimen de transición hacia la *“nueva normalidad”*.

En este sentido, el voto salvado argumentó que el Ejecutivo ignoró el llamado previo de la Corte, e incumplió su obligación de implementar medidas más allá de las inmediatas para retornar al régimen jurídico ordinario. El voto disidente señala la necesidad de apartarse de

⁶² *Ibid.*, párr. 60.

⁶³ Como se indicó anteriormente, también existió un voto concurrente emitido de manera conjunta por los jueces Agustín Grijalva y Alí Lozada Prado. En lo esencial, dicho voto enfatiza su desacuerdo con una declaratoria de estado de excepción por motivos económicos, por considerar que tales circunstancias deben ser atendidas a través de los mecanismos ordinarios; por ello, en este voto se argumenta que la invalidez de las específicas medidas de carácter económico debía ser declarada expresamente. Por otro lado, en el voto concurrente en referencia se señala que no hubiera sido óptimo declarar la inconstitucionalidad del decreto porque uno de los roles de las cortes constitucionales es actuar con prudencia y considerar la equidad de las soluciones jurídicas ante los hechos sometidos a su conocimiento; y que las circunstancias de la pandemia son tan inéditas que no pudieron ser previstas por el constituyente al momento de fijar el plazo máximo del estado de excepción.

criterios que permitan estados de excepción sucesivos, ilimitados e indefinidos. Se agrega en el voto de minoría que tampoco se justificó en el Decreto la necesidad de declarar el estado de excepción en todo el territorio nacional. Finalmente, en lo que concierne al diferimiento de los efectos de la inconstitucionalidad, el voto salvado consideró que ello debía producirse durante un lapso de 45 días, a fin de que las autoridades competentes pudieran establecer medidas adecuadas para afrontar la pandemia en conformidad con el régimen jurídico ordinario.

Finalmente, la Corte emitió el 24 de agosto de 2020 el último dictamen de constitucionalidad de estado de excepción, signado con el No. 5-20-EE/A, en esta ocasión respecto del Decreto Ejecutivo 1126 de fecha 14 de agosto del mismo año. Mediante este decreto el Presidente de la República dispuso la renovación del EE dictado a través del citado Decreto 1074. Al respecto, cabe destacar que, si bien en este dictamen de modo general se refrendó por unanimidad la constitucionalidad condicionada, formal y material, tanto de la declaratoria como de las medidas específicas adoptadas, la Corte también realizó una serie de puntualizaciones de enorme significancia. Es así que, en lo principal, la CCE manifestó expresamente lo siguiente: *“Tras haber realizado varios exhortos a las autoridades nacionales y seccionales para transitar paulatinamente a un régimen ordinario apto para enfrentar al Covid-19, transcurrido este periodo de 30 días de renovación del estado de excepción la Corte Constitucional no admitirá una nueva declaratoria sobre los mismos hechos que han configurado calamidad pública en dos ocasiones previas con sus respectivas renovaciones⁶⁴”*.

Con esta advertencia, se determinó que el decreto analizado iba a ser ineludiblemente el último en el que se declarara un EE por los mismos motivos relacionados con la pandemia Covid-19. En tal virtud, la propia Corte precisó una serie de parámetros y reglas atinentes al establecimiento de políticas y medidas concretas que pudieran aplicarse en el marco de un régimen ordinario, en el contexto de un periodo de transición hacia una “nueva normalidad”. Esta dilucidación justamente motivó que el voto fuera unánime.

En este sentido, la Corte abordó y estableció estándares para la constitucionalidad de una serie de cuestiones relacionadas a los siguientes temas: movilizaciones en todo el territorio nacional (entidades de la administración pública central e institucional y Fuerzas Armadas como complemento a las acciones de la Policía Nacional); suspensión de derechos (prohibición de espectáculos públicos; restricciones vehiculares; regulación sobre transporte; prohibición de bebidas alcohólicas; regulación de uso de playas; regulación de clases presenciales; prohibición de apertura de bares y discotecas; restricción de actividades físicas en lugares cerrados; regulación sobre aforos en locales comerciales y horarios de atención; suspensión de jornada presencial en el sector público y teletrabajo; mecanismos de control y vigilancia de medidas de bioseguridad; toque de queda; cierre de fronteras y prohibición de reuniones sociales; requisiciones); régimen jurídico y toma de decisiones del COE nacional; y, manejo y difusión de la información en el correspondiente régimen de transición.

⁶⁴ Corte Constitucional del Ecuador. *Dictamen No. 5-20-EE/20*, 24 de agosto de 2020: párr. 137.1.i.

Fase de seguimiento de resoluciones de la CC:

Dado que dentro de las competencias constitucionales de la CCE se contempla la facultad de abrir fases de seguimiento sobre el cumplimiento de sus sentencias o dictámenes; y debido a la relevancia de la emergencia sanitaria global desatada por la Covid-19, la Corte emitió autos de verificación relacionados con cuestiones relevantes en el marco del estado de excepción. Así, se destaca el exhorto al Consejo de la Judicatura (en adelante, CJ), tanto para garantizar el acceso a las acciones y la justicia constitucionales en el contexto de la emergencia sanitaria, como para adoptar directrices claras y oportunas a fin de evitar posibles suspensiones de las garantías constitucionales⁶⁵. Asimismo, en ocasiones posteriores, la Corte ordenó al CJ investigar hechos relacionados con posibles violaciones de derechos humanos en que se limite el acceso a la justicia y, de ser necesario, que determine responsabilidades⁶⁶.

Por otra parte, cabe resaltar que en la sentencia 1470-14-EP/20 la Corte hizo seguimiento de la sentencia 364-16-SEP-CC del año 2016, contextualizándola en el marco de la respuesta a la pandemia provocada por la Covid-19. En tal virtud, la CC dispuso que el Ministerio de Salud Pública (en adelante, MSP) y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante, IESS) realizaran una campaña de difusión de las medidas de contingencia relativas a la atención médica y aprovisionamiento de medicinas para los pacientes portadores de VIH, pertenecientes a la Red Pública Integral de Salud, en el contexto de la pandemia. Adicionalmente, la Corte designó a la Defensoría del Pueblo (Ombudsman) como ente responsable de verificar el cumplimiento efectivo de la campaña previamente mencionada y de implementar procesos de veeduría ciudadana, en coordinación con el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en las adquisiciones de medicina necesaria para tratamientos de VIH realizadas por el IESS y el MSP⁶⁷.

En el auto de verificación 14-12-AN/20, la Corte reiteró la especial situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad (PPLs) en el contexto de la emergencia sanitaria. En tal virtud, dispuso medidas especiales para garantizar el cumplimiento de la sentencia 001-13-SAN-CC del año 2013. Asimismo, la CC llamó la atención a la Defensoría del Pueblo y a los directores de los Centros de Rehabilitación Social por el cumplimiento parcial y defectuoso de dicha resolución. Concretamente, ordenó verificar la implementación de un sistema de registro de ingreso y permanencia en dichos Centros; enfatizando en dar urgente cumplimiento a la disposición dado el alto riesgo de contagio de Covid-19 entre PPLs, por las condiciones de hacinamiento en los Centros de Rehabilitación Social en el país⁶⁸.

Finalmente, cabe mencionar que la Corte, en el auto de fase de seguimiento 1-20-EE-20 de 16 de junio de 2020, ante la comunicación de un supuesto conflicto normativo entre la Constitución y el Decreto Ejecutivo 1053 (que reformó el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sector Público en lo atinente a la jornada laboral), manifestó que lo pertinente era la presentación de la acción correspondiente en forma independiente⁶⁹.

⁶⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Auto de fase de seguimiento No. 1-20-EE/20, 28 de abril de 2020: 5

⁶⁶ Corte Constitucional del Ecuador. *Auto de verificación No. 1-20-EE/20 y 2-20-EE acumulados*, 22 de julio de 2020: 8

⁶⁷ Corte Constitucional del Ecuador. *Auto de verificación No. 1470-14-EP/20*, 15 de julio de 2020: 9-10

⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador. *Auto de verificación No. 14-12-AN/20*, 22 de julio de 2020: 5-6

⁶⁹ Corte Constitucional del Ecuador. *Auto de fase de seguimiento 1-20-EE-20*, 16 de junio de 2020: párr. 9, 10, 11, 15,

Conclusiones:

La pandemia por el Covid-19 ha supuesto un escenario global sumamente complejo, y en gran medida inédito, que ha obligado a muchos Estados a implementar EE. Esta circunstancia ha generado tensiones entre la necesidad de prevenir, mitigar y resolver los efectos nocivos provocados por la pandemia, tanto a nivel sanitario como económico; y la obligación permanente de respetar, garantizar y desarrollar los derechos humanos, afianzando los principios del Estado Constitucional.

En el caso ecuatoriano, el Presidente ha emitido una serie de decretos, tanto para la declaración expresa de EE, como para la implementación de ciertas medidas específicas dentro de ese marco. Tales decisiones han implicado limitación e incluso suspensión de determinados derechos constitucionales, lo que se ha justificado en aras de precautelar la salud, integridad y vida de las personas. En este sentido, como se ha explicado a lo largo del presente trabajo, toda declaratoria de EE se encuentra sujeta al cumplimiento irrestricto de una serie de estándares y parámetros, fijados no sólo a nivel interno, sino también por instrumentos internacionales de derechos humanos.

En medio de la pandemia el papel de la Corte Constitucional ha sido esencial, ya que ha debido ejercer el control de constitucionalidad del EE y de las medidas y decisiones adoptadas en ese marco general. En este sentido, la labor de la CC se relievó por llevar a cabo un análisis pormenorizado y riguroso no solo de los fundamentos, motivaciones y medidas específicas implementadas por el Ejecutivo, sino también de una serie de acciones constitucionales vinculadas, dando además seguimiento y seleccionando casos relevantes dentro de la presente situación.

La defensa y garantía del régimen constitucional sigue siendo un reto de enorme significación para los guardianes de la Constitución en el difícil contexto de la pandemia. Esta tarea alcanza una importancia vital para la plena vigencia del Estado de Derecho y el fortalecimiento de la Democracia.

Bibliografía

Despouy, Leandro. Los derechos humanos y los estados de excepción. Universidad Nacional Autónoma de México (1995): 25-45.

Jurisprudencia Corte IDH

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, Serie A No. 8.

Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 4 de Julio de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 166.

Jurisprudencia Corte Constitucional del Ecuador

- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 1-20-EE/20, 19 de marzo de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 1-20-EE/20A, 25 de marzo de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 2-20-EE/20, 22 de mayo de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 3-20-EE/20, 29 de junio de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 5-20-EE/20, 24 de agosto de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Auto de fase de seguimiento No. 1-20-EE/20, 28 de abril de 2020: 5
- Corte Constitucional del Ecuador. Auto de verificación No. 1-20-EE/20 y 2-20-EE acumulados, 22 de julio de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador. Auto de verificación No. 1470-14-EP/20, 15 de julio de 2020
- Corte Constitucional del Ecuador. Auto de verificación No. 14-12-AN/20, 22 de julio de 2020
- Corte Constitucional del Ecuador. Auto de fase de seguimiento 1-20-EE-20, 16 de junio de 2020

MANEJO DE LA PANDEMIA CON LAS REGLAS DE LA NORMALIDAD CONSTITUCIONAL EN NICARAGUA

FRANCISCO ROSALES ARGÜELLO

*Presidente de la Sala Constitucional de la
Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.*

Me uno a la felicitación que han hecho los que me han presidido en el uso de la palabra. Quiero felicitar a la Corte Constitucional de Colombia por la organización de la Decimotercera Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, primera conferencia virtual de las 13 que se han realizado. También quería saludar a la Dra. Martha Sáchica. Recordamos a su padre como uno de los precursores de la idea del dinamismo de la Constitución, que la Constitución no es una norma pétrea, por el contrario, evoluciona y permite adaptarse a las circunstancias. Lo que implica que la justicia constitucional también sea dinámica.

Esta idea la resaltaba Fix Zamudio en el Juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal. En Nicaragua, en una de nuestras sentencias el carácter del dinamismo que tiene la Constitución como letra y vida, la Constitución es algo que se vive, de aplicación inmediata, diversa y en el caso nicaragüense nosotros protegemos toda la Constitución, es decir, no es un capítulo, o algunos artículos, el amparo protege toda la Constitución y, puede dirigirse contra cualquier acto de la administración pública.

El artículo 188 establece el recurso de amparo: *“en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de esta que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política”*. No hay ninguna diferencia entre los funcionarios judiciales y los funcionarios del sector administrativo. El constituyente fue claro, los jueces también son sujetos de recursos de amparo.

En materia de derechos fundamentales, en época de estados de excepción, en Nicaragua tenemos muy poco que decir porque el Gobierno no ha declarado ningún estado de excepción: catástrofe, emergencia, estado de sitio, o estado de calamidad. En Nicaragua existe efectivamente la posibilidad de la suspensión de los derechos fundamentales en determinados casos, y precisamente lo señala el artículo 185 constitucional para aquellos casos en los que el Presidente de la República lo decreta: *“El presidente de la República en consejo de ministros podrá decretar para la totalidad o parte del territorio nacional y por tiempo determinado y prorrogable la suspensión de derechos y garantías, aun la suspensión de derechos y garantías cuando así lo demande la seguridad de la nación, las condiciones económicas o en caso de catástrofes nacionales”*. Estos son los tres casos, seguridad de la nación, condiciones económicas o en caso de catástrofes nacionales. “La ley de emergencia regulará sus modalidades”.

Para el manejo de la Pandemia, en Nicaragua no se ha decretado el estado de emergencia, ni se ha decretado ningún estado de calamidad, sencillamente se ha actuado con las reglas de la normalidad constitucional. El Presidente de la República en sus intervenciones ha dicho de manera clara que no se paraliza la actividad económica, todo continúa funcionando con normalidad. De tal suerte que pareciera contradictorio, pero aún en plena pandemia hemos podido crecer, en relación con el primer semestre del 2019 y del 2020, hemos crecido el 17 %.

Nuestras exportaciones están bien, no se paralizó la actividad económica. Se nos criticó por no haber decretado la emergencia sanitaria. ¿Qué es lo que pasa? En Nicaragua la salud es un derecho universal que está contemplado de una manera muy particular. En primer lugar, en la Constitución; en segundo lugar, las políticas de salud aquí han sido prácticamente diferentes de todos, nosotros tenemos salud en la comunidad y salud en el hogar, llevamos la salud a la comunidad y a los hogares. No esperamos que llegue el paciente a los hospitales, de tal manera que cuando empezó la pandemia se habían consultado y visitado 4 millones de personas en Nicaragua, eso nos permitió hacer prevención. Nosotros vacunamos periódicamente contra todas las influencias y contra todas las enfermedades de carácter epidemiológico, por ejemplo, influenza asiática, gripe, neumonía, malaria, etc. Son 9 vacunas las que periódicamente se están aplicando, de tal manera que la atención en salud y prevención de enfermedades juega un papel permanente, continuo dentro de las políticas del gobierno de reconstrucción y unidad nacional.

En Nicaragua las endemias son habituales, malaria, silicosis, tuberculosis, endemias incluso que tienen su origen precisamente en muchos casos en la forma cómo se explota la naturaleza, es decir la tuberculosis, la silicosis, son producto de la explotación minera. Entonces hay muchas enfermedades que tienen sus orígenes y que son lo que debemos muchas veces atacar. Qué pasa con la pandemia en este momento en Nicaragua, nosotros tenemos según Forbes Centroamérica, el mejor nivel de recuperación, Forbes Centroamérica acaba de sacar la semana pasada y expone que en el país tenemos menos muertos y mejor recuperación. ¿Por qué? Porque por un lado tenemos un sistema de prevención. Y, por otro lado, la salud en Nicaragua no se privatizó, la salud es un servicio público, cualquier persona es atendida en el hospital. Pero como arriba lo mencionamos, el sistema va a la comunidad y al hogar. Esta metodología la está aplicando Costa Rica, la ha aplicado El Salvador y Honduras, porque estos

países se han dado cuenta que se traduce en resultados positivos desde el punto de vista de la salud.

Desde el punto de vista de medidas de cierre de fronteras, en Nicaragua no se han tomado decisiones en tal sentido. En un corto tiempo el gobierno cerró la frontera por unos días, pero, en general, las fronteras han estado abiertas. Obviamente como en todo país soberanamente se regula el ingreso al país y se ha establecido que quien ingresa debe cumplir con ciertos requisitos, comunes a cualquier legislación propia de un estado constitucional.

Desde el punto de vista de ejercicio de derechos: cuando se habla de la libertad de circulación y de manifestación. Este debe ejercerse de conformidad con la ley. Es obvio que en época de pandemia no estaría permitido que la gente salga a hacer manifestaciones, sin guardar el aislamiento debido y cumplimiento de las medidas de bioseguridad. Sin embargo, no se ha restringido, no se ha expedido ley ni disposición administrativa que tenga por objeto prohibir o limitar este derecho.

En lo que se refiere al acceso al país: cualquiera puede venir a Nicaragua siempre y cuando cumpla con los requisitos. Uno de los requisitos en este momento es hacerse la prueba para detectar el Covid. De igual manera como algunos países de Latinoamérica exigen la presentación de la vacuna de la fiebre amarilla, o países que cobran por pedir la visa, hay países que requieren de requisitos especiales para liberar un pasaporte o extender la visa, y hay algunos que no, son todos estos actos soberanos en los cuales nosotros no podemos intervenir.

En Nicaragua no ha habido ninguna declaración sobre el estado de emergencia. Sin embargo, en el pasado en algún momento, en el año 2005, el Presidente de la República de aquella época decretó una emergencia que, en ese momento, se le ocurrió suspender el recurso de amparo concebido en el artículo 45 constitucional. La sala constitucional se pronunció ante la presencia de un recurso en contra de esos decretos y tales decretos fueron declarados inconstitucionales. Entonces el último precedente fue ese, de un recurso donde se declaró una emergencia por cualquier motivo y se decretó el estado de emergencia, pero realmente no hubo nada, porque nosotros decretamos la inconstitucionalidad y expulsamos los decretos del ordenamiento jurídico, esa es la realidad con respecto a lo que ha sucedido en Nicaragua.

Es obvio, como señalaban los que me presidieron en el uso de la palabra, y de la mesa uno, que el tránsito y la circulación son libertades que efectivamente sufren porque no se puede decir que se va a circular como uno quisiera. El confinamiento aquí no ha sido nunca, porque precisamente decíamos que la actividad económica no se paralizaba, entonces aquí la gente salía, el transporte público existe, el transporte privado existe, los taxis etcétera, la gente toma sus medidas, van con mascarilla, otros además de la mascarilla llevan sus botellitas de alcohol, otros en algunos centros comerciales o farmacias, peluquerías, etcétera, no sé entra sin antes haber pasado por una alfombra a efectos de que los zapatos no vayan a contaminar, y una persona no entra sino va con mascarilla, pero esos son decisiones voluntarias.

Nicaragua no ha tomado ninguna decisión al respecto, es decir, como gobierno la administración pública no ha sacado ninguna norma prohibiendo alguna actividad. Por

eso es por lo que cuando decían que comentáramos algo en torno a decisiones judiciales, no podíamos hacerlo porque sencillamente no tenemos recursos. En materia laboral evidentemente si se dan algunos problemas, pero no han llegado a la Corte porque el código del trabajo establece que para la suspensión de labores se requiere una negociación previa colectiva, entonces en zona franca donde se han operado algunas suspensiones, algunos cierres han tenido que pasar por el procedimiento establecido por la convención colectiva, por el código del trabajo que establece una obligación previa de negociación, entonces todo está facilitado.

Por ahora a la Corte no ha llegado ningún recurso de amparo porque fueron despedidos tantos trabajadores de una empresa o porque hay disposición de suspensión de labores, la cual también debe cumplir con el requerimiento de negociación de nuestro código, porque nuestro código establece aún de manera individual la obligación de solicitarle al Ministerio de Trabajo la autorización para cancelar un contrato de trabajo o para ponerle fin a este. La rescisión unilateral de los contratos de trabajo no existe en Nicaragua, si alguien despide sin pedir la autorización, automáticamente se cae un artículo, muy conocido acá, que establece la indemnización por despido injustificado, que en algunas legislaciones se conoce como despido injusto, ruptura abrupta y abusiva en el caso francés o en el caso belga, pero normalmente en el caso español.

Entonces la decisión de la ruptura abusiva está controlada, y se considera por el sólo el hecho de no pedir la autorización al Ministerio de Trabajo, como un despido abusivo, indemnización por despido injustificado. Entonces las causas justas de despido existen, pero tiene que ser con autorización del Ministerio del Trabajo.

Desde el punto de vista de que haya llegado a la Corte, hay un trámite único, de alguien que fue despedido en su momento, pero no hay sentencia en firme todavía, la sala constitucional de la Corte conoció de un amparo contra el Tribunal Laboral Nacional, y efectivamente la sala dijo que tenía que cumplir con el debido proceso, porque nuestra Constitución establece el debido proceso para todos los procesos sean bien administrativos o judiciales, el artículo 34 recoge originalmente el pacto de San José de la Corte Interamericana, dice que las garantías típicas establecidas desde el debido proceso y en la tutela judicial efectiva, en este artículo, son aplicables a los procesos administrativos y judiciales, y reza el texto inicial del artículo 34 que toda persona en un proceso tiene derecho a igualdad de condiciones, al debido proceso, y a la tutela judicial efectiva, y como parte de ellas, a las demás garantías del pacto de San José, las cuales se amplían de conformidad con la constitución reformada, a todos procesos.

Las garantías mínimas establecidas para el debido proceso y la tutela judicial efectiva por el artículo, son aplicables a los procesos administrativos y judiciales, es decir que con eso se cubre todo, como le decía antes, nosotros velamos y defendemos la Constitución en su totalidad, se puede recurrir por inconstitucionalidad ya sea desde el caso concreto o de manera concreta en contra de la norma, y lo único que se requiere es ser ciudadano nicaragüense, nada más, y obviamente observar la inconstitucionalidad, el convocante del amparo tiene que demostrar que hay agravio, y si hay agravio tiene que ser personal y directo no puede ser de otra manera.

LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN PANAMÁ

LUIS RAMÓN FÁBREGA SÁNCHEZ

Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Buenos días para todos, y buenas tardes a nuestros distinguidos Magistrados europeos. Primero quiero saludar y dar las gracias a nuestros anfitriones, en particular al Magistrado Alberto Rojas Ríos y saludar a todos los miembros de la mesa en la cual tengo el honor de participar.

Dentro del título de esta conferencia, participamos en la tercera mesa de trabajo cuyo tema es el impacto diferenciado en los derechos fundamentales de personas pertenecientes a grupos sociales específicos. En los tiempos de pandemia que nos ha tocado vivir, son pocas las facetas de nuestras vidas que no se han visto afectadas por las nuevas reglas de lo que denominamos la nueva normalidad. En nuestro país este proceso de readaptación se inicia luego de la emisión y publicación del primer decreto de gabinete que declara emergencia sanitaria nacional y que establece las pautas de la futura interacción social para controlar esta pandemia declarada por la OMS del Covid-19, esta es la Resolución del Gabinete N° 11 del 13 de marzo del presente año.

Sin duda alguna la historia de la humanidad registra crisis causadas por enfermedades infecciosas que han amenazado el bienestar de los ciudadanos como todos sabemos. Incluso a nivel global como el actual, pero no conocíamos precedentes, al menos en tiempo recientes, de situaciones que se hayan extendido con la inusitada rapidez que en breve lapso la ha convertido en una crisis sanitaria de carácter global.

La pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, de marzo de 2020, y como consecuencia de esta, las medidas adoptadas para combatirlas han afectado derechos humanos de un amplio rango, con impacto diferenciado en poblaciones vulnerables. En el caso de Panamá, se han tomado, por razón de la crisis sanitaria, medidas restrictivas a nuestras libertades, pero con un solo propósito, que no es otro que salvaguardar la seguridad humana, refiriéndonos a la salud individual y colectiva como valor universal. Nos corresponde analizar, muy brevemente, como las medidas tomadas por los Estados para gestionar y contener, en el caso nuestro, los efectos del Covid-19 han afectado los diversos grupos sociales y nos trataremos de enfocar en este breve lapso, en la protección de niños.

Partiendo del principio de que la enfermedad y la salud deben tener un lugar destacado en cualquier discusión sobre la equidad y la justicia social, la situación que enfrentamos nos ha mostrado nuestras enormes deficiencias y desigualdades, falta de preparación en gran medida,

atribuida, a entre otros factores, a la ya histórica e insuficiente atención gubernamental al sector salud, educación y, en especial, al fomento de la investigación científica, al menos en nuestro entorno. La realidad es que la situación enfrentada no conocía precedentes, al menos recientes, como ya mencioné, por tanto, y esto es mi opinión que, a nivel global, no nos llegó con un manual de instrucciones de cómo librarla. Aunque se dieron guías por parte de organismos internacionales, como la OMS, todas ellas fueron de carácter general, como muestra de la incertidumbre que nos envolvía en la lucha desigual por la supervivencia, sensación que aún subyace en gran parte de la sociedad. Es un hecho que a la fecha y hasta que se encuentre o una vacuna o método de tratamiento eficaz, el único método efectivo de control de este virus es el distanciamiento social, la protección con mascarilla y la higiene y eso es igual, no importa en qué sitio nos encontremos.

Lamentablemente una situación como la descrita ha obligado a los gobiernos a tomar medidas restrictivas de derechos fundamentales como la libertad de circulación de las personas, que han causado un enorme impacto en la sociedad, en especial, en grupos sociales vulnerables, como lo son los niños.

No solo nos referimos al deterioro de sus condiciones sociales por razones económicas de su educación, recreación y salud, sino a los efectos psicológicos y emocionales que en esta importante etapa de formación tendrá en su desarrollo. La directora ejecutiva de UNICEF lo expresa en los siguientes términos: “los niños y jóvenes además de estar contrayendo el Covid, son algunas de las víctimas a las que más afectará el virus, si no actuamos de inmediato para abordar las consecuencias que la pandemia tendrá sobre los niños, el eco de la covid-19, causará daños permanentes en nuestro futuro común. Sabemos que en cualquier situación de crisis los jóvenes y los más vulnerables sufren de manera desproporcionada. Esta pandemia no es una excepción, es responsabilidad de todos evitar sufrimientos, salvar vidas y proteger la salud de cada niño, así mismo, debemos asegurarnos de que las decisiones relacionadas con las medidas de control, además de tener en cuenta los riesgos se basen en pruebas para minimizar y evitar los daños colaterales y garantizar que haya medidas de mitigación para que los daños no sean permanentes”.

Este organismo de las Naciones Unidas ha publicado recientemente el programa de acción mundial para proteger del peligro a los niños más vulnerables y siguiendo esta guía, brevemente mencionó los componentes dirigidos a proteger la salud de todos los niños y especial de los más vulnerables en relación con su acceso a los servicios básicos como agua, saneamiento e higiene, facilitar su aprendizaje, ayudar a la familia a cubrir sus necesidades y cuidar a sus hijos, proteger a los niños de la violencia, explotación y el abuso y con una mención muy especial a la protección que requieren los niños refugiados, los migrantes y los afectados por un conflicto. La UNICEF recomienda tomar medidas urgentes para evitar que esta crisis de salud se extienda.

En relación con las medidas tomadas por la Administración de Justicia, el pleno de la Corte Suprema adoptó, inicialmente, medidas preventivas, entre ellas, la suspensión de los términos judiciales por dos (2) semanas, a partir del 16 de marzo de 2020, a nivel nacional, sin que esto implicara el cierre de los despachos judiciales. Posteriormente, al agravarse la situación de

salud en el país se acordó ampliar los acuerdos y se ordenó, a su vez, la suspensión de laborales en despachos judiciales, a partir del lunes 23 marzo hasta el 9 de abril de 2020, exceptuando siempre, y esto es muy importante resaltar, la jurisdicción de niñez y adolescencia, penal de adolescentes y familia, las oficinas judiciales, magistrados y jueces del sistema penal acusatorio que trabaja 24 horas, todos los días, los despachos judiciales que debieran conocer de las acciones constitucionales de *habeas corpus* y amparo de garantías constitucionales, en primera y segunda instancia, los Tribunales Superiores de los Distritos judiciales entre aquellos exceptuados se encontraban del cierre temporal.

Es necesario establecer que, por razón del manejo y preparación para afrontar esta pandemia, aún con todas las limitaciones que trajo consigo esta crisis sanitaria, no se interrumpió el servicio público de administración de justicia y se continuó atendiendo a los usuarios del sistema con las respectivas solicitudes, en especial, y resalto en materia de derechos y garantías fundamentales. En este período, que, por razones de salud pública, el Ministerio de Salud en decretos ministeriales posteriores, limitó la circulación de los ciudadanos y usuarios del sistema, nuestra institución adoptó las medidas necesarias tanto sanitarias como de equipamiento para poder brindar el servicio en esta denominada nueva realidad.

El 30 de abril, el pleno de la Corte Suprema dictó medidas de transición y reorganización en todos los despachos judiciales (administrativos de defensa pública), en los que se acordaba instruir a todos los jefes de despachos y administrativos y demás servidores que tuviesen a cargo personal, medidas y acciones necesarias para reorganización de su despacho y se mantuvieran realizando el trabajo de despacho dirigidas a minimizar el rezago judicial y adelantar el trámite secretarial de los procesos, entre otras medidas se instaba a los funcionarios a instaurar turnos judiciales para el personal, con el fin de dar cumplimiento a las medidas de bioseguridad, dispuestas por las autoridades de salud.

Hemos mencionado de alguna forma muy abreviada elementos de nuestro proceso de adaptación a los nuevos retos que esta pandemia nos ha obligado a enfrentar, lo que en gran medida hizo, nos obligó a acelerar el salto evolutivo en la utilización de recursos como medios electrónicos y aplicaciones virtuales. Por su parte, el Gobierno, el ejecutivo, tomó diversas medidas, el Gobierno Nacional, para ayudar a paliar la situación, por razón de endeudamiento, por ejemplo se han invertido importantes cantidades de dineros en bonos de alimentos y créditos para apoyos en viviendas a las familias, millones de dólares en equipamientos de albergues, además que se implementó una lucha de ayuda social, psicológica y legal para dirigir a niñas y niños pequeños, adultos mayores con personas con discapacidad y mujeres embarazadas.

Se han hecho también importantes desembolsos para proyectos muy interesantes aquí en nuestro país, como "*el ángel guardián*" que va dirigido a proteger a niños con discapacidad, red de oportunidades de otros proyectos o planes muy interesantes para familias en situación de pobreza y pobreza extrema, garantizando la salud y la educación, bonos y vales solidarios para adultos mayores sin seguridad social, más de una cantidad importante de dineros también para programas de asistencia social educativa, becas y también se ha implementado y esto ha sido muy importante, un plan educativo solidario por parte del Ministerio de Educación

en conjunto con los operadores de telefonía móvil para facilitar la conexión y participación de los estudiantes en clases virtuales, para que estén siempre conectados y tengan acceso a la educación virtual.

Estas son algunas de las medidas que tomó nuestro Gobierno Nacional que coadyuvan a mitigar el impacto de esta pandemia en los niños y adolescentes.

Por su puesto que frente a la enormidad de esta crisis sanitaria y sus consecuencias económicas también imprevisibles, aun a la fecha con todo y lo que hemos registrado, ante la ciudadanía por su puesto existe el sentimiento general de que estas medidas son insuficientes y no nos queda la menor duda y, esto es opinión de quien les habla, de que lo que sí nos ha mostrado esta grave crisis es la insuficiencia o la necesidad de una revisión profunda, no sólo de las políticas públicas, claro está, sino también de nuestra legislación, porque la mayoría de las medidas que se han tomado han sido amparadas en el código sanitario que evidentemente tiene claros signos de senilidad, dado que es una legislación de los años 40 y, quizá de esta crisis, las medidas positivas es que nos preparemos no esperando volver a vivir una situación como esta pero para que en situaciones como esta no nos sorprendan.

Inclusive este país se encuentra en la actualidad en un proceso de revisión constitucional, se discute en diversos sectores de la sociedad la necesidad de reformar la constitución y crisis como esta pues nos muestra con bastante claridad que quizás es el momento de adaptar nuestra carta fundamental a situaciones que en el momento que esta legislación surge no se pudieron prever.

El país debe, a mi juicio, partir de que el primer derecho fundamental, como todos seguramente coincidimos, es el derecho a la vida, y, en este nuevo escenario mundial, como bien lo expresa el distinguido economista suramericano Bernardo Kliksberg, están emergiendo cambios fundamentales en la visión de cómo saber si la sociedad realmente progresa y cómo medir ese desarrollo.

Esta nueva visión, según este prestigioso economista debe tener en cuenta el desarrollo social, medio ambiental, el acceso a la cultura, las libertades y la construcción de ciudadanía, sabremos si hay progreso, nos dice Kliksberg, si en definitiva crecen como también coincide el premio nobel de economía Amartya Sen, si vemos cómo han progresado los grados de libertad, que son sus opciones efectivas o las opciones efectivas de los ciudadanos para que cada ser humano pueda alcanzar su verdadero potencial. Esta visión tomada de los doctores tomada de la publicación, primero la gente, valoriza el papel de la salud pública y afirma que la salud es una meta solidaria en sí misma y al mismo tiempo el pilar fundamental para que exista una libertad real. Como explica el distinguido premio nobel de economía, las libertades y posibilidades que somos capaces de ejercer dependerán de nuestros logros en salud, y hacia ahí debemos enfocarnos.

Tenemos pues que la sociedad en general, y en especial los grupos vulnerables como niños en tiempos de pandemia, requieren sin duda alguna, por lo menos en nuestro país, de un esfuerzo adicional por parte de nuestras instituciones que contribuyan a apaliar los negativos efectos causados por esta crisis sanitaria, partiendo de que la salud, junto a la educación, vienen a ser, en su conjunto, los pilares que van a sostener nuestro progreso.

MESA DE DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL

PRESENTACIÓN

LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

Magistrado (e) de la Corte Constitucional de Colombia.

La pandemia del Covid-19 puede ser un punto de inflexión en la historia reciente de la humanidad. Su impacto en materia económica y social ha sido abrumador, al punto de generar una grave crisis, marcada por una dinámica todavía imprevisible y por unos desarrollos que generan la necesidad de adoptar medidas de emergencia, para hacerle frente y para mitigar dicho impacto. En este contexto, los derechos fundamentales se han visto afectados, pues las medidas sanitarias que se recomiendan por los científicos restringen varias libertades y, lo que no es un asunto menor, conllevan la reducción de la actividad económica y, por tanto, generan consecuencias gravosas para los derechos de aquellas personas que, por razón de tales medidas, ya no pueden desempeñar plenamente sus actividades.

La crisis generada por la pandemia es de alcance global. Cada estado, a partir de sus propias circunstancias, ha debido hacerle frente. Dentro de este ejercicio, los gobiernos, los congresos y los jueces se han visto obligados a desarrollar sus competencias, diseñadas para tiempos de normalidad, con una visión novedosa e inusual, que no está, por supuesto, exenta de riesgos. En esta mesa de trabajo puede apreciarse, a partir del estudio de casos concretos, una amplia variedad de experiencias, que son provechosas para todos, en la medida en que en ellas subyacen problemas reales, que generan soluciones novedosas y, en muchos casos, admirables.

La cuarta mesa de trabajo, relativa al impacto de la pandemia y a las medidas adoptadas por los gobiernos en los derechos fundamentales de las personas pertenecientes a grupos sociales diferenciados, propone, ciertamente, un provechoso diálogo jurisprudencial. Y tiene, además, tres características que considero son de la mayor relevancia, en medio de las difíciles circunstancias en las que vivimos.

La primera característica, dada por su objeto, es la de centrarse en los más débiles, en las personas que están en peores condiciones para hacer frente a la pandemia.

La segunda característica, dada por los sujetos, es la de que, en esta mesa, integrada mayoritariamente por magistradas de distintos tribunales, se tiene la oportunidad de apreciar la profunda sensibilidad que tienen las mujeres para comprender, por medio de la empatía, el sufrimiento de las personas más débiles, a las que la crisis ha golpeado de manera más fuerte y contundente.

La tercera característica, dada por la propia pandemia, es la de que la crisis sanitaria nos ha permitido recordar, si en algún momento lo olvidamos, que existen problemas comunes para todos los seres humanos. Frente a estos problemas, las fronteras y las condiciones particulares de cada estado o pueblo, son elementos menores, en la medida en que la suerte de todos está, como lo ha estado siempre, profundamente ligada. Ante el virus, el control en un territorio, o su adecuado manejo, no es una garantía suficiente de haber superado el riesgo, mientras en otros territorios se producen nuevas variedades, mutaciones y desarrollos todavía no previstos. El fácil contagio de la enfermedad, que salta sin problemas los controles fronterizos, pone en evidencia que, en estas circunstancias, como debe ser siempre, la suerte de ningún ser humano nos es indiferente.

Las pandemias, denominadas pestes por los antiguos, marcan a las personas y a sus instituciones. Vivimos en unos tiempos confusos y difíciles; en unos tiempos en los que es necesario hacer frente a varias crisis que se sobreponen, para las cuales todavía no se avizora una solución permanente, que nos permita retornar a la normalidad. Con todo, hay esperanzas, al menos en lo sanitario, como las que se forjan sobre la base de la vacunación o del efecto de inmunidad de rebaño.

La primera de las crisis sobrepuestas, la fundamental, es la crisis sanitaria, como con buen sentido lo dice el Magistrado Rousseau. Una crisis que nos debe llevar, y, de hecho, nos ha llevado, a preocuparnos seriamente por la ciencia, por estudiar qué es un virus, cómo se transmite, de qué modo se puede controlar y cuáles son las medidas necesarias para evitar su contagio. Sin embargo, pese a la ingente investigación de los científicos, salvo en lo que atañe a la primera pregunta, todavía no hay respuestas contundentes. Ante lo prometedor que puede ser el pensar en vacunas o en inmunidad de las personas que superaron el contagio, hasta ahora sólo tenemos consensos científicos sobre unas medidas sanitarias básicas y, entre ellas, una muy disruptiva para la vida social y económica, que se llama, justamente, aislamiento social.

Debido al aislamiento social hoy en día tenemos una existencia impensada: seres sociales como los humanos no podemos vernos; seres que estamos pendientes del contacto con otras personas no podemos encontrarnos, ni siquiera podemos saludarnos. Vivimos en este mundo de pantallas, en este mundo de virtualidad, pero sin ser una sociedad real. De esta situación puede seguirse, aunque parece temprano para decirlo con certeza, otro tipo

de consecuencias sanitarias, acaso de más largo alcance, especialmente en materia de salud mental.

La crisis sanitaria ha derivado también, y creo que es muy importante incluirlo en esta presentación, en una segunda crisis sobrepuesta: la económica. Si se miran las cifras, se puede advertir que las proyecciones de crecimiento económico en el mundo son negativas. Puede haber variaciones en cada estado, pero sin duda habrá una significativa caída de la economía. Esto no es un mero dato, sino que significa menos recursos, menos ingresos, menos capacidad de cubrir los costos de bienes y servicios indispensables y, por tanto, más hambre, más pobreza, más miseria.

La caída de la economía no simplemente afecta las cifras, ni es un problema exclusivo de los estados. Afecta también a todos los factores productivos: empresarios, trabajadores, familias y, en general, a toda la actividad humana. Pero, en especial, afecta a las personas, y, dentro de ellas, a las más débiles. Por ello, creo que merece la pena destacar, con el mayor énfasis, que las crisis sanitaria y económica generan una tercera crisis sobrepuesta: la social, que acaso sea una de las más graves, sobre todo si el análisis se hace a partir de los derechos fundamentales.

Estamos, pues, ante una grave crisis social. Los indicadores sociales, incluso en los estados más estables, muestran que ante el virus todos somos vulnerables y que, dentro de cada sociedad, hay personas que lo son aún más. La población vulnerable requiere de una protección especial. Esto, que es cierto en circunstancias de normalidad, es aún más cierto y apremiante en las actuales circunstancias.

Frente a la crisis, es posible centrar el diálogo jurisprudencial sobre temas de la mayor relevancia, como el de las competencias excepcionales de los estados, o los conflictos que surgen frente a las libertades, en especial la individual y la económica, pero también es posible, y necesario, proponer y desarrollar el diálogo sobre los derechos fundamentales de las personas en situaciones de vulnerabilidad y su garantía.

Entre tales personas aparece, debido a las circunstancias de la pandemia, que parece golpear más fuerte a las personas mayores, la preocupación por nuestros ancianos. No se trata sólo de considerar las estadísticas, que muestran la alta letalidad del virus en personas de edad avanzada, sino de pensar, sobre todo, en cómo es su vida en la sociedad actual. Muchos ancianos están confinados en hogares de reposo, o como se dice en Colombia, ancianatos, expuestos a los riesgos más altos, en no pocos casos dejados a su suerte por sus descendientes. Creo que la crisis nos brinda la oportunidad de repensar en nuestros adultos mayores, en el papel que ellos pueden cumplir en la sociedad y en lo importante que resulta proteger especialmente sus derechos.

Y también nos da ocasión para reflexionar sobre lo vulnerable que es un ser humano cuando llega a una edad avanzada.

Hay también otro escenario relevante, que fue analizado de manera detenida por los participantes de la mesa, y que nos involucra a todos, me refiero a la vida familiar. Cuando las personas no pueden salir, cuando están confinadas y, por tanto, obligadas a estar juntas permanentemente en espacios estrechos, pueden surgir problemas graves. El más evidente es el problema de maltrato o violencia intrafamiliar, que suele afectar especialmente a los hijos y a las mujeres, los más vulnerables en estas circunstancias y que, por ello, requieren de una especial protección y cuidado.

Quizá los hijos, los niños, sean de los más afectados por estas crisis. No podemos pasar por alto que de esta pandemia surgirá una generación de niños que no pudo ir a la escuela o al parque y que ni siquiera pudo salir a la calle. Niños que no pudieron jugar, a los que no les fue posible abrazar a sus parientes, a los que les tocó actuar como si fueran adultos responsables, siendo todavía niños. Esta será una marca, una impronta de esta generación y, sin duda, tendrá consecuencias en el futuro.

El diálogo jurisprudencial desarrollado en esta mesa se desarrolla a partir de una metodología que es muy interesante: el análisis de casos. Cada expositor ha mostrado varias sentencias, en especial sentencias de amparo o tutela, en las cuales los hechos ocupan un lugar central para la comprensión y para la protección de los derechos. Las exposiciones, más allá de su atractivo, en su presentación verbal, serán de mucho provecho en su versión escrita, pues con la calma que ofrece la lectura, es posible reparar en los detalles, tanto empíricos como jurídicos, que enriquecen dichas sentencias y, por ende, el diálogo.

Esta mesa, más allá de los problemas sobre las competencias excepcionales y su control, tiene el mérito de mostrar que uno de los principales problemas que plantea la crisis es el problema de los derechos. Y tiene también el mérito de proponer un escenario para su análisis, como es el del juicio de amparo o de tutela, en el cual el juez tiene un rol protagónico, como ha podido verse en las sentencias estudiadas por los participantes.

El juez, en especial en circunstancias como las actuales, debe ser quien mantiene la puerta del derecho siempre abierta para el vulnerable. Debe ser esa persona que está dispuesta a garantizar derechos de manera efectiva. Ante la situación del vulnerable, el juez es muy importante, pues si no es posible contar con él, probablemente no sea posible contar con nadie. De esto se sigue una responsabilidad amplia, ardua y profunda para los jueces y, especialmente, para los jueces constitucionales. La respuesta a esas personas vulnerables, que no encuentran otro camino que un amparo o una tutela,

debe ser pronta, debe ser efectiva, y debe darse siempre, más allá de los riesgos que implica el ejercer cualquier actividad en estos días. Los jueces deben dar una respuesta célere, justa y adecuada. Ese es el desafío que tienen y que todos nosotros, en los tribunales de cierre, también tenemos.

Culmino esta breve presentación, agradeciendo a los expositores y al auditorio, por su generosa participación en esta mesa de trabajo, e invito a los lectores a estudiar los textos que aparecen a continuación, que hacen parte de ese ejercicio maravilloso de la inteligencia que es el diálogo.

**DERECHOS
FUNDAMENTALES DE
PERSONAS DE ESPECIAL
INTERÉS**

ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS

*Vicepresidenta del Tribunal
Constitucional de España*

Consideración introductoria sobre el control de la jurisdicción constitucional en esta materia

Ciñéndome al objeto de esta mesa redonda, intentaré ofrecer una aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España dictada en protección de los derechos fundamentales de personas “de especial interés”, o “vulnerables”. Esto es, ciudadanos que encuentran barreras en su vida diaria para el pleno ejercicio de sus derechos y para su integración social, debido a factores como la edad, el género, el estado físico o mental, o su situación económica o cultural. Seleccionaré aquellas sentencias que me parecen más relevantes a estos efectos, en cuanto resultan de utilidad para afrontar algunos de los problemas creados por la actual situación de pandemia global del coronavirus (Covid19).

No obstante, como seguramente sucede con los demás tribunales aquí participantes, conviene advertir de principio que nuestra jurisprudencia no ha sido dictada para tutelar los derechos de los afectados por una emergencia sanitaria de esta magnitud. De hecho, en la mayor parte de nuestros países, el llamado *ordenamiento jurídico de excepción* no había sido utilizado hasta ahora en el ámbito de la salud pública.

En el caso de España, son varios los instrumentos del Estado que regulan tal ordenamiento (arts. 55 y 116 de la Constitución Española -CE- y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio; con desarrollo en el plano de las medidas sanitarias por diversas leyes sectoriales: así, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales

en materia de salud pública, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública).

Estas disposiciones se conectan con la normativa dictada a su vez por las comunidades autónomas (regiones) que tienen transferida la competencia en materia de sanidad, formando un conjunto ciertamente complejo. No cabe olvidar tampoco que las autoridades locales (ayuntamientos) velan también por el cumplimiento de esas medidas e imponen sanciones a quienes no lo hagan, en el ámbito propio de su competencia, y que existen incluso instancias encargadas de la coordinación y cooperación entre las distintas Administraciones públicas, como es el caso del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (previsto por los arts. 69 y ss. de la Ley 16/2003 citada).

Nuestro control de jurisdicción constitucional, además de ejercitarse para la resolución de las cuestiones estrictamente competenciales suscitadas entre las entidades territoriales, emerge cuando los derechos fundamentales de los ciudadanos se ven menoscabados por las medidas adoptadas por las autoridades con el fin de contener los efectos de la pandemia, medidas que actúan tanto en el ámbito sanitario (para evitar la transmisión del virus, y para dar el debido tratamiento médico a las personas contagiadas), como socio-económico (además de las que después se citarán, por ejemplo los expedientes de suspensión temporal de los contratos de trabajo sin despido -ERTE-; subsidios de desempleo y otras prestaciones asistenciales; medidas tributarias; ajustes en los procesos concursales; suspensión temporal de plazos administrativos y procesales; etc.).

Ese menoscabo de los derechos fundamentales producido por tales medidas puede traducirse en: (i) o bien la suspensión de tales derechos, previa declaración del estado de excepción o el de sitio, en los casos y con los requisitos exigibles (LO 4/1981). No cabe en cambio su adopción bajo el estado de alarma, conforme la normativa orgánica reguladora (así lo hemos dicho en la STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8, que se ocupa del control jurisdiccional de los decretos que lo declaran, reservados a este Tribunal).

(ii) O bien *una restricción* en el ejercicio de esos derechos, generalmente los relativos a la libertad individual -posible internamiento en centro hospitalario- (art. 17 CE); libertad ambulatoria -confinamiento en domicilio so pena de imposición de sanciones; limitación de movimientos dentro de un cierto territorio- (art. 19 CE); el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), y en ocasiones también el derecho a la integridad física y psíquica (art. 15 CE), como luego se verá.

A su vez, nuestro control jurisdiccional puede ser:

- *Directo, tanto por la vía de los recursos de inconstitucionalidad* [art. 161.1.a) CE; y arts. 31-34 y 38-40 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional -LOTC-] como de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los tribunales ordinarios (art. 163 CE; y arts. 35-40 LOTC), si atañe al enjuiciamiento de la constitucionalidad de las normas con rango legal dictadas al efecto. Actualmente se ha admitido a trámite y está pendiente de decisión, un recurso de inconstitucionalidad contra el real decreto 463-

2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma “para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19” y otras normas posteriores que lo modificaron o prorrogaron (RI núm. 2054-2020 promovido por más de 50 diputados del grupo parlamentario VOX en el Congreso de los Diputados).

- **Subsidiario**, a través del recurso de amparo [arts. 53.2 y 161.1.b) CE; y arts. 41-58 LOTC], si se refiere a actos de los poderes públicos dictados en ejecución de aquellas normas, lo que exige primero agotar la vía judicial de su revisión ante los tribunales del orden jurisdiccional competente, según sea la materia concernida, excepto si se trata de los amparos parlamentarios del art. 42 LOTC.

Ejemplo de nuestro control en amparo respecto de medidas administrativas adoptadas por el Covid-19, es el caso resuelto ya por el ATC 40/2020, de 30 de abril, de la Sala Primera del Tribunal, que declaró no vulnerado el derecho de manifestación de los demandantes que pretendían el desplazamiento individual en automóvil por las calles de una ciudad, lo que les fue denegado administrativa y judicialmente. Ponderando los derechos en juego la demanda de amparo fue inadmitida, como se encargó de razonar este Auto 40/2020, en atención a las circunstancias concurrentes (los recurrentes no garantizaban medidas para evitar la transmisión del virus, y era previsible que se produciría el colapso de tráfico en esa ciudad durante varias horas).

En este momento, existen varias demandas de amparo sobre esta misma materia de prohibición de manifestaciones por motivos sanitarios, pendientes de proveer a su admisión por el Tribunal. Sí se ha admitido ya un recurso de amparo parlamentario contra decisiones de la Mesa del Congreso que acordaron en su momento la paralización parcial y temporal de la actividad en esa Cámara, al declararse el estado de alarma (recurso avocado por el Pleno, núm. 2109-2020).

Dicho esto, y sin perder de vista el objeto de mi intervención aquí que es la de los colectivos de especial vulnerabilidad, hay que decir que algunas de las medidas de control implementadas para contener el virus han afectado y afectan con bastante mayor intensidad a las familias con menores recursos económicos, tanto durante la prolongación por varios meses del estado de alarma decretado por el Gobierno de la Nación en el mes de marzo, como luego con las medidas que se han venido acordando por las Comunidades Autónomas en la fase de “desescalada” (cese de la alarma y del confinamiento) con el fin de evitar rebrotes, lo que para muchos sin embargo ha alcanzado ya a la categoría de una auténtica “segunda ola” del virus.

Especial impacto tienen aquellas medidas que traen consigo la limitación de movimientos de las personas, y que justamente se imponen en áreas de mayor transmisión del virus, las cuales coinciden justamente y no por casualidad con núcleos de población conformados en su mayoría por familias con bajos ingresos. Aparte de otras consecuencias graves como la pérdida de empleo -derivada del cierre de empresas, y porque son escasas las posibilidades de teletrabajo en este sector-, aumenta el riesgo de contagio en viviendas de poco tamaño, donde conviven varias personas, adultos y menores; así como familias y trabajadores en pisos compartidos.

Una muestra elocuente acaba de suceder en la Comunidad de Madrid con la adopción, desde el pasado día 21 de este mes, de medidas “específicas temporales y excepcionales” para la contención del Covid-19 acordadas por la autoridad sanitaria competente en 37 núcleos de población, que han comportado la restricción de la entrada y salida de un aproximado de 850.000 vecinos salvo excepciones justificadas (Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad de la Comunidades de Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, núm. 228, de 19 de septiembre de 2020), las cuales incluso se espera que se extiendan próximamente a otras zonas.

Todo ello sin perjuicio de lo que en cualquier momento pueda decidir también el Estado, dada la contingencia y mutabilidad con que se manifiesta la repercusión de la pandemia en tiempo real dentro de cada territorio. Ya se verá si este tipo de medidas restrictivas de derechos fundamentales, que precisan como se ha dicho de necesaria autorización judicial, pueden eventualmente dar pie a la interposición de recursos de amparo por vulneración de derechos fundamentales, sea en el plano colectivo o individual, en términos que reclamen una respuesta de nuestro Tribunal.

Algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales de personas de especial interés y su relevancia en la situación actual

132

A) *Violencia de género y familiar*

Sentadas las anteriores consideraciones y avanzando con la panorámica jurisprudencial sobre los grupos vulnerables, merece una primera mención la protección de las víctimas de violencia de género (mujer) y familiar (menores). La declaración del estado de alarma, que supuso el confinamiento en domicilio de toda la población, trajo como efecto indeseado la convivencia ininterrumpida con sus parejas maltratadoras de un gran número de mujeres, y la imposibilidad de denunciar los hechos precisamente al estar bajo su control permanente, lo que aumentó su sufrimiento efectivo (insultos, amenazas, golpes, lesiones, a todas horas), así como también el riesgo de perder la vida, con repercusión también sobre los hijos menores, haciendo en definitiva el ambiente familiar todavía más insostenible de lo que ya era. Una situación que en muchos hogares no hizo sino agravarse con el transcurso de las semanas y meses, y que la posterior desescalada no ha servido de eficaz paliativo.

Para contrarrestar estos efectos nocivos, se dictó por el Gobierno un real decreto-ley (12/2020, de 31 de marzo), de medidas urgentes para la protección por todas las Administraciones de las víctimas de esta clase de violencia, dirigido a asegurar la eficiencia de los canales de información, asesoramiento jurídico, teleasistencia y servicios de acogida (en centros de emergencia, pisos tutelados y otros alojamientos seguros) de las víctimas. Ahora bien, no es posible romper el círculo perverso trazado por el maltratador, con o sin confinamiento, mientras no haya denuncia de la propia afectada o de un tercero, o al menos un atestado policial que registre los hechos, permitiendo así a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer abrir diligencias penales para establecer la responsabilidad a que haya lugar.

A la consecución de este loable objetivo contribuye la doctrina sentada en la reciente STC 87/2020, de 20 de julio, en la que hemos asumido el canon de control judicial defendido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con base en la prohibición de la tortura recogida en el art. 3 del Convenio de Roma de 1950 (instrumento que complementa la interpretación de nuestros derechos fundamentales, art. 10.2 CE), al exigir que se despliegue para este tipo de delitos una “*investigación suficiente y eficaz*” por parte del juez instructor. Este canon de diligencia judicial, reforzado solamente se venía aplicando -y continúa haciéndose así- en las investigaciones por torturas y maltratos causados a los ciudadanos por agentes de los cuerpos policiales; jurisprudencia ésta que el Tribunal Constitucional, ya había asumido (entre otras, SSTC 34/2008, de 25 de febrero; 144/2016, de 19 de septiembre).

Manifestaciones concretas de la necesaria investigación “*suficiente y eficaz*” en la persecución de los delitos de violencia de género y familiar, son: (i) la necesaria admisión y práctica de todas aquellas diligencias que resulten “*pertinentes y relevantes*” al descubrimiento de la verdad; (ii) la obligación del juez de continuar investigando los hechos mientras exista sospecha fundada de su comisión; (iii) la ponderación del valor de la declaración de la víctima sin concederle una prevalencia automática, sino determinando si concurren los factores de la “*incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación*”, y si el relato puede estar sesgado por animadversión o sentimientos de odio, recelo o miedo hacia el presunto agresor; (iv) tarea similar de ponderación ha de cumplir el juez cuando tenga que valorar los testimonios contrapuestos, prestando “*singular atención, tanto a los particulares del caso, como a la diferente posición que, en relación con los hechos, ostentan las partes*”; (v) en definitiva, el juez debe agotar “*las posibilidades razonables de indagación*”, evitando “*demoras injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación*” (STC 87020, FJ 3). De no cumplir estas pautas, el juez incurriría en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia penal (*ius ut procedatur*).

Fuera ya de la investigación penal estricta, no conviene olvidar que la víctima de violencia de género es también una persona que se relaciona con la administración de justicia en muy diversos ámbitos, como cualquier otro ciudadano, si bien al hacerlo no se halla con frecuencia en una posición de entera libertad, como los demás. Conscientes de ello, una de las obligaciones que también hemos impuesto desde el Tribunal Constitucional, es la obligación a los jueces que conocen de litigios en los que una de las partes es una víctima de violencia de género, a asegurar su presencia efectiva en el proceso en cuanto tengan conocimiento de su situación material, evitando a toda costa que se produzca su indefensión por no haber podido ser localizada al principio. Una circunstancia que, justamente, puede haber venido propiciada por la necesidad de ponerse a cubierto de su agresor.

Así sucede en la STC 67/2015, de 20 de julio, que otorga el amparo por la indefensión sufrida por la recurrente, víctima de violencia de género a quien no pudo notificarse en el domicilio conyugal una demanda civil ejecutiva instada para el cobro de un préstamo garantizado con hipoteca constituida sobre la vivienda conyugal, de la que se había mudado justamente la recurrente para ponerse a salvo de su maltratador, procediendo el órgano judicial a su emplazamiento por edictos. Una vez enterada de la existencia del proceso, su abogado instó la nulidad de actuaciones acreditando su condición de víctima de violencia de género y

explicando su ausencia del domicilio, lo que sin embargo no fue tomado en consideración por el juez, produciendo así la vulneración de su derecho.

B) *Personas mayores*

Otro de los colectivos especialmente castigados por los efectos naturales de la pandemia, y colateralmente después por las medidas sanitarias impuestas para evitar la propagación del Covid-19, ha sido el de las personas mayores. Convertidas a su pesar en grupo de alto riesgo, han padecido los estragos de enfermedades y muerte producida por la pandemia, mientras vivían en residencias de la tercera edad de titularidad pública o privada, donde luego quedaron confinadas, sin posibilidad de ser visitadas por sus familiares. También con un alto índice de mortalidad para aquellas que ingresaron en centros hospitalarios y permanecieron de hecho sus últimos días de vida en aislamiento. Además de las políticas activas que por mandato constitucional (art. 49 CE) han de llevar a cabo los poderes públicos para lograr el bienestar de los ciudadanos de la tercera edad, también en la salud, la protección de sus derechos fundamentales ha de asegurarse por instrumentos jurídicos eficaces, en su caso también ante esta jurisdicción constitucional. Dos ejemplos nos ilustran al respecto, con posible aplicación a la problemática de pandemia que se analiza:

La STC 3/2018, de 22 de enero, conoció de una demanda de discriminación por razón de la edad y de la discapacidad, promovida por una persona que al cumplir los 60 años recibió la negativa de la Administración competente para seguir recibiendo la atención médica que necesitaba debido a un padecimiento psíquico, al estar previsto de manera automática por una norma del ramo que los pacientes que cumplieran esa edad únicamente podían hacer uso de los servicios generales en residencias geriátricas, sin inclusión de un tratamiento médico especializado. El Tribunal, en el FJ 4, recuerda en esta sentencia que dentro de los criterios personales de discriminación que prohíbe la CE (art. 14), vinculante tanto para el legislador como para el aplicador del Derecho, se encuentra también el determinado por razón de la edad.

Además, como viene reconociendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con arreglo a normas supranacionales (art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea -en vigor desde 2009-; y art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos de 1950). Entrando en el análisis del supuesto planteado (STC 3/2018, FJ 6), apreciamos en aquel caso que la falta de ponderación, primero administrativa y después judicial, en cuanto a la situación psíquica del recurrente, al denegarle los servicios necesarios para el no agravamiento de su estado de salud mental, le produjo además de una vulneración de su derecho a no ser discriminado por razón de su discapacidad, la de no serlo tampoco por el hecho de su edad. De esta manera, la estimación del amparo determinó la retroacción de las actuaciones para que la autoridad administrativa competente resolviera su solicitud de atención residencial, de manera respetuosa con su derecho fundamental (es decir, proveyendo a la dispensación del tratamiento médico debido).

En relación con el *internamiento de personas mayores* en residencias, no es infrecuente constatar que esta medida se lleva a cabo sin el consentimiento expreso del afectado debido

al deterioro de sus capacidades cognitivas, lo que lleva a que bien sus familiares o en ocasiones los servicios sociales o sanitarios públicos, son quienes tramitan su ingreso en estos centros, permaneciendo en ellos desde ese momento de manera indefinida. Nuestra STC 34/2016, de 29 de febrero, tuvo la oportunidad de enjuiciar un caso donde el internamiento de la persona se había prolongado durante meses, sin su voluntad y sin ningún control judicial que tutelara dicha situación privativa de su libertad individual (art. 17.1 CE), demanda que fue interpuesta por el Ministerio Fiscal en defensa de sus derechos. Se planteaba entonces sí cabía una posible “regularización” sobrevenida de dicho internamiento, adoptado ilícitamente, hipótesis que fue rechazada por el Tribunal.

En tal sentido, en el FJ 4 de la sentencia se recuerdan cuáles son los instrumentos de protección de personas afectadas de trastornos mentales, incluyendo los mayores: (i) de un lado el internamiento urgente en centro especializado para situaciones puntuales y perentorias en las que se pone en riesgo la vida del afectado o de quienes le rodean, y que requiere la previa autorización judicial o, en su caso, la comunicación de la medida al juez en un plazo improrrogable de 24 horas seguido de un procedimiento breve (en total 72 horas) para analizar las pruebas y resolver (art. 763 LEC); (ii) de otro lado y de modo más permanente, el instar un proceso civil para la declaración de la modificación de la capacidad de obrar del demandado (en antigua terminología, proceso de incapacidad), que con adopción o no de medidas cautelares culmine con una sentencia que fije las medidas de protección sobre su persona y patrimonio.

No es posible por tanto mantener en un limbo jurídico a una persona mayor, privada de voluntad en una residencia, por muy nobles que puedan ser las razones que han guiado a sus familiares a su internamiento. Resulta siempre preceptivo el control judicial de su situación. Se estimó por ello la demanda de amparo, pues el afectado fue privado ilícitamente de su libertad, a cuyo fin acordamos la retroacción de las actuaciones para que la autoridad judicial tutelara su situación personal en forma satisfactoria (ofreciendo el ejercicio de la acción de modificación de la capacidad a los legitimados por ley, sin perjuicio de adoptar incluso de oficio la medida cautelar de internamiento mientras tanto, quedando descartada para estos supuestos de encierro ya prolongado la vía “urgente” del art. 763 LEC).

C) Personas con discapacidad

Para no extenderme más, por razones de tiempo daré sólo dos referencias jurisprudenciales en este ámbito. El punto de partida, como sabemos, además de las normas constitucionales y la legislación dictada en cada país (en España, los arts. 14 -derecho a la no discriminación- y 49 CE -mandato positivo a los poderes públicos para que realicen una política de tratamiento e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; y, en su desarrollo la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social -contenida en el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba su Texto Refundido-), viene dado por las previsiones de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, de aplicación frecuente por los Estados miembros de esta Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.

Pues bien, en la STC 3/2018, de 22 de enero, ya mencionada, el Tribunal efectúa también unas consideraciones acerca de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, sin olvidar su tratamiento en la normativa y jurisprudencia europeas de derechos humanos aplicable (FJ 5). Se concluye así, más adelante, que el recurrente había sido discriminado también por este motivo, al negársele el tratamiento médico que requería de acuerdo con los trastornos psíquicos que padecía, esto es, la autoridad competente -administrativa y judicial- incumplió con el imperativo de realizar los “ajustes razonables” (siguiendo terminología de la Convención -art. 5.3-) que aquél precisaba para facilitar su vida en sociedad.

La situación aquí planteada, como fácilmente puede verse, podría resultar trasladable a situaciones de negativa injustificada de un centro para dispensar tratamientos médicos relacionados con el diagnóstico del Covid-19, o para la superación de las secuelas sufridas en el organismo, excepción hecha como es lógico de la falta de medios materiales o humanos disponibles.

Merece la pena destacar también en este apartado, la STC 10/2014, de 27 de enero, dictada a propósito de la protección del derecho a una educación inclusiva de un menor de edad con necesidades de aprendizaje especiales. Como hemos visto, los menores constituyen un sector de vulnerabilidad transversal que ofrece también una arista en el ámbito del derecho de todos a la educación sin discriminación alguna (art. 27 CE). El Tribunal proclama aquí que aquel derecho fundamental, en lo que ahora importa, incluye también el derecho a la educación inclusiva “a todos los niveles” de las personas discapacitadas, de modo que se debe promover la escolarización de estos menores “en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo (...) y tan sólo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial”. Ahora bien, si la Administración educativa competente razona con criterios técnicos adecuados la imposibilidad de la escolarización del menor en un aula de educación ordinaria, no habrá en ello vulneración de sus derechos fundamentales (como se concluyó en el caso enjuiciado en esta sentencia).

El derecho del menor a recibir una educación inclusiva puede ponerse a debate en estos tiempos actuales de enseñanzas telemáticas, y de aislamiento de los alumnos en grupos burbuja, entre otras medidas que se están llevando a cabo para evitar la transmisión del virus, lo que puede plantear conflictos de carácter discriminatorio que pueden llegar a requerir la intervención de la Justicia constitucional.

D) Pacientes ingresados en centros hospitalarios

Finalmente, quisiera incluir una reflexión en torno a la situación de las personas que ingresan en los centros hospitalarios, en lo que ahora importa por haber sido infectados por el Covid-19. Los usuarios de los servicios de salud no solo ambulatoria sino con internamiento, en planta o en unidades de cuidados intensivos, pasan a ser un colectivo vulnerable pero dotado de derechos específicos que se vinculan con la propia dignidad de la persona, el respeto a la autonomía de su voluntad y el derecho a su intimidad, tal y como garantiza el

art. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, en la que se recoge como contenido esencial de este último derecho, la necesidad de recabar el consentimiento de los pacientes o usuarios en cuanto a los tratamientos o intervenciones propuestas por los facultativos sobre su persona, previo haber recibido la información completa acerca de la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de dichas actuaciones asistenciales. El derecho al consentimiento informado del paciente encuentra una plasmación expresa en el art. 3.2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (“derecho a la integridad de la persona...se respetarán en particular: -el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”), por lo que deviene -ex art. 10.2 CE- en criterio de interpretación válida sobre el contenido del derecho fundamental a la integridad física y psíquica del art. 15 CE.

De esta dimensión del derecho fundamental se ocupó justamente nuestra STC 37/2011, de 28 de marzo. Con sus palabras, “implica que cualquier actuación [médica] que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho (...) se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada” (FJ 4). Y en sentido negativo, la facultad de “impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas” (FJ 5).

En el caso enjuiciado, el deber de información del médico sobre los riesgos de la intervención que se le iba a realizar al paciente impidió que éste pudiera emitir un consentimiento informado válido. Las secuelas sufridas tras la operación (pérdida de la funcionalidad de una mano), supuso a juicio de este Tribunal la lesión de su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), y también, y atendidos los argumentos no razonables de las resoluciones judiciales que desestimaron la pretensión indemnizatoria del recurrente por los daños y perjuicios sufridos, la conculcación de su derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Trasladando este enfoque a la situación sanitaria provocada en la actualidad por la saturación -de nuevo en aumento- de los centros causada por el Covid-19, convendría hacer una doble matización: (i) de un lado, que el deber de información epidemiológica al que se refiere el art. 6 de la Ley de autonomía del paciente y que resulta aplicable aquí, presupone una intervención más amplia de los poderes públicos ante la ciudadanía, que la más limitada que pueda dar el centro en el que ingrese el paciente, sin olvidar sin embargo que son todavía varios los aspectos desconocidos de este virus, lo que complica en alto grado los juicios de pronóstico sobre la evolución del paciente al tratamiento asignado; (ii) de otro lado, que concurren excepciones a la exigencia del consentimiento informado (art. 9 de la Ley 41/2002) que también valen en este caso, no solo cuando el paciente carece de la capacidad mental necesaria (porque está inconsciente, padece demencia u otros trastornos, etc.) y no tiene tampoco un representante que lo emita en su nombre, lo que deja la decisión en manos del facultativo encargado; sino además cuando se trate del cumplimiento de medidas adoptadas porque “existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias” [(art. 9.2.a) de esta

Ley], que es justamente lo que ahora sucede. Situaciones que en definitiva ponen a prueba el valor del consentimiento informado, y que quizá en algún momento nos obligue en caso de restricción o colisión de derechos fundamentales a efectuar un pronunciamiento a este respecto.

Por último, si bien este Tribunal ha declarado que la posibilidad de que una persona, sea mayor de edad o incluso un menor con suficiente entendimiento, pueda negarse a recibir tratamiento médico invocando bien motivos ideológicos (realización de una huelga de hambre por un grupo de presos: caso tratado por la STC 120/1990, de 27 de junio), bien en su caso de libertad religiosa (testigos de Jehová que se negaban a una transfusión de sangre necesaria para salvar la vida de su hijo menor, a lo que éste también se negó, produciéndose al final su muerte: caso de la STC 154/2002, de 18 de julio), ese reconocido ámbito de autonomía personal topa sin embargo, como límite necesario, con el deber de la autoridad competente de dispensar el tratamiento médico necesario cuando la persona ha perdido la conciencia y no es capaz de decidir sobre su propia existencia. En tal situación no es posible recabar el consentimiento informado, y no hay margen para la autoridad sanitaria sino el intentar salvar la vida del paciente.

Concluyo aquí mi intervención agradeciendo a los miembros de la Mesa y a los participantes que se han conectado telemáticamente, su interés y atención en esta Ponencia.

Bibliografía recomendada

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”; revista El Cronista del Estado social y democrático de Derecho, núms. 86-87, 2020.
- ARAGÓN REYES, M., “COVID-19: aproximación constitucional a una crisis”; Revista General de Derecho Constitucional, núm. 32, 2020.
- ARGÜELLES MORA, A., “Objeción de conciencia de los pacientes en tiempos del Covid-19 y el Estado de Alarma. Limitación de derechos fundamentales”; Diario La Ley, núm. 9612, Sección Tribuna, 14 de abril de 2020.
- ARNALDO ALCUBILLA, E., “Los principios que deben regir la lucha contra el Covid-19 en el Estado democrático de Derecho”; Diario la Ley, núm. 9661, Sección Tribunal, 25 de junio de 2020.
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. “COVID-19: Colectivos vulnerables”; Biblioteca jurídica digital. Códigos electrónicos (actualización en el enlace: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=359_COVID-19_Colectivos_).
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Primer documento de trabajo sobre medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables para el Plan de choque en la Administración de justicia tras el Estado de alarma; CGPJ, Secretaría General, abril de 2020. Disponible en el enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-propone-medidas-para-agilizar-los-procedimientos-judiciales-que-afecten-a-los-colectivos-especialmente-vulnerables-tras-el-estado-de-alarma>

- COTINO HUESO, L., “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”; *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020.
- MARTÍNEZ GALINDO, G., “Violencia de género y doméstica bajo el covid-19: la doble amenaza”; *La Ley Penal*, núm. 144, Sección Estudios, mayo-junio 2020.
- SANTAELLA SÁEZ, ÓSCAR: “La responsabilidad de las residencias de mayores por fallecimiento durante la crisis del Covid-19”; *Diario la Ley*, núm. 9644, Sección Tribuna, 2 de junio de 2020.
- TORRE OLID, F. De la, “Debilidad del consentimiento informado consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19”; *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo de 2020.

LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LA ESTRUCTURAL DESIGUALDAD DE GÉNERO EN ECUADOR

DANIELA SALAZAR

*Vicepresidenta de la Corte
Constitucional de Ecuador*

La Corte Constitucional del Ecuador, el 5 de agosto de 2020, emitió la sentencia 3-19-JP/20 con el fin de proteger a uno de los grupos más vulnerables: las mujeres. La sentencia fue expedida en el marco de la competencia que tiene la Corte Constitucional del Ecuador de revisión. Esta facultad permite a la Corte seleccionar, de entre todos los procesos que llegan a su conocimiento, ciertos casos con el fin de revisarlos y de expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante. Fue así como se seleccionaron dieciocho (18) causas que tienen en común accionantes mujeres que trabajaban en el sector público y que, al momento de los hechos, se encontraban embarazadas, en licencia de maternidad o en período de lactancia.

Los casos seleccionados revelaban situaciones recurrentes de violaciones a los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y reflejaban situaciones que no sólo afectan a las víctimas específicas de estos casos, sino que, realmente, evidenciaban un problema estructural de desigualdad en Ecuador.

La Corte inicia la extensa sentencia con una descripción del contexto en Ecuador; un contexto que revela que en ámbito laboral las mujeres nos encontramos, en general, en una situación de desventaja en relación con los hombres. Para ello, la Corte toma en consideración las tasas de empleo, el ingreso laboral promedio, el porcentaje que ocupan las mujeres en cargos de autoridad, entre otros indicadores. Además, la Corte observa que, entre las principales barreras, están las responsabilidades familiares que tradicionalmente se nos asignan a las mujeres.

Asimismo, en la sentencia, la Corte pone en evidencia cómo durante la pandemia se redujeron significativamente las actividades económicas de las mujeres profundizando la desigualdad de género, principalmente, porque los estereotipos de mujer cuidadora y hombre proveedor siguen existiendo y están muy arraigados en Ecuador. Así, la Corte hace referencia al impacto diferenciado de la pandemia que afecta desproporcionadamente a las mujeres. Por una parte, las mujeres que son trabajadoras informales perdieron su sustento de vida de forma casi inmediata, sin ninguna red, sin posibilidades de sustituir ese ingreso diario y, además, tampoco contaban con un seguro médico. Por otra parte, aquellas trabajadoras del sector formal tuvieron que sobrellevar en casa el trabajo remunerado y, al mismo tiempo, el trabajo doméstico.

A partir de este contexto, la Corte se refiere a los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia y desarrolla los siguientes derechos.

Primero, el derecho a tomar decisiones sobre la salud sexual y productiva. De los casos seleccionados, la Corte identificó que varias mujeres tuvieron limitaciones al goce de su derecho a la salud tanto sexual como reproductiva en el contexto laboral. Al respecto, la Corte establece que la relación laboral no debe ser nunca un obstáculo para el ejercicio del derecho de las mujeres a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la salud sexual y reproductiva. Por el contrario, el espacio laboral debe facilitar y debe proteger el ejercicio de estos derechos a las mujeres que se encuentran trabajando.

Segundo, la Corte desarrolla el derecho de las mujeres a la intimidad y a la no injerencia arbitraria. De los casos seleccionados, se identificó que muchas mujeres, en su lugar de trabajo, fueron objeto de señalamientos sobre los temas que corresponden a su intimidad personal y familiar. A partir de estos hechos, la Corte Constitucional determina que el derecho de las mujeres a la intimidad incluye el derecho a decidir libremente sobre su salud y su vida reproductiva sin que esta cuestión que, en verdad es parte de su vida privada, pueda invadirse en el ámbito laboral. Sobre este punto, la Corte advierte que el derecho a la intimidad es violado cuando, por ejemplo, se pregunta a las mujeres sobre los planes de matrimonio o embarazo, se solicitan pruebas de embarazo en el ámbito laboral, se divulga el historial médico de las mujeres o cuando el uso de esta información condiciona, de alguna forma, el ejercicio de otros derechos, como es el derecho al trabajo.

Tercero, la Corte se refiere al derecho al trabajo sin discriminación. De la revisión de los casos seleccionados se identificaron ciertos momentos en los que este derecho se ve vulnerado como, por ejemplo, cuando las mujeres dan a conocer su embarazo e inmediatamente son desvinculadas del trabajo o cuando se modifica su situación laboral durante su licencia de maternidad. De ahí que, la Corte establece que toda terminación de una relación laboral de una mujer embarazada o en licencia de maternidad debe presumirse discriminatoria, si la entidad responsable no demuestra lo contrario.

Cuarto, la Corte desarrolla el derecho a la protección especial. Esto con base en el artículo 35 de la Constitución del Ecuador que consagra expresamente que las mujeres embarazadas recibirán atención prioritaria y especializada, tanto en los ámbitos públicos como privados.

La Corte explica que esta protección especial significa que las mujeres durante su embarazo, parto, postparto y período de lactancia deben ser atendidas en función de sus necesidades específicas durante esta etapa.

Quinto, la Corte se refiere al derecho a la lactancia materna porque, de la revisión integral de los casos seleccionados, la Corte identificó que ninguna de las instituciones en las que trabajan las mujeres contaba con espacios dignos y adecuados para que ellas puedan amamantar, extraer y almacenar su leche materna. Para la Corte, el período de lactancia es fundamental para el ejercicio de los derechos y es una etapa que tiene que ser promovida y, también, protegida desde el Estado a través de políticas públicas adecuadas. Eso significa que toda mujer que desee tener hijos y que decida amamantarlos debe poder hacerlo sin tener miedo de perder su trabajo. Esas mujeres no son las que deberían adaptarse a las circunstancias laborales, sino que, al contrario, los espacios de trabajo deben crear ambientes propicios para poder compatibilizar la lactancia y el cuidado con el trabajo.

Finalmente, la Corte desarrolla el derecho a cuidar. Este derecho merece una mención especial, pues la Constitución de Ecuador tiene más de diez (10) artículos que reconocen expresamente la importancia del cuidado. La Constitución, incluso, reconoce como trabajo el cuidado humano que se realiza fuera del ámbito laboral formal. Así para nuestra Constitución, las actividades de reproducción son tan importantes y tan imprescindibles para la vida en sociedad, como las actividades de producción. Sin embargo, del texto constitucional a la realidad hay siempre una brecha muy grande, más todavía, cuando el modelo de organización dominante en nuestra sociedad ha privilegiado y ha valorado las actividades de producción, mientras que las actividades relacionadas con el cuidado, que, además son mayoritariamente atendidas por las mujeres, como puede ser: alimentar, cocinar, cambiar pañales, limpiar, lavar, planchar, atender a la enfermedad, no son actividades valoradas ni social, ni económicamente.

De ahí que, el derecho al cuidado, entendido como el derecho a cuidar, a ser cuidado y a cuidarse, debe incluir necesariamente el derecho al cuidado de las mujeres embarazadas y en período de lactancia también en el contexto laboral. Cabe aclarar que, para la Corte, el reconocimiento de las mujeres embarazadas como titulares del derecho al cuidado no debe entenderse como una forma de disminución de su autonomía o de su capacidad, sino como una forma de protección especial.

La Corte desarrolla el contenido específico del derecho al cuidado de manera muy extensa y detallada en esta sentencia. Entre las obligaciones que establece la Corte están permitir durante el embarazo el acceso a todo servicio de salud que sea necesario, y garantizar un período de descanso remunerado conocido como la licencia de maternidad. Además, para proteger el derecho al cuidado y eliminar la brecha de género, la Corte dispone que la Asamblea Nacional legisle sobre la ampliación de la licencia de paternidad para el cuidado, así como la ampliación de la licencia para madres y padres adoptivos, sobre las condiciones para el ejercicio de esta licencia, sobre las formas de garantizar que el tiempo de licencia efectivamente sea destinado al cuidado y, también, sobre las consecuencias que deben existir cuando se incumplen los roles de cuidado.

Respecto a las obligaciones durante la lactancia, la Corte determina que las mujeres deben tener acceso a información para tomar decisiones sobre la lactancia y también apoyo para que esta lactancia se realice en condiciones adecuadas. Así, se establece la obligación de disponer las facilidades, tanto de tiempo como de espacio, para el período de lactancia en el trabajo. En la audiencia pública ante la Corte, muchas mujeres narraron que acuden a los baños de las instituciones en sus horarios de almuerzo para poder amamantar o para poder extraer su leche. Al respecto, la Corte establece que esto constituye un trato indigno e insalubre, pues ninguna persona se alimentaría en un servicio higiénico, pero eso es a lo que les fuerzan a las mujeres en período de lactancia. Por eso, la sentencia dispuso que las instituciones públicas deben disponer de lugares dignos, específicos y condicionados para la lactancia, la extracción y la conservación de la leche materna. La Corte se refiere, además, a la obligación de contar con centros de cuidado diario o guarderías, como una de las formas de prestar las condiciones para conciliar el trabajo con el cuidado.

Además, la Corte desarrolla una compensación para el derecho al cuidado. En la sentencia se establece que, si se termina una relación laboral de manera unilateral por parte de los empleadores, la mujer embarazada o la mujer en licencia de maternidad tiene derecho a una compensación para ejercer su derecho al cuidado, como parte de una corresponsabilidad estatal, con ciertas excepciones.

Finalmente, la Corte incluye en su sentencia indicadores de políticas públicas para garantizar el derecho al cuidado. Esta, quizás, es la sección más ambiciosa porque la Corte desarrolla indicadores específicos, que permiten medir la realización progresiva de los derechos y las obligaciones que están desarrollados en la sentencia.

La sentencia tiene varios puntos resolutivos, entre los principales están, primero, la adecuación legislativa para garantizar que en el ámbito laboral se respete y se garantice el derecho al cuidado. Segundo, la implementación de una política de protección laboral para las mujeres embarazadas y en período de lactancia. Esto incluye la obligación de todas las instituciones públicas donde trabajen mujeres en edad fértil de implementar lactarios y centros de cuidado infantil o, al menos, de garantizar que estos servicios estén disponibles en lugares cercanos al lugar del trabajo. Tercero, la elaboración y la implementación de un Modelo de Ambientes Laborales para el Cuidado que incluya indicadores específicos de medición, que reflejen cómo progresivamente se va cumpliendo el derecho al cuidado. La Corte determinó que este modelo debe ser elaborado con la participación de las organizaciones de mujeres y de otros sectores. Cuarto, la implementación de una campaña permanente de sensibilización y de protección de la lactancia materna en los espacios públicos.

Es importante resaltar y honrar la diversidad que existe en nuestra Corte, pues esta sentencia no se adoptó por mayoría. La jueza Carmen Corral Ponce y el juez Enrique Herrería Bonnet disintieron y entre los principales fundamentos de su desacuerdo están, primero, que a su juicio la sentencia genera arbitrariedad cuando un empleador debe disponer el pago de indemnizaciones de un embarazo que no conocía. Segundo, a su criterio la sentencia genera obstáculos para desvincular a servidoras que incurran en causales de destitución. Tercero, a su consideración la creación de una compensación del derecho al cuidado no está tomando en

cuenta el Presupuesto General del Estado. Finalmente, a su juicio existe una desnaturalización de la figura de la reparación integral.

Como un comentario personal, considero que el problema que aborda esta sentencia es una situación estructural que nos pone en desventaja a todas las mujeres en el ámbito laboral. Además de jueza tengo el privilegio de ser madre y, durante mi embarazo, parto y período de lactancia viví también muchas de las situaciones a las que se refiere esta sentencia. De ahí que, si bien reconozco que las Cortes deben ser prudentes a la hora de establecer políticas públicas o de pretender resolver situaciones estructurales complejas en una sentencia, también estoy convencida de que las Cortes no pueden desaprovechar las oportunidades que tienen de acelerar los cambios indispensables para alcanzar la tan anhelada igualdad de género.

Estimo que la sentencia tiene el potencial de contribuir a transformar la realidad de desventaja que vivimos las mujeres en el ámbito laboral. Es claro que la proporción de mujeres trabajando ha cambiado, pero se sigue asumiendo que si una persona trabaja su dedicación es a tiempo completo, que no hay responsabilidad en el hogar. Es decir, se espera que las mujeres trabajemos como si no tuviéramos niños y que cuidemos de los hijos como si no tuviéramos trabajo. Estoy consciente de que falta mucho para que los hombres nos vean y nos traten como iguales, tanto en el ámbito doméstico como en el laboral, pero tengo la esperanza de que una adecuada implementación de la sentencia propiciará cambios concretos y medibles en el sector laboral público que permitirán que las mujeres podamos ejercer nuestros derechos en pie de igualdad con los hombres.

¿QUÉ CONSECUENCIAS HA TRAÍDO A LOS PAÍSES EN IBEROAMÉRICA IMPONER ESTADOS DE EXCEPCIÓN PARA CONTENER EL COVID-19 Y CUÁLES SON SUS RESULTADOS?

ARMANDO JOSÉ JUÁREZ LÓPEZ

*Miembro de la Sala de lo Constitucional
De la Corte Suprema de Justicia
de Nicaragua.*

Primero quiero dar mis muestras de solidaridad y condolencia para todas las familias que han sufrido los efectos de la pandemia. Que han tenido seres amados fallecidos, en estado grave en las Unidades de Cuidados Intensivos o en aislamiento en toda Iberoamérica.

El diálogo abierto sobre el impacto de la pandemia y las medidas adoptadas por los gobiernos en los derechos fundamentales de personas pertenecientes a grupos sociales diferenciados será provechoso a la luz de una interpretación que determine las causas raíz de la problemática que pretendemos identificar.

Necesitamos establecer la relación entre los acontecimientos, procesos y regularidad de los fenómenos con la producción de algo.

En el caso que nos ocupa, con las consecuencias de haberse decretado medidas de excepción para contener la transmisión del Covid-19 en Iberoamérica, que ha introducido a estos países en una lógica restrictiva y represiva, que gravita sobre la espalda de los pueblos.

Nuestro diálogo comienza con una pregunta: ¿Qué consecuencias ha traído a los países en Iberoamérica imponer estados de excepción para contener el Covid-19 y cuáles son sus resultados?

Partiendo del método de análisis científico de la observación, evidencia y de la interpretación del estudio del derecho constitucional deductivo, gramatical, lógico, histórico y sociológico, concluimos que ha sido un fracaso.

¿Por qué la valoración de fracaso? La historia sociopolítica enseña que los estados de excepción han surgido principalmente para garantizar la constitucionalidad del Estado, de los elegidos

legítimamente, ante supuestos de guerra, seguridad de la nación, condiciones económicas extremas y catástrofes naturales. Aunque esta última condición ha recibido menor aplicación e implementación y tampoco escapa a los fines políticos de los Estados.

¿Contra quién es el enfrentamiento? ¿Cuáles son los riesgos de seguridad? ¿Cuáles son los riesgos de pérdida de constitucionalidad? ¿Dónde están los supuestos de seguridad de la nación en peligro? ¿Se pretende contener un virus o se pretende controlar a los pueblos ante los desequilibrios que provoca la injusta distribución de la riqueza social?

La ausencia de vínculos entre el Estado y los conglomerados sociales en un escenario donde las poblaciones aparte de cargar con los riesgos propios del virus, tienen que soportar los excesos de las medidas impuestas por las naciones, restringiendo sus derechos fundamentales y provocando reacciones lógicas en esta atmósfera de arbitrariedades.

El diálogo sobre el principio o derecho de la autonomía de la voluntad, de hacer todo lo que no está prohibido por la ley mientras no sea contrario a la moral, al orden público o daño a terceros, con respecto al interés público y/o intereses colectivos o de la comunidad, queda planteado como el tamiz donde el Estado, bajo el principio de necesidad, implementa soluciones de excepción que no pueden ser superadas aparentemente por los mecanismos ordinarios. Distanciando la respuesta con creces del sentido humanístico que equilibre los derechos individuales y los derechos de la colectividad, donde la vida es el principio primordial que se debe garantizar.

Considerando la metodología de la investigación en ciencia política, la distribución injusta de la riqueza social es la base para determinar el impacto de la pandemia en los distintos grupos sociales que me rehúso a llamarles diferenciados desde la individualidad del ser y prefiero comprenderlos dentro de los dos grandes bloques de ricos y pobres. Los que tienen mayor acceso a la riqueza social y los que tienen limitado o nulo acceso a la misma.

En dependencia de la ubicación tendremos personas no agrupadas por su condición de ser niños o niñas, o personas de la tercera edad, o estudiantes, o mujeres o adolescentes, o migrantes.

El impacto debe medirse a partir del acceso que se tiene a esta riqueza social y es fácil entonces deducir que una contención humanística del Covid-19 respetando los alcances de la ciencia y del desarrollo social y económico de un país, estará determinado por el acceso que se tiene a esa riqueza en términos de vida, salud, educación, trabajo, justicia y equidad.

El Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional de la República de Nicaragua en el marco de la pandemia estableció a través del Ministerio de Salud (MINSa) en el mes de enero de 2020, una alerta epidemiológica que implicó la vigilancia de los puntos de entrada en las fronteras terrestres y aeropuerto Augusto C. Sandino. Instaló equipos de salud de detección temprana en las fronteras, que permitió implementar mecanismos de detección temprana y seguimiento de las personas que ingresaban al país.

Se trabajó de la mano con los protocolos de la OMS y OPS.

Se promovió el auto-cuidado y el cuidado de la familia. El cuidado a los niños en las escuelas, a la fuerza laboral en sus centros de trabajo, con una sistemática campaña de divulgación de las medidas de prevención, como lavados de manos, distanciamiento de 2 metros, uso de mascarillas y procedimientos de desinfección, con la participación de miles de promotores de la salud, trabajadores del campo, la ciudad y miembros del Ejército Nacional en la limpieza, desinfección de escuelas, centros de trabajos, hospitales, centros de salud, mercados, terminales de transportes, parques, unidades de transporte colectivo y selectivo, involucrando decisivamente a la población de forma participativa y voluntaria en la defensa de la vida, de la familia y de la estabilidad económica.

El Ministerio de Salud, rector de las políticas del Ejecutivo de cara al Covid-19, logró llegar a los sectores más vulnerables del país, incluyendo las comunidades étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe, mediante visitas de atención y acompañamiento casa a casa, siguiendo los protocolos de seguridad, estableciéndose sistemas de atención ambulatoria, semi-ambulatoria y recomendándose el aislamiento para aquellos pacientes positivos y su círculo de contagio. Los casos de peligro de muerte se atienden en los hospitales de referencia nacional.

El MINSA emitió el Decreto 346-2020, donde establece que todas las personas que ingresen al país deben de presentar el negativo de la prueba de reacción en cadena de la polimerasa (PCR), realizado en un plazo no mayor a setenta y dos horas antes de su ingreso.

El Estado de la República de Nicaragua estableció que no se iba a dictar ningún tipo de cuarentena, ni restricción de movilización en el territorio nacional. Esta decisión tiene fundamento en el modelo de salud familiar y comunitaria como mandato Constitucional del Gobierno de Nicaragua. Las medidas de seguridad se ejecutan dentro de las campañas de prevención, basado en el concepto comunitario de salud pública, llegando así a los sectores más vulnerables del país.

Nicaragua es un país con sus propias limitaciones económicas, pero esto no ha sido obstáculo para implementar medidas de aseguramiento que a la postre han sido efectivas y que no han tenido como consecuencia la limitación de ningún derecho y garantía Constitucional.

Las naciones que implementaron medidas de excepción no han tenido los efectos esperados en la contención de la pandemia.

No es objetivo afirmar que los países que no implementaron estas medidas de excepción porque interpretaron su realidad socioeconómica, cultural y política acertadamente, hubiesen desencadenado o provocado incrementos en los casos de contagio.

Los efectos de los estados de excepción han sido la movilización popular, las manifestaciones de resistencia al confinamiento y el debilitamiento de la capacidad económica de subsistencia.

Nicaragua en su estrategia de contención al Covid-19 fundada en la comunidad y para la comunidad, ha sido furibundamente cuestionada por grupos opositores de origen golpista, que han pretendido desinformar a la población acerca de las medidas de protección y

aseguramiento promovidas por el Gobierno de Nicaragua, en cuya cabeza a estado el Ministerio de Salud.

No han escatimado esfuerzos para demandar medidas de excepción, medidas de confinamiento, medidas de restricción a la economía, al sistema bancario y a la libertad de trabajo y movilización del pueblo nicaragüense, mostrando poco interés en apoyar una estrategia realista, comprometida con el pueblo, en la que se han involucrado los distintos Poderes del Estado con las comunidades y los diversos sectores de la sociedad nicaragüense y principalmente de las mayorías más vulnerables.

El papel de los jueces constitucionales en el período de pandemia corresponde el de utilizar al máximo los mecanismos de control de constitucionalidad, para desmontar en lo posible los abusos del Poder Ejecutivo que han utilizado la pandemia para crear estados de excepción donde puedan ejercer mecanismos de control de población sin que existan razones objetivas y reales para ello.

Estamos obligados a ser creativos para plantear nuevas formas de protección, nuevos mecanismos de control de constitucionalidad y defensa de los derechos humanos de la población.

En mi opinión, el Covid-19 dejó al desnudo las desigualdades, desequilibrios y falta de equidad en la distribución de la riqueza social, en la fragilidad del sistema normativo constitucional para detener los excesos del Poder Ejecutivo. Asimismo, las limitaciones de la ciencia y la técnica para hacer frente a fenómenos de esta naturaleza, que no han tenido umbral de comparación en nuestros tiempos.

El derecho humano que debe ser protegido es el derecho a la verdad sobre el Covid-19, sobre su origen, sobre supuestos objetivos de arrasamiento de la especie humana o donde queden en cuestión intereses globales de carácter político o económico que ponen en riesgo la especie.

Debemos anticiparnos a los escenarios de cara a la vacuna del Covid-19, garantizando normativamente los procedimientos y protocolos de investigación y experimentación científica que dé como resultado una vacuna segura.

Debemos prepararnos para priorizar el acceso de la vacuna a los sectores mayoritarios y vulnerables, evitando el sentido de ganancia en detrimento de la salud de la población.

Debemos construir derechos que protejan a la especie humana, que ha sido estremecida por la pandemia del Covid-19 y las medidas de excepción únicamente aumentan la carga de los pueblos, sin resolver las causas que originan la alarma, la desesperación, el temor, la inseguridad, aspectos que también han sido manipulados sobre la base de un interés supremo que no está en riesgo y que nunca lo ha estado por la pandemia.

Muchas gracias.

EL DERECHO A LA DEFENSA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA

ANGELA RUSSO DE CEDEÑO

*Vicepresidenta de la Corte Suprema de
Justicia de Panamá.*

149

Buenas Tardes, Honorable Magistrado Presidente de la Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Alberto Rojas Ríos. Honorables Magistrados y Magistradas de Iberoamérica que participan en esta Décimo Tercera (XIII) Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. Integrantes de esta cuarta mesa de trabajo dedicada al diálogo jurisprudencial sobre los derechos fundamentales de personas de especial interés. Magistrado moderador Luis Javier Moreno Ortiz. Representantes de los Poderes Judiciales y entidades de apoyo a la Justicia que nos acompañan este día.

Quiero iniciar mi intervención agradeciendo la oportunidad que me brindan para participar en este espacio dedicado al análisis de las decisiones emitidas por Tribunales Constitucionales, en un tema tan importante como lo es la tutela judicial de los derechos de aquellas poblaciones que se encuentran en alguna condición de vulnerabilidad, situación que se agrava exponencialmente, en el marco de la realidad sanitaria que nos afecta a nivel mundial.

Como Magistrada Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, y coordinadora de lo relativo al Acceso a la Justicia, Género y Derechos Humanos, conozco muy de cerca la importancia de incorporar las garantías constitucionales y las disposiciones convencionales para la protección de aquellas personas, que, en razón de su condición, se ven imposibilitadas

en el pleno goce de sus derechos. Hay un llamado también a quienes integran las Cortes Constitucionales, a ejercer las facultades judiciales como un instrumento para prevenir que los avances en inclusión social se vean en peligro de retroceso, a raíz del efecto desigual que la pandemia está dejando en nuestras sociedades.

Siguiendo la metodología dispuesta para esta mesa, procedo a iniciar mis comentarios en torno a una decisión dentro de una acción de amparo de garantías constitucionales, fechada 18 de junio del 2020 e identificada con la entrada 254-2020, donde intervino como ponente. En el caso que nos ocupa, el accionante cuestiona la constitucionalidad de un Decreto Ejecutivo donde se emiten disposiciones que afectan el ejercicio de la profesión de abogado y abogada, en el contexto de las medidas tomadas en la emergencia por Covid-19. En el siguiente extracto ilustro lo debatido de la norma en mención:

En el marco de medidas de toque de queda, se dictó el Decreto Ejecutivo 541 de 21 de abril de 2020 que dispuso restricciones a la circulación y dijo: “Abogados idóneos para el ejercicio de la defensa de personas detenidas por incidencias que se registren dentro del toque de queda, que realicen gestiones ante el Órgano Judicial, Ministerio Público, Autoridades de Justicia Administrativa, y aquellas que se encuentren prestando servicios en las dependencias públicas que mantengan gestiones activas que requieran la presencia del abogado, siempre y cuando presenten la debida documentación que les faculte para la gestión a realizar. Para su debida movilidad, le corresponderá a la Autoridad para la Innovación Gubernamental (AIG), la emisión de los respectivos salvoconductos”⁷⁰.

Resalto esta última frase del Decreto Ejecutivo mencionado que da competencia a una dependencia administrativa del ejecutivo para emitir los salvoconductos que permitirían el ejercicio de la abogacía durante los tiempos de límites a la movilidad. Debo decir que nuestro país ha tenido medidas de restricción de la circulación basadas en horarios a razón del número de identificación personal, del género y de la actividad a realizarse fuera del domicilio.

En el ámbito judicial, si bien el Covid-19 nos puso en la necesidad de suspender los términos durante varias semanas, en ese periodo el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se declaró en sesión permanente, manteniendo el servicio en jurisdicciones sensitivas para la protección de personas en condición de vulnerabilidad, tales como penal, niñez y adolescencia, así como el tribunal constitucional que en nuestro caso está integrado por los mismos Magistrados y Magistradas de la Corte Suprema de Justicia.

La persona que presenta el amparo en su exposición señala que el Decreto Ejecutivo citado viola las garantías constitucionales del debido proceso, en cuanto que una entidad distinta a la Sala Cuarta de Negocios Generales adquiere la facultad de emitir salvoconductos para el ejercicio de la defensa de personas detenidas; así como se cuestiona el mecanismo usado a través de un decreto ejecutivo para establecer medidas durante la pandemia. Otras garantías afectadas según el recurrente son el libre ejercicio de la profesión, la protección contra la exlimitación de funciones y el acceso a servicios de calidad.

⁷⁰ Numeral 28, artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 541 de 21 de abril de 2020, proferido por el Presidente de la República de Panamá y el Ministerio de Salud.

Es de destacar que, con base a la normativa vigente, es a la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia a la que le corresponde declarar quiénes reúnen las condiciones necesarias para ejercer la abogacía, así como aplicar a los abogados y abogadas las sanciones correccionales y disciplinarias que la Ley señale.⁷¹

Al responder la autoridad que emite el decreto justifica sus acciones en el marco de medidas que a nivel internacional y nacional que han tenido que tomarse para limitar la expansión del virus. Señala “el desplazamiento de los abogados en situaciones extraordinarias como las que vivimos en estos momentos, que ha segado vidas y producido enfermedad no puede estar por encima de las disposiciones sanitarias que se dicten para el bien común y mitigar el contagio del Covid-19”.

El Pleno de la Corte realiza las siguientes consideraciones:

- Parte, reconociendo como máximo Tribunal del país, la gravedad del problema de salud pública mundial, elevado a pandemia por la Organización Mundial de la Salud.
- Que el Órgano Ejecutivo ha tomado medidas como cercos sanitarios, suspensiones de las actividades en aeropuertos y fronteras, el cierre de actividades económicas, educativas, deportivas y de todo tipo.
- Que la Corte se ha pronunciado con respecto al debido proceso, señalando que involucra el derecho a ser juzgado por autoridad competente, conforme al trámite legal y no más de una vez por la misma causa. Y además abarca la oportunidad de acceder a los tribunales de justicia y obtener una decisión en base a lo pedido; de ser juzgado en un proceso previamente determinado por la Ley, y ejercer sus derechos y/o mecanismos de defensa legalmente establecidos. (CSJ, 19/11/2015).
- La Corte también señala que el derecho a la defensa está mediado por el libre acceso a los servicios de un profesional del derecho. Por eso imponer limitantes al ejercicio de la profesión impide a la ciudadanía ejercer su derecho a defenderse. Como consecuencia se afecta también la tutela judicial efectiva y aumenta el riesgo de que las personas, sufran algún perjuicio en su contacto con el sistema de justicia.
- Incorpora en su motivación, la Resolución No. 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas,⁷² que establece recomendaciones dentro de las que destaca el no suspender los procedimientos judiciales que garantizan los derechos y garantías fundamentales, entre ellos las acciones de *habeas corpus* y amparo para controlar las actuaciones de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto, así como garantizar que defensores y defensoras de derechos humanos puedan realizar su labor de defensa e información en el contexto de la pandemia.

⁷¹ Numerales 4 y 9 del artículo 100 del Código Judicial de la República de Panamá, Gaceta Oficial 24,384 de 10 de septiembre de 2001.

⁷² <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Consideró la Corte panameña que aún en pandemia “se debe garantizar la plenitud de los derechos y libertades mediante diversas acciones judiciales, acciones éstas que en la gran mayoría son interpuestas por abogados y que por la urgencia de su naturaleza requieren que sean presentadas lo más pronto posible ante la autoridad judicial competente u otra autoridad que requiera la actuación de los y las abogadas; por ello, la necesidad de que no se pueda restringir la circulación de los profesionales del derecho idóneos, a fin de garantizar su labor de defensa en el contexto de la pandemia”⁷³

Destacó también el fallo que, “tomando en cuenta que los abogados son auxiliares de la justicia y que lo medular en este amparo de garantías constitucionales guarda relación con la incidencia directa que la profesión de abogado tiene en la salvaguarda y defensa de un Estado de Derecho, es que analizado el acto recurrido, estima esta Máxima Corporación de Justicia que le asiste la razón al activador constitucional, toda vez que se encuentra probada la violación a la garantía fundamental del debido proceso contemplada en el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá”⁷⁴, que dice: “Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria”⁷⁵.

En atención a estas consideraciones, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia concede el amparo de garantías constitucionales.

Este caso ejemplifica muy bien las controversias que se han dado en medio de la inédita situación sanitaria que vivimos y revive el debate sobre dónde están los límites entre las medidas para salvaguardar la salud y el respeto a las garantías fundamentales. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha señalado en esta decisión que, en la base de las democracias y el Estado de Derecho, está el respeto a las normas constitucionales protectoras del bienestar de los habitantes del país. Además de aquellas disposiciones contenidas en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos adoptadas por nuestras naciones.

Como comisionada ante la Cumbre Judicial Iberoamericana para el seguimiento en la implementación de las 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad, no puedo dejar pasar la oportunidad de incorporar algunos conceptos de este instrumento en la discusión que ahora nos ocupa.

Las 100 Reglas de Brasilia señalan que se está en vulnerabilidad cuando una persona ve disminuida “su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. (Acuerdo de Pleno de la Corte Suprema de Justicia, N° 368 A del 2019).

Las personas de especial interés pueden ser personas en condición de vulnerabilidad puesto

⁷³ Sentencia 18 de junio de 2020 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá.

que, debido a su edad, su condición de discapacidad, su condición de género, su situación migratoria, su origen étnico y cultural, su orientación sexual, o la privación de libertad tienen obstáculos en su libre acceso a la justicia. La Justicia Constitucional está llamada a revertir esas condiciones de desigualdad material que afectan el bienestar de estas poblaciones.

El fallo que comentamos reviste gran importancia en cuanto ejerce la tutela judicial efectiva de toda la población que requiere en algún momento la asistencia de profesionales del derecho. En nuestros países es una realidad la grave situación de violencia contra las mujeres, niños y niñas, indígenas y otras poblaciones, que, al no poder disponer de asistencia jurídica, ven incrementado el riesgo de revictimización. En muchos casos, el daño por la ausencia de una orientación y representación jurídica adecuada es irreversible. Afectaciones en los procesos de investigación, en el aseguramiento de pruebas, en la aplicación de medidas de protección y en otras tantas acciones que son necesarias para garantizar el acceso a la justicia, no permitirían que pudiera realizarse el fin de la justicia como garante de la paz social.

El sistema de justicia es uno de esos servicios esenciales que, aún en medio de la difícil situación que vivimos, debe mantenerse, especialmente en el caso de las personas más vulnerables que requieren una atención judicial enmarcada en los estándares internacionales y nacionales de Derechos Humanos, en el contexto de la protección que establecen nuestras constituciones. De esta forma contribuimos a disminuir los dolorosos efectos de esta pandemia que, no sólo afecta nuestra salud, también amenaza con hacernos retroceder en el avance hacia una región menos desigual y más inclusiva.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá, al conceder el amparo de garantías constitucionales interpuesto contra un Decreto Ejecutivo que restringe la movilidad de los abogados y abogadas, siendo estos auxiliares de la justicia, está garantizando los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, especialmente si consideramos que pueden coincidir en ellas varios factores que les colocan en doble o triple condición de vulnerabilidad y/o discriminación. De allí su vinculación al objetivo de esta mesa, la jurisprudencia constitucional en la protección de personas de especial interés.

Sin abogados que puedan libremente ejercer su trabajo, interponer acciones y representar a las personas, en especial a las más vulnerables, no se asegura el acceso a la justicia.

El fortalecimiento de la democracia no se puede lograr sin el auxilio de los abogados que son los que están llamados a asumir la defensa de las personas, en especial, de las personas en condición de vulnerabilidad.

¿HAY UNA CONTRADICCIÓN O
HAY ACASO UNA COMPATIBILIDAD
ENTRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD
ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN
-EN PRÁCTICAMENTE TODAS
LAS CONSTITUCIONES- Y
LA PROTECCIÓN DE LA
VULNERABILIDAD, SITUACIÓN QUE
APARECE CON LA PANDEMIA?

DOMINIQUE ROUSSEAU

*Magistrado del Tribunal
Constitucional de Andorra.*

Buenas tardes a todos, permítanme primero agradecer al Presidente de la Corte Constitucional de Colombia por haberme invitado a participar en esta XIII Conferencia Iberoamericana de Cortes Constitucionales, permítanme también agradecerle que me haya permitido hablar en francés, y gracias evidentemente también a los intérpretes que van a tener que hacer ese trabajo.

Me gustaría abordar con ustedes las relaciones entre el principio de igualdad y la vulnerabilidad. ¿Hay una contradicción o hay acaso una compatibilidad entre el principio de igualdad establecido en la Constitución -en prácticamente todas las constituciones- y la protección de la vulnerabilidad, situación que aparece con la pandemia?; hay que preguntarse si la protección constitucional de la vulnerabilidad trastorna parte del sistema de los derechos fundamentales, en el cual se apoya en gran parte. ¿Cómo se puede gestionar la igualdad y la vulnerabilidad?

Partiré de la experiencia concreta de Andorra, de las decisiones del Tribunal Constitucional de Andorra, que son pocas en la actualidad sobre esa cuestión, porque la función esencial del Tribunal Constitucional es controlar la constitucionalidad de las decisiones de la justicia, y todavía no hemos estado confrontados a verificar la constitucionalidad de ciertas decisiones.

De ahí, una reflexión que yo quisiera desarrollar en tres tiempos: primeramente, en apariencia el principio de igualdad no está en tela de juicio a causa de la pandemia. En apariencia, todos los grupos, todos los individuos son tratados de la misma manera, son tratados de manera igual.

Si nos centramos en la situación vivida en Andorra la crisis sanitaria evidentemente ha impactado los derechos y las libertades, pero los impactos han sido y son para todo el mundo, para todos los grupos y para todas las personas, y podríamos decir que han aparecido de algún modo dos Estados de Derecho, el Estado de derecho que, por así decirlo, es un Estado de Derecho normal, cuyo principio motor es el respeto a la libertad, y, después está el Estado de Derecho excepcional donde se prioriza el principio de la protección de la seguridad, y, en particular, de la seguridad sanitaria de los ciudadanos.

Y el juez constitucional, la Corte Constitucional, la Corte Suprema se han encontrado atrapados en esa dialéctica infernal: la misión habitual, la misión constitucional del juez constitucional es la de ser el guardián de los derechos y de las libertades reconocidos en la Constitución, pero, con la pandemia, los poderes públicos, los gobiernos, los parlamentos -en función de cada país-, han tenido que tomar medidas apoyados por la opinión pública que priorizan la seguridad y, en particular, la seguridad sanitaria, y hemos visto la restricción de libertades, la libertad de movimiento, libertad individual, limitación del derecho al acceso a la justicia y a la posibilidad de organizar un proceso sin abogado, prolongación de las detenciones provisionales sin la decisión de un juez, la vulneración de la libertad de trabajo, etc.

En definitiva, las Cortes Constitucionales que son las guardianas de la libertad han estado confrontadas a un cuestionamiento importante y sistemático, no solamente parcial sino sistemático, por las restricciones a los derechos y libertades. Y entonces hay, como decir, un interrogante sobre la misión de la Corte Constitucional, ¿Es que ésta puede seguir jugando el rol de guardián de la libertad o, debido a la presión del contexto, a la presión de la crisis, a la presión de la opinión pública, a la presión de los gobernantes, el Tribunal Constitucional debe convertirse en el guardián de la seguridad? ¿Debe acaso dejar de ser el guardián de la libertad y dedicarse a la seguridad sanitaria de los ciudadanos?

Y esta problemática que ha confrontado las Cortes Constitucionales se traduce en la práctica contenciosa, en la medida en que hay un nuevo arbitraje entre los derechos fundamentales: el derecho a la salud es un derecho fundamental, un derecho constitucional, y la libertad individual, la libertad de movimiento, también es un derecho constitucional, está escrito en la Constitución. Y en sus decisiones las Cortes Constitucionales deben arbitrar entre esos dos derechos para encontrar un equilibrio.

En el periodo de Estado de Derecho normal lo que prima es el principio de la libertad, en el Estado excepcional se puede dar mayor ventaja e importancia al derecho a la salud. Ahora se está viviendo un nuevo reequilibrio en el que aceptamos una libertad diferente, restricciones a la libertad individual, a la libertad de movimiento, etc., para satisfacer el derecho a la salud, bajo la condición, es decir, y cito la decisión de nuestro Tribunal Constitucional de Andorra es que las restricciones deben ser proporcionales, justificadas y necesarias, eso se conoce con el nombre de prueba de *proporcionalidad*.

De esa manera, se puede considerar que la crisis sanitaria respeta el principio de igualdad en la medida en que todas las personas, todos los grupos, deberán someterse por igual a las restricciones de la libertad, que estén justificadas y que sean proporcionales y necesarias. Lo

que se solía decir, de manera un poco rápida, es que todos somos iguales ante la muerte, y bien, en este caso, podríamos decir que todos estamos afectados por la pandemia. Ese es el primer punto sobre el principio de igualdad que se ha visto afectado por la crisis sanitaria, por la pandemia, por las medidas a las cuales todos nos hemos visto sometidos de manera igual a las restricciones a la libertad.

El segundo punto que resolveré será sobre el hecho de que detrás de una apariencia de igualdad, se ve rápidamente que hay desigualdades profundas. Si tomo como ejemplo la medida que se ha aplicado en casi todos los países, la del confinamiento, este es evidentemente un atentado fuerte y grave a la libertad porque es una prohibición de salir y una obligación de estar en casa para todo el mundo; para todo el mundo, principio de igualdad, pero nos dimos en seguida cuenta que esta prohibición de salir tenía un alcance y un sentido diferente en función de cada grupo de personas: por ejemplo, ¿Qué significa el confinamiento, la prohibición de salir, para los sin techo, para los vagabundos, para los inmigrantes?

El confinamiento fue pensado para proteger a las personas, deben quedarse en casa para no contaminarse, pero hemos visto que hay un riesgo de violencia intrafamiliar, sobre las mujeres, sobre los niños. El confinamiento también es confinamiento, por ejemplo, para los prisioneros: ¿pueden respetarse las condiciones de distanciamiento físico dentro de las celdas en las prisiones hacinadas?

También hay un problema particular respecto de los ancianos, de los enfermos; situación particular para el personal de cuidado, una prohibición de salir para todo el mundo excepto para el personal de cuidado que está habilitado para salir y hacer su labor. Y por lo tanto los poderes públicos tomaron conciencia que, al lado del principio de igualdad, había que tener en cuenta otra exigencia, la vulnerabilidad de determinadas personas.

En Andorra el 23 de marzo de 2020 se adoptó un decreto que regulaba, entre otros extremos, el aforo y la frecuencia en que los clientes visitan las tiendas y establecimientos alimentarios, y que disponía que los grupos más vulnerables tendrían acceso exclusivo en la primera hora del día. Así, era un privilegio para aquellos que eran más vulnerables poder acceder a las tiendas de manera exclusiva; así mismo se autorizaba a los comercios a abrir una hora antes de su horario habitual para atender los grupos más vulnerables, ancianos, personas con movilidad reducida, embarazadas, entre otros, la lista no es limitativa.

Así mismo otro decreto, adoptado unos días más tarde, reservó, esa es la palabra indicada, «*reservar*», un horario particular para las personas mayores de setenta años para poder pasear en el exterior, momento del día en el que las personas mayores de setenta años tenían todo el espacio para ellos.

Dicho de otra manera, la crisis sanitaria ha hecho aparecer en el vocabulario jurídico la palabra vulnerabilidad. Ya existía antes, pero la crisis le ha dado más protagonismo en la escena jurídica y política, por ese motivo es necesario, como decirlo, precisar o definir la *vulnerabilidad*.

Creo que podríamos hacer una primera definición, una primera propuesta de definición, diciendo que la vulnerabilidad es el estado de una persona que, en un contexto particular que

explicaré más tarde, eso es muy importante, no tiene la autonomía suficiente para ejercitar sus derechos fundamentales. Una persona vulnerable es una persona que, en un contexto particular, no tiene la autonomía suficiente para ejercitar sus derechos fundamentales, y eso justifica que se adopten disposiciones particulares relativas a esas personas, precisamente para proteger su integridad, integridad física y su seguridad.

Dicho de otra manera, aparece una exigencia de protección de las personas vulnerables, y ese sería mi tercer y último punto. Y ¿cómo se integra esta exigencia de protección de las personas vulnerables al sistema de derechos fundamentales? ¿Se va a alterar el sistema actual? ¿Va a convertirse en el principio alrededor del cual se va a reconstruir el sistema de los derechos fundamentales? ¿Y cómo va a articularse con los otros derechos?

Sobre esa cuestión, formularé tres sub-cuestiones que también están a debate; la primera es cuál es el fundamento constitucional de la protección de las personas vulnerables. Si el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de la protección de las personas vulnerables, hay que preguntarse si esta protección es en sí misma un principio constitucional, si tiene autonomía, o bien si esta protección depende de, o se apoya en otro principio de rango constitucional, y si es así ¿cuál?

¿Podemos fundar la protección de las personas vulnerables sobre el principio de respeto de la dignidad humana, podemos fundamentarlo en el principio de solidaridad, lo podemos fundamentar en el principio de fraternidad? ¿Cuál es jurídicamente la base constitucional, el fundamento constitucional de la protección de las personas vulnerables?

El día en que un Tribunal Constitucional tenga que hacer un arbitraje entre la igualdad y la vulnerabilidad, sobre qué principio va a tener que apoyarse para poder afirmar que la protección de la población vulnerable tiene un fundamento constitucional.

La segunda cuestión es evidentemente la de identificar los criterios de la *vulnerabilidad*. Se ha hablado de incluir las personas de cierta edad, los niños, las embarazadas etc., pero si yo quisiera forzar un poco el tema, diría que todos nosotros somos vulnerables, la condición común del ser humano es el ser vulnerable y como consecuencia habrá que entrar en una discusión casuística para saber quiénes son las personas vulnerables, si son todas, o hay que aclarar quiénes son las personas más vulnerables que otras. Aquí también es importante, como lo dije antes, lo diré en todo momento, el contexto.

Si nosotros los humanos somos ontológicamente vulnerables, en cierto contexto, hay unas personas más vulnerables que otras, entonces será necesario que el legislador, bajo el control del juez constitucional, verifique la cualidad de vulnerabilidad de la persona. En el decreto que he mencionado anteriormente, se indica que los establecimientos alimentarios pueden reservar el acceso exclusivo, durante la primera hora de apertura, para las personas vulnerables. Y se añade que el personal de los establecimientos alimentarios podrá pedir a los clientes que demuestren su situación de vulnerabilidad. Se presenta aquí un posible problema contencioso enorme: los comerciantes pueden negar la existencia de la vulnerabilidad de un cliente y este podrá acudir a un juez, al cual corresponderá determinar la definición de una situación vulnerable, y si una situación es más vulnerable que otra. Será esta una jurisprudencia, por

así decirlo, detallista, existencialista y circunstanciada, pero que puede aparecer a partir del momento en que el concepto de vulnerabilidad se aplica en un contexto particular.

Para finalizar, el último punto, se refiere a cómo conciliar el derecho de otorgar prerrogativas particulares a las personas vulnerables, el derecho a salir antes de todo el mundo, el derecho de tener acceso privilegiado, etc., con el principio de igualdad.

¿Hasta qué punto el principio de igualdad se va a ver cuestionado por ese reconocimiento multiplicado de tantas categorías de personas vulnerables que pueden demandar beneficiarse de prerrogativas y derechos particulares que no tienen los otros grupos? Pero, a la inversa, nos podemos preguntar si una persona es vulnerable porque el principio de igualdad no ha sido respetado, es que las personas vulnerables, los pobres, por ejemplo, son vulnerables porque el principio de igualdad no ha sido respetado y eso los ha llevado a una situación de pobreza.

La vulnerabilidad obliga, creo yo, a tomar en cuenta este nuevo principio sobre la base del principio de igualdad: ¿la vulnerabilidad importa tanto como el principio de igualdad o es que se es vulnerable porque el principio de igualdad no ha sido respetado en la distribución de la riqueza, en la distribución del poder, en la distribución de cuidados y eso conduce a que existan personas vulnerables? ¿Si el principio de igualdad se respetara no existirían personas vulnerables?

Así, esta es la problemática sobre la vulnerabilidad e igualdad que me parece que ha revelado la crisis sanitaria de la pandemia global; yo no digo que esa cuestión no existiera antes de la crisis sanitaria, pienso simplemente que la crisis sanitaria poniendo de relieve el número de personas vulnerables, ha obligado a que los poderes públicos y los jueces constitucionales se pregunten de nuevo sobre el lugar de la *vulnerabilidad* dentro del sistema de derechos fundamentales.

Les doy las gracias por escucharme y estoy listo por si mis colegas tienen alguna respuesta, comentario o pregunta.



53. CAPÍTULO III

EL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS RELACIONADOS CON LAS CONSECUENCIAS DE LA PANDEMIA

En este capítulo se analizan las medidas adoptadas por los distintos gobiernos iberoamericanos para contrarrestar la pandemia generada por el Covid-19 en especial aquellas que no habían sido contempladas antes por los ordenamientos, tales como la renta básica universal. Precisamente por esta razón, en este capítulo, en primer lugar, en la mesa de discusión general se reflexiona sobre las herramientas constitucionales para garantizar nuevos derechos humanos.

En segundo lugar, la mesa de discusión jurisprudencial aborda las decisiones judiciales proferidas por los jueces constitucionales iberoamericanos relacionadas con el reconocimiento jurisprudencial y el reconocimiento de nuevos derechos.

MESA DE DISCUSIÓN GENERAL

PRESENTACIÓN

ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN

Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia

La pandemia y el impulso para el reconocimiento de nuevos derechos

La internet le dio lugar a la utopía: seres humanos con el don de la ubicuidad, capaces de estar en cualquier lugar del mundo con inmediatez y convertir el mundo en una “aldea global”, en los términos de Marshall McLuhan. Reunidos en una sala virtual, con más de tres mil quinientos asistentes venidos o conectados desde muchos lugares en Iberoamérica, el viernes 25 de septiembre, en la mañana, tuve el privilegio de moderar un panel alrededor del reconocimiento de nuevos derechos constitucionales, como fruto de la pandemia provocada por el Covid-19. La mesa virtual se conformó por cinco representantes de excepción del constitucionalismo latinoamericano; magistradas, magistrados y jueces de tribunales constitucionales de Bolivia, El Salvador, Honduras, Puerto Rico y Colombia.

El diálogo fue posible, en primer término, por los importantes hechos sociales, humanos, económicos y culturales que tenemos en común. Somos países valiosos y valientes, pero con graves problemas que evidencian la ineficacia de derechos y garantías ya existentes en nuestros textos constitucionales: desigualdad material, pobreza, desempleo o informalidad – precariedad- en el trabajo, deficientes sistemas de salud y sanidad y ausencia de programas de asistencia social sólidos, como el seguro universal de desempleo que,

históricamente, caracterizaron los estados de bienestar, que no hemos podido construir en nuestros países y que algunos reclaman apenas hoy, en medio de la crisis. Estos problemas se agravaron en los últimos meses, porque tanto el virus, como las medidas para evitar su expansión, encontraron en la debilidad institucional y de las personas, la oportunidad para profundizar las desigualdades y alejarnos, aún más, del fin constitucional de instaurar un orden justo.

La pandemia que se declaró en este 2020 puso a prueba a nuestros Estados y a nuestros sistemas jurídicos, y los hizo cuestionarse en cuanto a lo posible y lo tolerable para proteger los derechos a la vida y a la salud que, como nunca, se evidenciaron en su calidad de derechos no exclusivamente subjetivos y, por el contrario, mostraron con rabia su faceta colectiva. El concepto tradicional de salubridad, como componente del orden público, recordó su inescindible vínculo con el derecho a la salud y el derecho a la vida de la especie, que subyacía en la idea de desarrollo sostenible y que condujo a discutibles reconocimientos de derechos a elementos de la naturaleza, se abrió campo y provocará que se reabra el debate respecto de los derechos de la especie, derechos de las futuras generaciones; los derechos de la posteridad y a la posteridad.

En esta crisis, los derechos y libertades públicas que tanto le costaron a la humanidad en dolor, en vidas, en valentía y altruismo quedaron, en muchos casos, cercenados de facto, por el miedo a un enemigo rápido, invisible, traicionero, mortífero y antisocial, que penalizó el acercamiento y el calor humano.

Frente a ello, los jueces constitucionales y de lo contencioso administrativo de nuestros países han enfrentado el reto de controlar tales restricciones al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad individual – derecho de ir y de venir-, al trabajo, así como intromisiones en derechos como la intimidad o la protección de datos personales, entre otros. Ha sido necesario que se activen las alarmas contra la discriminación que amenaza permanentemente: discriminación a los enfermos, así como a las personas que trabajan en el sector salud. También se ha visto la necesidad de proteger especialmente a sujetos vulnerables, como personas de la tercera edad o población indígena, particularmente golpeada por el virus. Pero también, nos evidenció la necesidad de reconocer nuevas prerrogativas a las personas, bajo la lógica misma de la dignidad humana en su plena manifestación dinámica y adaptable a nuevos retos, es decir como un mandato de optimización.

El diálogo respecto del reconocimiento de nuevos derechos que se desarrolló en esta edición de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional se posibilitó, además, porque se trataba de experiencias compartidas entre cinco estados constitucionales, de derecho, democráticos, fundados en el respeto

la dignidad humana⁷⁶ y cuyas Constituciones no introducen listas taxativas de derechos constitucionales sino que, por el contrario, reconocen que los derechos enunciados no pueden significar la exclusión del reconocimiento de nuevas prerrogativas, como si las reivindicaciones sociales de la humanidad (Petition of Right; Cahier des Doléances; Memorial de Agravios...) fueran un punto final y no unos puntos suspensivos. La idea de Constitución viviente no se trata únicamente, entonces, de las variaciones o evoluciones en cuanto a la interpretación de sus artículos, sino también, de aceptar que estamos ante cuerpos normativos definitivos, cerrados y condenados a la desconexión con la vertiginosa realidad, como ocurre frecuentemente con las leyes, sino de estructuras normativas vivas, permeadas por un constante y enriquecedor contacto con la sociedad, percibido, esencialmente, a través de los ojos de los jueces constitucionales y moldeado entre sus manos. Las fronteras entre las Constituciones escritas y las consuetudinarias se tornan propias de los tipos ideales de Max Weber y el realismo jurídico de Eugen Ehrlich recobra actualidad.

Ese carácter evolutivo y no taxativo del catálogo constitucional de derechos se encuentra reconocido en todos los textos constitucionales de los países miembros del panel. Sin embargo, difieren en cuanto al fundamento de tal reconocimiento. Para la Constitución de **El Salvador** de 1983, en su artículo 52, se trataría de aquellos derechos que se deriven de los “principios de justicia social”. En lo que concierne a la Constitución de **Honduras**, de 1982, en su artículo 63, son los derechos que nacen de “la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre”. Por su parte, para la Constitución de **Puerto Rico**, promulgada en 1952, en su artículo II, sección 19, es posible reconocer “otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia”. Finalmente, la cláusula de apertura (numerus apertus) de los derechos constitucionales, se encuentra en el artículo 94 de la Constitución de **Colombia**, de 1991, que permite el reconocimiento de otros derechos “que, siendo inherentes a la persona humana”, no se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución o en el bloque de constitucionalidad.

Aunque podría profundizarse en las diferencias y construirse una teoría acerca del fundamento de los derechos constitucionales en cada uno de dichos estados, en realidad, muchos de los conceptos jurídicos utilizados son tan amplios que no pueden ser percibidos como una limitante, sino, por el contrario, como la clara expresión de cada Constituyente de la intención de progreso y adaptación frente a nuevos e inesperados desafíos. Por ello, no asombra que la Constitución de **Bolivia**, de 2009, en su artículo 13-II, haya

⁷⁶ Artículo 8º de la Constitución de Bolivia; art. 1º de la Constitución de El Salvador; art. 59 de la Constitución de Honduras; art II, Secc 1 Puerto Rico, art 1 Colombia)

preferido no indicar la base para el reconocimiento de nuevos derechos y simplemente haya dispuesto que “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”. Esta Constitución le otorgó así, al juez constitucional, un mayor espectro de apreciación.

Las cinco conferencias fueron interesantes: el Magistrado Jorge Abilio Serrano, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, evidenció las enormes dificultades en la protección de los derechos sociales durante la pandemia; la Jueza Maite D. Oronoz Rodríguez, Presidenta del Tribunal Supremo de Puerto Rico, recibió el testigo y profundizó en cuanto a los efectos económico-sociales de la pandemia y el reconocimiento de nuevos derechos humanos, particularmente, el derecho a la alimentación, que no se encuentra expresamente previsto en ninguna de las cinco Constituciones; el Magistrado Paul Enrique Franco Zamora, Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, expuso las dificultades para la eficacia del derecho de acceso a la internet y su impacto en el sistema educativo virtual. Aunque, a diferencia del resto de países, en Bolivia el acceso a la internet sí se encuentra en el texto constitucional, bajo un derecho más amplio de acceso a las telecomunicaciones, nos mostró cómo no basta con enunciar un derecho prestacional, para que sea efectivo.

Por su parte, el Magistrado Aldo Enrique Cáder Camilot, Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, expuso las discusiones jurisprudenciales que se han desarrollado en su país, alrededor del derecho a la paz social, en un país que, como Colombia, firmó un acuerdo para terminar un conflicto armado y ahora ya se permite darle un contenido más amplio a la paz social, no restringido a la idea de ausencia de violencia y que permita englobar la idea de sana convivencia y efectividad de los derechos humanos, en un contexto apto para el desarrollo de las potencialidades de cada persona. Por último, la expresidenta y Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado planteó un panorama completo de cómo la pandemia nos hizo pensar en el reconocimiento de nuevos derechos, como el derecho al contacto social, pero también otorgó matices y retos a la interpretación de los clásicos derechos fundamentales.

De las intervenciones surgieron muchas reflexiones y muchos interrogantes, aunque todos no pudieron ser formulados y discutidos, por el implacable tiempo:

¿El reconocimiento de nuevos derechos fundamentales surge de su conexidad con otros ya reconocidos o de la idea de transmutación de los derechos? ¿Es posible que algunos de dichos nuevos derechos constituyan meta-derechos, es decir, fundamento de la eficacia de otros? Pareciera que el acceso a la internet es uno de esos casos, ya que la entrada a la red mundial es un presupuesto del

ejercicio de otros derechos, como el derecho a la educación, a la cultura, a la libertad de expresión, de información y de comunicación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a participar de la vida social, política, económica y cultural del país y, por supuesto, el derecho al trabajo –trabajo remoto y teletrabajo- y es, al mismo tiempo, un nuevo espacio de ejercicio de derechos y libertades, con los riesgos, tensiones y desafíos que ello implica.

¿Estamos presenciando una colectivización de tradicionales derechos individuales o subjetivos? La pandemia ha puesto de presente cómo, por ejemplo, el derecho a la salud individual depende en su efectividad, de la protección de la salud colectiva, de la salud de los otros. No se trata simplemente del discurso de los límites a los derechos individuales ante los derechos de los demás sino de algo mucho más complejo y que requiere ser estudiado: la interdependencia de los derechos, como una vía para determinar su alcance y sus límites.

¿En el reconocimiento de nuevos derechos no se evidencia un proceso de transformación o reemplazo de las categorías clásicas, como la de servicio público, por la de derechos? La internet es, hoy en día, una actividad de interés general que adquiere la calidad de ser un servicio público, prestado en su mayoría por agentes privados. Tal categorización permite exigir su calidad, continuidad, universalidad y no discriminación en el acceso, bajo los postulados de Louis Rolland. El agua y la electricidad son servicios públicos y se abre paso su reconocimiento como derechos humanos. El derecho a la alimentación básica requeriría, a la vez, la concepción y creación de la infraestructura del servicio público de alimentación. Así, pareciera que, aunque la tendencia pueda parecer el reemplazo del concepto de servicio público, por el lenguaje de los derechos, en verdad los derechos prestacionales o aquellos que tienen contenidos prestacionales requieren adecuados servicios públicos para transformar la proclama, en realidad.

¿Estamos frente al surgimiento de nuevos derechos o, en realidad, del descubrimiento de manifestaciones atípicas o nuevas esferas de aplicación de derechos ya reconocidos? Los derechos especiales de las mujeres, quienes han sufrido particularmente los impactos de las medidas de confinamiento, parecieran ser concreciones del derecho a la igualdad material. Lo mismo ocurriría con el derecho a la no exclusión de las personas contaminadas con el Covid-19 o trabajadores del sector salud. Los derechos a la renta básica y a la alimentación podrían entenderse como una nueva faceta del derecho al mínimo vital o, en este último caso, como un componente del derecho a la educación, como lo prevé el artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador, protocolo adicional relativo a los DESC, al disponer el derecho de toda persona a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual. El derecho a la interacción física podría tratarse de una representación del libre desarrollo de la personalidad.

Es cierto que, como lo sostuvo la Magistrada Ortiz durante la discusión, en el fondo, no existirían derechos nuevos desde la Revolución francesa, ya que, si se piensa más allá de la apariencia, todos serían concretizaciones o manifestaciones de potestades de libertad, igualdad o fraternidad (en este último caso, se trataría de los derechos sociales que no alcanzó a materializar la Revolución francesa y, por ello, la fraternidad quedó convertida en la ironía de la época de El Terror, dirigida por el incorruptible Robespierre o en la pantomima de La Fiesta de la Federación que vanamente quiso reconciliar al pueblo). Pero el reconocimiento de nuevos derechos o de nuevas manifestaciones de derechos tradicionales no es algo inane. La individualización de un derecho le otorga reconocimiento y protección indiscutible, permite la construcción jurídica de sus elementos y núcleo duro y evidencia el avance jurídico y social hacia una cada vez más amplia protección o realización de la dignidad humana.

En este sentido, además de los importantes casos puestos de presente por los miembros del panel, la pandemia permite interrogarnos, por ejemplo, sobre la necesidad del reconocimiento de nuevos derechos frente al cadáver, el derecho a identificar la causa de la muerte, el derecho a oponerse a la incineración y el derecho al duelo. Por supuesto que, como en el resto de los derechos constitucionales, no se trata de prerrogativas absolutas, lo que haría insostenible la vida social, sino de elementos para tener en cuenta en la ponderación caso a caso y que evitan que el argumento del interés general sea el único en consideración.

Finalmente, es necesario interrogarse respecto del rol de los jueces constitucionales frente al reconocimiento de nuevos derechos. Al respecto, es necesario tener en cuenta que los tribunales constitucionales han transformado las sociedades, muchas veces más que las normas escritas, pero incluso en ocasiones los avances jurisprudenciales se ven truncados por la realidad: falta de voluntad política, barreras económicas o, incluso, resistencia social al cambio. Al respecto, no es vano preguntarse si todos estos elementos extrajurídicos deben ser considerados por el juez, al momento de enunciar nuevos derechos. Igualmente, debe considerarse que la crisis que vivimos puso sobre la mesa la necesidad del principio constitucional de solidaridad, propio de los Estados Sociales de Derecho. Sin embargo, la imposición de cargas necesarias para la corrección de las injusticias sociales corresponde primordialmente al Legislador y a la administración pública, a través de la formulación de adecuadas políticas públicas. Frente a ello, es razonable preguntarse si el juez constitucional se encuentra en la posición más adecuada para crear instrumentos que desarrollen el principio de solidaridad, como es el caso de derechos a la renta básica o a la alimentación mínima. Pero la efectividad de la Constitución no admite excusas.

En conclusión, la pandemia puso en evidencia (i) la existencia de derechos proclamados formalmente, pero carentes de efectividad o con enormes

obstáculos para ello; (ii) mostró nuevas manifestaciones o campos de aplicación de los derechos existentes; y puso de presente (iii) la necesidad del reconocimiento de nuevos derechos. Sin embargo, probablemente sea prematuro hacer el listado de nuevos derechos o nuevas manifestaciones, considerando que nos encontramos en medio de la crisis y los efectos de esta, de manera evidente o imperceptible, nos transformarán durablemente.

Posiblemente nos volveremos a ver dentro de varios años y sea necesario volver sobre la discusión acerca de los derechos nacidos como respuesta, o gracias al Covid-19. Esos nuevos derechos reconocidos y que se reconocerán no son únicamente individuales, sino colectivos. Probablemente estamos presenciando una revalorización del principio de solidaridad, frente a la idea histórica de derechos individuales, que León Duguit criticó como germen de la fractura social, obstáculo para la convivencia y contrario a la idea de lazos de solidaridad social. Igualmente, el carácter pandémico de esta problemática nos recuerda la necesidad de la universalización de los derechos humanos, derechos de la especie, más allá de especificidades como la nacionalidad, la formación, riqueza o pobreza, que son diferencias intrascendentes frente a este tipo de virus. Ahora, uno de los retos de los tribunales constitucionales será luchar por la no discriminación en el acceso a las vacunas. Ahí, de nuevo, el diálogo entre jueces será fructífero.

Empero, la pandemia no sólo nos hace pensar en nuevos derechos, sino también, posiblemente, en nuevos límites impuestos por la necesidad del derecho a la subsistencia de la especie, a la salud de la humanidad. ¿Por qué no pensar en instrumentos internacionales para la regulación sanitaria de actividades humanas que puedan desatar nuevos virus de transmisión humana?

La pandemia ha marcado el regreso del Estado que el neoliberalismo había reducido a mínimas expresiones, para dejar más libre el mercado. En cierta medida, estamos presenciando o anunciando el retorno y la revalorización de la intervención, la regulación, la asunción estatal de servicios básicos, la distribución de prestaciones, subsidios, ayudas de Estado. Todo ello tiene algo en común: la efectividad de los derechos depende, en gran medida, de la administración de nuestros estados. Si esto es así, ¿No será el momento de dar el paso hacia el reconocimiento, en nuestros sistemas constitucionales latinoamericanos, de un derecho humano a la buena administración?

TENDENCIAS
CONSTITUCIONALES
DEL COVID-19:
CONTEXTUALIZACIÓN DEL
DERECHO DE ACCESO A
INTERNET Y SU IMPACTO
EN EL SISTEMA EDUCATIVO
VIRTUAL

PAUL ENRIQUE FRANCO ZAMORA

*Presidente del Tribunal Constitucional
Plurinacional (TCP) de Bolivia.*

Naturaleza jurídica del derecho de acceso a Internet

Perspectivas teóricas

El derecho de acceso a internet se fundamenta en la viabilidad jurídica y técnica de garantizar su materialización (sea en la esfera pública o privada), lo que constituye una masificación de exigencias en los ciudadanos portadores de derechos fundamentales. Es debatible, en ambientes doctrinales de la actualidad, si el acceso a internet debiera entenderse más como una política pública estatal u optimizar sus niveles de concreción, al equiparlo a un derecho de reciente positivización.

Entonces, a pesar del marco jurídico internacional que le otorga la característica de derecho fundamental y, en definitiva, integrante de los Derechos Humanos (DD.HH.), las tendencias constitucionales de los diversos países difieren sobre su naturaleza jurídica. Por ejemplo, en los Estados económicamente desarrollados, se ha constitucionalizado el acceso a internet como DD.HH., cuyo ejercicio ya no depende de la posibilidad de conectarse a una red, sino, se imponen ciertos parámetros que cuantifican la velocidad, tiempo mínimo de navegación, límites de conexión, interrupción de señal y demás, que exhiben su constante progresividad; es más, divisa un instrumento legal efectivo en otros derechos (educación, salud, etc.). En cambio, en países subdesarrollados, donde aún se debaten mecanismos destinados a

intensificar la conectividad, se reivindica la garantía de acceso a internet, quedando retraída su evolución jurídica. Sobre el particular, Frosini, citado por Lucena, conceptúa:

“(…) El derecho de acceso a Internet como un derecho social (es) equiparable al derecho a la sanidad, **a la educación** e, incluso, a la seguridad social. Un servicio universal que las instituciones nacionales deben garantizar a los ciudadanos **a través de la inversión estatal en infraestructuras que permitan no solo el acceso sino la asequibilidad, y a través de políticas sociales y educativas...**” (Lucena Cid, 2010).

En síntesis, la naturaleza jurídica del derecho de acceso a internet, supone indiscutiblemente la materialización de otros derechos; empero, su ejercicio está supeditado al enfoque constitucional de cada país, pues resulta inviable exigir a los Estados una democratización universal y sin diferencias, cuando el verdadero acceso a internet dependerá de las políticas públicas, posibilidades económicas, sociales, culturales y educacionales, más allá del mero reconocimiento formal en la norma jurídica (constitucional o legal).

Configuración jurídica del derecho a la educación en época de pandemia

Es ampuloso el catálogo de instrumentos internacionales que refieren apartados específicos respecto del derecho a la educación; sin embargo, producto de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del Covid-19, ingresan en palestra de discusión las medidas (legales, sociales, económicas, pedagógicas, tecnológicas u otras) a asumirse para garantizar la **continuidad educativa**; es decir, a merced del encargo estatal, el derecho a la educación representa una obligación. Pero, la configuración constitucional no puede verse afectada por la pandemia, serán acciones gubernamentales y estrategias públicas las que asumirá el Estado a efectos de paliar la emergencia sanitaria y, en rigor, gestionar la continuidad del proceso de enseñanza-aprendizaje, una dimensión específica del derecho a la educación, emergente en tiempos de crisis.

La apreciación constitucional, guarda correspondencia con el término de continuidad educativa que, acorde a un enfoque de derechos propuesto por Renna Gallano, es posible asimilar:

“...como los servicios de protección, bienestar y educación formal, no formal y aprendizaje informal que impulsan, fortalecen o facilitan los sistemas educativos con el fin de asegurar oportunidades de desarrollo integral y aprendizajes equitativos, inclusivos y de calidad para todas y todos, en espacios que son seguros y saludables cuando las escuelas y otras instituciones de educación están cerradas...” (Renna Gallano, 2020).

Nexo causal entre el derecho de acceso a internet y su impacto en el sistema educativo virtual

Con los antecedentes expuestos, el nexo causal entre ambos derechos (acceso a internet y educación) tendrá como consecuencia constitucional la inmediata implementación de

políticas estatales, orientadas a favorecer la continuidad educativa en época de pandemia. Sobre el particular, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), difundió en una publicación denominada “Más sobre la respuesta educativa Covid-19”, una serie de críticas a la falta de acceso a internet y, por tanto, limitantes del derecho a la educación a disminuirse con desafíos de mejora gubernamental, tendientes a la virtualización educativa y reducción de desigualdades, verbigracia:

“(...) La demanda de educación a distancia se dispara cuando las escuelas cierran y, a menudo, sobrepasa los portales existentes a la educación a distancia. Trasladar el aprendizaje de las aulas a los hogares a gran escala y con prisa presenta enormes desafíos, tanto humanos como técnicos...” (UNESCO, 2020).

Ergo, si de hecho la carencia de infraestructura educativa es un problema diario en las aulas escolares, la insuficiencia de acceso a internet es aún mayor, puesto que conlleva el reclamo de otro derecho conexo, cual es la electricidad. La difícil triada de derechos, acompleja la continuidad de los procesos educativos; por una parte, las redes de electricidad e internet están ausentes en municipios y, por otra, no existe instrucción en maestros o alumnos para virtualizar toda la enseñanza.

Jurídicamente, con la cuarentena o confinamiento, los países adoptaron medidas de contención del Covid-19 y, en el campo educacional, determinaron que el distanciamiento social no opera en la consigna del retorno presencial a las unidades educativas; no obstante, la regulación legal de la enseñanza virtual estuvo desprovista, tanto de parámetros en la cobertura, como de limitaciones en la propiedad individual, respecto a la adquisición de modernos equipos de computación.

Aunque se abaraten los costos de acceso a internet, considerándolo a título de DD.HH., el componente educativo también requiere de factores eléctricos, pudiendo impulsar los Estados una leve subvención de energía eléctrica, pues las escuelas y colegios cerrados no erogan gastos al presupuesto estatal.

Como corolario, se colige que el acceso a internet y educación garantizan -a consecuencia del Covid-19- la continuidad educativa, sin embargo, las desigualdades quedarán marcadas mientras los Estados no dirijan acciones, estrategias y metas institucionales de optimización de derechos conexos, tal es el caso de mínima reducción de tarifas eléctricas o de promoción de acceso a créditos, bajo la consigna de beneficiar al ciudadano de un equipo de computación. Las medidas normativas sugeridas, reflejan las tendencias constitucionales en materia educativa y virtual, que trajo consigo el Covid-19.

Contextualización jurídico-internacional

La Declaración Universal de los Derechos Humanos presentada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, menciona que los DD.HH. son universales, indivisibles e inalienables, reconocidos a todo ser humano por el hecho de ser tal; en ese sentido, los DD.HH. son presupuestos a lograrse con la finalidad de materializar la dignidad humana.

El desarrollo de las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's), como es el internet, ha transformado la realidad social a nivel global; a través de las TIC's, fueron generados novedosos espacios de interacción entre las personas, conllevando nuevas dinámicas sociales.

Por ese motivo, el internet configura un espacio para el ejercicio de los DD.HH. inherentes a la interacción social entre las personas (ahora extendida globalmente), haciendo del mismo un lugar no solo de oportunidades en su ejercicio, sino también de riesgos y amenazas de vulneración.

En este nuevo espacio se empieza a debatir sobre el ejercicio y la vulneración de los DD.HH. en internet, cuáles son estos tipos de derechos, si el acceso al servicio de internet es un derecho en sí mismo o no y quién es el responsable de garantizarlo; este debate abrió la posibilidad de hablar de una cuarta generación de derechos fundamentales, distinguibles por la mediación de las TIC's como un fenómeno que transformó para siempre las relaciones sociales a nivel global, representando oportunidades para materializar el ejercicio de los tradicionales DD.HH., la aparición de otros nuevos, debiéndose apostar por la promoción de la utilización de las TIC's como un avance civilizatorio y repensar la condición humana hacia una ciudadanía digital propia de la sociedad de la información.

Desde esa visión, se puede afirmar que todos los tradicionales DD.HH. pueden ser ejercidos fuera de internet y también dentro de este espacio, debiéndose considerar que también se puede hablar de nuevos derechos totalmente ligados a las TIC's, que se originan en el espacio virtual y tienen similitudes con los ya existentes.

En el caso de internet, los DD.HH. tienen componentes distintivos por la naturaleza de este espacio virtual, la forma de interacción social y los diversos actores que intervienen; asimismo, la normativa a nivel internacional sigue en construcción y debate, considerando que el principal derecho debe ser el acceso a internet, porque quién no tiene acceso no puede ejercer sus derechos fundamentales en este nuevo medio.

El sistema internacional reconoce el ejercicio de los DD.HH. en internet, existen distintas resoluciones e informes referentes a la temática. En el año 2011, el Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, presentó su informe frente al Consejo de Derechos Humanos de la ONU donde enfocó sus argumentos en distintas cuestiones relativas a la libertad de opinión y expresión, pero, en particular sobre el caso de internet. De sus principales comentarios se pueden rescatar los siguientes:

- La pertinencia y aplicación del marco internacional de derechos humanos a internet.
- La obligación por parte de los Estados en promover o facilitar el derecho a la libertad de expresión y los medios necesarios para ejercer ese derecho, incluyendo internet.
- Reconocer el internet como una herramienta para la plena participación en la vida política, cultural, social y económica. Y el acceso, como esencial en el ejercicio de los DD.HH.

El informe presentado por La Rue permitió iniciar las discusiones en el sistema de la ONU; por lo que, en el año 2012, su Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 20/8 sobre la promoción, protección y disfrute de los DD.HH. en internet:

- Afirma que los derechos de las personas también deben estar protegidos en internet.
- Reconoce la naturaleza mundial y abierta de internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo de sus distintas formas.
- Exhorta a los Estados a que promuevan y faciliten el acceso a internet.
- Decide seguir examinando la forma en que internet puede ser un importante instrumento para el desarrollo y para el ejercicio de los DD.HH.

Finalmente, en el año 2016, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, volvió a pronunciarse en dicho sentido en su Resolución 32/13, anunciando de manera afirmativa que existen DD.HH. en internet, hablando de las múltiples partes interesadas en la construcción y desarrollo de esta red o espacio virtual, y afirma la importancia de aplicar un enfoque basado en los DD.HH. que promueva, facilite y amplíe el acceso a internet, con una faceta de derecho fundamental autónomo. Las nuevas TIC's han generado tanto oportunidades como riesgos y amenazas para los distintos actores de los nuevos campos de interacción social, como es el internet; por lo que, los instrumentos internacionales y las posiciones presentadas enfatizan en lo necesario que constituye hablar de DD.HH. en internet, y diseñar e implementar mecanismos que garanticen su pleno ejercicio.

En rigor, la consideración del ejercicio de los DD.HH. en internet debe ser un eje transversal de gobierno y administración de justicia, debido a que la utilización de este espacio tiene que garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas que participan diariamente en este, e incorporar a las que aún no contemplan su acceso. Asimismo, el enfoque debe ser transversal porque independientemente de la temática que se aborde, los avances y desarrollos de las TIC's impactan en la vida de las personas a todo nivel.

Aterrizando al contexto actual marcado por la pandemia del Covid-19, los efectos en muchos países se tradujeron en medidas de aislamiento y la imposibilidad de realizar actividades que impliquen la concentración de grandes grupos de personas en espacios reducidos, lo cual propició la utilización del internet como medio indispensable para la realización de actividades como el comercio, la salud, la educación y el acceso a servicios públicos; es decir, también para el ejercicio de los DD.HH.

Entonces, en situaciones de crisis como la que estamos atravesando, el internet se convirtió en un servicio indispensable en la dignidad humana y el ejercicio de los DD.HH. ya reconocidos, y -a su vez- su acceso ya puede ser considerado como un derecho en sí mismo y no solo un medio alternativo destinado al ejercicio de otros derechos; tal cual se expresó con anterioridad, la pandemia del Covid-19 prácticamente obliga a las personas a utilizarlo en su vida diaria.

Análisis normativo boliviano

En Bolivia, el acceso al servicio básico de telecomunicaciones, es un derecho fundamental y está revestido de características de universalidad y equidad, de conformidad a lo dispuesto en el art. 20.I de la Constitución Política del Estado⁷⁷.

Esa disposición constitucional establece el derecho que tiene todo boliviano de acceder a las telecomunicaciones; en coherencia con ese mandato constitucional, la Ley de Desarrollo Constitucional, Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de la Información y Comunicación (Ley 164 de 8 de agosto de 2011) dispone que el Estado, en todos sus niveles de gobierno, debe promover el derecho al acceso universal a las telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación, para todas y todos los habitantes del Estado Plurinacional de Bolivia, entendiéndose que el referido derecho permite el ejercicio pleno de los derechos a la libertad de expresión y difusión de pensamientos y opiniones, el libre desarrollo de la personalidad, a informar y recibir información veraz e imparcial, a la educación y acceso al conocimiento, a la ciencia, técnica, y demás bienes y valores de la cultura.

El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), en la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 1111/2017-S2 de 23 de octubre, se refirió a las telecomunicaciones como un servicio público, haciendo énfasis en la intervención del Estado en los casos en que sea necesario garantizar el acceso a éste, señalando lo siguiente:

“...En consecuencia, al constituirse las telecomunicaciones en un servicio público, cuando sea preciso el Estado debe intervenir con el fin de garantizar su acceso, contribuyendo a la prevención y resolución de problemas y deficiencias que afecten o pongan en riesgo la provisión del servicio de telecomunicaciones, facilitando el funcionamiento efectivo de este servicio, sean prestados por empresas públicas o privadas, por cuanto, a la luz de normas convencionales, toda respuesta institucional y con mayor razón estatal, debe tender efectivamente al resguardo y protección de los derechos de acceso a los servicios públicos básicos que, se hallan inescindiblemente reatados a la propia dignidad humana, en cumplimiento de la función social del Estado frente a los administrados, en el entendido de que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado sustentadas en los axiomas de inclusión, dignidad, solidaridad, armonía, bienestar común y justicia social, para vivir bien (art. 8.II de la CPE)(...). En este sentido y tratándose de servicios de telecomunicación -que requieren del uso de un bien público técnicamente restringido como es el espectro radioeléctrico-, reconocido como un servicio básico al que tiene derecho de acceso toda persona, el Estado se encuentra en la obligación de asegurar la provisión del mismo, de manera tal que no se interfiera el derecho fundamental de las personas a acceder a él y por el contrario, se garantice a la sociedad que el mayor número de ciudadanos tendrá la oportunidad de disfrutarlo...” (TCP, 2017).

⁷⁷ El tenor literal del art. 20.I del texto constitucional boliviano impone: *“...Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones...”*.

El internet, se encuentra dentro de los servicios de telecomunicaciones y, su acceso forma parte de la faceta prestacional del derecho a la educación, pues es una herramienta propia de la nueva era de información que permite consultar infinidad de fuentes bibliográficas, recursos educativos de diversa índole, etc.; el acceso que permite el internet y las nuevas tecnologías de la información, TIC'S, coadyuva en cerrar brechas entre estudiantes y otorga a los profesores herramientas para garantizar su desarrollo armónico e integral, sin importar que tan lejos físicamente se encuentren.

La situación de pandemia en la que la “normalidad”, por lo pronto, es una utopía, debido al confinamiento obligado que atravesamos todavía para impedir la propagación y mitigar el SARS-CoV-2, donde la continuidad de la educación, en la medida de lo posible, ha sido una salida sustantiva parcial a la crisis en muchos hogares; sin embargo, esta nueva situación ha permitido visualizar una novedosa realidad y numerosas dificultades, pues no simplemente emanaron problemas de conectividad, sino, fundamentalmente, de las grandes y nuevas brechas de desigualdades ya existentes, no se percibían porque hasta antes de la pandemia el acceso al servicio de internet era un privilegio y generalmente utilizado para la comunicación y el entretenimiento, no era considerado un servicio indispensable en la mayoría de la población.

El impacto diferenciado de la pandemia y las medidas adoptadas por los gobiernos, obligó a las personas a recurrir al internet para ser atendidos en servicios públicos, en el ámbito judicial, en salud, educación, y replanteó su clásica concepción como privilegio a un servicio esencial, cuya utilización en los aspectos mencionados requiere de calidad de conexión, cobertura universal y acceso equitativo, traducido en una amplia cobertura, alta velocidad de transferencia de datos y tarifas bajas, aspectos que constituyen un reto o configuran las dimensiones de lo que se puede considerar como un derecho fundamental en lo que respecta al acceso universal y equitativo al internet como un servicio básico de telecomunicaciones; dada nuestra realidad, surge la interrogante sobre la validez y oportunidad de pensar en un derecho fundamental inserto al acceso a internet.

Las medidas adoptadas por el Estado boliviano para enfrentar la pandemia, visibilizaron la brecha digital entre los que están en línea y los que encuentran restricciones, siendo esta una nueva cara de la desigualdad que refuerza las desventajas sociales y económicas, las diferencias entre las poblaciones rurales y las poblaciones urbanas, las primeras en la mayoría de los casos no cuentan con acceso a internet, lo que ocasionó el fracaso de la iniciativa gubernamental de garantizar el derecho fundamental a la educación escolar de los menores de edad, ya que en el área rural ni siquiera se pudo implementar la tele-educación, por la baja cobertura y las tarifas del servicio de internet.

Según los datos publicados en el portal web del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) el 10 de septiembre de 2019, en Bolivia habitan 11.501.900 personas y, conforme datos de la encuesta Hogares de la misma entidad, puede conocerse cuántos hogares tienen acceso a las tecnologías de la información, entre ellas el internet, cifras frías bastante llamativas, que demuestran que el acceso a internet no es universal ni equitativo, por el contrario expone -de manera objetiva- la brecha de desigualdad referida; dicha apreciación puede :

BOLIVIA: HOGARES CON ACCESO A TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC) SEGÚN ÁREA, 2012 – 2019
(En miles de hogares y porcentaje)

DESCRIPCIÓN	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	2.734,43	2.845,63	2.921,39	3.012,44	3.209,25	3.347,10	3.464,86	3.453,74
Telefonía fija	21,60	22,17	16,70	15,59	13,81	13,14	10,88	10,14
Computadora	29,51	32,69	27,68	24,42	26,05	25,86	24,88	27,31
Internet	10,67	13,15	14,34	14,90	15,48	12,43	16,21	23,00
Televisor	81,76	81,09	80,91	82,72	80,27	81,06	81,25	83,88
Radio	60,64	59,33	55,45	47,85	50,78	44,97	43,94	39,73
Urbana	1.842,58	1.912,79	1.959,15	2.036,41	2.175,92	2.231,78	2.363,80	2.371,47
Telefonía fija	31,08	32,24	24,53	22,61	20,17	19,48	15,75	14,63
Computadora	40,62	44,60	37,57	33,07	35,50	35,87	33,78	36,42
Internet	15,49	19,05	20,56	20,02	21,95	18,09	23,47	32,84
Televisor	95,24	96,08	95,83	95,94	94,98	95,74	95,41	94,80
Radio	56,71	53,70	49,22	40,42	44,33	35,49	36,52	32,41
Rural	891,85	932,84	962,24	976,04	1.033,34	1.115,32	1.101,06	1.082,27
Telefonía fija	2,01	1,54	0,74	0,95	0,42	0,45	0,43	0,29
Computadora	6,57	8,26	7,55	6,39	6,14	5,84	5,76	7,35
Internet	0,70	1,06	1,69	4,24	1,85	1,09	0,63	1,43
Televisor	53,91	50,36	50,54	55,12	49,28	51,68	50,86	59,94
Radio	68,76	70,89	68,13	63,34	64,36	63,94	59,86	55,76

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE), (2019).

Si bien en diversas legislaciones y la normativa internacional, el acceso a internet ha dejado de ser visto como un servicio para tomar un rol diferente y cercano a una reivindicación de tipo esencial, ninguno de ellos realzó la necesidad de su reconocimiento como los acontecimientos actuales obligándonos a pensar que el acceso a internet debe ser un derecho fundamental prestacional, lo que requiere reconducir las políticas públicas y las directrices estatales destinadas a buscar su eficacia e igualdad.

La inclusión digital, más allá de las ventajas para los desarrollos económicos, culturales, y sociales, como derecho permite la generación de un proyecto de vida social e individual, más allá de la actual contingencia. En Bolivia este camino es largo y difícil, pero no tiene vuelta, su realidad reafirma la importancia de trabajar -por el momento- para que el acceso universal y equitativo a internet como parte del servicio básico de telecomunicaciones se convierta en una realidad objetiva.

Subsiste conciencia que se requiere de una asignación de recursos públicos supeditados a la existencia de una política pública, mediante la cual gradualmente pueda hacerse extensiva a la totalidad de la población, objetivo que debe preponderar en las agendas gubernamentales, por cuanto, el internet en la época de crisis y confinamiento atravesado, no sólo configura un elemento indispensable en la vida de las personas con especial énfasis en la educación de niños y jóvenes, constituyendo también un reto para la justicia constitucional el poder tutelar el derecho a las telecomunicaciones, incluido el derecho de acceso a internet dada la nueva realidad vivida, obligando a procurar su vigencia o materialización amparada en los principios de universalidad y equidad.

El papel que juegan los Tribunales Constitucionales en ese marco es fundamental, generando las líneas directrices, garantizando el acceso a un internet asequible, plural a todos los ciudadanos y ciudadanas, en especial aquellos grupos de personas en situación de vulnerabilidad, llevando adelante medidas positivas para reducir las brechas digitales, y obligando al Estado al cumplimiento de sus obligaciones.

Bibliografía de consulta

Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Frank La Rue.

Lucena Cid, I. V. (2014). El Derecho de Acceso a Internet y el Fortalecimiento de la Democracia. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 9, 383-398.

Renna Gallano, H. (2020). El derecho a la educación en tiempos de crisis: Alternativas para la continuidad educativa. Sistematización de estrategias y respuestas públicas en América latina y el Caribe ante el cierre de escuelas por la pandemia del COVID-19. Santiago-Caracas: UAR-UNEM-Clúster Educación.

Resolución 20/8 sobre la Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Resolución 32/13 sobre la Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet del Consejo de Derechos Humanos en la Organización de las Naciones Unidas.

Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). 2017. Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 1111/2017-S2 de 23 de octubre. Sucre: TCP.

UNESCO. (2020). Más sobre la respuesta educativa COVID-19. Acceso en <https://es.unesco.org/node/320395>.

“LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL
SALVADOREÑA EN TIEMPOS
DE PANDEMIA: EL DERECHO
A LA PAZ, UN PRIMER
ACERCAMIENTO”

ALDO ENRIQUE CÁDER CAMILOT

*Primer magistrado de la Sala de lo
Constitucional de la Corte Suprema
de Justicia de El Salvador.*

Gracias, muy buenos días a todos, a la audiencia de Iberoamérica que nos acompaña. Un saludo muy especial y mis agradecimientos a la Corte Constitucional de Colombia por la organización de este evento, por hacerlo de manera virtual y no dejar de realizar esta cumbre tan importante, así es que agradezco mucho la oportunidad que me dan de participar en ese evento en representación de El Salvador y, en específico, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

He traído una presentación que voy a utilizar para referirme al tema que me atañe. Esta mañana, esta jornada, he decidido platicar de cómo El Salvador se ha visto en su jurisprudencia constitucional en relación con el tema de la pandemia y, sobre todo, cómo es que ha surgido, cómo es que ha brotado este derecho a la paz al que me estoy refiriendo en la portada de mi presentación.

Voy a hacer un breve recuento del contexto en que surge esta jurisprudencia novedosa. En El Salvador la pandemia por el Covid-19 prácticamente arranca en el mes de marzo del año 2020. Entre marzo y mayo se da una serie de producción normativa, quizá híper-producción normativa, diría yo, de normas que provienen de la Asamblea Legislativa y del Órgano Ejecutivo, de la Presidencia de la República, por medio de los ministerios respectivos.

Se dan, pues, a partir de que en marzo entra la pandemia de lleno a El Salvador, una serie de decretos legislativos que establecen emergencia nacional en todo el país y que además establecen regímenes de excepción en los cuales algunos de nuestros derechos establecidos en la Constitución son suspendidos, por ejemplo, el derecho a la libertad. Luego viene, a la par de estos decretos legislativos, una serie de decretos ejecutivos en el ramo de salud, en los cuales se trata de desarrollar estos decretos legislativos, o son decretos ejecutivos que se emiten de manera autónoma, que establecen de alguna manera también restricciones a derechos para el combate de la pandemia.

Adicionalmente se dan los llamados “cercos sanitarios”, en los cuales un municipio o una población determinada es objeto de medidas excepcionales o especiales en relación con la pandemia; pero en estos cercos, además, con la particularidad de que es utilizada la fuerza pública para hacerlos efectivos; estamos hablando de la Fuerza Armada, y de la Policía Nacional Civil.

Esto nos lleva a que ya al mes de junio empezamos a hablar de otro tipo de decretos, ya no tanto de decretos que establecían cuarentenas domiciliarias obligatorias a nivel nacional, ya sea provenientes de decretos legislativos o de ejecutivos, sino de decretos que establecen la reapertura económica, teniendo como base una cuarentena domiciliar tácita.

En ese contexto, el día 8 de junio la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia emite una sentencia de inconstitucionalidad en la cual, como me referiré a continuación, se establece la inconstitucionalidad de los decretos legislativos que establecían regímenes de excepción, y a su vez los decretos ejecutivos relacionados directa o indirectamente con este decreto legislativo, por una serie de vicios de forma. Tal vez lo trascendental de esta resolución es que se establece claramente, en el contexto de la pandemia, cuáles son las facultades que tiene la Asamblea Legislativa y cuáles son las facultades que tiene el Órgano Ejecutivo en el tema de suspensión de derechos, limitación o una simple regulación de los derechos. Y ahí se estableció, en síntesis, que una suspensión solo puede ser por régimen de excepción por medio de la Asamblea Legislativa; una limitación de derechos por una ley formal, también por Asamblea Legislativa; y la regulación de derechos sí puede desarrollarse por medio de un decreto ejecutivo en el ramo, por ejemplo, de salud.

Luego de eso, en los meses siguientes, en julio y agosto, se dan resoluciones también de la Sala de lo Constitucional en seguimiento a esa gran decisión del 8 de junio, porque se continuaron replicando una serie de decretos ejecutivos incumpliendo lo establecido en la sentencia del 8 de junio.

Pasando a explicar qué contenía esa sentencia del 8 de junio de la inconstitucionalidad 21-2020 y acumulada, el objeto de control fue un decreto legislativo en el cual precisamente se establecía un régimen de excepción, pero que se impugnó por algunos vicios de forma, por ejemplo, en relación al número de diputados que lo aprobaron, que si era mayoría simple o mayoría calificada, la manera en que fueron llamados unos diputados suplentes a la votación, y también la justificación o la motivación que tenía para establecer ese régimen de excepción como única vía para atacar la pandemia.

La sentencia es estimatoria, en cuanto que se llega a establecer que ese régimen de excepción no tenía la motivación suficiente, la motivación requerida por la misma Constitución para establecer una suspensión de derechos fundamentales. Y, además, por conexión, se declararon inconstitucionales una serie de decretos ejecutivos, nueve decretos ejecutivos, porque prácticamente establecían un estado de cosas muy similar al objeto de control. Y, entonces, para que no estuviera en nuestro país una serie de normas que de alguna manera replicaban los vicios de inconstitucionalidad aparejados en la inconstitucionalidad 21-2020, se declararon inconstitucionales. Además, como *obiter* dicta, en esta jurisprudencia se establece qué es lo que puede normar la Asamblea Legislativa en relación con los derechos fundamentales y su suspensión o limitación, y cuál es la competencia del Ejecutivo.

Pero, además, y aquí viene lo importante para ir ya metiéndome a la segunda parte de mi charla, que también como *obiter* dicta, en el considerando 9.6., cuando se habla del respeto a la democracia y el Estado de Derecho en un régimen de excepción, se establece, por primera vez en la jurisprudencia de El Salvador, el derecho a la paz, el derecho a la paz social.

Creo yo, pues, que el contexto de la jurisprudencia, el espíritu de esa jurisprudencia que se estaba emitiendo, pero sobre todo el contexto de la realidad que se estaba viviendo en el país, hizo que brotara casi espontáneamente el que la Sala interpretara que dentro de nuestra Constitución de la República de 1983 existe un derecho a la paz, porque, en efecto, se estaban viendo demasiadas confrontaciones, demasiados irrespetos entre los órganos del Estado, y sobre todo en la relación entre el órgano Ejecutivo y el órgano Legislativo.

Entonces paso a explicar también de una manera muy breve, en qué consiste este derecho a la paz, al menos en este primer acercamiento que hace la jurisprudencia. Definitivamente que la jurisprudencia, como ya dije, señala que es un derecho fundamental implícito en la Constitución de la República. Es una técnica que yo creo que todos los presentes conocemos, los colegas, de poder interpretar a partir de diferentes preceptos normativos de la Constitución, el que ahí se encuentre una norma subconstitucional que contenga un derecho fundamental: el derecho a la paz.

En efecto, este derecho a la paz, que se ha establecido en esta jurisprudencia, puede derivarse de una serie de artículos de nuestra Constitución y también tiene una base axiológica en el Preámbulo de la Constitución, en cuanto se establece que el Estado tiene la obligación de velar por la dignidad humana, y además puede derivarse, dijo la Sala de lo Constitucional, del artículo 55 de nuestra Constitución y del artículo 168 numeral 3. Por un lado, el 55 establece que hay que fomentar la paz y hay que combatir todo espíritu de odio y de intolerancia, y el artículo 168 ordinal 3º le establece al Presidente de la República el deber de procurar la armonía, procurar la paz, conservar la paz y la tranquilidad al interior del país, entre otras disposiciones que se citan en esta jurisprudencia.

En un párrafo textual de este caso se señaló: “El poder constituyente, en el preámbulo de la Constitución, determinó como uno de los mandatos de la potestad soberana del pueblo establecer los fundamentos de la convivencia nacional con respeto a la dignidad de la persona humana, sobre la base de la justicia en democracia y con respeto a la libertad; fruto de todo ello debe ser la paz ciudadana, la cual está integrada al conjunto de derechos fundamentales que establece nuestra Constitución”.

Y a partir de ahí se establece el contenido mínimo que debe tener, o cuál es el núcleo fundamental de este derecho a la paz establecido en nuestra Constitución, y se dice, en esta penúltima lámina que voy a presentarles, cuál es este contenido fundamental.

Por un lado, se dijo que el derecho a la paz puede verse como un derecho a la tranquilidad, en cuanto a poder disfrutar sin sobresaltos, sin riesgos y sin ningún temor los bienes que cada uno posee, y que el Estado debe tomar todas las medidas pertinentes preventivas para que no se sufra ningún daño o perturbación en la persona. Y de alguna manera esto lo podemos vincular con el derecho a la seguridad material, también establecido en el artículo 2 de nuestra Constitución.

En segundo lugar, se dice que el derecho a la paz está relacionado con contar con alternativas de acción, esto es, la posibilidad de elegir en libertad y en paz cuáles son los objetivos de mi vida, las decisiones que debo tomar, los cursos de acción que yo debo realizar en el desarrollo de mi vida.

Y también se estableció como un derecho frente a una obligación, en cuanto a que el Presidente de la República es el que constitucionalmente debe procurar la armonía social, conservar la paz y la tranquilidad.

Finalmente, como último punto de este derecho fundamental a la paz, la jurisprudencia también lo establece como una prohibición, en cuanto hay un mandato dirigido a todos los órganos fundamentales del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y también a demás instituciones del Estado, como podría ser incluso Fuerza Armada, Policía Nacional Civil, Tribunal Supremo Electoral, Corte de Cuentas de la República, etc., a una prohibición a realizar cualquier acción que genere un espíritu de intolerancia y de odio, cuya inobservancia puede ser objeto de reclamo en sede constitucional.

Y esto quizá es un germen muy interesante que la jurisprudencia ha dejado, en el cual no sólo ha reconocido el derecho a la paz dentro de la Constitución, sino que además señala, advierte, que su inobservancia puede ser objeto de reclamo en sede constitucional.

Entonces, como Sala de lo Constitucional creemos que es un derecho que en los próximos días podrá, como se dice en El Salvador, sacársele más punta, sacársele más jugo, a partir de las demandas ciudadanas que puedan llegar a la Sala, habida cuenta de que la Sala es un tribunal constitucional que no puede actuar de oficio; entonces, en futuras demandas que se planteen, de hecho ya hay una que se introdujo recientemente, en donde el justiciable viene precisamente pidiendo amparo por violación al derecho a la paz en relación con unas acciones de otros órganos fundamentales, podrá desarrollarse más este importante derecho.

Entonces, creo necesario transmitir esta jurisprudencia novedosa que surge, que brota en tiempos de pandemia y en un contexto en el cual lastimosamente no estamos viviendo nuestros mejores días en las relaciones entre los órganos fundamentales del Estado, quizá precisamente por este estado de pandemia y por una época preelectoral en el cual está el país (a la fecha de esta exposición). Muchas gracias.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA PANDEMIA DEL COVID-19

JORGE ABILIO SERRANO

Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Honduras.

Resumen

El presente artículo trata sobre un análisis de ciertos derechos sociales, que se ponen en gran riesgo de no ser cumplidas las obligaciones por parte de los gobiernos de América Latina, debido al desarrollo de la pandemia de la enfermedad del coronavirus Covid-19, que ha venido a transformar la cotidianidad en la gran mayoría de países del mundo, pero teniendo una mayor complejidad en países con niveles altos de pobreza y desigualdad; por lo que se propone el fortalecimiento del Estado social, para disminuir el impacto negativo sobre la población a través de la implementación de la Renta Básica Universal, como mecanismo complementario de solución a las obligaciones internacionales de los Estados de acuerdo a los distintos tratados internacionales de derechos humanos.

Palabras Claves: *Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, mínimo vital, renta básica universal, Covid-19.*

Introducción

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) tienen iguales condiciones de exigibilidad y justiciabilidad ante el Estado y actores privados, que los derechos de libertad y políticos; cada vez son más escasas las representaciones políticas que niegan derechos como el acceso a la propiedad privada, libertad de expresión, universalización del voto, igualdad ante la Ley, entre otros, pero siguen siendo frecuente distintas posturas que manifiestan posiciones contrarias o limitativas con el acceso a sistemas de educación

pública de calidad; la ampliación de la cobertura del sistema de salud y sanidad como bienes públicos para dar atención primaria gratuita, a todos los individuos y familias de un Estado; la creación de sistemas asequibles de seguridad social que proteja a la ciudadanía contra las consecuencias de la vejez o alguna incapacidad que limite la capacidad de obtener medios de subsistencia para llevar una vida digna y decorosa.

A este segundo grupo, algunos los señalan como que no son realmente derechos, sino expectativa que el mercado va a satisfacer, siendo su establecimiento en el marco normativo meras declaraciones de buenas intenciones o un engaño;⁷⁸ arguyendo que el actuar del Estado en el tema del ejercicio de los derechos fundamentales radica en que se abstenga en no afectar a los gobernados; desde esa postura en el contexto de las afectaciones derivadas de la situación de pandemia por la enfermedad del coronavirus Covid-19 y la suspensión de derechos en algunos países de América Latina,⁷⁹ nuestros gobiernos no tendrían mayores responsabilidades en temas como la asistencia de servicios de salud, educación, alimentación, condiciones de trabajo entre otros derechos.

Aspectos sobre la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales en la pandemia de la enfermedad del Covid-19

Entre las diferencias que se señalan para derechos como la salud y la propiedad privada se comienza con el costo público que requiere el primero, como si el deber del Estado para asegurar ese derecho de propiedad no implica realizar acciones de garantía que requieren de presupuesto público, como el registro de títulos, policía, sistemas judiciales, etc.⁸⁰ Esta visión centralizada en los derechos de abstención vuelve necesario el estudio de la problemática aquí planteada, y las posiciones en las que se niega que los DESCAs sean exigibles y justiciables; si bien en el debate ha surgido posiciones fuertes de diversos autores en la defensa de estos derechos,⁸¹ demostrando su similitud de costos para su realización, así como la igualdad de tratamiento jurídico-normativo desde el derecho nacional como en el internacional, con un sesgo se sigue negando la calidad de obligatoriedad de los DESCAs.

Siguiendo lo señalado por Abramovich y Courtis, los derechos humanos tienen como características que contienen una serie de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado, todos los derechos tienen distintas prestaciones. Dentro de los derechos civiles como las celebraciones de elecciones, funcionamiento del sistema judicial para tener acceso a un juez imparcial y tener asistencia letrada conlleva una serie de acciones positivas del Estado; mientras que, en los derechos sociales como la libertad sindical y el derecho a huelga, carecen de que el Estado realice una prestación, son obligaciones negativas en cuanto a que el actuar público se debe abstener a intervenir.⁸²

⁷⁸ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002), p.19.

⁷⁹ En su comunicado 076/20 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Perú notificaron a la Organización de Estados Americanos la suspensión de garantías en atención a lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

⁸⁰ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass (2011), pp. 35-38.

⁸¹ Ídem, p. 31.

⁸² ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002), pp. 23 y 24.

Adicional a lo oneroso de los derechos sociales, como fundamento en que los mismos solo son expectativas por parte del Estado; la implementación de estos derechos resulta condicionada por la existencia de recursos suficientes, mientras que los derechos civiles y políticos, al requerir una simple abstención estatal, sin importar si hay recursos suficientes; argumento que no aborda que para garantizar los derechos en general necesitan de todo tipo de recursos, como leyes, mandatos institucionales, garantías de acceso, presupuesto público, entre otros aspectos.⁸³

Adentrando los aspectos sobre los deberes de protección y garantía del Estado, Noguera manifiesta que, si tuviera que definir los derechos sociales, se podría decir que son aquellas disposiciones legales necesarias para la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, pudiéndose partir de tres pilares, el primero contiene un conjunto de programas de seguridad social y de fiscalidad, orientados a asegurar una estabilidad económica mínima, una redistribución de los recursos y una disminución de la pobreza. Dichos beneficios deben favorecer a todas las personas y se pueden ejemplificar con los derechos a ingresos mínimos, pensiones, beneficios por desempleo, ayudas familiares y maternidad. Un segundo pilar consiste en una red de servicios sociales, como ser sanidad, educación y vivienda; en el último pilar la regulación del mercado de trabajo, reconociendo y protegiendo los derechos de los trabajadores.⁸⁴

La construcción de las constituciones de América Latina parte de una fuerte herencia de la Constitución de Cádiz, que se volvió como una especie de reflejo para las que fueron surgiendo;⁸⁵ en la misma dimensión podemos mencionar la herencia de la Constitución de Querétaro de 1917, que fue la primera norma fundamental que reconoce derechos sociales.

Algunos autores han señalado la incompatibilidad entre el Estado social y el Estado de Derecho a nivel constitucional; sin entrar a discutir la necesidad de uno o del otro, sino en las diferencias estructurales que poseen las garantías de libertad, con una vinculación jurídica con la igualdad formal, la libertad de adquisición y la propiedad privada; por lo que dotar de inmediatez, inquebrantabilidad y ejecutoriedad a través de garantías jurídico constitucionales a las prestaciones sociales y de participación del Estado en su realización, no es un posible dentro de la concepción del Estado de Derecho.⁸⁶

En ese sentido Guastini ha dicho que los derechos sociales son simples “derechos de papel” que carecen de verdaderas garantías sociales; basa su razonamiento en que todos los derechos subjetivos, son pretensiones o expectativas conferidas a un sujeto o a una clase de sujetos, frente a otro sujeto u otra clase de sujetos, al que le imponen un deber correspondiente, el contenido de esa pretensión puede exigírsele. El problema con los derechos sociales es que no tienen un contenido preciso (no obligan a una conducta determinada) ni están dirigidos contra ninguna contraparte concreta; por lo que concluye que el defecto estructural de los derechos sociales es que carecen de garantías jurídicas.⁸⁷

⁸³ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass (2011), pp. 39-40.

⁸⁴ NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (2010), p. 19

⁸⁵ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2012), pp. 18-19.

⁸⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (2000), pp. 36-37.

⁸⁷ SALAZAR UGARTE, Pedro (2013), p. 152. Aquí el autor cita lo dicho por R. Guastini en *Distiguendo*.

A esto contesta Ferrajoli que hay que diferenciar los derechos de las garantías, sean estas primarias o secundarias que lo protegen, esto aplicable a todos los derechos subjetivos, sean fundamentales o no, nacionales o internacionales. Por lo que un derecho constitucional existe cuando se es reconocido por la propia constitución, como primera garantía. La falta de garantías para la protección judicial de derechos sociales constituye una laguna jurídica que debe ser subsanada por el legislador, para vincular a los órganos del Estado en la satisfacción de los derechos constitucionales.⁸⁸

El mero reconocimiento de la igualdad tiene el defecto de esconder una serie de desigualdades de orden material y simbólico, que son contrarias con los presupuestos normativos de la democracia. Así el cierto constitucionalismo ha observado la igualdad como presupuesto y no como meta social, lo que trae como consecuencia el establecimiento de un status quo que no responde a todos los intereses. Desde esa cosmovisión cuestionada, la igualdad se realiza con la simple no intervención estatal sobre la sociedad civil, que es capaz de autorregularse, el juez tiene un papel de preservador y restaurador de ese orden, llevando a que la discusión política de los derechos, sobrepase la discusión del juego de la oferta y la demanda, así como los derechos individuales se quede para el debate parlamentario.⁸⁹

La igualdad de derechos se comprende como algo que no se limita a la mera igualdad frente a la ley, sino como una exclusión de cualquier discriminación que no sea justificable y, tomando la necesaria independencia frente a otra persona. La igualdad tiene como destino el goce de manera igualitaria y sin ningún tipo de límites, por parte de los ciudadanos, de todos los derechos y garantías constitucionales. De esa igualdad se mencionan las condiciones materiales, en las que se regula lo que se hace y lo que se recibe, como en las relaciones de trabajo o comercio, buscando nivelar las diferencias o desigualdades económicas de ingresos y patrimonio.⁹⁰

Limitando la democracia el derecho a la igualdad consiste en que todas las personas sólo tengan una posición en la que puedan realizar intercambios en el mercado, no siendo un problema las desigualdades de aspectos económicos y sociales, que limiten la autonomía individual para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, tales como la pobreza estructural y necesidades básicas como salud, educación, agua y saneamiento, entre otras.⁹¹

Es por ello por lo que se vuelve primordial el estudio de las garantías de los derechos sociales a través de la expansión del concepto de Estado constitucional y del garantismo, hacia la tutela de dichos derechos, que se ejercen no sólo frente a los poderes públicos, sino también con los agentes privados y, desde el ámbito nacional e internacional. Esta tutela de derechos sociales rompe el esquema de tener al Estado como potencial enemigo de los derechos

Studi di teoria e metateoria del diritto, Giappichelli, Turin, 1996, p. 154.

⁸⁸ Ídem, p. 154-155. Aquí el autor cita lo dicho por L. Ferrajoli en *Diritti fondamentali, Teoria Política*, XIV, núm. 2, 1998, pp. 11 y 27.

⁸⁹ CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín (2017), p. 230.

⁹⁰ NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (2014), pp. 19-20.

⁹¹ Ídem, pp. 20-21.

fundamentales, para comenzar a ver como un promotor de los mismos, buscando la satisfacción de las necesidades de las personas.⁹²

La justiciabilidad de los derechos sociales conlleva la obligación de los Estados de brindar los recursos judiciales y otros recursos efectivos para el conocimiento de los casos en que se pretenda ejercitarlos; es necesario destacar que la gran mayoría de recursos judiciales han sido diseñados históricamente en función de la preservación de los derechos civiles y políticos. Frente a esa ausencia también se dificulta el panorama con la difícil revisión por parte de jueces, de las decisiones administrativas que tiene efectos directos sobre la vigencia de los derechos sociales.⁹³

En los casos en que haya una inexistencia en los ordenamientos jurídicos de vías procesales idóneas para hacer exigibles los derechos sociales, como con la creación de medios de defensa para que las violaciones de los mismos sean llevadas ante tribunales de justicia, no implica en ningún aspecto que los derechos sociales no obliguen de forma plena a los órganos públicos; quienes junto a la disciplina jurídica deben crear o sugerir las vías procesales para la justiciabilidad de este tipo de derechos.⁹⁴

Para darle tratamiento a las garantías jurisdiccionales que conocen los derechos sociales podemos señalar dos formas, las ordinarias y las especiales. En las primeras se le da competencia a tribunales con jurisdicciones diferentes como ser las de derecho privado, las penales, laborales, contencioso-administrativo, que poseen capacidad para prevenir, controlar o sancionar las vulneraciones realizadas por un poder público o por un privado; por su parte las garantías especiales que generalmente son conocidas por tribunales constitucionales o similares, teniendo como objetivo básico el establecimiento de mecanismo de control y reparación de aquellos casos en que la justicia ordinaria ha sido insuficiente o cuando las actuaciones u omisiones provengan del legislador.⁹⁵

Es abundante la crítica que se ha dado en contra de los tribunales constitucionales por dos grandes aspectos, la falta de legitimación de la democracia directa que no poseen, a diferencia de los poderes ejecutivos y legislativos, como por su falta de capacidad o idoneidad técnica para el tratamiento de muchos asuntos que se vuelven de índole constitucional, como la economía o el manejo de los sistemas de salud; lo cierto es que se requiere de mecanismos judiciales extraordinarios para darle vitalidad al ordenamiento constitucional y convencional.⁹⁶ A razón de la debilidad de las instituciones democráticas representativas, adicional al deterioro de los espacios de mediación social y política, la ciudadanía ha trasladado a los poderes judiciales, los conflictos que se deberían de tratar *prima facie*, en otros espacios sociales, lo cual se encuentra dentro de las vías institucionales de las constituciones de la región.⁹⁷

92 FERRAJOLI, Luigi (2006), p. 113-114.

93 ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002), pp.180 y 185.

94 CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2014), p. 25.

95 PISARELLO, Gerardo (2007), pp. 120-121.

96 Ídem.

97 Centro de Estudios Legales y Sociales (2008), p. 26.

Derechos sociales amenazados en la pandemia del Covid-19.

Los DESC no son solo mandatos orientadores de los poderes públicos, sino un elemento fundamental y legitimador del Estado constitucional de derecho. En una situación como la generada por los efectos de la pandemia del Covid-19, que vuelve necesario limitar algunas actividades esenciales, al menos bajo las formas en las que se suelen desarrollar, como la impartición de clases de forma presencial, un aumento de los servicios de salud, adquisición y distribución de alimentos, formas de trabajo remunerado, entre otras.

Derecho a la educación

Cabe destacar que en distintos países se ha regulado y dado protección judicial a la escuela en casa o homeschooling; por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica señaló en la sentencia 406 US 205 1972 que el interés del Estado por la escolarización obligatoria radica en la necesidad de preparar ciudadanos autosuficientes y respetuosos con las libertades, proceso resuelto a favor de los miembros de una comunidad Amish, quienes se negaban a que sus hijos fueron a escuelas ordinarias por motivos religiosos; no se ha tenido la misma respuesta en el sistema Europeo, donde se ha considerado válida la prohibición en muchos casos de la escuela en casa en Alemania, partiendo de la concentración de la actividad educativa en un sola persona, adicional al principio del interés superior del menor, para fomentar la socialización y adopción de diversas normas sociales las niñas y niños deben asistir a las escuelas, cuando la negativa de que asistan se base en aspecto de sus padres o tutores, esto fue resuelto favorable para el Estado de Alemania en el caso Wunderlich v. Germany frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La pertinencia de lo anterior se da en las modalidad de aprendizaje en línea que se ha vuelto una alternativa para el sistema educativo mientras se mantengan restricciones por el Covid-19, siendo que las mismas son proporcionales para disminuir el riesgo que contagio entre los estudiantes; pero esta modalidad conlleva grandes retos en la región de América Latina, puesto que alrededor del 33% de la población no tiene acceso a internet, es Ecuador quien tiene mayor cobertura con el 81% de su población, Colombia 58.1% y Guatemala 34,5%,⁹⁸ adicional a esto, en distintos países como en Honduras, no existe una plataforma dedicada para los centros de educación pública, por lo que los maestros han tenido que recurrir al uso de aplicaciones comerciales no diseñadas necesariamente para desarrollar esa labor, lo que vuelve necesario que los padres o tutores tengan un rol primordial en la enseñanza de los estudiantes, siendo que en muchas ocasiones, estos no tienen formación para llevar dicha ocupación, realizan teletrabajo en las horas de clases o forman parte del denominado grupo de los trabajadores esenciales durante la pandemia, dejando que las niñas y niños lleven más un proceso autoformativo con poca supervisión.

98 Datos de diciembre de 2017 de Internet World Stats.

Derecho a salud

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, debiendo los Estados realizar medidas que aseguren la efectividad de ese derecho, con la reducción de la mortinatalidad y la mortalidad infantil, el sano desarrollo de los niños, establecimiento de medidas de higiene y seguridad en el trabajo y del medio ambiente; también existe obligación por prevenir y tratar las enfermedades epidémicas como el Covid-19, y otras de naturaleza endémica y profesionales; en todos los casos antes mencionados corresponde brindar asistencia médica para la atención de las enfermedades.

Nuestro Sistema Interamericano tiene el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económico, Sociales y Culturales, conocido también como el Protocolo de San Salvador, donde se reconoce que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el más alto nivel de bienestar físico, mental y social, garantizando la atención primaria de la salud, que es la asistencia sanitaria esencial al servicio de los todos los individuos y familiares de la comunidad; la obligación es mayor en el caso de grupos con un mayor riesgo por su condiciones de pobreza y otros criterios que vulnerabilidad como la discriminación racial.

El derecho a la salud contiene que los bienes y servicios públicos de salud atañe una real disponibilidad de los establecimientos, adicional del acceso de agua potable, condiciones sanitarias básicas; el acceso a la salud se requiere que sea sin discriminación, asequible, con un alcance geográfico razonable y con centros de salud con profesionales que respeten las diferencias culturales.⁹⁹

Comprendiendo que el derecho vida, no se limita a la prohibición de ser privado de esta arbitrariamente, implica además el acceso a las condiciones de garantía de una existencia digna, rol que es fundamental en un momento de una pandemia como la actual, que se vuelve necesario que cada Estado fortalezca los sistema de salud, tal como lo mencionó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) estableciendo que los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana.¹⁰⁰

La justiciabilidad del derecho a la salud conlleva también el acceso a una vivienda con condiciones sanitarias básicas, la facilitación de medicamentos esenciales, adopción de un plan nacional de salud pública; podría plantearse que los Estado tiene un margen de discreción por los distintos niveles de desarrollo de cada país para el cumplimiento de lo señalado anteriormente, pero este siempre debe garantizar el acceso a la salud de todas las personas con la consideración de los recursos disponibles.

El derecho a la salud es un verdadero derecho, con plena autonomía, como ha señalado la Sala de lo Constitucional de Honduras,¹⁰¹ por mencionar un órgano jurisdiccional, que se

⁹⁹ Ver Observación General No 14 en el informe de la Conferencia sobre la Atención Primaria de Salud, capítulo 3.

¹⁰⁰ Cfr., Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016, párr. 170.

¹⁰¹ Cfr., sentencias de amparo de la Sala de lo Constitucional de Honduras SCO-0512-2013 y SCO-0587-2013.

puede tutelar con otros derechos, como el derecho a la vida. No se puede tomar el derecho a la salud de manera individual, pues su vinculación con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, entre otros, esta unidad hace que el derecho a la salud adquiera carácter de derecho fundamental, merezca protección judicial en el caso de que los Poderes Públicos generen omisiones en dar una atención efectiva para prevenir el desarrollo de la pandemia.

El abordaje a este derecho se hace en tres perspectivas: (i) el derecho a la salud de cada persona en particular; (ii) el derecho a la salud familiar; y (iii) el derecho a la salud comunitaria. A través de estas, se dan las condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna, que pasa también por la protección a un medio ambiente adecuado, o proporcionar las condiciones ambientales adecuadas, apropiada nutrición-alimentación, vivienda, agua potable.¹⁰²

Un aspecto que debe tratarse por la complejidad en los sistemas de salud por el Covid-19, es la falta de conocimiento sobre los tratamientos efectivos, por tal razón es vital que la publicidad de la información veraz sea comunicada por diversos medios a la ciudadanía de forma oportuna, el derecho de acceso a la información pública, con la reserva de datos confidenciales, sirve para el manejo de la pandemia no solo en aspectos de la labor del personal médico, también desde el plano social, para el conocimiento de qué medidas se pueden tomar para disminuir la posibilidad de contagio. También podría mencionarse el rol del Estado en la defensa de los usuarios del sistema de salud privado, para permitir su acceso en los casos en que los sistemas públicos se vean saturados. También es urgente el acceso a la información sobre el gasto público y especificaciones técnicas de todos los suministros y medicamentos que adquiera el Estado.

Derecho a la seguridad alimentaria

La crisis generada por la pandemia afecta la capacidad de obtener recursos de muchas familias en América Latina, poniendo en riesgo la alimentación de una parte de la población, lo que obliga a que se suministre una alimentación adecuada, como señaló recientemente la Corte Interamericana,¹⁰³ relacionando distintas normas de derecho internacional, como el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que dispone que *toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, y el artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador, que señala el derecho de persona a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.*

La Corte Interamericana cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) que señaló en su Observación General No 12 el contenido básico del derecho a la alimentación como: la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables

¹⁰² Cfr., sentencia de amparo de la Sala de lo Constitucional de Honduras SCO-0197 y 0203-2017.

¹⁰³ Cfr., Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020.

para una cultura determinada, y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.¹⁰⁴

El derecho a la alimentación tiene como objetivo que se garantice el acceso a alimentos que sean fuentes de una nutrición suficiente y adecuada para la preservación de la salud, con la actual situación se ha puesto en riesgo su acceso físico y los recursos económicos que permitan obtenerla. Con la destrucción del clima, generando crisis alimentarias graves, en países como Yemen, Sudán del Sur, Etiopía, sin que esto genere una responsabilidad jurídica para los Estados, ni se han creado mecanismos internacionales para esto; el derecho a la alimentación debe ser defendido, de lo contrario se corre con el riesgo de generar un mayor deterioro de la subsistencia de las comunidades y su producción de alimentos en zonas rurales.¹⁰⁵

La soberanía alimentaria es la respuesta frente a los intereses que atenta para dejar a los Estados sin controles sobre la producción de alimentos, partiendo de que se habla de derechos, que protege la calidad de los alimentos, los medios necesarios para producirlos, como, el trabajo, la mano de obra femenina, la tierra, el agua, las semillas, los bosques y otros recursos naturales; sin esto, el derecho a la alimentación, deja de tener sentido.¹⁰⁶

Al respecto el Comité DESC establece en esa Observación General No 12 el contenido básico del derecho a la alimentación, el cual comprende los dos siguientes elementos:

- La disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada.
- La accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.¹⁰⁷

Para ese Comité de Naciones Unidas la adecuación de la alimentación sirve para la determinación de una apertura en consideración de los regímenes de alimentación en determinadas circunstancias sociales, culturales, climáticas, entre otras; mientras que la sostenibilidad de la alimentación guarda vinculación con el acceso no solo de las presentes generales, también de las futuras.¹⁰⁸

Con respecto a la accesibilidad el Comité fijó dos vías, la económica y la física, la primera implica que los costos para la adquisición de los alimentos necesarios puedan ser adquiridos sin que su compra ponga en riesgo la satisfacción de otras necesidades básicas, esto requiere un actuar público en los casos de la población que no puede adquirirlo, por lo que los Estados están llamados a generar programas para su alimentación, en este caso particular, la creación

¹⁰⁴ Ídem, párr. 218.

¹⁰⁵ BLEY FOLLY, Felipe, NUILA, Andrea, MATTHEISEN, Emily y FYFE, Daniel (2017), p. 34.

¹⁰⁶ Ídem, p. 35 y 36.

¹⁰⁷ Comité DESC, Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11). 20º periodo de sesiones (1999). Doc. E/C.12/1995/5, párr. 8.

¹⁰⁸ Ídem, párr. 7.

de políticas públicas de acceso general para todas las familias que han tenido un impacto económico limitativo de sus posibilidad para alimentarse, lo cual contribuye a la disminución de personas deambulando en las calles que favorece la propagación del virus.¹⁰⁹

Por otro lado, la accesibilidad física conlleva que cualquier persona, aun con discapacidades, niños, lactantes, etc., pueda tener su alimentación, debiendo dar prioridad a los grupos que tienen condiciones desfavorables, como algunos pueblos indígenas, que por sus tierras ancestrales, son amenazadas por otros grupos.¹¹⁰

Derecho a la vivienda

Un cuarto derecho que corre riesgo con la crisis económica que está dejando la pandemia del Covid-19, es el derecho a la vivienda adecuada, que se ha regulado en el Observación General No 4 del Comité DESC, donde se ha establecido que el carácter de adecuada a la vivienda significa disponer de un lugar donde se pueda aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.¹¹¹

Dicho Comité DESC dijo en relación con el aspecto económico, los costos del acceso a la vivienda y de su mantenimiento deben ser razonables y soportables por los habitantes, en relación a sus ingresos y se deben satisfacer las condiciones de seguridad jurídica en la tenencia de la vivienda. En el escenario actual, es probable que se den muchos desahucios forzados, lo que prima facie pueden ser incompatibles con los requisitos del Pacto de Derechos Sociales, por las actuales circunstancias. Si bien estos pueden ser legales, como ha mencionado el mismo Comité en la Observación General No 7, al señalar que no se consideran prohibidos los desalojos efectuados por causas legales, como por ejemplo por la falta de pago por un tiempo prolongado.¹¹² El Estado debe buscar medios para permitir que las familias puedan tener un espacio para poder pasar la cuarentena y poderse aislar de los contagios.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió una resolución denominada como C-421/14, concerniente en la celebración de contratos entre profesionales y consumidores, cláusulas abusivas, contratos de préstamos hipotecarios, los procedimientos de ejecución de un bien hipotecario y el plazo de preclusión del mismo, allí se analiza la potestad de los jueces nacionales españoles para la verificación del carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimiento de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incluso analiza la facultad de los Bancos para declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo, siendo que la misma solo debería darse en casos suficientemente graves en relación con la duración y cuantía del préstamo; debiéndose dar remedios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner arreglo a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo¹¹³

¹⁰⁹ Ídem, párr. 13.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ PARRA VERA, Oscar, VILLANUEVA HERMIDA, María, MARTIN, Agustín Enrique (2008), pp. 202 y 203.

¹¹² Ídem, pp. 204 y 205.

¹¹³ Cfr., párr. 68, 69 y 72 de la Resolución mencionada.

Los sistemas de justicia que pertenecen al Sistema Interamericano deberían impedir ejecución hipotecaria y desalojos mientras dure la suspensión de derechos en el marco de la pandemia, para mantener la posibilidad de las familias de cuidar sus derechos a la vida y salud, que en el presente contexto guarda una intrínseca vinculación.

Derecho al medio ambiente sano

Un último aspecto que podría considerarse que no tiene una vinculación con la situación generada por los efectos del Covid-19, es la relación del derecho a un medio ambiente sano, partiendo de si la naturaleza puede ser sujeto de derecho, y como la calidad del entorno puede afectar la salud de la población. Siendo desconocido concretamente hasta la fecha, el surgimiento de esta pandemia se ha vuelto debate si nuestras actividades terminan repercutiendo en el desarrollo de este tipo de enfermedades por los cambios que realizamos en los entornos naturales.

El desarrollo de los derechos de la Naturaleza desde la Ilustración, se impuso la idea del progreso, decantándose en el afán del desarrollo social, económico y productivo, en oposición a la naturaleza, ya que sustenta la idea de que es el ser humano el propietario, dueño, ocupante y administrador de esta.¹¹⁴

Como contraposición, las nuevas concepciones parten en la equiparación de la naturaleza con las personas; como antecedente de esta concepción se cita el voto particular del juez William O. Douglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en la sentencia del caso *Sierra Club vs. Morton*, 115 en la que se abogó por el reconocimiento de los derechos subjetivos del *Mineral King Valley* como ser vivo, señalando el reconocimiento a la naturaleza como sujeto de derechos, teniendo personalidad jurídica y derechos similares a otras formas inanimadas como lo son las sociedades mercantiles o los barcos, que poseen una legitimación procesal.

Los valles, ríos, lagos, playas, bosques, o el aire, deben tener capacidad para que sus derechos sean tutelados, a través de la acción ciudadana para la defensa de los derechos de la naturaleza, en vista de la imposibilidad material de la naturaleza de poder activar un proceso judicial, por lo que para garantizar la protección de la Naturaleza, es que cualquier persona que tenga una relación con un bien natural que esté en peligro de ser disminuido o contaminado, pueda actuar como representante legítimo en el accionar de su defensa.¹¹⁶

Se podría argumentar de que el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza surge de una necesidad social de protegerla por su rol fundamental en nuestro desarrollo, pero a quien se busca proteger es a la humanidad; pero con esta concepción lo que realmente se trata es que los daños que se han hecho sean reparados por sus propios derechos, por lo que los derechos humanos y los de la Naturaleza comienzan a tener la misma jerarquía jurídica.¹¹⁷

¹¹⁴ NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (2014), p. 28.

¹¹⁵ 405 US 727 de 19 de abril de 1972.

¹¹⁶ NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (2014), p. 29-30.

¹¹⁷ RAMÍREZ VÉLEZ, Pablo (2015), pp. 59-60.

La Corte IDH118 se centró en el análisis de las obligaciones estatales con el medio ambiente para la protección y garantía de los derechos a la vida e integridad personal; al indicar que la protección del medio ambiente es un derecho, con obligaciones estatales que se derivan de la Convención Americana, haciendo unas consideraciones consistentes en la interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente, y, en los derechos humanos que son afectos por causa de la degradación del medio ambiente.

Partiendo de la interrelación de los derechos, la Corte IDH reconoce la relación entre la protección del medio ambiente, con la realización del resto de derechos humanos, debido a que la degradación ambiental y el cambio climático afectan seriamente el goce de los derechos, en especial a los DESCAs, en donde se enmarca este derecho al medio ambiente sano; menciona la singular relación de este último derecho con la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, haciendo una distinción de que ambas pueden constituir un mínimo vital o el derecho a una vida digna, para la supervivencia de los pueblos, por el estilo de vida de los mismos.¹¹⁹

En el Protocolo de San Salvador se ha establecido, en el artículo 11, el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, y a contar con servicios públicos básicos, debiendo los Estados promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. Si bien la Corte IDH tiene vasta jurisprudencia sobre la vinculatoriedad y efectividad que tienen los derechos reconocidos en la Convención Americana, en esa opinión fue clara en reiterar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos con los DESCAs, entendidos íntegramente y de forma englobada como derechos humanos sin jerarquía entre sí y ambos exigible frente a la autoridad competente.¹²⁰

El medio ambiente sano es entendido como un derecho humano con connotaciones individuales como colectivas, siendo en este último caso un interés universal, para las generaciones presentes y futuras. La dimensión individual es la medida de las vulneraciones, que pueden tener consecuencias directas o indirectas sobre los titulares de los derechos, dando conexidad con derechos como el de la salud, la integridad personal o la vida.¹²¹

Bajo la referencia a la tutela cruzada de los derechos humanos con el derecho al medio ambiente sano, la Corte Interamericana resalta que el mismo es un derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, puesto que el mismo protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como bienes o intereses jurídicos en sí mismos, aun cuando no se pueda verificar de forma evidente el posible riesgo que se pueda tener en contra de personas individuales. Con esto se busca proteger la naturaleza y el medio ambiente no solo por conexidad con la utilidad que posea la naturaleza para el ser humano

¹¹⁸ Cfr., Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte IDH, Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el Marco de la Protección y Garantía de los Derechos a la Vida y a la Integridad Personal – Interpretación y Alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH) de 15 de noviembre de 2017.

¹¹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 48.

¹²⁰ Ídem, párr. 57.

¹²¹ Ídem, párr. 59.

o contra los efectos de su degradación que afectan nuestros derechos como especie, sino que por la importancia para los demás organismos vivos que también habitan este planeta, quienes también merecen la protección de sí mismos.¹²²

Con el actual panorama se deben plantear reformas en el diseño de la aplicación de justicia, para la defensa de las cuestiones ambientales, como son el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, la gestión de residuos y los riesgos para la salud de la humanidad como colectivo; abandonando los esquemas de legitimación individualistas, acercándose a las acciones adaptables a los conflictos de masas y con mecanismos con posibilidad de impulsar cambios en las políticas insostenibles de los grandes proyectos medioambientales.¹²³

Frente a todos los aspectos planteados de los riesgos que se están presentando por el aumento de casos de Covid-19, que han generado una afectación a la economía de los países latinoamericanos, se plantea que el establecimiento de la Renta Universal Básica, al menos durante la pandemia, es una opción que puede favorecer a que los Estados tengan mecanismo para que los ciudadanos puedan tener acceso a los bienes y servicios necesarios para la supervivencia de la presente situación.

La renta universal básica en la pandemia del Covid-19

Tomando la vulnerabilidad que procede con las medidas de aislamiento físico, que conllevan una transformación en la forma en que se ha habituado el desarrollo de los derechos sociales antes mencionado, suponiendo el grave perjuicio que se centra en la economía de las personas y las familias de América Latina, se vuelve urgente que los Estados busquen propuestas que aseguren el disfrute y plenitud de los derechos fundamentales.

En tal sentido se vislumbra la posibilidad de implementar la renta básica universal, como una solución para la defensa de los Estados sociales; si bien existen muchos prejuicios en cuanto a las obligaciones sociales del Estado, se percibe mayor cuando se habla del reparto de dinero de forma generalizada, pero existen varios aspectos que puede señalar la pertinencia de esta propuesta, no solo para el fin señalado, sino para la lucha contra la corrupción y el afianzamiento de la transparencia en la gestión pública.¹²⁴

En América Latina los derechos sociales se han caracterizado por tener una red clientelar con una excesiva burocratización, que genera gastos altamente innecesarios e ineficientes, a lo que se tiene que sumar muchos señalamientos de corrupción, por los altos costos y mecanismos de contratación de los bienes y servicios, que se origina en una apropiación de las instituciones públicas, por la falta de mecanismos de responsabilidad política, administrativa o penal.

La estructura de corrupción genera una desconfianza a la necesidad y el deber constitucional de satisfacer los derechos sociales, presentándose posturas que sugieren que se realice una

¹²² Ídem, párr. 62.

¹²³ SALAZAR ORTUÑO, Eduardo (2016), p. 173.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi (2010), pp. 278-279.

privatización o que desaparezcan las instituciones que se decidan al cumplimiento de las políticas públicas de salud, educación, vivienda, entre otros.

Con la implementación de forma universal y generalizada de la renta básica se disminuye el margen de corrupción, la discrecionalidad de las agencias públicas que seleccionan a las personas que reciben las ayudas públicas; asimismo es un mecanismo más simple y práctico de implementar, pero se argüiría la necesidad del aumento del presupuesto público para el financiamiento del ese programa, los derechos no varían de importancia por su impacto financiero, la satisfacción se puede lograr en la medida del ahorro con la desburocratización de los mismos programas sociales, disminución del gasto militar y la implementación de una retribución tributaria, más proporcional para la población con menos recursos económicos.

Es clave la realización de una reforma fiscal importante, porque solo la reorientación de los presupuestos públicos no va a cubrir lo necesario para este derecho, partiendo de que la redistribución de los ingresos, a través de mecanismos fiscales. El cambio del sistema tributario se debe propiciar no solo en nuestra región, es necesario limitar los espacios de evasión fiscal por parte de las personas y empresas, así como los gastos excesivos e ineficaces de muchas administraciones públicas.

También resulta clave, que con el mismo las mujeres tendrían mayor independencia financiera para poder liderar negocios, obtener tierra para labores agrícolas y verse una reducción en la violencia doméstica que se sufre en el área.

Al igual que el alto costo del mantenimiento de la educación pública o un sistema de vacunas para todas las niñas y niños, derechos que pocos sectores hoy en día cuestionan abiertamente su pertinencia, necesidad y grandes beneficios para la sociedad, por ser mecanismos que disminuyen la pobreza, permitiendo el desarrollo de los individuos y los países; de la misma forma, la renta universal básica, es propicia para que los mayores de edad puedan realizar riesgos controlados en aras de mejorar sus ingresos, lo que propicia el mantenimiento de la producción y consumo de la región, en un momento donde es muy probable que se comiencen a generar disturbios sociales, migraciones masivas como las caravanas centroamericanas, conflictos armados entre grupos delictivos, que terminan repercutiendo en el desarrollo social.

Otro aspecto que puede tener una mejoría con la implementación de este derecho, parte de la posibilidad del aumento de la escolarización de los hijos y de las personas que reciban la renta básica, dado que estas personas tendrían un mayor margen de poder utilizar tiempo para aprender un oficio u otros estudios que mejoren sus ingresos a futuro. Mientras no se cuente con una vacuna contra el Covid-19, es difícil contemplar una normalidad económica, por lo que es imperativo lograr medidas que disminuyan los efectos de esta pandemia en los sectores con mayor pobreza, de lo contrario, América Latina tendrá un aumento de la desigualdad.

Se concluye que siendo la finalidad del Estado la construcción de las condiciones indispensables para dotar a los habitantes de un país de un sistema digno, donde puedan desarrollarse dentro de las posibilidades económicas, no se puede aducir la falta de recursos

para no cumplir con el mejoramiento de las capacidades de las personas, que parte de un acceso a la alimentación, vivienda, seguridad social, entre otros para el desenvolvimiento en una sociedad que aspire a ser democrática.¹²⁵

Finalmente se ha analizado el contexto de los DESCAs en el contexto de la pandemia del Covid-19, por lo que podemos tomar la necesidad de atender estos derechos, a partir de los estándares internacionales establecidos en el ordenamiento jurídico y sus respectivos intérpretes. Se ha sostenido que deben atender los derechos de salud, educación, seguridad alimentaria, vivienda y medio ambiente sano. También se definió la necesidad de que se prescriba la renta básica universal, para atender los DESCAs que aseguren la supervivencia de las personas y sus familias frente a los grandes riesgos que se están presentando.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002): Los derechos sociales como derechos exigibles (Madrid, Editorial Trotta).
- ACUÑA, Juan Manuel (2012): Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales (México, Editorial Porrúa).
- BLEY FOLLY, Felipe, NUILA, Andrea, MATTHEISEN, Emily y FYFE, Daniel (2017): “ecos desde abajo: las luchas sociales de los pueblos como antídoto para la “crisis de derechos humanos” en MORENA, M. Alejandra (Coord.), Observatorio Del Derecho A La Alimentación y a la Nutrición 2017 (FIAN Internacional).
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (2000): Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia (Madrid, Trotta).
- CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2014): Los Derechos Sociales y su Justiciabilidad Directa (México D.F., Editorial Flores).
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2008): La lucha por el derecho (Buenos Aires, Siglo XXI Editores).
- CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín (2017): “Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano” en VON BOGDANDY, Armin, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Ius Constitutionale Commune en América Latina Textos básicos para su comprensión (Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Law and International Law).

- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2012): "Cádiz e Iberoamérica: Sobre las influencias medievales y contemporáneas en la Constitución de 1812 ... y en Iberoamérica" en REBATO PEÑA, María Elena (Coord.), La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica, (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- FERRAJOLI, Luigi (2006): Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia (Madrid, Editorial Trotta).
- FERRAJOLI, Luigi (2010): Democracia y garantismo (Madrid, 2da edición, Editorial Trotta).
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. (2011): El Costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores).
- LÓPEZ CALVA, Luis F. y LUSTIG, Nora (2011): "La Disminución de la desigualdad en la América Latina: Cambio tecnológico, educación y democracia" en LÓPEZ CALVA, Luis F. y LUSTIG, Nora (Compiladores), La Disminución de la desigualdad en la América Latina, (México, Fondo de Cultura Económica).
- LÓPEZ MURCIA, Rafael (2019): El minimum vital: una garantía innominada (Tegucigalpa, Editorial Guaymurás).
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (2010): Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (2014): La igualdad ante el fin del Estado Social. Propuestas constitucionales para construir una nueva igualdad (Madrid, Sequitur).
- PARRA VERA, Oscar, VILLANUEVA HERMIDA, María, y MARTIN, Agustín Enrique (2008): Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano (San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- PISARELLO, Gerardo (2007): Los derechos sociales y sus garantías (Madrid, Editorial Trotta).
- RAMÍREZ VÉLEZ, Pablo (2015): La naturaleza como sujeto de derechos, materialización en el Ecuador (Editorial Académica Española, Columbia).
- SALAZAR ORTUÑO, Eduardo (2016): "Derecho Ambiental y Acceso a la Justicia Ecológica" en GIMÉNEZ, Teresa Vicente (Edición de), Justicia Ecológica en la Era del Antropoceno, (Madrid, Editorial Trotta).
- SALAZAR UGARTE, Pedro (2013): La democracia constitucional. Una radiografía teórica (México D.F., Fondo de Cultura Económico, IJ-UNAM).

¿RECONOCER NUEVOS
DERECHOS O DAR NUEVOS
ALCANCES A DERECHOS
CONSTITUCIONALES
YA EXISTENTES O
RECONOCIDOS EN
NUESTROS TEXTOS
CONSTITUCIONALES?

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

*Expresidenta y magistrada de la Corte
Constitucional de Colombia.*

Quisiera iniciar extendiendo un agradecimiento a los organizadores de la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. En estas condiciones, organizar a tanta gente es muy difícil con tantas dificultades de conectividad que tenemos en estos países. Un agradecimiento especial por la dedicación que siempre ha tenido a Pedro González, secretario permanente de esta conferencia, y al Dr. Alberto Rojas Ríos que es el secretario pro-tempore de la conferencia. Quiero agradecer a su equipo que siempre ha estado pendiente y dedicado con todo el corazón para que este evento salga bien.

Desde hace ya varios meses que estamos obligados a vivir encerrados. Antes compartíamos y vivíamos con los demás, con los otros, y pensábamos que eso era algo inmutable, algo natural, que fluye y nada pasa. Sin embargo, hace muy poco nos hemos visto obligados a vivir en aislamiento. En el siglo XIX nos preguntaban: ¿Qué es eso del aislamiento? Por ejemplo, uno de los personajes de Dostoyevski en los hermanos Karamazov decía: *“El aislamiento es el que ahora reina aquí en todas partes. Cada uno quiere experimentar en sí mismo la plenitud de la vida, pero llegando a un completo aislamiento. En nuestro siglo todo se ha dividido, se han dividido en unidades, el humano se aísla en su guarida y piensa ‘cuán fuerte soy’, pero es insensato el que no sabe que separarse del grupo no es lo mejor”*.

Parece que ese momento del aislamiento nos ha tocado vivirlo en esta época. Ahora que nos toca separarnos los unos de los otros, nos hemos dado cuenta de la importancia que tienen los demás en nuestras vidas. También, han surgido escenarios que nos muestran la necesidad de pensar, o por lo menos de replantear, si nosotros los jueces constitucionales debemos contribuir a entender de manera distinta algunos conceptos de derechos fundamentales con los que nos sentíamos cómodos y sentíamos que contribuíamos con la democracia o si, en efecto, ha llegado el momento de entender nuevos derechos fundamentales.

Nosotros hoy decidimos si usamos tapabocas o mascarillas o no lo hacemos, si nos quedamos en la casa o salimos, si abrazamos la soledad o abrazamos a nuestros seres queridos. Aparentemente, tenemos esa libertad de decidir si lo hacemos o no lo hacemos. Sin embargo, el coronavirus nos ha mostrado que esa decisión no es libre, porque tiene efectos trascendentales incluso sobre las personas que más queremos. Nos enfrentamos a una situación que rebasa nuestras condiciones de vida, nuestras formas de entender los límites de los derechos y deberes.

En estos doce minutos quiero dejarles tres ideas a las que les he dado vuelta y hemos pensado con el equipo con el que vengo trabajando hace un tiempo en la Corte Constitucional.

La primera idea es que nos encontramos en un momento en que debemos pensar cómo podemos proteger la no discriminación por razones de enfermedad. En la actualidad podemos percibir que existen personas discriminadas por razón de tener o estar en exposición con el Covid-19. ¿Cuál es esa relación que existe entre este derecho a la no discriminación y el derecho a la información e incluso a la intimidad? ¿Tenemos el derecho a saber si otra persona contrajo la enfermedad, por ejemplo, mi vecino? El segundo tema que quiero que analicemos es si en efecto esta interrelación física es o no un derecho que nosotros los tribunales constitucionales debemos proteger. El tercer tema, ya un poquito más colombiano, tiene que ver con mi deseo de contarles la gran cantidad de derechos que encontramos en los decretos que ha expedido el Presidente de la República para enfrentar la emergencia ocasionada por la pandemia, y la pregunta es: ¿A partir de esos derechos, de creación y de contenido legal, podemos entender que dichas garantías se han quedado, incluso para después del coronavirus, con mayor razón si hay una cantidad de derechos que tienen relación directa con la dignidad humana? Ya expresaré unas rápidas referencias al respecto.

La primera idea se centra en si en la actualidad existe la discriminación por razón de enfermedad y la relación que tiene con otros derechos fundamentales. Vemos las noticias y es un fenómeno humano que está sucediendo en todas partes. Oímos en las noticias que hay muchas personas que están preocupadas por el contagio. Estamos muy preocupados porque el peluquero, el médico, la persona cercana o nuestro vecino ha contraído o no ha contraído el virus. Hemos visto escenas donde personas que prestan el servicio público de transporte no dejan entrar al bus a una persona, porque consideran que puede tener la enfermedad. Hay muchas personas que le han negado el ingreso al conjunto residencial donde viven porque son médicos que trabajan en el pueblo de la localidad. También hemos visto una gran cantidad de personas que han revivido ese rechazo contra grupos étnicos que están asociados con el virus. En esta época ha resurgido la exclusión, estigmatización y actos violentos contra personas que aparentemente pueden ser riesgosas por contraer el Covid-19.

El secretario general de Naciones Unidas nos dijo que esto es una realidad de discriminación, que es producto del temor o la inestabilidad que engendra la pandemia, que esto ha generado al mismo tiempo el derecho a conocer si las personas cercanas a nosotros tienen o no la enfermedad, porque solamente si se conoce que esas personas tienen la enfermedad se puede proteger la vida propia y la vida de las familias. Incluso, varios países, en aras de conocer si existe el contagio, se han valido de la tecnología y han utilizado sistemas de rastreo para controlar el estado de salud de los ciudadanos y de quienes quieren saber si están sanos o no. Pero hay muchas voces que han manifestado su preocupación sobre la protección del *habeas data* porque están utilizando la tecnología y los datos más sensibles de las personas para saber si están contagiadas o no.

Indudablemente, se ha expresado la necesidad de conocer datos sensibles. El comisionado de protección de datos del Consejo de Europa dijo que el *habeas data* nunca puede ser un obstáculo para salvar vidas, ¡Claro!, es importante reafirmar el derecho a la privacidad y, en general, los derechos humanos. Alrededor del mundo se habla de estas aplicaciones que recolectan información sensible, como aquellas que tienen datos de proximidad, es decir, la información que los dispositivos guardan al estar en contacto con otras personas. Luego, estas aplicaciones contactan a las autoridades de salud porque ellas, con la verificación de los datos recolectados, pueden exigirle a usted que se haga la prueba del coronavirus. Muchas personas y autoridades han y siguen reivindicando un derecho a saber si el otro tiene Covid-19, manifiestan que es un interés legítimo para conocer y proteger el derecho a la salud y a la familia, incluso las autoridades dicen que es una información necesaria por razones de salubridad pública, porque solamente si se conoce la existencia de la enfermedad, entonces se puede contener.

Los datos recolectados por estas aplicaciones son parte de la historia clínica, datos de lo más sensible que tiene el ser humano, pero son procesados en aras de proteger la salud pública, nos dicen. En ese sentido, ¿no será una forma de facilitar la estigmatización? ¿De facilitar una nueva forma de discriminación? Antes existía la discriminación por origen nacional, por origen social, por género, por profesión y ahora, podemos pensar en una discriminación por el riesgo a contraer la enfermedad.

En este escenario, a nosotros los jueces constitucionales nos corresponde analizar cómo armonizar los derechos fundamentales de tanta importancia en las democracias contemporáneas, ¿Hasta dónde pueden llegar? ¿Hasta dónde las sociedades están dispuestas a renunciar a esos derechos que en su momento significaron una conquista histórica tan importante? ¿Existe el derecho a saber si estamos contagiados o si los demás están contagiados? ¿Cómo debemos aplicar ese principio de circulación restringida de la información y cómo debemos proteger datos íntimos de la historia clínica en una emergencia sanitaria? ¿Las personas pueden identificar plenamente a los contagiados? Todo esto nos exige respuestas, respuestas a los jueces constitucionales que están en la tarea de flexibilizar o replantear los derechos clásicos constitucionales.

La segunda idea que quiero dejarles para pensar es una que también nos ha parecido sorprendente de otra manera. El punto que explicaré nos mostró que Aristóteles realmente

tenía la razón. Este filósofo nos decía que el hombre es un ser social por naturaleza y que, en últimas, la interacción con los humanos no es un capricho. En las Constituciones contemporáneas se garantizan los derechos a la reunión y a la asociación, pero generalmente se han aplicado para causas colectivas, porque para situaciones particulares se ha desestimado su trascendencia. La reunión con los demás es la misma esencia ontológica del ser humano, y la pandemia nos aisló, pero por eso mismo, nos mostró la imperiosa necesidad que tenemos de reunirnos con los demás, incluso por el solo hecho de reunirnos, de estar con los otros, y esta necesidad tan básica e importante se daba por sentada.

Estas necesidades y este nuevo replanteamiento nos muestran que las cosas han cambiado. Es clarísimo que nos comunicamos por computadores, por tabletas y por teléfonos, pero eso no es suficiente, la dependencia de los demás muestra nuestra propia vulnerabilidad, por eso asistimos a un nuevo momento en el que nos muestra que es hora de reivindicar el derecho a la interacción física. Algunos sectores se han dado cuenta de la importancia que tiene esta interacción física en las relaciones humanas y, sobre todo, de cómo hace parte esencial del crecimiento y desarrollo de algunas personas para vivir en sociedad. Por el contrario, restringir esa vida en sociedad puede producir enfermedades como depresión y ansiedad, incluso, y en especial para los niños. Está demostrado estadísticamente que el vivir aislado puede producir un decaimiento cognitivo. Los psicólogos han dicho que esto reduce la resiliencia, la falta de amor propio y la falta de sentimiento de valores. Por esta razón, muchos reclaman y se preocupan por espacios seguros para estar con las amistades y en general con los demás, para tener contacto con los mentores y para tener apoyo psicosocial. Las personas de la tercera edad, por ejemplo, necesitan del otro como parte esencial de su vida en condiciones dignas.

En suma, necesitamos apoyarnos en nuestros semejantes para salvar nuestra salud y nuestra mente. La interacción física es una necesidad y un derecho inherente al ser humano; además, el artículo 94 de la Constitución Colombiana autoriza a introducirlo como un derecho fundamental y protegible por vía de la acción de tutela, pues la crisis sanitaria nos ha llevado a preguntarnos si es más dramático vivir sin los demás o terminar nuestras vidas sin los que más queremos.

Por ejemplo, una médica italiana decía en una entrevista al inicio de la pandemia que ella no sabía que era más dramático: si ver a los pacientes morir o verlos morir solos, específicamente dijo ***“ellos ruegan por poder decirles un adiós a sus hijos, a sus nietos, a sus seres queridos y no lo pueden hacer”***. El partido demócrata de la zona 6 de Milán impuso una iniciativa para que los enfermos tuvieran el derecho a decir adiós a través de sus tabletas inteligentes y, de hecho, en Argentina se está reglamentando este derecho a decir adiós. Estas situaciones dan cuenta de que nos enfrentamos al nacimiento de otro derecho inherente al ser humano como tener la oportunidad de despedirse de los seres que aman, al terminar su vida.

Pero en el momento miles de personas mueren en soledad. En Irak, por ejemplo, varios habitantes describían a unos periodistas que los entrevistaban que ellos buscaban y cavaban con sus propias manos las fosas comunes porque, debido a las políticas públicas de salubridad que adoptaron las autoridades públicas, las personas que morían por Covid-19 fueron obligadas a ser enterradas en fosas comunes. Una de las personas entrevistadas decía: ***“mi***

padre fue enterrado tan lejos que ni siquiera pude asegurarme de que le dieran los mínimos rituales religiosos para su muerte”.

Es como si el coronavirus nos hubiese devuelto muchos años atrás pero no solo en materia económica, sino también en materia social. Es como si estuviéramos en esas tragedias griegas, cuando Antígona desobedeció al rey Creonte para darle sepultura a su hermano. “Hubiera sido inmenso mi pesar, si yo hubiese tolerado que el cuerpo del hijo de mi madre, después de su muerte quedase sin sepultura”, recita Antígona en esta tragedia que evidencia el conflicto entre el poder público y la vida privada, tal como lo demuestra la crisis ocasionada por la pandemia: en muertes en soledad o muertes que nos separan de nuestros seres queridos. Esta crisis incluso nos ha privado de los sentimientos más cercanos e íntimos que tiene una familia, que es despedirse de ella al final de nuestras vidas.

Por último y muy rápidamente por el paso del tiempo previsto para esta intervención, quería contarles que después de revisar 120 decretos, por razón del control oficioso a cargo de la Corte Constitucional de Colombia, también nos han surgido una gran cantidad de preguntas, ahora que el Presidente de la República ha introducido leyes relacionadas con los efectos de la pandemia. Esta situación viene acompañada de ciertos derechos tan exigibles como cercanos a la dignidad humana y a su contenido material ¿Podemos estar hablando de la inauguración de nuevos derechos? ¿El derecho fundamental al internet, a la conectividad digital, el derecho de las mujeres al emprendimiento y a la formación empresarial? Yo aquí solo he formulado preguntas que a nosotros los jueces constitucionales nos corresponde contestar con toda la responsabilidad.

Cuando inició esta emergencia el famoso y actual filósofo Yuval Harari expresaba que uno de los retos que tenía la humanidad no solo era superar la amenaza inmediata, sino que debemos preguntarnos ¿cuál es el mundo en que viviremos después de la tormenta? Viviremos en un mundo diferente, y depende de las decisiones de los gobiernos y, yo agrego, también depende de nosotros, los jueces constitucionales, quienes tenemos compromisos fundamentales con la democracia como luchar por la efectividad y la fortaleza de la dignidad humana.

Muchas gracias por su atención.

LA EXPERIENCIA DE
PUERTO RICO: LOS EFECTOS
ECONÓMICOS-SOCIALES
DE LA PANDEMIA Y
EL RECONOCIMIENTO
CONSTITUCIONAL DE
DERECHOS HUMANOS COMO EL
DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

MAITE D. ORONoz RODRÍGUEZ

*Presidenta del Tribunal Supremo
de Puerto Rico.*

Introducción

Muy buenos días a todos y todas. Extiendo un saludo especial al Magistrado Alberto Rojas Ríos, presidente de la Corte Constitucional de Colombia, y a quien agradezco su invitación. Igualmente, extiendo un saludo afectuoso a los presidentes de las Cortes Constitucionales de los países hermanos y a los compañeros y compañeras con quienes comparto en esta quinta mesa de trabajo. Es un honor representar a Puerto Rico ante esta Conferencia Iberoamericana y compartir la experiencia de nuestro Poder Judicial al enfrentar los retos de la actualidad.

La pandemia del Covid-19 es probablemente la crisis de nuestra historia reciente que ha generado un impacto más cercano al ser humano y la que ha afectado a todos los Estados sin distinción. Y es que, aunque en el pasado se han requerido medidas extraordinarias para atender alguna emergencia, esta pandemia ha provocado que los gobiernos adopten medidas de excepción para prevenir la propagación y el contagio entre la población, que han constituido limitaciones o restricciones serias al ejercicio de ciertos derechos fundamentales.

Desde el punto de vista constitucional, esta situación ha dado lugar al debate intenso en torno a diversos temas. En particular sobre las facultades y atribuciones de los Estados, así como el impacto que la crisis sanitaria tiene o puede tener sobre los derechos fundamentales y la continuidad de los procesos constitucionales que caracterizan nuestra vida democrática. Sin duda, la crisis epidemiológica y sus efectos no deben arrastrar a nuestra institucionalidad democrática y los estados de excepción deberían sujetarse a las Constituciones. Ante ello, resalta la importancia de que el Poder Judicial esté siempre activo y listo para cumplir su función constitucional, estando obligado a realizar interpretaciones creativas y prácticas que preserven -o incluso amplíen- los derechos de las personas y el estado democrático.

La pandemia ahora nos da la posibilidad de analizar y de hacer un balance de las experiencias ocurridas en Iberoamérica ante esta nueva emergencia. En la presente ponencia pretendo describir brevemente la situación de Puerto Rico y, en el marco del eje sobre la posibilidad jurídica del reconocimiento de nuevos derechos, compartir nuestra experiencia en torno al reconocimiento del derecho a la alimentación.

Puerto Rico ante la pandemia

Puerto Rico, al igual que los países iberoamericanos hermanos, ha enfrentado en los últimos seis meses los desafíos que ha representado el nuevo virus. Al momento de escribir esta ponencia, el Departamento de Salud, equivalente al Ministerio de Sanidad en otros países, había informado sobre 42,400 casos confirmados y probables de contagio del coronavirus y 609 muertes a causa de la pandemia.¹²⁶

El 12 de marzo de 2020 la Gobernadora de Puerto Rico declaró un estado de emergencia en todo el País, invocando su deber constitucional de proteger la vida y la salud de la población.¹²⁷ Esto, luego de que la Organización Mundial de la Salud declarara la existencia de una pandemia ante la propagación del coronavirus. Tres días más tarde, el 15 de marzo

¹²⁶ Informe Casos Positivos COVID-19 (21 de septiembre de 2020), Departamento de Salud de Puerto Rico.

¹²⁷ Para situaciones excepcionales como las que está atravesando el mundo, no siempre existen previsiones constitucionales. Por ejemplo, la Constitución de Puerto Rico no contiene una sección específicamente dedicada a los estados de emergencia, ni provee para la suspensión de derechos fundamentales. La Constitución de Puerto Rico solamente alude a la suspensión de derechos fundamentales, en relación con el derecho de hábeas corpus y solo puede suspenderse por la Asamblea Legislativa en casos de rebelión, insurrección o invasión, según se establece en la sección 13 del artículo II. Por otro lado, según lo dispuesto en la sección 4 del artículo IV, el Poder Ejecutivo sólo puede proclamar la Ley Marcial cuando la seguridad pública lo requiera en casos de rebelión o invasión o inminente peligro de ellas. En esa eventualidad la Asamblea Legislativa deberá reunirse inmediatamente por iniciativa propia para ratificar o revocar la proclama. Lo único que dispone la Constitución sobre emergencias en caso de epidemias se encuentra en la sección 17 del artículo VI que prescribe que, en casos de invasión, rebelión, epidemia o cualesquiera otros que provoquen un estado de emergencia, el Gobernador podrá convocar la Asamblea Legislativa para reunirse fuera del sitio en que tengan su asiento las cámaras, siempre con sujeción a la aprobación o desaprobación de la Asamblea Legislativa. Asimismo, podrá ordenar el traslado e instalación provisional del Gobierno, con sus dependencias, fuera de la sede del gobierno, por el tiempo que dure la emergencia. Una cuarta disposición constitucional contenida en la sección 18 del artículo II, que aparece en el contexto de la regulación del derecho de los trabajadores a la huelga y a llevar a cabo actividades concertadas, faculta a la Asamblea Legislativa a aprobar leyes para casos de grave emergencia cuando estén claramente en peligro la salud o la seguridad pública o los servicios públicos esenciales.

de 2020, la mandataria emitió una Orden Ejecutiva¹²⁸, en la que ordenó el cierre de las operaciones gubernamentales y comerciales. Además, la Gobernadora implantó un toque de queda que obligó a las personas a permanecer en sus hogares, ya que les impedía transitar por las vías públicas entre las 9:00 p.m. y las 5:00 a.m. La orden original tendría vigencia hasta el 30 de marzo de 2020, pero fue extendida en varias ocasiones, y aún continúa vigente con diversas enmiendas y la eliminación de restricciones.¹²⁹

Ante la declaración del estado de emergencia, el 15 de marzo de 2020 el Poder Judicial puertorriqueño ordenó el cierre de operaciones regulares en los tribunales y la suspensión de todas las audiencias citadas.¹³⁰ La actividad judicial presencial se limitó a asuntos urgentes tanto en el ámbito criminal, civil como en el de relaciones de familia.¹³¹ Igualmente, la implementación de las tecnologías de la información, como la presentación electrónica -que desde hace varios años se había impulsado en nuestros tribunales- ha posibilitado desarrollar un plan para que los trabajos tradicionalmente presenciales se puedan efectuar a distancia a través del sistema de videoconferencias.¹³² Es decir, que la atención de los asuntos judiciales más neurálgicos para asegurar la estabilidad, el orden social y el respeto a los derechos fundamentales de la ciudadanía, nunca han cesado.

Contexto de Puerto Rico

La pandemia del Covid-19 y la orden del cierre de todos los sectores del país para salvaguardar la salud pública dejó al descubierto y agravó la pobreza y el hambre que ya existía en Puerto Rico. Para entender mejor la situación complicada por la que atraviesa mi país, es menester destacar que esta emergencia de salud pública viene precedida de varios acontecimientos en nuestra historia reciente que han estremecido a nuestra Isla tanto en el ámbito económico, político como social. En menos de tres años, dos huracanes de categoría catastrófica han

¹²⁸ Boletín Administrativo Número: OE-2020-23, Orden Ejecutiva de la Gobernadora de Puerto Rico, Hon. Wanda Vázquez Garced, para viabilizar los cierres necesarios Gubernamentales y Privados para combatir los efectos del Coronavirus (Covid-19) y controlar el riesgo de contagio en nuestra Isla.

¹²⁹ Desde marzo al presente, el Gobierno de Puerto Rico ha aprobado 21 órdenes ejecutivas dando directrices sobre distanciamiento físico, toques de queda, cierre de escuelas y oficinas de gobierno, cierre de comercios, uso de mascarillas, protocolos para comercios y servicios esenciales, entre otros.

¹³⁰ Todos los asuntos que estuviesen en calendario que no fueran urgentes, se mantuvieron en suspenso y el Tribunal Supremo emitió una resolución para extender los términos judiciales. Véase Informe Especial sobre las Operaciones durante la Pandemia del COVID-19 disponible en <https://www.poderjudicial.pr/documentos/informes/Informe-Comunidad-2020.pdf> y Resoluciones del Tribunal Supremo de Puerto Rico EM-2020-03 hasta la EM-2020-011.

¹³¹ Los asuntos urgentes incluyeron audiencias de causa para arresto en casos criminales, órdenes de protección de violencia de género, solicitudes de traslado de menores fuera de la jurisdicción, asuntos urgentes de familia y menores, entre otros.

¹³² Ante la situación de emergencia, se determinó expandir los servicios del sistema de videoconferencias para facilitar el acceso a los tribunales a toda la ciudadanía y especialmente a los sectores más vulnerables de la población. De esta manera, según el *National Center for State Courts*, Puerto Rico se convirtió en una de las primeras jurisdicciones en los Estados Unidos en implantar el uso de las videoconferencias para continuar la atención de los asuntos judiciales ante el COVID-19. Véase, además, Guías generales para el uso del sistema de videoconferencia en los tribunales del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. (2020). Recuperado de <https://www.poderjudicial.pr/documentos/COVID19/Guias-Generales-Videoconferencia-2020.pdf>

azotado a Puerto Rico y una serie de terremotos de intensidad mayor afectaron recientemente la zona suroeste de la Isla.¹³³ Combinados, estos desastres naturales destruyeron gran parte de la infraestructura eléctrica, derrumbaron casas, escuelas y otras edificaciones y causaron miles de muertes y pérdidas millonarias. Como si eso fuera poco, la gobernanza de nuestro país se vio seriamente amenazada el pasado verano de 2019, cuando una crisis política sin precedentes provocó la renuncia del Gobernador y requirió una intervención urgente y oportuna del Poder Judicial¹³⁴ para darle certeza a nuestro ordenamiento constitucional.

La devastación y las secuelas de todas estas crisis agudizó los problemas económicos y sociales que ya sufría un país asediado por la crisis fiscal y un gobierno en bancarrota, que ha limitado sustancialmente el presupuesto y los dineros destinados para la salud, educación y seguridad, entre otros.¹³⁵

La Pandemia en Puerto Rico y la Inseguridad Alimentaria

Ante este panorama llegó la pandemia del Covid-19 para afectar a una población, donde el 40.9% de las familias viven bajo el nivel de pobreza, según los datos más recientes del Censo de los Estados Unidos. Las medidas decretadas por el gobierno, aunque necesarias para proteger la salud de la población, han exacerbado la crisis económica y precarizado aún más la situación de decenas de miles de personas que han quedado desempleadas y sin ingresos para enfrentar hasta las necesidades más básicas.¹³⁶

Un estudio reciente comprobó que un 59% de las personas sufrió una reducción en sus ingresos y que a su vez un 40% había experimentado inseguridad alimentaria, en comparación con un 38% antes de la pandemia.¹³⁷

La encuesta comunitaria comprobó que, como resultado de la emergencia, gran parte de la población en Puerto Rico ha perdido la capacidad de alimentar a sus familias.¹³⁸

¹³³ Véase Sigfrido Steidel Figueroa, *Emergencia y Respuesta Judicial: El Poder Judicial de Puerto Rico ante El Huracán María*, 87 REV. JUR. U.P.R. 789, 798–804 (2018); véase también Rama Judicial de Puerto Rico, *Informe a la Comunidad: La Rama Judicial de Puerto Rico ante el paso de los huracanes Irma y María* (2018).

¹³⁴ *Senado de Puerto Rico v. Gobierno de Puerto Rico*, 2019 TSPR 138.

¹³⁵ En el 2016, asfixiados por una alta deuda nacional, el Gobierno de Puerto Rico tuvo que acogerse a un proceso de quiebra ante una corte federal estadounidense. En consecuencia, la gobernanza de Puerto Rico está bajo la tutela de una Junta de Supervisión Fiscal que controla todos los asuntos fiscales de la Isla, al amparo de los poderes plenarios que ejerce el Congreso de los Estados Unidos sobre nuestra jurisdicción. Como resultado de esto, el presupuesto del País ha sufrido recortes sustanciales y se han afectado significativamente los fondos destinados para la prestación de los servicios esenciales como la salud, la educación, la seguridad, entre otros.

¹³⁶ A la fecha de esta ponencia, suman cerca de 300 mil personas que han solicitado el beneficio de Asistencia de Desempleo; Datos sobre las solicitudes de Asistencia por Desempleo por la Pandemia (PUA), Department of Labor. <https://www.dol.gov/ui/data.pdf>.

¹³⁷ Colón Ramos, Uriyoán, George Washington University y Ostolaza, César, Rosas Carla, Instituto Nuevo Escuela, *Seguridad Alimentaria y Nutricional en Puerto Rico: Pre y Post Coronavirus, Resumen de Hallazgos preliminar*, Julio 2020.

¹³⁸ Los hallazgos coinciden con otro estudio que concluyó que en otros desastres naturales como los huracanes que nos han impactado, la seguridad alimentaria de las familias con niños se ve afectada considerablemente. "Los Efectos del Huracán María en la Niñez en Puerto Rico". Estudios Técnicos, Inc. & Universidad de Puerto Rico, Re-

Estos datos resaltan ante el hecho de que durante la pandemia en Puerto Rico las escuelas permanecen cerradas. Esto implica que, al igual que ha ocurrido en otros lugares, una de las consecuencias derivadas de las medidas de excepción adoptadas por el Estado ha sido no solamente la limitación del acceso a la educación, también a las comidas escolares. Resulta aún más alarmante, cuando 94% de las personas con hijos que asisten a escuelas públicas utilizaban el comedor escolar previo a esta emergencia.¹³⁹

Ante esta situación, en abril un grupo de madres con niños y niñas que cursan estudios en el sistema de educación pública, así como varias organizaciones no gubernamentales de interés social, presentaron un recurso judicial mediante el cual solicitaron que se le ordenara al gobierno y al Departamento de Educación a “abrir los comedores escolares necesarios para alimentar a toda la población en estado de necesidad, producto de la situación de emergencia provocada por el Covid-19, mientras dure el estado de emergencia”.¹⁴⁰ La respuesta del Estado a esta reclamación judicial fue argumentar que la responsabilidad de velar por el bienestar de los menores recae en sus progenitores, aunque no tengan recursos suficientes para sobrevivir.

El 22 de mayo de 2020 el Tribunal de Primera Instancia dictó una Sentencia en la que rechazó rotundamente esta posición y ordenó al Gobierno de Puerto Rico a abrir inmediatamente todos los comedores escolares. Tras varios trámites procesales, el caso se elevó ante la consideración del Tribunal Supremo mediante un recurso excepcional de certificación, por tratarse de un asunto de alto interés público que incluye una cuestión constitucional sustancial.

En Puerto Rico, por disposición de nuestra Constitución, la jurisdicción constitucional le corresponde al Poder Judicial y en última instancia, al Tribunal Supremo integrado por su Jueza Presidenta y ocho Juezas y Jueces Asociados. Es decir, que la interpretación constitucional, -y, en consecuencia- el reconocimiento de nuevos derechos que surjan de esa interpretación requiere la participación de una mayoría de todos los miembros de la Corte. Igualmente, el Tribunal tiene discreción para negarse a atender un caso aún si presenta una cuestión constitucional, particularmente si estudiado el mismo determina que no es necesario intervenir o que es preferible que continúe su curso ordinario en los tribunales inferiores, como ocurrió aquí.

En este caso, se presentó ante nuestro Tribunal la posibilidad de analizar por primera vez el derecho a la alimentación en el contexto de una situación de emergencia.¹⁴¹ Específicamente,

cinto de Río Piedras. San Juan: Instituto del Desarrollo de la Juventud, 2019. Recuperado de <http://juventudpr.org/wpcontent/uploads/2019/01/93277.pdf?v=1.0>; Adicionalmente, otro estudio publicado recientemente, concluyó que ante el alto nivel de desempleo que ha generado la pandemia, se espera un aumento en las cifras para aquellas familias que viven en la pobreza. Enchautegui Román, María E., Caridad Arroyo Quijano, Brayan L. Rosa Rodríguez y Vallerie Blakely Vallecillo, Los efectos del COVID-19 en la seguridad económica de la niñez y familias de Puerto Rico: Vulnerabilidades, proyecciones y recomendaciones. San Juan: Instituto del Desarrollo de la Juventud, 2020.

¹³⁹ Supra Nota 12.

¹⁴⁰ María E. Quiñones, Et. al. v. Departamento de Educación, SJ2020CV2625, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Puerto Rico, 22 de mayo de 2020.

¹⁴¹ Anteriormente, el Tribunal ha atendido el tema en numerosas ocasiones, pero únicamente en el marco del Derecho de Familia.

en esta ocasión estuvo ante nosotros la siguiente interrogante: ¿tiene el Estado la obligación de garantizar el derecho a alimento a la ciudadanía cuando en el contexto de un evento de naturaleza catastrófica se ve imposibilitada de proveérselo por sí misma y a sus familias?

Lamentablemente, por tratarse de un recurso excepcional, la mayoría del Tribunal denegó atender el asunto.¹⁴² No obstante, según expresé al disentir con tal determinación, el Tribunal tuvo ante sí la oportunidad de proveer certeza al país al decidir—de manera definitiva— si existe un derecho a la alimentación y un deber gubernamental de proveer alimentos a los estudiantes del sistema de educación pública y al resto de la población en necesidad en un estado de emergencia.

A mi entender, en cumplimiento con el rol institucional del Tribunal, nos correspondía utilizar los mecanismos a nuestro alcance para atender prioritariamente un asunto urgente y revestido de un altísimo interés público. Esto, particularmente en vista de que estaban en juego las garantías mínimas de los menores de edad que históricamente hemos reconocido en nuestra jurisprudencia como parte del derecho constitucional a la vida.¹⁴³

Cabe destacar que, tras la determinación del Tribunal, el Tribunal Apelativo dictó sentencia revocando la orden para abrir los comedores y actualmente está pendiente ante una Sala de nuestra Curia la revisión de dicha determinación. Es decir, que todavía existe la posibilidad de que el Tribunal Supremo finalmente considere la controversia.

El reconocimiento del derecho a la alimentación

Les comparto el referido caso, porque nos invita a reflexionar sobre el deber constitucional que tienen nuestros Tribunales en el reconocimiento de nuevos derechos en un momento tan histórico, y tan crítico, como el que hoy enfrentamos. Sobre el tema particular del derecho a la alimentación adecuada, este “no se limita a que la dieta incluya una cierta cantidad de calorías y nutrientes necesarios para subsistir. Este derecho va más allá, pues implica que todas las personas deben tener, en todo momento, acceso físico y económico al alimento o a medios para producirlo”.¹⁴⁴ Se trata de un derecho humano que se debe reconocer en todo ordenamiento jurídico y que debe ser garantizado por mecanismos vinculantes.

El derecho a la alimentación está garantizado en varias constituciones del mundo, así como en varios instrumentos internacionales tales como la Carta de la Organización de los Estados

¹⁴² María E. Quiñones, Et. al. v. Departamento de Educación, 2020 TSPR 54, Resolución del Tribunal Supremo de Puerto Rico, 9 de julio de 2020.

¹⁴³ La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico “reconoce como derecho fundamental del ser humano el derecho a la vida”. Const. P.R. Art. II, Sec. 7, LPRA, Tomo 1.

¹⁴⁴ Vivero Pol, José Luis; Vera Scholz Hoss; Juan Carlos García Cebolla, La justiciabilidad del derecho a la alimentación en América Latina, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) Iniciativa América Latina y Caribe Sin Hambre, 2009.

Americanos en su artículo 34 (j)¹⁴⁵, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XI¹⁴⁶ y el Pact

El Poder Judicial no puede desatender su rol esencial en la tutela efectiva de los derechos humanos, tales como el derecho a la alimentación. En medio de la pandemia del Covid-19, los tribunales no solamente se deben asegurar de que exista la posibilidad de la revisión judicial para resguardar las garantías individuales existentes, pero deben también ser conscientes del dolor y la necesidad humana que pueda requerir el reconocimiento de nuevos derechos.

Muchas gracias.

¹⁴⁵ El artículo 34(j) establece que “[l]os Estados miembros convienen [...] en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de [...] nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos”.

¹⁴⁶ El artículo XI dispone que “[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación”, entre otros aspectos. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

MESA DE DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL

PRESENTACIÓN

MIGUEL POLO ROSERO

Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia.

La mesa sexta de trabajo y que reúne a varios magistrados de distintos tribunales de Iberoamérica tiene por objeto desarrollar el diálogo jurisprudencial alrededor de una categorización amplia que se ha llamado nuevos derechos. Como bien lo señaló el Magistrado Alberto Rojas Ríos al delinear su alcance, a través de ella se busca, por una parte, identificar nuevos derechos que hayan surgido como consecuencia de la pandemia (como ocurre, por ejemplo, con la renta universal), y por la otra, estudiar el desarrollo de nuevas expresiones de derechos preexistentes que, precisamente, tengan su origen en el escenario de excepción ya descrito.

A manera de introducción, cabe señalar que los derechos humanos han sido objeto de múltiples definiciones, por lo que, sin perjuicio de escoger alguna de ellas, es necesario referirse inicialmente a los supuestos que se deben tener en cuenta para realizar dicha labor de conceptualización. Los mismos aparecen consagrados en el propio preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuando se señala que ellos corresponden a una posición fundada en la dignidad intrínseca de los seres humanos, con carácter universal, inalienable y sujeta a la adopción de medidas progresivas.

Dicho valor intrínseco supone que se trata de un atributo derivado de la racionalidad y de la abstracción, y que permite encuadrarlo en la categoría de derechos morales. Pero no cualquier expresión moral sustentada en el derecho natural trasciende a la categoría de derecho humano, para ello es indispensable que se cumplan, al menos, dos condiciones: (i) su existencia debe estar atada a la realización de un valor del ser humano; y (ii) debe asumirse su consagración sobre la lógica de la corresponsabilidad, por virtud de la cual el interés de su protección es común a todos y ello hace que por todos se asuma el compromiso de cumplir con sus deberes correlativos.

Bajo esta consideración, en el presente texto, se acoge la definición propuesta por Peña y Gonzalo, para quien los derechos humanos “son reivindicaciones esenciales para la vida humana que al individuo le es lícito reclamar –o que a otros les es lícito reclamar en su nombre y beneficio– y que a la sociedad le es ilícito rehusar; o sea, que solo pueden ser denegados o quedar insatisfechos incurriendo en injusticia”¹⁴⁷.

De esta noción se infieren los siguientes supuestos: (a) se trata de reivindicaciones que el titular puede exigir que se respeten o se satisfagan, como potestades de carácter imperativo. En algunas ocasiones de forma activa (esto es, a través de la actuación del propio individuo) y en otras de manera pasiva (es decir, reclamando la acción de otro u otros). (b) Tales reivindicaciones deben ser lícitas, esto es, que estén atadas a la realización de un interés o valor legítimo del ser humano. En esencia se trata de proteger su dignidad y autonomía. Por lo demás, deben operar bajo la lógica de la corresponsabilidad, por lo que resulta ilícito denegar su ejercicio o rehusar a su satisfacción. Y, finalmente, (c) las reivindicaciones deben ser esenciales para la vida humana, al tratarse de derechos morales que se justifican en su inherencia y en su valor intrínseco.

A partir de esta conceptualización, cabe referir a algunas de las características principales de los derechos humanos: (i) tienen una naturaleza previa y son transnacionales; (ii) son universales; (iii) son irreversibles; (iv) son inalienables; (v) exigen una protección efectiva; (vi) tienen un alcance contramayoritario; (vii) son indivisibles; (viii) son interdependientes y (ix) tienen una naturaleza progresiva.

Este último punto es esencial para el objeto de esta mesa de trabajo, pues es preciso tener en cuenta que, dado su carácter de derechos morales e inherentes al ser humano, siempre es posible extender su ámbito de protección a nuevas reivindicaciones que, con el paso de los años, se convierten en esenciales para el individuo. En cierta medida, la llamada teoría de las generaciones es una prueba de la conquista histórica y de la expansión de los derechos humanos, que, si bien ya ha sido revaluada, denota que en ellos subyace un contenido político ligado al elemento de corresponsabilidad, el cual supone que los derechos se mantienen en constante evolución, ya que la percepción sobre ellos no es estática, sino que cambia y se transforma con el tiempo¹⁴⁸.

¹⁴⁷ PEÑA Y GONZALO, L., “Una fundamentación jusnaturalista de los derechos humanos”, en *Revista Bajo Palabra*, núm. 8, UAM, Madrid, 2013, p. 75.

¹⁴⁸ Sobre el particular, Lynn Hunt pone de manifiesto que: “[L]os derechos no pueden definirse de una vez por todas, porque su base emocional no deja de cambiar, en parte como reacción a las declaraciones de derechos. Los derechos continúan siendo discutibles porque nuestra percepción de quién tiene derechos y qué son esos derechos cambia constantemente. La revolución de los derechos humanos es, por definición, continua”. HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, 1ª ed., trad. J. Beltrán Ferrer, Tusquets Editores, Barcelona, 2009, p. 28.

Igual ocurre con las garantías previstas para su protección, que no son fines en sí mismas sino instrumentos al servicio de los derechos a los que sirven. Tales garantías puede ser normativas (como sucede con el principio de legalidad, la reserva de ley estatutaria u orgánica y la buena fe); institucionales (como ocurre con el sistema judicial, los ombúdsmanes o los tribunales constitucionales); judiciales (tal como se presenta con las acciones o recursos de inconstitucionalidad; las acciones de amparo, tutela o protección; o las acciones de defensa de derechos colectivos, difusos e intereses homogéneos); e internacionales (por el alcance de la tutela multinivel y para el caso de la mayoría de los países de Latinoamérica por el control de convencionalidad).

El material básico de trabajo de esta mesa ha sido el desarrollo jurisprudencial que los distintos tribunales han tenido a lo largo de estos últimos años y, especialmente, los fallos que han adoptado como consecuencia del aislamiento preventivo y de las medidas que se han previsto por efecto de la pandemia.

Ahora bien, cabe mencionar que cuando estamos hablando de nuevos derechos y ello se constata con las experiencias vividas por los magistrados que integran los distintos tribunales que hacen parte de esta mesa, no sólo estamos refiriéndonos a nuevas reivindicaciones que desarrollan la naturaleza progresiva de los derechos humanos, sino que también podemos incluir, como parte de esa conceptualización, a nuevas formas de garantía, a nuevos cambios o transformaciones que se están dando en relación con los mecanismos y procedimientos para su judicialización, incluso del alcance que pueden llegar a tener en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional o de la justicia constitucional decisiones que, en principio, eran entendidas sólo con efectos inter partes, para darles ahora un alcance más amplio, ligado con un carácter expansivo y que terminan protegiendo a la comunidad en general.

El orden de presentación de esta mesa y de los trabajos que se recogen en las memorias, inicia con el doctor Josep Guardia, miembro del Tribunal Constitucional de Andorra, y quien hace una exposición sobre los derechos y libertades reconocidos en la Constitución de dicho país, los recursos que se pueden utilizar para acceder al Tribunal Constitucional y, entre ellos, destaca la posibilidad que existe para que el recurso de amparo se pueda activar frente a restricciones de los derechos que supongan una amenaza o violación de su contenido esencial por efectos de la pandemia. Sin embargo, hasta el momento, tal circunstancia no ha sucedido.

A continuación, el turno le pertenece al doctor Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, cuya exposición se enfoca en los pronunciamientos y el alcance de las decisiones que se han adoptado por el citado tribunal y que tienen un impacto directo respecto de las medidas que, en el marco de la pandemia,

han permitido la retención de personas. Como punto a destacar se advierte que una acción como el *habeas corpus*, inicialmente prevista con un alcance inter partes, debe ser objeto de una modificación en cuanto al alcance de sus efectos, cercanos a los que en Colombia se idéntican como los efectos inter comunis, para poder proteger de manera eficaz a la ciudadanía que venía siendo afectada por detenciones arbitrarias alejadas del principio de legalidad.

Acá se advierte como una garantía se transforma y lo hace para ser consecuente con la característica de que los derechos humanos exigen una protección real y efectiva. Por lo demás, se desarrolla el concepto de *habeas corpus* correctivo, en el que, con ocasión de la privación de la libertad, el Estado se ve compelido a proteger los derechos a la salud, a la alimentación y a las condiciones mínimas de subsistencia de las personas, sin importar su nacionalidad. Ello refuerza el contenido de los derechos humanos como reivindicaciones trasnacionales.

Finalmente, la mesa se cierra con la doctora Julia Elizabeth Cornejo del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, quien hace una presentación interesante sobre el derecho de las mujeres a vivir sin violencia y cómo alrededor de él surge la garantía de la debida diligencia a favor de las víctimas, sobre la base del enfoque de género, el deber de reparación integral y la búsqueda de la verdad material.

Como parte de las deliberaciones de la mesa, el doctor Guardia destacó la necesidad de que se agoten previamente los recursos y las instancias respectivas ante los jueces ordinarios para que un asunto pueda llegar al Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo, el cual es procedente para determinar la ruta de protección de los derechos, precisamente, dadas las condiciones de la pandemia. Tal circunstancia se ratifica, en general, por los integrantes de la mesa, al reconocer la característica de órganos de cierre de los jueces constitucionales y, en especial, de su tribunal supremo, sin importar la nominación que cada Constitución le otorgue.

La doctora Cornejo ofrece una conceptualización al desarrollo de la garantía de la debida diligencia, por virtud de la cual los asuntos de familia tienen trascendencia social y se impone al Estado el deber de asegurar la aplicación de la justicia penal en contextos de violencia contra la mujer. No es excusa para las autoridades la falta de colaboración de la víctima o que ésta no formuló una denuncia en sus oficinas. En el actual escenario de protección no cabe ningún criterio de subsidiaridad por el riesgo que corren la vida, la integridad y la salud de las mujeres.

Por último, el doctor Sánchez destaca cómo el Derecho Procesal Constitucional debe ser entendido como un derecho al servicio del cumplimiento de la Constitución, y como tal dinámico y garantista, las formas procesales deben ser

flexibilizadas a fin de maximizar la protección de los derechos fundamentales y el orden constitucional, evitando la sujeción desmedida a rigorismos y formalidades que únicamente constituyen ataduras o limitaciones a la garantía efectiva de los derechos y al carácter prevalente de la Constitución.

La mesa de trabajo fue propicia para el diálogo jurisprudencial activo, se pudo conocer cómo operan cada uno de los regímenes constitucionales y los mecanismos de protección que nos brindan tanto la Constitución de Andorra, como las de Bolivia y El Salvador. Tales desarrollos se incluyen en el texto de memoria.

La principal conclusión de todo este ejercicio es que la Constitución no puede ser entendida como un obstáculo para hacer frente a la grave amenaza de la pandemia, por el contrario, es el único camino posible para dar respuesta a las acciones estatales dirigidas a su confrontación. Y, en este escenario, el juez constitucional debe advertir el surgimiento de nuevos derechos, la reconfiguración de los existentes y estar presto a realizar los ajustes necesarios que demanden las garantías previstas para su protección.

EL DIÁLOGO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON LOS PODERES PÚBLICOS EN ANDORRA

JOSEP-DELFI GUÀRDIA I CANELA

*Presidente del Tribunal Constitucional
de Andorra.*

I.- Introducción

Señores Magistrados integrantes de la Mesa, señor Moderador, señores participantes en el Congreso.

Ante todo, quiero reiterar la felicitación y agradecimiento a la Corte Constitucional de Colombia, en la persona de su Presidente, que ya formulé en la reunión preparatoria del pasado día 18 de septiembre de 2020, por la brillante organización de este Congreso, pese a las dificultades que ha tenido que superar.

También quiero recordar y tributar homenaje a quien fue Presidente de esta Corte, Marco-Gerardo Monroy Cabra, buen amigo mío desde los tiempos (2004-2014) en que él presidía la Academia Colombiana de Jurisprudencia mientras yo presidía la de Cataluña en España. Celebramos en Bogotá, el VI Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas los días 14 al 17 de noviembre de 2007 y tuve el honor que me propusiera como Académico honorario, condición que ostento con mucho orgullo.

Y paso ya a seguir las indicaciones de la organización para desarrollar, aunque de manera un tanto heterodoxa y desde una perspectiva que intuyo distinta a otras que se expondrán, el tema “Diálogo Jurisprudencial” que constituye el objeto de esta mesa de trabajo, en el sentido de comunicar la presencia o ausencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del

Principado de Andorra, cuya Presidencia he asumido el pasado día 7 del mes de septiembre de 2020, relacionándola con la creación o el nuevo reconocimiento de derechos por vía jurisprudencial.

II.- Los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos por la Constitución

Ante todo, hay que significar que el Tribunal Constitucional de Andorra surge, en méritos de la Constitución aprobada en referéndum del 14 de marzo de 1993, por Ley Cualificada de 3 de septiembre del mismo año. Por ello pudo incorporar a su articulado declaraciones tan rotundas en materia de los derechos fundamentales de la persona y de las libertades públicas¹⁴⁹, como:

- Andorra es un Estado independiente, de Derecho, Democrático y Social (art.1.1);
- La Constitución proclama como principios inspiradores de la acción del Estado andorrano, el respeto y la promoción de la libertad, la igualdad, la justicia, la tolerancia, la defensa de los derechos humanos y la dignidad de la persona (art. 1.2);
- La Constitución garantiza los principios de legalidad, de jerarquía, de publicidad de las normas jurídicas, de no retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales o que comporten un efecto o establezcan una sanción desfavorable, de seguridad jurídica, de responsabilidad de los poderes públicos y de interdicción de toda arbitrariedad (art. 3.2);
- Andorra incorpora a su ordenamiento los principios de derecho internacional público universalmente reconocidos (art. 3.3);
- La Constitución reconoce que la dignidad humana es intangible y, en consecuencia, garantiza los derechos individuales e imprescriptibles de las personas, los cuales constituyen el fundamento del orden político, la paz social y la justicia (art. 4.1). Todas las personas son iguales ante la ley. Nadie puede ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, origen, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 4.6);
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos se halla vigente en Andorra (art. 4.3);
- La Constitución reconoce el derecho a la vida y la protege plenamente en sus diferentes fases (art. 8.1). Toda persona tiene derecho a la integridad física y moral. Nadie puede ser sometido a tortura o penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.8.2) Se prohíbe la pena de muerte (art. 8.3);
- Todas las personas tienen derecho a la libertad y a la seguridad (art.9.1);

¹⁴⁹ No hay duda de que, al elaborar la Constitución, los constituyentes andorranos tuvieron muy en cuenta los textos de los países vecinos y las Declaraciones internacionales. De una manera especial, la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; el Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establecido por el Tratado de Roma de 4 de noviembre de 1950

- Se reconoce el derecho a la jurisdicción, a obtener de ésta una decisión fundamentada en Derecho y a un proceso debido, sustanciado por un tribunal imparcial predeterminado por la ley (art. 10.1); Se garantiza a todos el derecho a la defensa y a la asistencia técnica de un abogado, a un juicio de duración razonable, a la presunción de inocencia, a ser informado de la acusación, a no confesarse culpable, a no declarar en contra de uno mismo y, en los procesos penales, al recurso (art. 10.2). La ley regulará los supuestos en que, para garantizar el principio de igualdad, la justicia ha de ser gratuita (art. 10.3);
- La Constitución garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 11.1);
- Se reconocen las libertades de expresión, de comunicación y de información (art. 12);
- La ley regulará la condición civil de las personas y las formas de matrimonio (art. 13.1). Los poderes públicos promoverán una política de protección de la familia, elemento básico de la sociedad (art. 13.2);
- Se garantiza el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen (art.14);
- Se garantiza la inviolabilidad del domicilio. Se garantiza igualmente el secreto de las comunicaciones (art. 15);
- Se reconocen los derechos de reunión y de manifestación pacíficas con finalidades lícitas (art. 16);
- Se reconoce el derecho de asociación para la consecución de fines lícitos (art. 17);
- Se reconoce el derecho de creación y funcionamiento de organizaciones empresariales, profesionales y sindicales (art. 18);
- Los trabajadores y los empresarios tienen derecho a la defensa de sus intereses económicos y sociales (art.19);
- Toda persona tiene derecho a la educación, la cual se ha de orientar hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y de la dignidad, fortaleciendo el respeto a la libertad y a los derechos fundamentales (art. 20.1). Se reconoce la libertad de enseñanza y de creación de centros docentes (art. 20.2). Los padres tienen derecho a escoger el tipo de educación que hayan de recibir sus hijos. Igualmente tienen derecho a una educación moral o religiosa para sus hijos, de acuerdo con las convicciones propias.
- Todos tienen derecho a circular libremente por el territorio nacional y a entrar y salir del país de acuerdo con las leyes (art. 21.1);
- Todas las personas con un interés directo tienen derecho a dirigir peticiones a los poderes públicos en la forma y con los efectos previstos por la ley. (art. 23).

Asimismo, la Constitución configura también los derechos políticos de los andorranos (arts. 24-26), los derechos y principios económicos, sociales y culturales –entre ellos el derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa, al trabajo, a la protección de la salud, al uso racional del suelo y recursos naturales, al desarrollo equilibrado y el bienestar general, a la vivienda, al patrimonio histórico, cultural y artístico, a la condición de consumidores y usuarios y a la participación y pluralismo de los medios públicos de comunicación social

(arts. 27-36). Establece también el sistema de garantías de estos derechos y libertades, en el que el Tribunal Constitucional juega un papel muy relevante, en especial con ocasión de los recursos de amparo.

III.- Los diversos “diálogos” del Tribunal Constitucional.

De siempre he venido manteniendo que prácticamente todas las relaciones de los Tribunales –y singularmente de los Tribunales Constitucionales, por cuanto sus decisiones se basan tanto en la “*auctoritas*” como en la “*potestas*”- tienen una estructura dialógica¹⁵⁰. Desde el momento de su instauración nuestro Tribunal Constitucional ha venido “dialogando” con diversos interlocutores. Y durante este año 2020 –el año de la pandemia-, el diálogo se ha mantenido con varias de estas instituciones y personas e instituciones, en la línea que se indicará.

El diálogo se produce:

- a) En el recurso o proceso directo de inconstitucionalidad, con el Consejo General (Parlamento), el Gobierno o los Comunes –Parroquias o Municipios- (art. 99);
- b) En el proceso incidental de inconstitucionalidad iniciado por los Tribunales ordinarios, con éstos últimos (art. 100.1);
- c) En el procedimiento previo de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales, con los Copríncipes, el Consejo General o el Gobierno (art. 101.1);
- d) En los conflictos de competencias entre los órganos constitucionales del Estado, con éstos, es decir el Consejo General, el Gobierno o los Comunes –Parroquias o Municipios- (art. 103);
- e) En el recurso de amparo, con los ciudadanos y con quienes supuestamente –órganos constitucionales, órganos judiciales, poderes públicos u otros ciudadanos-, hayan vulnerado derechos fundamentales o libertades públicas (art. 102).

Hay que señalar, además y especialmente, el diálogo que se genera, singularmente en materia de recurso de amparo, con los Tribunales ordinarios, con el Tribunal Europeo de Derechos humanos y con la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales de los países vecinos y con los que la Constitución y la legislación ordinaria, tienen más puntos de contacto¹⁵¹

Por lo que respecta al Coprincipado de Andorra, algunos datos nos ayudarán a comprender mejor esta perspectiva. Andorra es uno de los llamados Estados pequeños o Microestados. Tiene una extensión territorial de 468 Km² y una población que alcanza los 77.506 habitantes (censo de 2020)

¹⁵⁰ Quiero traer al recuerdo la bella imagen del gran jurista italiano PIERO CALAMANDREI QUIEN ALUDÍA A QUE ENTRE LAS PARTES (SUS ABOGADOS) Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA SE ESTABLECÍA UN AUTÉNTICO “DIÁLOGO EPISTOLAR”.

¹⁵¹ En este sentido, me parece un claro ejemplo de diálogo –aunque no se refiera a Andorra- el mantenido por el Tribunal Constitucional alemán (sentencia de 5 de mayo de 2020) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 11 de diciembre de 2018) en relación con el Programa de compra de activos del sector público en los mercados secundarios, adoptado el 4 de marzo de 2015, por el Consejo de Gobernadores del Banco Central Europeo.

Los Estados pequeños presentan unas singularidades notables en el ámbito del constitucionalismo europeo. Así lo reconocen ellos mismos y así lo ha manifestado también en algunas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵². Es por ello que el Tribunal Constitucional de Andorra ha promovido la constitución de una Conferencia de Justicia Constitucional de los Estados Pequeños (CJCPE).¹⁵³

De otro lado, la actuación del Tribunal Constitucional de Andorra, en gran medida es tributaria de estas realidades físicas –población y territorio. Así en los años de su funcionamiento¹⁵⁴, el Tribunal ha debido intervenir y por lo tanto resolver:

- 13 recursos directos de inconstitucionalidad;
- 12 cuestiones o procesos incidentales de constitucionalidad;
- 1 procedimiento de control previo de la constitucionalidad de tratados internacionales;
- 5 procedimientos de dictamen previo de adecuación a la Constitución, instados por los Copríncipes;
- 19 conflictos de competencia; y
- 845 recursos de amparo.

IV. Los “diálogos” en tiempo de pandemia

Durante el tiempo de la pandemia, la anterior relación dialogal prácticamente no ha sufrido modificación alguna respecto de los tiempos anteriores. Para hacer frente a esta crisis sanitaria, el Consell General (Parlamento) adoptó una serie de leyes

- a) En primer lugar, la ley 4/2020, de 23 de marzo, cualificada (orgánica) de los estados de alarma y de emergencia
- b) En segundo lugar, la ley 3/2020, de 23 de marzo, de medidas excepcionales y urgentes por la situación de emergencia sanitaria causada por la pandemia de SARS-CoV-2. Esta ley vio prorrogados y, de alguna manera, modificados y ampliados sus efectos, por las leyes 5/2020, de 18 de abril y 7/2020, de 25 de mayo.

El Gobierno mediante decreto de 9 de junio de 2020 declaró parcialmente el fin de la situación de emergencia sanitaria.

La primera de las leyes citadas establecía –art. 5- que, en el estado de alarma, el Gobierno podría limitar el ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 21 –circulación por el territorio nacional y entrada y salida del país- y 27 –propiedad privada- de la Constitución.

¹⁵² Véase la Sentencia de 19 de mayo de 2005 (caso *Steck Risch y otros c. Liechtenstein*), la Sentencia de 15 octubre 2009 (*caso Micallef c. Malta*) y la Sentencia de 16 de febrero de 2016 (caso A.K. c. Liechtenstein)

¹⁵³ Debía de haberse reunido en Andorra los días 20 y 21 de abril de 2020 pero la sesión constitutiva quedó aplazada a causa de la pandemia del COVID-19 y está pendiente de nueva fijación de fecha.

¹⁵⁴ Desde el 17 de diciembre de 1993 hasta el 31 de diciembre de 2019. Con posterioridad a esta fecha ha seguido conociendo un número grande de recursos de amparo, algunos ya resueltos en la fecha de esta comunicación y otros en fase de tramitación.

Las leyes de medidas excepcionales y urgentes abarcaban el ámbito laboral, de modo general, fijando la compensación por el tiempo no trabajado, la suspensión temporal de los contratos de trabajo y la reducción de la jornada laboral, el ámbito de la seguridad social, el ámbito de los arrendamientos y el de los instrumentos del crédito bancario, en el ámbito del sector financiero y en materia fiscal y tributaria. Se regulaba también las reuniones de los órganos colectivos de las personas jurídicas y la suspensión de los términos y plazos con carácter general.

Ninguna de las anteriores disposiciones fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional¹⁵⁵ y todas las medidas en ellas contenidas, se aplicaron con mayor o menor intensidad.

El Tribunal Constitucional dejó de tener sesiones presenciales en los meses de marzo, abril, mayo y junio. Se produjeron, sin embargo, contactos telemáticos y adoptamos acuerdos por esta vía y por escrito sin sesión. Dedicamos especial atención, como ordenaba la ley, a los procedimientos de *habeas corpus*, a los de carácter preferente y urgente, a las actuaciones con personas detenidas o presas, en materia de vigilancia penitenciaria y con ocasión de medidas cautelares, especialmente las relativas a personas en situación de riesgo o de vulnerabilidad.

Hubo, por tanto, un “diálogo silencioso” entre el Parlamento y el Gobierno y el Tribunal Constitucional. No existió necesidad de creación o nuevo reconocimiento de derechos. Se respetaron los establecidos en la Constitución, con las limitaciones en cuanto a su ejercicio, previstas por la Constitución y las leyes.

De otro lado, si algún ciudadano sintió vulnerados sus derechos fundamentales, debió instar su tutela ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y sólo cuando las vías procesales se agoten podrá acudir al Tribunal Constitucional mediante el correspondiente recurso de amparo. No tenemos, en este momento, ningún conocimiento ni siquiera indiciario o aproximado de que ello se haya producido.

V.- Conclusión

Resulta obvio que la situación creada por el Covid-19, prácticamente en todos los países del mundo, ha afectado a su ordenamiento jurídico. En los campos civil, mercantil, penal, administrativo, financiero, fiscal, laboral, judicial, procesal y restantes.

También ha afectado o podido afectar al orden constitucional. Y, de una manera especial, al ámbito de los derechos fundamentales de la persona y de las libertades públicas. En ocasiones para desconocerlos o vulnerarlos; en otras para reconocerlos y ratificarlos; también para especificarlos, darles nuevo contenido o nuevas formas.

En Andorra, la legislación producida ha reconocido –aunque en algún caso limitándolos con arreglo a la propia Constitución- estos derechos y libertades. Y el Tribunal Constitucional ha

¹⁵⁵ En Francia esta legislación excepcional fue llevada, a iniciativa del primer ministro, al Consejo Constitucional, que declaró –Decisión 2020-799DC- que la ley orgánica de urgencia para hacer frente a la epidemia de covid 19, era conforme al orden constitucional. Esta decisión, sin embargo, fue muy contestada por numerosos constitucionalistas.

estado en una permanente situación de diálogo –expreso o tácito- con los poderes públicos y con los ciudadanos para garantizar el respeto a la Constitución y a su contenido.

Muchas gracias por su amable atención.

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA DEBIDA DILIGENCIA COMO UNA OBLIGACIÓN INHERENTE DEL ESTADO Y EL ANÁLISIS INTEGRAL DEL PROBLEMA JURÍDICO EN LOS CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

J. ELIZABETH CORNEJO GALLARDO

Magistrada del Tribunal constitucional plurinacional de Bolivia.

Introducción

Ante el incremento constante de denuncias de violencia familiar y casos de agresiones en contra de las mujeres, genera de manera inevitable el incremento del inicio de procesos penales. En consecuencia, también se genera una mayor presentación de acciones tutelares, como acciones de amparo constitucional y acciones de libertad, interpuestas generalmente por los procesados. En estas acciones se suelen denunciar vulneraciones a sus derechos fundamentales al debido proceso y dentro de la fase preliminar del proceso penal, una denuncia frecuente es la falta de celeridad, por parte de las autoridades jurisdiccionales demandadas, en el tratamiento de sus solicitudes de cesación a la detención preventiva.

En la resolución de este tipo de casos, **si bien es elemental la protección de los derechos fundamentales de los acusados dentro de todo proceso penal, es necesario puntualizar que en los casos en los que se denuncie violencia de género, también resulta imperioso precautelar los derechos de la víctima, lo que implica que dentro del ámbito jurídico constitucional, que debe realizarse necesariamente un análisis material de los problemas jurídicos** que dieron inicio a los procesos penales emergentes de este tipo de casos, con un objetivo central que es el equilibrar los derechos de la persona imputada y de la víctima¹⁵⁶.

¹⁵⁶ SCP 0017/2019-S2 de 13 de marzo; FJ.III.1.

La jurisdicción constitucional se encuentra constreñida a materializar los derechos fundamentales reconocidos dentro del texto constitucional, tomando como pauta que guía su interpretación conforme a los tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, lo que implica que las normas internas deben ser interpretadas sobre la base no solo del texto constitucional, sino también, de las disposiciones normativas consignadas en los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, a partir de lo dispuesto en los arts. 13.IV¹⁵⁷ y 256¹⁵⁸ de la CPE y a la aplicación preferente de los Tratados Internacionales en Derechos Humanos, siempre que el reconocimiento o interpretación que derive de éstos, contenga un estándar de protección más favorable al derecho en cuestión¹⁵⁹.

Uno de los principios de administración de justicia que ha cobrado relevancia dentro del contexto internacional de protección de los derechos humanos, específicamente en los casos que involucran violencia contra las mujeres es el deber de las autoridades jurisdiccionales de actuar con la **debida diligencia, que se constituye en un criterio para evaluar si un Estado cumple o no con su obligación de protección, lo que incluye las tareas de investigar, sancionar y reparar los daños sufridos por las víctimas.**

El principio de la debida diligencia **se constituye también en un estándar de protección que contempla varios principios generales que deben ser respetados en cualquier sistema jurídico, que involucra a todas las jurisdicciones, tanto la ordinaria como la constitucional.** Tales principios contienen normas mínimas de actuación que deben asegurarse y que en el caso de Bolivia se incorporaron varios de estos principios en la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia -Ley 348 en su artículo 86. Principios Procesales- y la normativa penal vigente, que tienen como objetivo central el investigar seriamente las violaciones a los derechos que se hayan cometido por violencia de género, a fin de identificar a los responsables, imponer una sanción, y claro, buscar en la medida de lo posible una reparación.

Para cumplir con tal objetivo, es necesario citar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, y en este caso analizar puntualmente la SCP 0017/2019-S2 de 13 de marzo¹⁶⁰,

¹⁵⁷ CPE Artículo 13. IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

¹⁵⁸ CPE Artículo 256.

- I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.
- II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

¹⁵⁹ SCP 0017/2019-S2 de 13 de marzo; FJ.III.2.

¹⁶⁰ Esta sentencia es un hito importante en la jurisprudencia de nuestro país, en el marco del enfoque de Derechos Humanos y ya voy concluyendo. El problema jurídico de carácter procesal instituye un precedente constitucional sobre el análisis integral del problema jurídico, sin restringirse a lo denunciado por el accionante, con el objetivo de alcanzar la igualdad procesal entre los derechos constitucionales de la víctima y las garantías procesales del imputado. Asimismo, flexibiliza el criterio de subsidiariedad de la acción a efecto de otorgar una protección efectiva e inmediata en la investigación y el procesamiento del delito de violencia doméstica por el peligro inminente en

que precisamente aplicó ambos principios mencionados previamente a un caso concreto, lo que nos permitirá sacar conclusiones sobre el comportamiento de jueces y representantes del Ministerio Público –Fiscales- dentro de los casos en los que se denuncien violencia de género, y juzgar en qué proporción las recomendaciones realizadas por los organismos internacionales de protección de los Derechos Humanos se están cumpliendo en temas de género.

II. Análisis de la SCP 0017/2019-s2

En este caso el accionante, JMML, presentó una acción de libertad, en la que sostuvo que dentro del proceso penal que se le sigue, este solicitó a la Jueza de Instrucción Anticorrupción y Contra la Violencia Hacia la Mujer Segunda de El Alto del departamento de La Paz, que se fijara audiencia de cesación de la detención preventiva, debido a que el Fiscal del Caso emitió Requerimiento Conclusivo de Sobreseimiento a su favor el 3 de mayo de 2018, sin embargo, la autoridad jurisdiccional demandada suspendió la realización de esta audiencia en más de tres oportunidades, con actos dilatorios, vulnerando de esa manera su derecho a la libertad física, solicitando que la jurisdicción constitucional le conceda la tutela y se expida mandamiento de libertad de forma inmediata.

Dentro del análisis del caso concreto, al evidenciarse que se trataba de un caso de violencia de género, se aclaró de inicio que correspondía el análisis del problema jurídico de manera integral, lo que implica que se iría más allá de lo pedido por el accionante. Por tal motivo, se advirtió que el origen de la petición del accionante estaba vinculada a la Resolución de Sobreseimiento emitida por la Fiscal de Materia, en la que se encuentran involucrados los derechos de la víctima de violencia familiar, dicha resolución fue impugnada por víctima y no por el imputado ahora accionante, correspondía su análisis para determinar si en el proceso penal seguido contra el impetrante de tutela, se respetaron los mandatos de las normas internacionales, así como las normas legales internas, Ley 348, que tienen por objeto proteger a las mujeres víctimas de la violencia de género.

De la revisión de la resolución de sobreseimiento efectuada, se llegó a la conclusión que los argumentos utilizados por la Fiscal de Materia eran contrarios a la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia, vulnerando de esa manera los derechos de la víctima a una vida libre de violencia, a su integridad física y psicológica y sexual. Ello debido a que la Ley 348 establece que los delitos de violencia contra la mujer son perseguibles de oficio y que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, siendo esta una garantía para la víctima, y en la merituada Resolución Fiscal se le exigió a la víctima su presencia para “coadyuvar” en

el que se encuentran los derechos de la víctima, nos referimos a esa tutela judicial efectiva.

En el problema jurídico de carácter material, el fallo integra, en su marco analítico, la perspectiva de género y el estándar internacional y nacional de protección de la debida diligencia para investigar y sancionar la violencia contra la mujer, ya que con base a la observancia de los principios que adscriben al mismo, referidos a la continuidad del proceso, así como la recolección y valoración adecuada de las pruebas. A partir de ello, anula la resolución del sobreseimiento, emitida por el Ministerio Público, determinando que no se brindó una respuesta efectiva a la víctima, puesto que se omite otorgar valor a los elementos de prueba recolectados y exige el impulso procesal de la víctima de manera ‘perniciosa’, exige el impulso procesal de la víctima en la investigación.

la investigación, por lo que tal exigencia no era razonable, además de aportar pruebas, y se le responsabilizó por la falta de elementos de convicción para proseguir con el caso.

Ante estas circunstancias se llegó a la conclusión que la merituada resolución de Sobreseimiento no podía ser convalidada, aun cuando la misma no fue objeto de impugnación dentro de la vía tutelar, ello bajo la premisa que cohonestar dicho acto implicaría el avalar el incumplimiento con los compromisos internacionales asumidos por el Estado boliviano, como admitir la vulneración de los derechos de la víctima de violencia en razón de género, por lo que se determinó que esta resolución debía ser anulada, y que se pronunciara una nueva resolución fiscal bajo el marco de los estándares internacionales e internos citados por la misma Sentencia Constitucional Plurinacional.

De la revisión de antecedentes, se advirtió que la denunciante, madre de la víctima, impugnó la Resolución de sobreseimiento, y que esta se encontraba pendiente de resolución por parte del Fiscal Departamental de La Paz, sin embargo, en los casos que se encuentren involucrados temas de violencia de género, se concluyó que no corresponde aplicar ningún criterio de subsidiariedad, por el riesgo que corren los derechos a la vida, integridad y a la no violencia la víctima.

Otro aspecto que se hace notar es que la autoridad fiscal no fue demandada dentro de la acción de libertad presentada por el accionante, sin embargo esta sentencia para justificar la anulación de la referida Resolución de sobreseimiento, arguye que se basó en el principio de informalidad, contenido en el art. 4.11 de la Ley 348, misma que establece que no se exigirá el cumplimiento de requisitos formales o materiales, que entorpezcan el proceso de restablecimiento de los derechos vulnerados y la sanción a los responsables.

Los argumentos utilizados en esta sentencia fueron profundamente debatidos, en mérito a que los críticos sugieren que el Tribunal Constitucional invadió competencias que no le corresponden, en la tarea de revisión de resoluciones emergentes de otras jurisdicciones. Se advirtió además que esta sentencia no respetó las autorestricciones establecidas por la misma jurisprudencia constitucional respecto a la fundamentación, interpretación de la legalidad ordinaria y la valoración de la prueba, que son tareas propias de los jueces ordinarios y que sólo puede ser objeto de revisión cuando el accionante demuestre, de manera fundamentada, que la resolución impugnada es una medida irracional o se aparta totalmente de los cánones de interpretación, siendo estas arbitrarias o incongruentes, vulnerando de esta manera sus derechos fundamentales a obtener una resolución debidamente fundamentada.

Corresponde que estas dudas sean analizadas, para evaluar si lo decidido en esta sentencia realmente cumple con la debida diligencia, o, por el contrario, el Tribunal Constitucional ha incurrido en una invasión injustificada de competencias al anular una resolución que no fue objeto de impugnación, dentro de la acción de libertad presentada, o incluso, que se haya vulnerado el principio de congruencia entre lo pedido y lo resuelto en la misma.

III. Sobre el análisis integral del problema jurídico en los casos de violencia contra las mujeres

El Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de su jurisprudencia ha establecido una serie de auto-restricciones respecto a la interpretación de la legalidad ordinaria y de la valoración de la prueba, llegando a la conclusión que dicha atribución pertenece a los jueces de la jurisdicción ordinaria, misma que puede ser objeto de revisión bajo determinadas condiciones, al respecto la SCP 0345/2020-S3 de 23 de julio¹⁶¹ señaló que:

“(...) La línea jurisprudencial emitida desde sus inicios y confirmada por posteriores fallos de este Tribunal, fue clara y uniforme al establecer que en particular la interpretación de la legalidad ordinaria entendida esta como la facultad de interpretar y/o aplicar la ley en términos generales a un caso concreto, es una labor únicamente otorgada a la jurisdicción ordinaria; a partir del cual, se estableció que no le compete al Tribunal Constitucional ingresar a juzgar el criterio jurídico empleado por las autoridades judiciales ni administrativas a tiempo de la definición de un caso; a menos claro, que en esa actividad se evidencie la vulneración de derechos y garantías constitucionales;

Si bien la jurisprudencia establece que la tarea de interpretación de la legalidad ordinaria es competencia de los jueces ordinarios, también se establece la posibilidad de que se revise la interpretación de la legalidad ordinaria, pero de manera excepcional, ya que para proceder con dicha tarea, es necesario que el accionante demuestre de manera fundamentada como una errónea interpretación de las normas legales infraconstitucionales, o la valoración de la prueba o una fundamentación errónea vulneran sus derechos fundamentales.

El requisito establecido por la jurisprudencia no se cumple en la acción de libertad presentada, es más, lo solicitado por el accionante no tiene relación con lo resuelto por la SCP 0017/2019-S2, que además de denegar la tutela impetrada, determinó anular la Resolución de Sobreseimiento de 3 de mayo de 2018, pronunciada dentro del proceso penal seguido contra el impetrante de tutela, resolución que tampoco fue impugnada.

Tales elementos nos harían pensar que esta Sentencia Constitucional ha vulnerado las competencias del Ministerio Público, debido a que la merituada resolución de sobreseimiento se encontraba impugnada y correspondía ser resuelta por el Fiscal Departamental de La Paz.

Sin embargo, es preciso hacer notar que el Tribunal Constitucional tiene entre sus principales objetivos el de proteger los derechos humanos, mientras que la jurisprudencia constitucional también determinó, como un principio fundamental de su ejercicio jurisdiccional, la prevalencia del derecho material sobre los formalismos jurídicos, buscando la materialización de los derechos fundamentales. La SCP 0450/2012 de 29 de junio¹⁶², sobre este tema sostiene lo siguiente:

¹⁶¹ SCP 0345/2020-S3 de 23 de julio; FJ III.3. Revisión de la actividad jurisdiccional de otros tribunales

¹⁶² SCP 0450/2012 de 29 de junio; FJ III.2

«Esta jurisdicción constitucional, en su función específica de proteger los derechos fundamentales de las personas, se encuentra impregnada de los principios informadores de la teoría de los derechos fundamentales, lo que implica, entre otros, aplicar los principios de prevalencia del derecho material o sustantivo sobre las formalidades, así como los de indubio pro homine, favorabilidad y pro actione...».

Con relación a la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, la SC 0897/2011-R de 6 de junio¹⁶³, declaró lo siguiente:

«El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal se desprende del valor-principio justicia, que es uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que se encuentra consagrado por el art. 8.II de la CPE, pues en mérito a éste los ciudadanos tienen derecho a la justicia material. Así se ha plasmado en el art. 180.I de la CPE que ha consagrado como uno de los principios de la justicia ordinaria el de ‘verdad material’, debiendo enfatizarse que ese principio se hace extensivo a todas las jurisdicciones, también a la justicia constitucional.

De este modo se debe entender que la garantía del debido proceso, con la que especialmente se vincula el derecho formal, no ha sido instituida para salvaguardar un ritualismo procesal estéril que no es un fin en sí mismo, sino esencialmente para salvaguardar un orden justo que no es posible cuando, pese a la evidente lesión de derechos, prima la forma al fondo, pues a través del procedimiento se pretende lograr una finalidad más alta: cuál es la tutela efectiva de los derechos.

Dentro de la SCP 0017/2019-S2 en su Fj III.1 determinó que la protección de la víctima, en casos que se investigue delitos de violencia contra la mujer, resulta un objetivo primordial del Estado, motivo por el cual se procedió en este tipo de casos a realizar un análisis integral de la problemática jurídica, precisamente para velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado de actuar con la debida diligencia en las instancias de investigación, acusación y juzgamiento, dentro en el marco de las normas constitucionales e instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La prevalencia del derecho material sobre los ritualismos jurídicos justifica el hecho de que la justicia constitucional, al advertir el incumplimiento de los estándares internacionales y la normativa interna, por parte de las y los funcionarios públicos, como de los jueces y fiscales, dentro de los casos que impliquen la posible comisión de delitos de violencia de género, se pueda realizar de manera excepcional, un análisis integral de todos los elementos jurídicos, obviando las auto-restricciones impuestas para interpretar la legalidad ordinaria, la valoración de la prueba y la fundamentación, con el objetivo de materializar la protección de las mujeres víctimas de este tipo de agresiones.

¹⁶³ SC 0897/2011-R de 6 de junio; Fj. III.5. El principio de prevalencia del derecho sustancial respecto al formal

IV. Conclusión

La protección de los derechos fundamentales no se agota con su implementación y reconocimiento en el texto constitucional y la emisión de normas legales sobre una determinada materia, como lo es la Ley 348, ya que ello implica cumplir de manera formal con las exigencias de los compromisos asumidos por los Estados con los Convenios, Tratados e instrumentos internacionales de los cuales son signatarios.

El cumplimiento de los estándares internacionales si bien se mide en una primera instancia por la implementación de estos derechos dentro del ordenamiento jurídico nacional, pero la fase en la que realmente constata el cumplimiento de los compromisos asumidos en este campo, se evalúa por la conducta que observen los órganos estatales y sus funcionarios en la materialización de los mismos, es decir, que los mismos sean exigibles mediante su judicialización, cuando fueran vulnerados y que dichos derechos sean aplicados a casos concretos.

Caso contrario, cuando existe resistencia de aplicar los estándares, o dicha inaplicación responda por omisión o descuido de las autoridades fiscales o jurisdiccionales, en los procesos penales iniciados por la presunta comisión de delitos que involucren violencia a las mujeres, entonces el Estado es responsable por incumplir con los compromisos internacionales asumidos en esta materia.

El Tribunal Constitucional Plurinacional tiene por misión principal materializar los valores, principios y derechos fundamentales, por lo que también tiene el deber de velar por el cumplimiento del estándar de la debida diligencia, y el mejor método para proteger a las víctimas dentro de este tipo de procesos penales, es realizar precisamente un análisis integral de la problemática jurídica.

Un razonamiento en contrario, significaría que la jurisdicción constitucional debería guardar silencio, a pesar de tener conocimiento material del incumplimiento del deber de diligencia en un caso de violencia de género, que provoque la revictimización de las mujeres que sufrieron violencia, su indefensión procesal, o que se evite la investigación y la sanción al responsable, todo ello por estar anclada a las autorestricciones impuestas por su propia jurisprudencia.

Por tal motivo la SCP 0017/2019-S2, al constatar que los actos de la Fiscal, al dictar la resolución de sobreseimiento del caso, vulneraron los derechos de la víctima, pretendiendo revictimizarla al sostener que esta no aportó a las investigaciones para el descubrimiento de la verdad, cuando existían pruebas suficientes para fundamentar la acusación dentro del referido caso, obliga a la jurisdicción constitucional a analizar de manera integral el problema jurídico, dando prevalencia al derecho material sobre cualquier otro formalismo procesal que impida la averiguación de la verdad, y lograr la protección de los derechos de la víctima, labor que en el caso analizado cumplió con la finalidad de materializar la investigación de la verdad material de los hechos.

Finalmente, quiero agradecer profundamente a la organización, por una parte, felicitar a la Corte Constitucional de Colombia por este evento histórico, excepcional, que permite que a través de las tecnologías y la información podamos tener este diálogo entre Cortes Constitucionales con brillantes Magistrados. Por supuesto, el Doctor Josep Guardia Canela, presidente del Tribunal Constitucional de Andorra y el Magistrado Carlos Ernesto Sánchez Escobar de la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Ha sido un gusto, ha sido un honor estar con ustedes, y, bueno, un abrazo muy grande a toda la ciudadanía que nos acompaña. Seguiremos trabajando en este sentido, y, un agradecimiento enorme a usted Doctor Miguel Polo por esta brillante facilitación de la mesa. Muchas gracias.

PANDEMIA POR EL COVID-19 Y PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

CARLOS ERNESTO SÁNCHEZ
ESCOBAR

*Magistrado de la Sala de lo
Constitucional de la República de El
Salvador.*

Sumario: Introducción. I. Pandemia y Estado de Excepción. 1. Desarrollo de la pandemia en El Salvador. 2. Instrumentos normativos. II. Cuarentena y tutela constitucional. 3. Los centros de contención como modelo de tratamiento de la pandemia. 4. El mecanismo protector del Habeas corpus. 5. La privación de libertad con fines sanitarios. III. Precedentes en habeas corpus en relación a la privación de libertad con fines sanitarios. IV. Tutela del derecho de libertad personal ante restricciones injustificadas. Epílogo.

Introducción. Las presentes reflexiones se formulan en el marco de la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional sobre la temática “Democracia y Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción”, escenario propicio para una profunda reflexión sobre la vigencia real de las Constituciones ante los desafíos que presentan los poderes de los Estados, para enfrentar la crisis de una pandemia, bien desde una práctica aceptablemente democrática, o por el contrario, enarbolando la égida del autoritarismo. Debemos agradecer y reconocer a la Corte Constitucional de Colombia, por organizar con magistral eficiencia las temáticas y las discusiones que han enriquecido a toda Iberoamérica y nos han recordado la importancia de las Constituciones y de la jurisdicción constitucional ante el abuso de poder.

I. Pandemia y Estado de Excepción. Los eventos epidémicos y pandémicos siempre han generado una severa crisis en los países afectados, por cuanto, la vida, la integridad, y la salud de las personas se ven sometidas a riesgos de una gravedad inusitada¹⁶⁴, no obstante ello,

¹⁶⁴ Se ha informado: “De acuerdo con cifras del Observatorio de COVID-19 de la Universidad Johns Hopkins al 9 de

las crisis sanitarias, no deberían significar una afectación del modelo sustancial de Estado Constitucional de Derecho, puesto que es precisamente la Constitución y su vigencia real y permanente, la única oportunidad de hacer frente a estos eventos catastróficos de orden natural, dentro de la racionalidad del derecho, buscando un equilibrio entre la intervención estatal para proteger la salud pública y particular, y los demás derechos fundamentales de las personas que se pueden ver comprometidos.

El evento pandémico iniciado desde Wuhan –China– se propagó con una rapidez inusitada en el mundo, lo cual permitió que diferentes países adoptaran medidas excepcionales según se los permitía su propia legislación¹⁶⁵, siendo un factor común en las exposiciones, que se pusiera de manifiesto, potestades excepcionales reconocidos constitucionalmente al poder Ejecutivo para hacer frente a la pandemia, incluido la facultad de asumir atribuciones legislativas reconocidas por sus propios ordenamientos supremos, aunque siempre sujeto al control de orden constitucional¹⁶⁶ y en algunos casos, aunque con diferentes nombres, la adopción de regímenes de excepción.

1. Desarrollo de la pandemia en El Salvador. En el país, las primeras decisiones importantes sobre la pandemia fueron tomadas por el Gobierno Ejecutivo de la República a partir del día 23 de enero de 2020 por Acuerdo Ministerial de Salud, en el cual se declaró Emergencia Sanitaria en todo el territorio nacional; el día 30 de enero de 2020¹⁶⁷, se expidieron “Directrices relacionadas con la atención de la emergencia sanitaria “Nuevo coronavirus (2019-nCov)” haciendo énfasis en medidas preventivas, aunque se establecía una limitación al ingreso de las personas que no eran salvadoreñas, y para los nacionales evaluación sanitaria. En evolución de la situación se limitó el ingreso de personas provenientes de los países de República Popular de China, República de Corea, República de Italia, República Islámica de Irán, República Federal de Alemania, República de Francia y del Reino de España¹⁶⁸.

agosto de 2020 se reportaban a nivel mundial un total de 19,792,519 personas contagiadas, 730,089 fallecidos y 12,060,877 personas recuperadas”. FUNDAUNGO “Boletín Estadístico del COVID-19 en El Salvador”. Boletín N° 14-10 de agosto de 2020 p 2.

¹⁶⁵ Ilustraron sobre este punto en sus diferentes intervenciones en la XIII conferencia Iberoamericana “de Justicia Constitucional sobre la temática “Democracia y Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción”, por ejemplo: El Ministro Don Gonzalo García Pino. Magistrado del Tribunal Constitucional de Chile haciendo alusión al “Estado de Catástrofe”; Doña Marianella Ledesma Narváez. Presidenta del Tribunal Constitucional de Perú, haciendo refiriéndose al “Estado de Emergencia y Sitio”; Doña Diana Fajardo Rivera. Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia indicando el Estado de Emergencia; Don Fernando Castillo Víquez. Presidente de la Sala de lo Constitucional de Costa Rica, expresó que a pesar de la Constitución costarricense tiene previsto el Régimen de Excepción, la pandemia se había enfrentado sin acudir al mismo, y solo aplicando la normativa secundaria.

¹⁶⁶ Por ejemplo, pueden citarse el auto con referencia expediente: RE-232 sobre la revisión de constitucionalidad del Decreto legislativo 417 de 2020. Auto del 24 de marzo de 2020; Dictamen N° 2-20-EE/20 del 22 de mayo de 2020. Corte Constitucional de Ecuador.

¹⁶⁷ Decreto Ejecutivo N° 1 publicado en el Diario Oficial Tomo 426 Numero 20 del 30 de enero de 2020. Se expidió el Decreto Ejecutivo N° 2 con similares regulaciones. Diario Oficial Tomo 426 Numero 38 del 25 de febrero de 2020. En semejantes condiciones el Decreto Ejecutivo N° 3. Diario Oficial Tomo 426 Numero 42 del 2 de marzo de 2020.

¹⁶⁸ Comunicación Oficial del Ministerio de Salud, a la Dirección General de Migración y Extranjería.

En ese contexto, surgió la primera decisión importante, en relación a imponer cuarentena por motivos sanitarios¹⁶⁹ a salvadoreños que ingresaban al territorio nacional¹⁷⁰, sobre esa medida se promovió el primer *habeas corpus*¹⁷¹, señalándose por el solicitante vulneración de los derechos constitucionales de las personas afectadas por la decisión gubernativa¹⁷². Posteriormente se impondrían cuarentenas obligatorias tanto domiciliarias como en centros de contención al amparo de la Declaración de Estado de Emergencia Nacional de la Pandemia por Covid-19 decretado por la Asamblea Legislativa¹⁷³, La Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales concretos para atender la Pandemia COVID-19¹⁷⁴ y al perder vigencia ambos, mediante una serie de Decretos Ejecutivos¹⁷⁵.

2. Instrumentos normativos. En El Salvador, a diferencia de otros países, el Órgano Ejecutivo no puede asumir poderes extraordinarios¹⁷⁶ en cuanto a situaciones de emergencia¹⁷⁷,

¹⁶⁹ Se hizo mediante el Decreto Número 13 de la Presidencia de la República del once de marzo de dos mil veinte; Decreto Número 4 del Órgano Ejecutivo en el ramo de Salud del once de marzo de dos mil veinte, en ambos se decretaba cuarentena por treinta días en todo el territorio nacional.

¹⁷⁰ La cuestión fue ampliamente documentada por los medios de comunicación quienes informaron sobre tal cuestión. Ver: El Diario de Hoy. El Salvador 13 de marzo de dos mil veinte; La Prensa Gráfica El Salvador. 14 de marzo de 2020; El Faro.

¹⁷¹ La referencia es HC 133-2020 con admisión de las once horas ocho minutos del 13 de marzo de 2020.

¹⁷² Ver. “El Mundo”. El Salvador 14 de marzo de 2020; Diario Co-Latino. 14 de marzo de 2020.

¹⁷³ Decreto Legislativo Número 593 del catorce de marzo de 2020.

¹⁷⁴ Decreto Legislativo Número 594 del catorce de marzo de 2020.

¹⁷⁵ Los Decretos Ejecutivos números: 5, 12, 18, 22, 24, 25, y 29 fueron declarados inconstitucionales. Ref. Inc. 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020 Acum., Sala de lo Constitucional sentencia de las dieciocho horas con cincuenta y cinco minutos del 8 de junio de 2020.

¹⁷⁶ La referencia a poderes extraordinarios se entiende aquí, a la asunción de poderes legislativos, como si se regula en otros países, en los cuales, en situaciones de la naturaleza explicada, el poder ejecutivo asume, dichas facultades, incluidas las de legislar por medio de decretos ejecutivos, y de limitar directamente y con gran amplitud los derechos fundamentales de los ciudadanos.

¹⁷⁷ En el país, el Estado de Emergencia no debe confundirse con el Estado de Excepción, suponen una dimensión distinta, en cuanto al acontecimiento y tratamiento de los eventos extraordinarios que puede sufrir la República, el Estado de Excepción, es una especie de ultima ratio, para enfrentar los graves problemas generados a partir de los fenómenos previstos en el artículo 29 Cn., precisamente por ello, en la Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres en el artículo 24 se dice: “La Asamblea Legislativa por medio de decreto podrá declarar el Estado de Emergencia en parte o en todo el territorio nacional, mediante petición que al efecto le dirigirá el Presidente de la República, cuando el riesgo o peligro provocado por un desastre para las personas, sus bienes, servicios públicos o ecosistemas lo ameriten. Tomará como base la evidencia del riesgo o peligro y la ponderación que le haga el respecto el Director General. Si la Asamblea Legislativa no estuviere reunida podrá el Presidente de la República decretar el Estado de Emergencia, debiendo informar posteriormente al Órgano Legislativo. El decreto de Estado de Emergencia no implica suspensión de las garantías constitucionales. La

la Constitución de la República si tiene previsto un régimen de esta naturaleza, pero sobre la base del Estado de Excepción¹⁷⁸, que es calificado como una de las emergencias constitucionales¹⁷⁹, pero en todo caso, debe ser decretado de ordinario por la Asamblea Legislativa, mediante un Decreto que requiere una especial votación¹⁸⁰, en tal sentido se ha reconocido que la suspensión de determinados derechos y libertades fundamentales sólo puede aplicarse mediante la vigencia del referido estado de excepción.

Los aspectos vinculados a las cuestiones sanitarias están tratados específicamente en el Código de Salud, en el cual se reconoce medidas de emergencia –que no constituyen un régimen de excepción– por medio del cual se pueden decretar de manera particularizada limitaciones a ciertos derechos fundamentales, bajo la modalidad de la cuarentena o de los llamados zonas epidemiológicas.

En los casos señalados, por ley se permite que se puedan materializar restricciones al ejercicio de ciertos derechos de las personas –autonomía, libertad, tránsito– pero solo desde una verdadera visión sanitaria, con fines únicamente de limitar el avance de un patógeno con capacidad de transmisión epidémica, por lo cual se permite la intervención focalizada sobre una persona¹⁸¹ o grupo de personas en este último caso mediante zonas epidémicas¹⁸².

II. Cuarentena y tutela constitucional. Según se expresó ante la manifestación de enfermedades

Asamblea Legislativa o el Presidente de la República, en su caso, decretará el cese del Estado de Emergencia”.

178 La Sección Segunda “Régimen de excepción” art. 29 dice: “En caso de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público, podrán suspenderse las garantías establecidas en los artículos 5, 8 inciso primero, 7 inciso primero y 24 de esta Constitución, excepto cuando se trate de reuniones o asociaciones con fines religiosos, culturales, económicos o deportivos. Tal suspensión podrá afectar la totalidad o parte del territorio de la república y se hará por medio de decreto del Órgano Legislativo o del Órgano Ejecutivo en su caso.

179 BERTRAND GALINDO Francisco, TINETTI José Albino, KURI DE MENDOZA Silvia Lizette, ORELLANA María Elena “Manual de Derecho Constitucional” Tomo II. 1ª edición. Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador. 1992 pp 1183 1184

180 El art. 131 N° 27 dice: “Corresponde a la Asamblea Legislativa [...] Suspender y res-tablecer las garantías constitucionales de acuerdo con el Art. 29 de esta Constitución, en votación nominal y pública, con los dos tercios de votos, por lo menos, de los Diputados electos”.

181 En este caso el artículo 136 del Código de Salud dice: “Las personas que padezcan de enfermedades sujetas a declaración obligatoria o que sean cuarentenables, así como aquellas que, aún sin presentar manifestaciones clínicas de ellas, alberguen o diseminen sus gérmenes o hayan sido expuestas a su contagio, podrán ser sometidas a aislamiento, cuarentena; observación o vigilancia, por el tiempo y en la forma que lo determine el ministerio, de acuerdo con los respectivos reglamentos”.

182 Reza el art. 139 del Código de Salud: “En caso de epidemia o amenaza de ella, el Órgano Ejecutivo en el Ramo de la Salud Pública, podrá declarar zona epidémica sujeta a control sanitario, cualquier porción del territorio nacional que dicho Órgano designe y adoptará las medidas extraordinarias que este aconseje y por el tiempo que la misma señala, para prevenir el peligro, combatir el daño y evitar su propagación.

que presenten una modalidad de contagio epidémica o pandémica, los funcionarios del gobierno ejecutivo, tienen la facultad de tomar una serie de medidas técnicas¹⁸³ que presentan una gradualidad en cuanto a su forma de intervención en relación a las personas o poblaciones que pueden estar adoleciendo de la misma o en situación de riesgo.

Dicha modulación representa un signo de la razonabilidad de las medidas que se adopten, según el tipo de amenaza sanitaria, por ello, se tiene previsto la posibilidad de decretar cuarentena o el aislamiento, aunque también pueden adoptarse según el caso medidas de observación o vigilancia. Ahora bien, las medidas impuestas no están exentas de control, y menos aquellas que impliquen ya una limitación al derecho de libertad física.

3. Los centros de contención como modelo de tratamiento de la pandemia. En el país, para enfrentar la pandemia, el modelo que se asumió fue uno de naturaleza de amplia intervención y con grave restricción a los derechos fundamentales de las personas, así para la gestión de la pandemia se acudió a la modalidad de resguardar a las personas en centros de contención de manera que en ellos, se impuso la cuarentena individual, en primer lugar respecto de las personas que ingresaban al territorio salvadoreño¹⁸⁴.

El modelo asumido por el gobierno central, se generalizó posteriormente con la creación de los llamados centros de contención, en los cuales se comenzó a recluir a la población salvadoreña, básicamente por no guardar el confinamiento en el hogar que se había dispuesto por las autoridades¹⁸⁵, en una especie de cuarentena domiciliar obligatoria, y ante el incumplimiento de dichas medidas –según las autoridades por la población– las personas fueron remitidas masivamente a centros de contención restringiendo temporalmente su libertad por treinta días¹⁸⁶, lo cual se fue inclusive ampliando por otros periodos de tiempo según casos documentados.

4. El mecanismo protector del *Habeas corpus*. Desde los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales, la Sala Constitucional siempre ha estimado en la figura del *Habeas corpus*, una herramienta de amplia protección en relación a las privaciones de libertad, de manera que, ante una amenaza a dicho derecho, las personas pueden acudir a este instrumento jurídico para revisar si la decisión de la autoridad que ordena una limitación al derecho de libertad es legal o ilegal desde la perspectiva constitucional.

Ciertamente, en la definición del mecanismo de protección del *habeas corpus*, la Constitución establece un medio de importante amplitud para revisar la legalidad constitucional de

¹⁸³ No debe olvidarse que las medidas adoptadas deben tenerse en cuenta su estricto contenido científico, y respetando la legalidad. Ver Declaración de la Corte Interamericana de derechos Humanos 1/20 del 9 de abril de 2020 p 1.

¹⁸⁴ Sobre estos hechos se difundió ampliamente la noticia. Ver: El Diario de Hoy, catorce y quince de marzo de 2020.

¹⁸⁵ Se informó sobre estos sucesos: Periódico Digital “El Faro” del 15 y 22 de marzo de 2020; “Factum” del 29 de marzo de 2020.

¹⁸⁶ Se ha sostenido que no es adecuado adoptar medidas sancionatorias como la privación de libertad ante el incumplimiento de medidas sanitarias. ONUSIDA-2020. “Los Derechos Humanos en tiempos de COVID-19. Lecciones del VIH para una respuesta efectivas dirigidas a las comunidades” p 4.

una privación al derecho de libertad¹⁸⁷, y para esos efectos de control, se tiene una doble dimensión, una concentrada en la Sala de lo Constitucional¹⁸⁸ y otra que da competencia a las Cámaras de Segunda Instancia precisamente en materia de exhibición personal¹⁸⁹.

También habrá que señalarse que durante un régimen extraordinario como pueden ser las emergencias, e inclusive cuando se trata de Estados de Excepción, el mecanismo del *habeas corpus*, permanece incólume para controlar la legalidad constitucional de las privaciones de libertad, este instrumento de tutela, no se entiende derogado, ni suspendido, como última garantía de control sobre los actos de poder del Estado en relación a los gobernados, y ello, se ha entendido también como una garantía de carácter convencional¹⁹⁰, estableciéndose que ni aun en tiempos de estados de emergencia o excepción debe entenderse suspendido el *habeas corpus*¹⁹¹.

5. La privación de libertad con fines sanitarios. Pues bien, dentro de la amplitud de protección que se ha reseñado en relación al *habeas corpus*, debe enfatizarse que las restricciones a la libertad aun con fines sanitarios, quedan dentro del marco del objeto de control de este proceso constitucional, de tal manera que es posible revisar la legalidad de las privaciones de libertad que se decreten bajo el supuesto de los fines de salud por razones epidémicas o pandémicas, aún más, cuando las medidas de restricción sean las más aflictivas como las de cuarentena o aislamiento o en un caso más intensivo como la declaración de zonas epidémicas.

El hecho de que una privación de libertad sea con fines sanitarios aplicando supuestos normativos de cuarentena o aislamiento, no impide que la decisión de las autoridades que

¹⁸⁷ El artículo 11 inciso segundo de la Carta Magna dice: “La persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad”. También procederá el habeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas”.

¹⁸⁸ Dice el artículo 174 de la Constitución: “La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el artículo 138 y las causas mencionadas en la atribución 7ª del Art. 182 de esta Constitución.

¹⁸⁹ El inciso segundo del art. 247 Cn., prescribe: “El habeas corpus puede pedirse ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o ante las Cámaras de Segunda Instancia que no residen en la capital.

¹⁹⁰ El Art. 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales [...] Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueren ilegales [...]” y el art. 25. 1 dice: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

¹⁹¹ “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 [...]”. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie “A” N° 8 (1987) “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (art. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Párrafo 24.

impongan estas restricciones no puedan ser objeto de control, puesto que toda actuación de los funcionarios del Estado que limiten derechos fundamentales de entre ellos la libertad, están sujetas a la estricta legalidad, y a la verificación de la misma desde la óptica constitucional, más cuando se evidencia un posible abuso de las facultades legales de los instrumentos sanitarios¹⁹², más aún cuando en las actividades de intervención sanitaria se hace énfasis en la militarización del control llegando inclusive a un estado de excepción de facto¹⁹³.

III. Precedentes en *habeas corpus* en relación a la privación de libertad con fines sanitarios.

Lo que corresponde aquí indicar, como un aspecto introductorio, es que en materia de protección del derecho fundamental de la libertad física, el mecanismo de *habeas corpus* se ha extendido a áreas no clásicas o tradicionales en cuanto a la protección que pueda dispensar, es –digámoslo así– una nueva forma de extensión del derecho, tanto en su vertiente sustantiva como en la dimensión procesal del mecanismo de protección¹⁹⁴.

Lo anterior, tiene particular importancia, por cuanto, invocando la llamada ideología terapéutica o clínica, podría pensarse que las medidas de restricción al tener fines sanitarias, son inocuas y no deberían estar sujetas al control de la autoridad, tal idea deberá rechazarse puesto todos los mecanismos de control del Estado sobre el individuo han demostrado siempre un ejercicio de poder –incluida la hospitalaria¹⁹⁵– que si no se encuentra controlado debidamente puede fácilmente derivar hasta en la arbitrariedad.

Es importante recalcar además que la amplitud del *habeas corpus* permite en el caso salvadoreño, tutelar con la debida extensión las distintas formas de privación de libertad¹⁹⁶, tanto en su imposición como en la forma de ejecutar dichas limitaciones, aun cuando las razones que se invoquen sean sanitarias, mediante mecanismo de cuarentena, aislamiento o cercos sanitarios por declaración de zonas epidemiológicas, en todas estas medidas de

¹⁹² El uso de los mecanismos de salubridad como cuarentenas o similares no deben ejecutarse con irrespeto a los derechos fundamentales. Ver Resolución 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. CIDH 10 de abril de 2020.

¹⁹³ GARGARELLA Roberto, ROA ROA Jorge Ernesto “Dialogo Democrático y Emergencia en América Latina”. MPIL RESEARCH PAPER SERIES/N° 2020-21. Max Planck Institute. 2020 p 7

¹⁹⁴ En el ámbito procesal se ha procedido a desformalizar lo más posible el acceso al *habeas corpus* para permitir que las peticiones de los solicitantes puedan ser objeto de una decisión más eficaz que garantice el acceso a la protección jurisdiccional.

¹⁹⁵ Bien se ha señalado que el poder médico y del hospital también se encuentran integrados a las ideologías de poder. Ver, por ejemplo: FOUCAULT Michel “El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica”. Siglo XXI Editores. México D.F. vigesimosegunda edición en español. 2006 págs. 14, 16 y 36.

¹⁹⁶ Como se expresó, el art. 11 Cn., presenta una dimensión amplia en la protección de la libertad físico, ello se ve confirmado también en la Ley de Procedimientos Constitucionales que establece al respecto: “En todos los casos, sean cuales fueren, en que exista prisión, encierro, custodia o restricción que no esté autorizado por la ley, o que sea ejercido de un modo o en un grado no autorizado por la misma, la parte agraviada tiene derecho a ser protegida por el auto de exhibición de la persona” [art. 39]; “La enumeración de los casos de exhibición mencionados en los artículos precedentes no es taxativa; y en cualquier otro caso distinto en que la libertad personal de una persona esté restringida, tal persona tiene derecho de pedir el auto de exhibición a ser protegida por el mismo y ser puesta en libertad cuando la expresada restricción sea ilegal”.

intervención, es posible controlar tanto la legalidad de las actuaciones, la razonabilidad de su adopción, y las formas en las cuales se ejecutan las mismas¹⁹⁷, por demás está decir, que el objeto de control se traslada aquí ya no solo a la libertad física, sino que puede involucrar otros derechos fundamentales como dignidad e integridad personal, salud etc.¹⁹⁸.

Precisamente los casos que a continuación se detallaran son un marco de referencia en relación a la constelación de demandas que se han presentado en materia de *habeas corpus* por razones de limitación a la libertad como consecuencia de la pandemia de COVID-19 y de las decisiones adoptadas por las autoridades de gobierno, debiéndose indicar que solo se trata de un resumen¹⁹⁹, pero expresándose que el nivel de demandas de las personas que se dicen afectadas ha sido grande²⁰⁰, a continuación se detallaran los aspectos más relevantes.

6. HC 133-2020, auto de exhibición personal del 13 de marzo de 2020.

El cumplimiento de cuarentena en un centro habilitado para ello, representa una restricción a la libertad física que puede ser controlada a través del proceso de *habeas corpus*, pues implica un tipo de encierro sin tener acceso al exterior por razones de salud.

Las personas que se encuentran cumpliendo cuarentena en centros habilitados para ello también pueden solicitar *habeas corpus* correctivo si las condiciones de cumplimiento menoscaban su integridad personal, pues se trata de personas mantenidas en una especie de encierro, desarrollado a cargo de autoridades estatales.

7. HC 146-2020, auto de exhibición personal del 25 de marzo de 2020.

Los “acuartelamientos” ordenados para empleados penitenciarios –es decir, órdenes de que no pueden abandonar los recintos penitenciarios por determinado tiempo, dada la emergencia sanitaria por COVID-19– también son restricciones a la libertad personal que pueden someterse a control constitucional a través del proceso de *habeas corpus*, tanto respecto a vulneraciones al referido derecho de libertad como de integridad personal.

Aunque los planteamientos de los peticionarios sean deficientes en cuanto a la claridad y detalle que exige la jurisprudencia constitucional, dada la emergencia sanitaria declarada y las restricciones ordenadas que pueden impactar en la comunicación con privados de libertad, se admiten en esas condiciones por solicitarse la tutela de derechos fundamentales.

¹⁹⁷ “Derechos Humanos de las Personas con COVID-19”. Resolución 4/2020. CIDH del 27 de julio de 2020 p 3

¹⁹⁸ Ciertamente, la modalidad de *habeas corpus* clásico, también puede ser matizada a la figura del *habeas corpus* correctivo, como una forma idónea para tutelar otros aspectos asociados con la privación de libertad, y que se pueden extender a la dignidad, la integridad o la salud de las personas, y en este último punto, a cuestiones relacionadas con ella misma.

¹⁹⁹ Se expresará en este resumen, la referencia del respectivo *habeas corpus*, con un estricto de los puntos más importantes de la decisión, haciéndose notar que se trata sólo de autos de admisión o seguimiento, y no de sentencias definitivas.

²⁰⁰ En el ámbito estadístico se registran por la Secretaría de la Sala de lo Constitucional en el mes de enero [65 demandas] en el mes de febrero [52 demandas] en ambos meses no se habían decretado cuarentenas. En el mes de marzo –inicio de cuarentenas– se registraron 69 demandas, en abril 209; en mayo 94; en junio 65; en julio 52; en total de marzo a julio ingresaron: 489 demandas de *habeas corpus*.

8. HC 148-2020, auto de exhibición personal del 26 de marzo de 2020.

A consecuencia de las medidas decretadas por los Órganos Ejecutivo y Legislativo que restringen la libertad de circulación de los habitantes de El Salvador y a la probabilidad real de que no se puedan presentar peticiones de hábeas corpus materialmente en la Secretaría de este Tribunal, en un juzgado de primera instancia, en una cámara de segunda instancia fuera de la capital o a través de “carta o telegrama”, se habilita el análisis de peticiones remitidas al correo electrónico institucional de esta Sala, mientras se mantengan las circunstancias extraordinarias causadas por la pandemia de COVID-19.

Las medidas restrictivas de libertad personal sólo pueden emitirse cumpliendo los siguientes requisitos: i- previsión de esas limitaciones en una ley formal, ii- publicada de modo efectivo, iii- con supuestos de aplicación o motivos suficientemente claros y precisos (sin términos vagos, ambiguos o indeterminados) para evitar la excesiva discrecionalidad y la arbitrariedad de las autoridades, iv- aplicables bajo una interpretación restrictiva, v- siempre que no exista un medio menos grave para lograr su finalidad (prefiriendo, en lo posible, la colaboración voluntaria), vi- con la justificación razonable del caso, vii- conforme a un procedimiento determinado y viii- sujeto al control judicial (hábeas corpus y otras vías disponibles).

El internamiento forzoso que no tiene fines sanitarios, de conformidad al Código de Salud y otra legislación formal vigente, es decir aplicado por el mero incumplimiento de una medida general de cuarentena domiciliar, no tiene habilitación legal y por tanto, no cumpliría con la exigencia del artículo 13 de la Constitución.

El ingreso forzado de una persona a un régimen de cuarentena solo puede aplicarse u ordenarse cuando se disponga de modo efectivo de lugares adecuados para dicho régimen, sin que las bartolinas u otras dependencias policiales puedan emplearse en ningún caso y ni siquiera durante lapsos breves, para ese efecto, a menos que sus instalaciones fueran adaptadas para ello.

La población salvadoreña está obligada a cumplir con las disposiciones de las autoridades dirigidas a prevenir o controlar la propagación de la enfermedad causada por el COVID-19 y las conductas irresponsables que pongan en peligro la eficacia de ese objetivo legítimo del gobierno pueden ser respondidas de modo enérgico, incluso con limitaciones intensas de derechos, pero solo dentro del marco de la Constitución.

Los derechos en juego (dignidad humana, libertad, seguridad jurídica) exigen que los actos de aplicación de la cuarentena deben ser debidamente documentados, entre otras razones, para garantizar a los interesados el acceso a la información sobre la localización de la persona internada y las condiciones de su cuarentena. En relación con esto último, los “centros de contención de la pandemia” deben contar con el personal, los medios, equipo y recursos necesarios para garantizar a los afectados un trato digno, con acceso a alimentos, artículos de higiene, atención médica y otras condiciones básicas para evitar el riesgo de cualquier forma de trato cruel, inhumano o degradante.

En casos en los que no se cumplen las condiciones mínimas requeridas por la Constitución para un internamiento forzoso con fines sanitarios, las personas que lo sufren, cumpliendo

con los protocolos sanitarios establecidos por las autoridades de salud y los que cada caso requiera, deben ser inmediatamente conducidas a sus viviendas o lugares de residencia, para que cumplan ahí obligatoriamente con la cuarentena domiciliar ordenada por el gobierno.

9. HC 156-2020, auto de exhibición personal del 1 de abril de 2020.

Ni la policía ni la Fuerza Armada están autorizadas para realizar detenciones discrecionales o arbitrarias, así como tampoco lesionar, injustificadamente, a las personas en dichos procedimientos. El papel de la Fuerza Armada dentro de una emergencia, catástrofe o calamidad, e incluso en la aplicación del régimen de excepción, debe sujetarse estrictamente a las facultades constitucionales que se le imponen a partir del artículo 212 Cn., siendo su rol es de auxilio a la población y el uso de contención excepcionalísimo y coadyuvante a la actividad de la Policía Nacional Civil.

10. HC 172-2020, auto de exhibición personal del 1 de abril de 2020.

Debido a condiciones preexistentes de salud y avanzada edad de personas sometidas a cuarentena, dichos padecimientos deben ser evaluados y atendidos médicamente, pero, además, las pruebas de Covid-19 deben realizarse de forma prioritaria y de resultar negativas, remitirlas a su lugar de residencia, en caso de ser positivas, dispensar el tratamiento médico necesario.

11. HC 190-2020, auto de exhibición personal del 8 de abril de 2020.

Como exigencias básicas del derecho fundamental a la salud, los encargado de hospitales con pacientes con sospecha o diagnosticados con Covid-19 deben asegurar: i) que se encuentren en condiciones materiales, entre ellas higiénicas, idóneas para la atención a su salud, desde el punto de vista científico y médico; ii) que se apliquen criterios de separación entre personas contagiadas de Covid-19, no contagiadas y aquellas que no se sabe si lo están por no haberse realizado las pruebas aludidas, así como otras separaciones que aconsejen los especialistas médicos; iii) que las personas que son trasladadas por sospechas de dicha enfermedad sean informadas con claridad y prontitud sobre su condición médica, los procedimientos médicos a realizar y el resultado de los mismos, también que se comunique a sus familias sobre ello, si así se requiere, en el menor tiempo posible, esto último, es decir la información del resultado de los procedimientos al interesado y su familia no debe superar las 12 horas después de que se cuente con ellos; iv) dado que el contagio también puede afectar y generarse a través de los profesionales médicos que están atendiendo a dichas personas, el Ministro de Salud debe asegurar que estos tengan todas las condiciones materiales necesarias para desempeñar su función de manera que se elimine o se disminuya todo lo posible el riesgo de contagio para sus personas y para otros pacientes, ello incluye –pero no se limita a– proporcionar toda la indumentaria, el equipo, instalaciones, protocolos, necesarios para ello.

12. HC 201-2020, auto de exhibición personal del 17 de abril de 2020.

Los jueces y magistrados encargados de los procesos penales deben reevaluar la detención provisional que cumplen los imputados que están en bartolinas policiales, incluyendo en su

ponderación las características del delito que se les atribuye, su condición específica de salud, el hacinamiento del lugar donde se encuentran –donde la “distancia social” y otras medidas de prevención no pueden ser aplicadas–, la dificultad de movilidad de los familiares para proporcionar algunos insumos básicos para su vida diaria, como alimentación y medicinas, y los riesgos generados por la emergencia sanitaria provocada por el Covid-19 respecto a las personas que se encuentran en bartolinas policiales; debiendo reservar la prisión preventiva solo para los casos más graves.

Al analizar o revisar la medida cautelar ordenada en procesos penales instruidos en contra de mujeres, debe incluirse en el examen la perspectiva de género y considerarse especialmente a aquellas que están embarazadas o que tienen hijos pequeños a su cuidado, entre otros aspectos.

Los jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena deben verificar, de manera exhaustiva y ponderando los derechos involucrados, la posibilidad de aplicar beneficios penitenciarios que regula la ley a los privados de libertad que cumplen pena y se encuentran en bartolinas policiales.

13. HC 204-2020Ac, auto de exhibición personal del 17 de abril de 2020.

Al analizar aplicar privaciones de libertad en contra de mujeres, las autoridades estatales deben considerar que, en los hogares, las mujeres cargan con gran parte de los cuidados y que aquellos encabezados solo por una mujer son especialmente vulnerables, en todo tiempo y particularmente en una emergencia sanitaria como esta. Aunque los Estados están obligados a generar iniciativas para un reparto equitativo de la carga de cuidados entre hombres y mujeres, también se deben observar las condiciones actuales y en ese sentido, la restricción de libertad de forma no autorizada por la Constitución puede tener repercusiones aún más graves en aquellas y su familia dependiente.

Incorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional en todas las respuestas de los Estados para contener la pandemia es una exigencia del respeto a los derechos fundamentales.

14. HC 208-2020Ac, auto de exhibición personal del 24 de abril de 2020.

Las autoridades a cargo de centros de cuarentena deben cumplir con el deber de información establecido en el artículo 13 de la Ley de Deberes y Derechos de los Pacientes y Prestadores del Servicio de Salud que dispone que “... El paciente o su representante, deberá recibir en forma verbal y escrita, del prestador de servicios de salud, durante su atención, la siguiente información, de manera oportuna, veraz, sencilla y comprensible de acuerdo a su problema...”. En las letras b y c de ese cuerpo legal se menciona que esa información debe contener su diagnóstico, tratamiento, alternativas, riesgos, evolución y pronóstico respectivo de manera oportuna y lo más clara posible.

En casos que registren un tiempo mayor a 30 días de su plazo de cuarentena y cuyos resultados de la prueba de Covid-19 hayan sido negativos, los médicos designados por el Ministro de

Salud deben determinar si es estrictamente necesario que permanezcan cumpliendo su cuarentena en los referidos lugares o si había una opción que permitiera el menor sacrificio de los derechos fundamentales involucrados: por un lado, la salud pública y, por otro, la salud y vida de los favorecidos.

En los supuestos de cumplimiento de cuarentena por más de 30 días en los que aún no se hubiesen realizado las pruebas de Covid-19, la autoridad sanitaria debe practicar con urgencia e inmediatamente las mismas para establecer si los sujetos presentaban esa enfermedad y, en caso de ser negativa, determinar si deben continuar en dichos lugares o podían ser remitidos a cuarentena domiciliar, cumpliendo con los protocolos sanitarios correspondientes. Los casos positivos deben ser derivados a los centros hospitalarios en donde se están dispensando los tratamientos médicos respectivos para los enfermos con Covid-19.

Toda persona que internada en centros de contención que haya excedido el plazo de 30 días de cuarentena y a la que se le hubiera realizado la prueba del Covid-19 habiendo obtenido un resultado negativo tiene derecho a que por escrito se le informen las razones de su confinamiento; además, una copia de ese documento debe ser entregado o enviado a la persona de confianza que el confinado indique o designe.

El Ministro de Salud debe dar prioridad para llevar a cabo la prueba de detección del Covid-19 a aquellas personas cuyo plazo de confinamiento haya caducado y no se le hubiera realizado la misma, toda vez que ello se haya estipulado como requisito, según los protocolos respectivos, para que pueda autorizarse su salida de los centros de contención y existieran razones de sospecha para su práctica.

El Ministro de Salud y todos aquellos encargados de cada centro de cuarentena deben asegurar que se estén aplicando las medidas necesarias para evitar el hacinamiento en dichos lugares a fin de los que se encuentren en ellos puedan practicar el distanciamiento social correspondiente. Además, deben aplicarse medidas estrictas de salubridad que, por un lado, permiten conservar el estado de salud general y, por otro, en el contexto de la emergencia sanitaria coadyuvan a impedir la propagación del virus en mención.

Las medidas cautelares ordenadas deben hacerse extensivas a todas las personas que se encuentran en un centro de contención, cuyo plazo de cuarentena haya caducado, lo cual implica la realización inmediata de la prueba de Covid-19 a aquellos que no se les hubiera realizado y en los casos que se hubiera practicado la misma con resultado negativo comunicar por escrito el resultado de la misma, así como las razones por las que pese a su resultado negativo seguían retenidas.

Debido a la naturaleza del proceso de hábeas corpus, el cual debe ser expedito y no cargado de formalismos, las autoridades deben remitir cualquier información que se les requiera de forma oportuna y completa, para lo cual podrán hacer uso del correo electrónico institucional de esta Sala (sala.constitucional@oj.gob.sv), pudiendo esta Sede pronunciarse con posterioridad en caso de incumplimiento de tales obligaciones. Si las peticiones han sido remitidas por correo electrónico, la resolución debe notificárseles a los solicitantes a través de dicho medio.

15. HC 219-2020Ac, auto de exhibición personal del 6 de mayo de 2020.

Los agentes de seguridad estatales que han realizado detenciones por incumplimiento del resguardo domiciliar sin previa autorización legal tampoco están habilitados para proferir amenazas, sustraer o decomisar de objetos, ni tomar fotografías sin el consentimiento de los detenidos –lo cual además les expone al riesgo de estigmatización social por la situación en que se encuentran–.

La información proporcionada por los solicitantes de existencia de “disturbios” sin que las autoridades intervengan para salvaguardar la integridad de quienes están en centros de contención, confirmado por algunas notas periodísticas que relatan algunas situaciones que estarían afectando a quienes ahí se encuentran, genera que el tribunal certifique al Fiscal General de la República para que investigue la posible comisión de hechos delictivos, tanto por particulares como por autoridades.

Al realizar detenciones sin habilitación legal, los agentes policiales o militares tampoco tienen autorización alguna para decomisar bienes de las personas en tales condiciones, por lo que cualquier objeto personal que haya sido sustraído debe ser devuelto inmediatamente a la persona de quien se despojó.

16. HC 327-2020, auto de exhibición personal del 13 de mayo de 2020.

La naturaleza protectora del *habeas corpus*, ante cualquier restricción de la libertad sucedida en situaciones de emergencia debe ajustarse a este marco excepcional, particularmente cuando la posible afectación del derecho a la libertad tenga un sentido comunitario e indiscriminado, es decir, cuando se aplique a colectivos; en estos casos, por la dimensión de la posible vulneración, aunque la medida restrictiva de la libertad haya cesado no se limita la capacidad protectora del *habeas corpus* para examinar la legalidad de las actuaciones de las autoridades que decretaron y ejecutaron la medida, así como la garantía de evitar repeticiones ante sucesos similares.

Para evaluar la duración de la medida de confinamiento en cuarentena de los favorecidos, es importante solicitar una opinión técnica que indique, según los protocolos internacionales establecidos, la duración de dicho periodo.

La función rectora que corresponde al Ministerio de Salud para el control de las enfermedades transmisibles es una razonable consecuencia del reconocimiento de la civilización contemporánea, de que el conocimiento científico y técnico es la mejor opción contra la permanente incertidumbre sobre los riesgos para la vida y la salud de las personas, ante las enfermedades contagiosas; los cercos o cordones sanitarios son necesarios cuando conforme a la ley procede su ejecución ante la ocurrencia de un supuesto previsto legalmente.

El art. 139 del Código de Salud puede aplicarse, pero sin desconocer los límites que impone el art. 29 de la Constitución, y menos puede ser utilizado como una especie de castigo colectivo; la adopción del régimen de zonas epidémicas y de medidas extraordinarias debe tener fundamento sanitario estrictamente técnico, documentado y científico, respetando los derechos, garantías y libertades fundamentales que la Constitución reconoce a toda persona.

Las medidas que puedan adoptarse por las autoridades de conformidad al Decreto Legislativo que regula “El estado de emergencia nacional de la pandemia por Covid-19”, particularmente las amparadas en el artículo 2 letras “a”, “b”, “c” “e”, y 3 y 4 de la citada ley, deben ser ejecutadas en conformidad estricta con la Constitución y su régimen de derechos, garantías y libertades fundamentales; de manera particular, y con mayor rigurosidad, este acatamiento debe ser impuesto a las instituciones que tienen el uso de la fuerza pública del Estado –Policía Nacional Civil y Fuerza Armada–, las cuales se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, y sus actuaciones deben ser respetuosas de los derechos humanos y fundamentales de todos los habitantes de la República, y por lo tanto la Constitución y la ley establecen mayores responsabilidades a los funcionarios por la violación a los derechos fundamentales de las personas.

Una de las condiciones relevantes para ordenar un “cerco sanitario” es la razonabilidad de la medida, es decir, su coherencia y proporción con la finalidad sanitaria pretendida. El principio de dignidad humana (art. 1 Cn.) prohíbe convertir a las personas (mediante la limitación de su libertad física u otros de sus derechos fundamentales) en instrumentos de corrección ejemplarizantes para condicionar la conducta colectiva.

Los arts. 129 y 130 del Código de Salud no habilitan necesariamente una medida de control o contención de riesgos sanitarios específicos. El art. 139 del mismo código si establece el régimen de acciones en caso de epidemia, facultando al Órgano Ejecutivo en el ramo de salud pública para que declare como zonas epidémicas sujetas a control sanitario cualquier porción del territorio nacional, así como adoptar medidas extraordinarias; pero todas estas facultades, o cualquier otra que se considere extraordinaria, no pueden ser absolutas, ni derogar o anular los derechos fundamentales de las personas que habiten la parte del territorio sujeta a la declaración de zona epidémica; por ello, inclusive ante graves situaciones de desastre, epidemia o calamidad –art. 29 Cn–, la misma Carta Magna tiene prevista la suspensión de ciertas garantías constitucionales, lo cual se hace de manera extraordinaria ante la emergencia, aprobada con una mayoría calificada del número de diputados de la Asamblea Legislativa –art. 131 N° 27 Cn–.

El art. 139 del Código de Salud puede aplicarse, pero sin desconocer los límites que impone el art. 29 de la Constitución, y menos puede ser utilizado como una especie de castigo colectivo; la adopción del régimen de zonas epidémicas y de medidas extraordinarias debe tener fundamento sanitario estrictamente técnico, documentado y científico, respetando los derechos, garantías y libertades fundamentales que la Constitución reconoce a toda persona.

El Reglamento Sanitario Internacional de la Organización Mundial de la Salud establece que: “La aplicación del presente Reglamento se hará con respeto pleno de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas” (art. 3.1). Igualmente dispone que las medidas sanitarias adicionales que implementen los Estados deben basarse en: “a) principios científicos; b) las pruebas científicas disponibles de un riesgo para la salud humana o, si esas pruebas son insuficientes, la información disponible, incluida la procedente de la OMS y otras organizaciones intergubernamentales y órganos internacionales pertinentes; y c) toda orientación o recomendación específicas disponibles de la OMS” (art. 43.2). Ninguna

de estas disposiciones valida un confinamiento forzoso masivo, sin base legal y desligado de fundamento objetivo epidemiológico, como si se tratara de un instrumento disciplinario de concientización social.

Las disposiciones reguladas en la “Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres”, y en el Código Municipal, per se, no habilitan automáticamente a los gobiernos locales a restringir de manera indiscriminada los derechos fundamentales de las personas, aun en momentos de calamidad o desastre. En efecto, la citada ley de protección civil reconoce la intervención de las alcaldías ante situaciones de siniestro local o nacional, mediante las “Comisiones Municipales y Comunales de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres”, así como sus funciones, artículos 7 letra “c”, 10, 13, 14, 15 y 28. Pero la actividad de los gobiernos municipales frente a un evento de desastre no habilita la limitación de los derechos fundamentales de la persona, ni de sus garantías básicas, en los términos expuestos, y claramente lo dice el art. 24 que establece en su inciso final: “El decreto de Estado de Emergencia no implica suspensión de las garantías constitucionales”. En consecuencia, los gobiernos locales pueden adoptar medidas que refuercen los mecanismos sanitarios de combate a la pandemia del Covid-19, y la población debe acatar dichas medidas, pero todo ello dentro de las facultades constitucionales y legales.

Así, ante la necesidad de cualquier medida sanitaria a partir de la evidencia médica disponible y que las autoridades de Salud deban actuar con la urgencia del caso, deberán, en la mayor medida posible informar con la antelación suficiente, de manera concreta, sencilla e inequívoca por todos los medios de comunicación posibles, pero sobre todo accesible, a la población que será afectada, sobre la medida que se adoptará, su duración, las acciones que se realizarán, los derechos que serán afectados, las obligaciones que se les impondrán y las recomendaciones para prepararse ante su aplicación. También deberán informar los nombres y cargos de los funcionarios responsables de la implementación y los medios de contacto para cualquier consulta sobre ella, la cual se registrará por el principio de máxima publicidad, con las reservas legales correspondientes, interpretadas de modo restrictivo. Asimismo, se deberán adoptar las medidas compensatorias adecuadas para garantizar las necesidades básicas de las personas afectadas, las que se adoptarán antes y durante la medida y no sólo con posterioridad.

Cuando las circunstancias del caso impidan anticipar la comunicación a los afectados sobre las medidas sanitarias a implementar, las autoridades de Salud publicarán toda la información requerida a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a la aplicación de la medida, sin perjuicio de sus obligaciones de rendición de cuentas ante los distintos medios de control previstos en el ordenamiento salvadoreño. Los procedimientos sanitarios se efectuarán con el máximo respeto a los derechos de las personas, sin excesos ni arbitrariedad de ningún tipo por quienes lo ejecutan.

17. HC 335-2020, auto de exhibición personal del 13 de mayo de 2020.

Cualquier autoridad estatal debe evitar y erradicar cualquier trato discriminatorio hacia una persona por, entre otros motivos, orientación sexual o identidad de género, así, deben

abstenerse de amenazar o de permitir o realizar tratos denigrantes hacia las personas, inclusive los basados en dichos criterios discriminatorios u otros incompatibles con el respeto de cualquiera de sus derechos fundamentales; ello con base en lo dispuesto en el artículo 3 inc. 2º Cn y 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

18. HC 366-2020, auto de exhibición personal del 29 de abril de 2020.

Para que una autoridad ejecute una restricción o privación de libertad, no basta que exista habilitación legal para ello sino también que se informe, con la claridad necesaria, a la persona cuáles son las razones de esa restricción y las condiciones en que será cumplida, entre ellas el lugar. Esto es una exigencia de las garantías que rodean al mismo derecho de libertad física reconocido en el art. 2 Cn.

Que una persona tenga acceso inmediato a los motivos y condiciones de cumplimiento de una medida que restringe su libertad personal no solo le permite saber de ellos, sino también conocer y activar cualquier mecanismo jurídico para cuestionar esa limitación, por ello la exigencia aludida también tiene íntima relación con la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos –art. 2 inc. 2º Cn–.

En una situación de pandemia como la declarada en relación con el Covid-19, la falta de información sobre los motivos de la restricción de libertad también puede causar a las personas un importante riesgo a su integridad psíquica, pues desconocer datos básicos y seguros, de parte de las autoridades encargadas de ello, sobre su condición material y jurídica, puede causar un estado de zozobra y de sufrimiento en quienes se ven afectados.

Los centros de cuarentena deberán contar con la infraestructura, servicios, y condiciones sanitarias adecuadas, para garantizar la dignidad y la salud física y mental de las personas sometidas a tal régimen. Condición básica de ello es que las personas que la cumplen y a quienes se les han practicado pruebas relativas al Covid-19 sean informadas, por escrito de manera rápida y oportuna, de los resultados respectivos; con lo cual la obligación de brindar tal información también se desprende de la dignidad personal de quien padece un internamiento por tales razones y garantiza un ámbito importante de su salud mental.

19. HC 209-2020, auto de exhibición personal del 29 de abril de 2020.

Las solicitudes de hábeas corpus presentadas por niños, niñas o adolescentes, cuando se tratan de hijos de las privadas de libertad, deben ser conocidas al ser realizadas en el marco del ejercicio de los derechos fundamentales, en especial de acceso a la justicia, que la LEPINA reconoce a todo niño, niña y adolescente.

Como medida cautelar las autoridades judiciales deberán verificar si la resolución que impuso la detención provisional evaluó el estado de salud de la privada de libertad, los riesgos que puede generar el Covid-19 en personas que se encuentran en bartolinas policiales, sus arraigos y su condición de mujer encargada del cuidado de niños menores de edad, según el reclamo planteado, y determinar, en resolución fundada, si la medida cautelar debe mantenerse o si puede imponerse alguna que garantice mejor todos los derechos e intereses involucrados;

las anteriores son medidas precautorias excepcionales en tanto, por la situación actual que se vive en el país a raíz de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, el tiempo que dure este proceso constitucional puede afectar irremediablemente los derechos fundamentales de la privada de libertad.

En razón de que la peticionaria es una niña, es necesario requerirle a la Secretaria de esta Sala que, al hacerle saber la presente resolución, se le explique con un lenguaje claro y sencillo el contenido de la misma para facilitar su comprensión.

Es procedente, de conformidad con el artículo 220 de la LEPINA, solicitar a la señora Procuradora General de la República que delegue a un profesional para que le brinde asistencia legal y acompañamiento a la niña solicitante el hábeas corpus durante la tramitación de este proceso constitucional, quien a su vez deberá remitir informe a esta Sala sobre la actuación realizada en el mismo.

20. HC 401-2020, auto de exhibición personal del 1 de junio de 2020.

A pesar de informarse el cese de la restricción de libertad, en atención a los particulares acontecimientos que se desprenden del relato expuesto en la petición que hacen referencia a las condiciones acaecidas al momento de su detención, las ocurridas en las instalaciones de la PNC donde estuvo previo a su remisión al centro de contención correspondiente y considerando el tiempo prologando de 53 días de restricción en su libertad, como las circunstancias en las que se encontró detenido en el centro de contención habilitado en el INDES, es necesario también el análisis de las mismas, ordenándose auto de exhibición personal.

Es inaceptable fomentar una política de detenciones arbitrarias que no respondan a fines sanitarios y que, por el contrario, obedezcan al cumplimiento de cuotas impuestas por autoridades superiores en lapsos de tiempo determinado con fines ejemplarizantes para la ciudadanía en general. Y es que, es necesario recordar que toda privación de libertad que sea ilegal o arbitraria y que así se declare en su oportunidad generará responsabilidades personales para las autoridades que las emitieron, las ejecutaron y las toleraron y en igual sentido para los que incumplan los mandatos obligatorios que expide este Tribunal.

La cuarentena y los centros de contención tienen finalidades meramente sanitarias que responden a la emergencia producida por un fenómeno concreto; dichas figuras distan por mucho de los procedimientos, condiciones y especiales características que revisten la actividad policial en la persecución del delito y, desde luego, al régimen vinculado al sistema penitenciario en general. Sin embargo, en todos los casos las autoridades respectivas se encuentran supeditadas al respeto de los derechos fundamentales.

Las personas detenidas en centros de cuarentena no se encuentran sometidas a régimen penitenciario alguno, pues no han sido juzgados por la comisión de un hecho delictivo, por lo que no pueden ser sometidos a medidas disciplinarias, sin embargo, debe aclararse que existen notas caracterizadoras y mínimos de garantías invulnerables vinculadas a su dignidad que pertenecen en términos generales a todos los privados de libertad –independientemente el lugar y la circunstancia en se encuentren–.

Ninguna autoridad se encuentra facultada para imponer castigos de cualquier índole a los detenidos ni en sede policial ni en los centros de cuarentena; así, conductas abusivas y desproporcionales no pueden ser toleradas o fomentadas al interior de las instituciones estatales, por el contrario, es fundamental que se vigile e instruya para que estos hechos no se normalicen como prácticas institucionales.

En cuanto a reclamos de castigos físicos –expuesto al sol y obligado a sentarse en el cemento caliente–, lesiones en su mano producto de las agresiones realizadas por agentes policiales y otras agresiones físicas, incluida la imposición de ejercicios por agentes de policía, se considera necesario certificar al Fiscal General de la República para que investigue la posible comisión de hechos delictivos y de ser procedente promueva las acciones correspondientes.

Las autoridades a cargo de todos los privados de libertad y especialmente de los favorecidos que denunciaron agresiones deben evitar cualquier represalia en contra de estos por los comportamientos reclamados; los cuestionamientos de vulneración de derechos fundamentales deben investigarse por los funcionarios y no responderse con amenazas, humillaciones, castigos, o cualquier otro tipo de conducta similar.

21. HC 467-2020, auto de exhibición personal del 5 de junio de 2020.

Este Tribunal debe señalar que el preámbulo de la Declaración Internacional de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) el 20 de noviembre de 1959 establece “[...] que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento [...]”; asimismo, en el principio número cuatro de la citada declaración se establece “[...] el niño tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud y con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal [...]”.

Las mujeres embarazadas son un grupo que se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad ante una emergencia sanitaria como la que actualmente se vive, por lo que debe hacerse énfasis en la necesidad de garantizar de manera oportuna y apropiada el derecho a la salud de aquellas que se encuentran a cargo del Estado, tal como lo ha expuesto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su resolución 1/2020, del 10 de abril de 2020.

Es un hecho notorio –expuesto en diversos medios de comunicación– que a algunas personas la cuarentena que se les ha fijado es menor de treinta días, en algunos casos difundidos ha sido de siete días y en otros de no más de quince días, ello resulta razonable con el tiempo de una cuarentena, puesto que se encuentra dentro del margen de días que sanitariamente se acepta según la directrices protocolarias de la Organización Mundial de la Salud (OMS); y precisamente por ello, ese tiempo debe ser el dispuesto para el resto de personas, por mandato del principio de igualdad.

Es un hecho notoriamente publicado –El Diario de Hoy, viernes 29 de mayo de 2020 p 2 y 3; La Prensa Gráfica viernes 29 de mayo de 2020, Diario El Mundo viernes 29 de mayo 2020

p 6– que las personas asintomáticas serán enviadas a cuarentena domiciliar, con lo cual, la permanencia de las personas confinadas con exceso de tiempo en los centros de contención –que ya estaba en una situación de posible grave ilicitud– resulta totalmente inaceptable, por lo cual, dicha privación de libertad respecto de la favorecida deberá cesar inmediatamente so pena de constituir una privación ilegal de libertad, imputada en los términos del artículo 290 del Código Penal.

Mientras se ejecuta el traslado de la favorecida embarazada a su residencia, deberá proporcionarse la alimentación cuya cantidad y calidad sea necesaria para asegurar la vida y salud de ella y el *nasciturus*.

22. HC 463-2020, auto de exhibición personal del 29 de mayo de 2020.

Las mujeres embarazadas son un grupo que se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad ante la emergencia sanitaria en la que nos encontramos, por lo que debe hacerse énfasis en la necesidad de garantizar de manera oportuna y apropiada el derecho a la salud de aquellas que se encuentran a cargo del Estado; asimismo, deben adoptarse medidas que incluyan la reevaluación de los casos de prisión preventiva especialmente en los casos relacionados con poblaciones consideradas de riesgo ante el contagio del Covid-19 –personas adultas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes–, lo que deberá realizarse mediante un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables, tal como lo ha expuesto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su resolución 1/2020, del 10 de abril de 2020.

La medida cautelar necesaria para garantizar los derechos de la favorecida embarazada es que los jueces a cargo de su proceso penal, deberán recibir la solicitud de revisión de medida cautelar y evaluar con urgencia la misma, incluyendo en su análisis una ponderación que considere: i) la perspectiva de género; ii) su estado actual de gestación; iii) la naturaleza del delito que se le atribuye; iv) las condiciones del centro penal en que se encuentra, entre ellas el nivel de hacinamiento, y v) los riesgos que existen a raíz del Covid-19 para las personas privadas de libertad, especialmente algunos grupos más vulnerables como las mujeres embarazadas.

El director de la Granja Penitenciaria de Izalco deberá tomar las medidas de carácter general que estime pertinentes para proteger a los grupos más vulnerables al contagio de la pandemia del Covid-19 –personas adultas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes– que se encontraren reclusas en dicho recinto, lo que habrá de tratar en el estricto cumplimiento de los protocolos sanitarios preestablecidos por las autoridades correspondientes. Particularmente deberá informar a este Tribunal de las medidas sanitarias de protección para las mujeres en estado de gestación, con hijos lactantes y adultos mayores que han sido adoptadas en el centro penal que dirige para enfrentar y contener la propagación del referido virus.

Considerando la dimensión objetiva del proceso de hábeas corpus –auto del 17 de abril de 2020, hábeas corpus 201-2020–, esta Sala estima necesario exhortar a todos los jueces

y magistrados competentes en materia penal, en todas las instancias y tanto común como especializada –de crimen organizado, LEIV, menores– a que: i) establezcan mecanismos eficientes y adecuados para el recibo de solicitudes que se presenten en los distintos procesos a su cargo, en atención a los derechos de acceso a la justicia y de protección jurisdiccional –art. 2 Cn.–; ii) resuelvan a la brevedad posible aquellas peticiones que se refieren a la libertad física de los imputados y especialmente las de los que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad en el contexto de la pandemia por COVID-19, entre ellos personas mayores de edad, con padecimientos de salud, mujeres embarazadas y con hijos menores y sobre todo lactantes; iii) consideren las características de los delitos atribuidos a los imputados y, con base en ello, reserven la detención provisional para aquellos violentos o que sean particularmente graves, toda vez que se cumplan los presupuestos de la prisión preventiva, asimismo incluyan en sus análisis las condiciones de hacinamiento general de los centros penitenciarios –sentencia de fecha 27 de mayo de 2016, hábeas corpus 119-2014 Ac– y especialmente aquellas del recinto en que se encuentra la persona cuya situación deciden, así como también los riesgos actuales que existen para la vida y salud de las personas privadas de libertad en el contexto de la emergencia sanitaria; iv) acudan a las distintas resoluciones y recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, entre otros órganos internacionales de derechos humanos a cuya competencia se encuentra sometido El Salvador, como insumos importantes para la emisión de sus decisiones. Lo anterior como exigencia de los derechos fundamentales a la salud –art. 65–, integridad personal –art. 2–, presunción de inocencia –art.12– y libertad personal –art. 2–.

También se exhortará a los jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena del país para que apliquen, *mutatis mutandis*, las anteriores consideraciones en cuanto a los subrogados penitenciarios y otras solicitudes que se les presentaren

23. HC 464-2020, auto de exhibición personal del 29 de mayo de 2020.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes se debe reforzar su protección para prevenir el contagio por el Covid-19, las medidas adoptadas deben de considerar sus particularidades como personas en etapa de desarrollo atendiendo de manera más amplia su interés superior. Su protección debe, en la medida de lo posible, garantizar los vínculos familiares y comunitarios. Además, debe establecer protocolos de emergencia orientadores para los equipos y personas que tengan niños a su cargo.

En este caso, de acuerdo con los hechos expuestos por la peticionaria, la cuarentena a la que fue sometida junto a su hija recién nacida ha resultado desproporcional y podría estar afectando irremediablemente los derechos a la libertad personal, integridad y salud de ambas debe ordenarse a la autoridad encargada del centro de contención donde se encuentran que inmediatamente las remita a su lugar de residencia para cumplir con el resguardo domiciliar ordenado por el gobierno de El Salvador. Mientras se ejecuta el traslado, deberá proporcionarse a las favorecidas todas las condiciones para asegurar su vida, salud e integridad.

IV. Tutela del derecho de libertad personal ante restricciones injustificadas.

El desarrollo de las actividades del Órgano Ejecutivo ante la situación pandémica, fue concentrada –aparte de la cuestión médica asistencial– en una política de privación de libertad de los habitantes de la república, con especial énfasis en los que a juicio de policías y militares, incumplían la cuarentena domiciliar ordenada mediante decretos ejecutivos, tales restricciones quedaron bajo la discrecionalidad y arbitrariedad de funcionarios y agentes del Estado, que sin ley y sin un procedimiento regular detenían a quienes consideran infractores, lo cual generó una verdadera “patología” de abuso de poder²⁰¹.

Si se sigue la diversidad de casos reflejados en los procesos de *habeas corpus*, se podrán concentrar al menos los siguientes aspectos: [a] la privación de libertad de personas que no tenían sintomatología objetiva de contagio, pero que fueron privados de libertad por estar en la vía pública, con o sin justificación, lo cual quedaba a evaluación de los policías o militares que realizaban la intervención; [b] en los centros de contención, la falta de información para las personas confinadas, falta de atención médica, así como de realización de pruebas de tamizaje y entrega de resultados, y falta de control y tratamiento en otras enfermedades crónicas que presentaban las personas privadas de libertad; [c] el alargamiento de la privación de libertad en los centros de contención, sin ninguna resolución y procedimiento, sino sólo basado en la discreción de las autoridades del centro de contención; [d] el confinamiento en centros de contención o el traslado a otros centros como medida punitiva ante las protestas de las personas ingresadas en los mismos, incluido modalidades de castigo físico; [e] la discriminación de personas de grupos vulnerables, o la falta de cuidado sobre la seguridad de los mismos.

Ante la presunta violación del derecho de libertad por razones de confinamiento sanitario, el mecanismo de *habeas corpus*, se muestra como una herramienta fundamental de protección ante los abusos de poder, ello significa, mirar más allá de un mecanismo formalizado ante su configuración clásica prevista para la detención provisional decretada por delito, y responder a otras formas de restricción a la libertad personal, que de igual manera limitan ese derecho, inclusive extendiendo la exhibición personal, al resguardo de otros derechos fundamentales estrechamente vinculados al confinamiento de las personas –integridad personal, salud, derecho a la información, dignidad y no discriminación etc.– sólo así, podrá la jurisdicción constitucional cumplir su finalidad de ser fiel guardián de los derechos consagrados en la Carta Magna para todas las personas sin distinción alguna.

²⁰¹ Son paradigmáticos los casos denunciados por la ciudadanía mediante demandas de exhibición personal que reflejan la presunta irracionalidad en el actuar de las autoridades por ejemplo: [i] el de tres señoras que habían salido a comprar comida, y fueron detenidas por la policía; [ii] el de un joven que con receta buscaba comprar medicina para su mamá enferma de cáncer, quien fue privado de libertad y llevado a centro de contención; [iii] el de una señora y su hija, que en una comunidad marginal, salieron de su casa para ir al sanitario, y fueron intervenidas por la autoridad y llevadas a centro de contención; [iv] el de un joven que paseaba a su perro en su pasaje, y fue privado de libertad siendo llevado a un centro de contención y pasando un largo periodo detenido.

Epílogo

La pandemia del virus del Covid-19 ha cambiado las relaciones humanas a nivel mundial²⁰², también ha materializado un riesgo importante a la vida, la integridad y la salud de las personas en su sentido más integral y pleno, no obstante ello, me parece un falso dilema que enarbolando la bandera de la salud pública, del interés general, del bien común –o cualquier concepto de lo público²⁰³– se pretenda intervenir por los Estados autoritariamente, desconociéndose los límites que las Constituciones imponen a las actuaciones de los poderes públicos, y menos que se permita un abuso de los derechos fundamentales de los habitantes por parte de los gobernantes quienes bajo el pretexto de la “salus populi suprema lex est²⁰⁴” pretenden implementar un uso abusivo de los instrumentos sanitarios para enfrentar la pandemia, impedirlo es tarea indeclinable de los tribunales constitucionales, es su hora, para equilibrar el fiel de la balanza de la justicia, de lo contrario la constitución y la protección de los derechos fundamentales que la legitiman serán ilusorios²⁰⁵, y podrían sostenerse que ante el poder real de los poderes ejecutivos, los jueces constitucionales han enmudecido en símil a *Et siluit terra in conspectu eius*.

²⁰² DESOUSA Santos Boaventura “La cruel pedagogía del virus”. Biblioteca Masa-crítica. CLACSO. 1ª edición. Buenos Aires. Argentina. 2020 p 19 a 20.

²⁰³ Ver GARGARELLA Roberto, ROA ROA Jorge Ernesto “Dialogo Democrático y Emergencia en América Latina” Op cit. p 9 a 11.

²⁰⁴ No debe olvidarse que bajo el adagio “La salvación del pueblo es ley suprema” precisamente se justifica la violación de la ley y el quebranto del orden constitucional y de los derechos humanos básicos.

²⁰⁵ BARROSO Luis Roberto “Contramayoritario, representativo e iluminista. Las funciones de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas” en “La Justicia Constitucional en tiempos de cambio”. Roberto Niembro O., Sergio Verdugo. Coordinadores. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2019 p 7.



5.4. CAPÍTULO IV

LOS RETOS CONSTITUCIONALES FRENTE AL REAJUSTE INSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS IBEROAMERICANOS

Con la aparición y expansión del Covid-19 la sociedad y los Estados han enfrentado grandes retos y transformaciones sociales, económicas, ambientales y culturales que implican un desafío para el Estado social y democrático de Derecho. Es por esta razón que en este último capítulo la mesa de discusión general sostiene un diálogo constructivo en relación con los efectos que la pandemia y las medidas que, como consecuencia de ésta, se han tomado en la organización y funcionamiento del Estado.

Seguidamente, la mesa de discusión jurisprudencial expone decisiones de los Tribunales o Cortes sobre los retos en el diseño del Estado Constitucional. En particular, sobre cómo esta inédita situación implica la construcción de una nueva normalidad que incorpora los efectos perdurables de las medidas adoptadas por la pandemia.

MESA DE DISCUSIÓN GENERAL

PRESENTACIÓN

KARENA CASELLES HERNÁNDEZ

Magistrada auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia.

La Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional en esta oportunidad discute temas muy importantes para la sociedad, específicamente sobre la democracia y los derechos fundamentales en los estados de excepción.

Altos dignatarios de la justicia constitucional de Iberoamérica deliberan sobre la restricción del componente democrático del Estado Constitucional, tras la declaratoria de los estados de excepción, así como el impacto que la pandemia ha generado en los derechos fundamentales y cómo esto ha afectado, de forma diferenciada, a poblaciones vulnerables, históricamente marginadas, a las mujeres, a las personas de la tercera edad, a los niños y a las niñas. También el reconocimiento de los derechos, como la renta básica universal, el acceso a servicios informáticos, la soberanía alimentaria, y el derecho a la buena administración.

En esa línea este eje se propuso analizar los retos que tiene el constitucionalismo frente al evidente reajuste institucional que se ha generado a raíz de la pandemia y la forma en la que debemos analizarlo.

Después de periodos de crisis institucional el constitucionalismo busca evitar que se repitan los mismos eventos de quiebre de la normalidad y por ello analiza el papel de las instituciones y la forma en la que deben corregirse eventuales afectaciones.

Son celebres los textos de constitucionalistas como Jorge Carpizzo, Santiago Nino, Giovanni Sartori, quienes se interrogaron sobre qué deben contener las constituciones del neoconstitucionalismo latinoamericano para que las crisis políticas, habituales en todos los sistemas políticos, no se conviertan en crisis de Estado que impliquen la ruptura constitucional a través de leyes marciales, los propios estados de excepción o los eventuales y funestos golpes de Estado.

Sin duda la pandemia por Covid-19 ha provocado una fractura en la normalidad, pues como consecuencia de las medidas gubernamentales se han restringido derechos civiles y políticos, derechos sociales, económicos y culturales, se han suspendido incluso medios de participación y de veeduría ciudadana y se ha puesto en riesgo en algunos casos el principio del control al poder.

Debido a que el riesgo del contagio en la pandemia nos acompañará meses, e incluso años, es necesario que el constitucionalismo se pregunte por los ajustes que deben implementarse con el fin de evitarse restricción de derechos y principios constitucionales, equivalentes a las que se vivieron en los estados de excepción en Latinoamérica durante los años 60 y 70.

La pandemia y sus efectos sobre los derechos de la ciudadanía renuevan las preguntas clásicas y definitorias del constitucionalismo, por ello con el fin de conseguir la plena vigencia del régimen constitucional debemos cuestionarnos sobre ¿cómo lograr la garantía de los derechos fundamentales? y ¿cómo conseguir una adecuada separación y control entre los poderes públicos?

Estas dos preguntas y sus respectivas respuestas son condición para la vigencia de nuestros regímenes constitucionales, para la salud de nuestras democracias. En esta ocasión las consecuencias de la pandemia en el constitucionalismo imponen nuevos retos para compatibilizar la separación de los poderes, el control a la rama ejecutiva, el ejercicio pleno de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos sociales y culturales que se han visto duramente golpeados tras la irrupción de la pandemia en nuestras vidas.

El objetivo es indagar y discutir sobre los efectos de los estados de excepción en los derechos de las personas y en el sistema de pesos y contrapesos.

En este texto se encuentran consignadas las intervenciones de la Magistrada Gloria Patricia Porras Escobar, Presidenta de la Corte Constitucional de Guatemala quien expone sobre el caso particular de su país en relación con el acceso a la justicia constitucional y la garantía de los jueces constitucionales independientes y quien nos plantea las dificultades de construir una democracia completa en la que los tribunales constitucionales tengan un verdadero papel en el sistema de pesos y contra pesos y la forma en la que el poder judicial se ha venido adaptando ante la pandemia

Luego el Magistrado Milton Ray Guevara, Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana habla sobre los desafíos del control de constitucionalidad a propósito de la declaratoria del estado de excepción en el caso dominicano. Destaca cómo la pandemia ha terminado de profundizar las fracturas o desgastes de algunos países y como esto ha puesto en riesgo incluso la democracia, y de otro como aparecen unos desafíos por resolver, entre ellos el impacto diferenciado de los derechos; la forma en la que el poder

judicial se ha adaptado o ha debido asumir su función que es esencial para la sociedad y que tal vez ahora muchos ciudadanos y ciudadanas lo advierten al entender que los jueces son los que establecen límites al poder, y cómo la nueva normalidad debe tener en cuenta a las poblaciones más vulnerables, quienes han sufrido con mayor impacto los efectos de la pandemia.

Y, por último, Magistrado José Fernando Reyes Cuartas de la Corte Constitucional de Colombia se ocupa de explicar los retos o transformaciones que han surgido con la pandemia y las posibilidades de los tribunales constitucionales para resolverlas. Su exposición gravita sobre la idea según la cual necesitamos menos constitucionalismo de excepción y más constitucionalismo transformador, nos plantea los retos de los estados de excepción como la erosión democrática, la restricción de libertades ciudadanas, los esquemas de hiperpresidencialismo, la garantía de las promesas y la distancia para su cumplimiento en la realidad.

Las intervenciones destacan, en su conjunto que la crisis por la cual atravesamos nos ha hecho ver que bienes públicos como la salud y la educación son centrales para toda la sociedad, que el trabajo de cuidado es el que sostiene la vida y que es necesario contar con un enfoque interseccional que nos permita abordar los impactos diferenciados que la pandemia tiene en la sociedad. Así mismo recaban en la necesidad de reforzar el lenguaje universal de los derechos humanos, de dar mayor veeduría a las y los ciudadanas en el ejercicio del control al poder ejecutivo, impedir la restricción de facto de la participación ciudadana, y reconocer la vitalidad que tiene para la salud de nuestros Estados que los poderes legislativo y judicial dispongan de mecanismos eficaces e igual de expeditos a los que utiliza el ejecutivo en tiempos de excepción, para hacer contrapeso a sus decisiones.

Los retos de la pandemia son muchísimos, y por ello resulta importante una justicia que comprenda su papel en la garantía del orden democrático y una sociedad consciente de sus derechos y de la importancia de las instituciones robustas para defender el Estado Social de Derecho.

EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA GARANTÍA DE JUECES CONSTITUCIONALES INDEPENDIENTES (CASO GUATEMALA)

GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR

*Presidenta de la Corte constitucional
de la República de Guatemala.*

Antecedentes:

Desde la Edad Antigua civilizaciones como la griega y la romana han desarrollado institutos que la doctrina considera antecedentes de lo que hoy conocemos como garantías constitucionales. Ejemplos de ello son la protección de la libertad de las personas a través del interdicto del homine libero *exhibendo*, la defensa de sus derechos frente a el ejercicio abusivo del poder por parte de las autoridades a través de la intervención del Tribuno de la plebe, ambas en Roma, y la posibilidad de anular las normas producidas por el parlamento, o *pséfisma*, por no sujetarse a los valores y principios del nomos en Grecia.

En 1606 el *chief justice* Sir Edward Coke, a través de la sentencia del caso Bonham, manifestó la necesidad de que todas las leyes y actos de gobierno estuvieran sujetas a un Derecho fundamental que no debía ni podía ser ignorado, en aquel caso particular, afirmó la imposición del *common law* frente a los poderes del Parlamento. El pronunciamiento de este fallo permitió el predominio del derecho, de lo que él mismo llamó “razón artificial”, “sobre los actos que podrían ser repugnantes, contrarios a la razón y al derecho común”, lo que implicaría la imposibilidad de aplicar la razón natural de los gobernantes a los casos en los que están involucrados los derechos de las personas, y exigía, al contrario, que para resolverlos se aplicara la razón artificial que corresponde al “juzgamiento en derecho”²⁰⁶.

²⁰⁶ Velásquez Rizo, Ana María. *El caso Bonham. Supremacía Constitucional*, en Revista de Derecho, Universidad del Norte, 1999, págs. 137 – 140. Disponible en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/download/2749/1852>. Pág. 139.

Más adelante, en el siglo XVIII en los Estados Unidos de América se incluye en los párrafos 2 y 3 del artículo 6 de la Constitución el principio de supremacía constitucional y de sujeción del poder público a la misma. Con posterioridad, en 1795, Enmanuel Sieyès, en Francia, ponía de manifiesto que para dotar de garantía y salvaguardar la Constitución que estaba siendo redactada por la Convención de Termidor, era necesario establecer un Tribunal Constitucional, que debería ser “un verdadero cuerpo de representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución”, el cual debería estar constituido por 2/20 de los legisladores y debería tener la misión especial de juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación a la Constitución que fueran dirigidas contra los decretos que emitiera la legislatura²⁰⁷. Este método de control de constitucionalidad a través del órgano legislativo, fue adoptado en el continente americano a través de los artículos 372 y 373 de la Constitución de Cádiz de 1812.

Ya en el siglo XIX, la emblemática sentencia del caso *Marbury vs Madison* en los Estados Unidos de América sentaba la base jurisprudencial para el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, modelo que fue adoptado por la Carta del Estado de Yucatán del 16 de mayo de 1841, junto con la institución del amparo, encomendando ambos al organismo judicial²⁰⁸. Las discusiones surgidas en el siglo XX sobre quién debería ser el custodio de la Constitución, concluyó con la instalación de los tribunales constitucionales en 1920, precedente incuestionable de las judicaturas que en la actualidad existen en nuestra región y que hoy cada uno de nosotros, estamos representando en este evento.

Este breve recorrido por la historia nos permite darnos cuenta de la importancia y la trascendencia que tiene el control de los actos de autoridad para garantizar los derechos y libertades de las personas y la sujeción del poder público al contenido de las constituciones, tarea que, de acuerdo con el modelo adoptado en la región, ha sido encomendada a los jueces. La historia también ha sido testigo de las dificultades que en diferentes momentos y debido a diversas situaciones los tribunales encargados de ejercer el control de constitucionalidad han tenido que enfrentar, lo que también permite contar con una jurisdicción constitucional independiente y efectiva, es un signo visible de la estabilidad democrática de los Estados.

Históricamente, los Tribunales constitucionales, han debido enfrentar diversos retos, sin lugar a duda la función de ser el máximo contralor de la Constitución Política de la República y el máximo intérprete de la misma no es fácil. Velar por el estricto cumplimiento de los postulados en ella contenidos garantizando el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, no deja de crear desavenencia en aquellos que no se sujetan a los dictados de la Constitución.

En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República, reconoce y garantiza de una manera amplia y de acuerdo a los estándares internacionales una serie de derechos fundamentales de las personas. Además de definir las funciones de cada uno de los órganos de

²⁰⁷ Fernández Segado, Francisco. *Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional*, en Revista Española de Derecho Constitucional, 1997, págs. 79 – 118. Pág. 80.

²⁰⁸ Ibid.

Estado. En su artículo 268 establece, en forma expresa, que la defensa del orden constitucional corresponde a la Corte de Constitucionalidad, la que actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asignan la Constitución y la ley de la materia.

La necesidad de tutelar los derechos de las personas en la normalidad que conocíamos propiciaba que el Tribunal abriera entre 6,000 y 7,000 expedientes al año. El año 2020 sin lugar a dudas, representa para los Tribunales Constitucionales un reto mayor, no solo por las medidas tomadas a causa de la pandemia, sino además por cuestiones políticas que buscan en el caso de Guatemala, limitar la independencia del Tribunal, pues los magistrados han sido objeto de múltiples ataques, con el objeto de debilitar la función que ejercen de acuerdo con los principios y valores consagrados en la Constitución.

Retos constitucionales que debe enfrentar la corte de constitucionalidad de Guatemala ante el reajuste institucional

El acceso a la justicia es uno de los pilares principales de un Estado democrático y constitucional de derecho. En ese marco, la justicia especializada que imparten los tribunales constitucionales ocupa un lugar especial, particularmente en situaciones de emergencia como la que actualmente se vive a nivel global por la pandemia de Covid-19. Es innegable que los Estados, en general, y los tribunales constitucionales, en particular, han tenido que enfrentar situaciones muy distintas a las cotidianas. Garantizar el acceso a la justicia constitucional durante la emergencia sanitaria y tomar acciones para su sostenibilidad en el futuro, son retos que deben ser enfrentados.

La emergencia sanitaria generada por la pandemia ha puesto a prueba la estructura fundamental de los Estados. Muchas decisiones han tenido que ser tomadas en todos los órganos de los Estados para detener o contrarrestar los efectos negativos que a nivel humano, social, político y económico genera la enfermedad y, aunque esto es evidentemente necesario, es en este marco en el que se producen los peligros para las personas particulares, colectivos en condiciones de vulnerabilidad y para los Estados mismos.

El secretario general Adjunto para el Estado de Derecho y las Instituciones de Seguridad de las Naciones Unidas, Alexandre Zouev²⁰⁹, resalta que medidas tomadas por los Estados a lo largo del mundo, han abierto la puerta a violaciones significativas a los derechos humanos, al principio democrático y a la paz. Así, por ejemplo, la ampliación de la presencia de las fuerzas policiales y otros cuerpos de seguridad ha traído aparejado el aumento de denuncias por el uso desproporcionado de la fuerza; el uso de los poderes de emergencia por parte de los organismos ejecutivos ha sido utilizado para consolidar un poder desproporcionado que permite la represión a las voces opositoras y el debilitamiento de instituciones democráticas. Incluso, la distribución de ayudas humanitarias, suministros médicos y programas de asistencia económica para contrarrestar los efectos de la pandemia, generan una amplia oportunidad para la corrupción y el fraude.

²⁰⁹ Zouev, Alexandre. *El COVID-19 y el Estado de Derecho*. Disponible en: <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/covid-and-rule-law-dangerous-balancing-act>

La estabilidad social y la paz también se ven en riesgo ya que, según el secretario general Adjunto Zouev, la situación creada por la pandemia también puede ser aprovechada por grupos armados para desacreditar instituciones estatales y utilizar la indignación pública que generan medidas como el cierre de lugares de adoración, para consolidarse y extender su control sobre algunos territorios.

Frente a la necesidad de tomar medidas que permitan hacer frente a la enfermedad y los riesgos que implica para las personas y la estructura jurídico-política de los Estados que aquellas se encaminen por rumbos equivocados, es necesario retomar el principio de razonabilidad y garantizar que las medidas tomadas sean proporcionales para lograr el fin legítimo²¹⁰ que no puede ser otro que garantizar los derechos a la salud, la vida, la integridad física de las personas y el efectivo funcionamiento de las instituciones del Estado.

Además, es importante tener presente ese riesgo de autoritarismo y debilitamiento democrático que se cierne sobre los Estados, que pone en peligro la subsistencia de los principios republicanos y los avances de los constitucionalismos locales. La naturaleza de los tribunales constitucionales y la posibilidad de que a través de ellos se marquen los límites del poder público, ha resultado, resulta y resultará, incómodo para aquellos regímenes que lejos de abrazar los principios y valores contenidos en la Constitución en procura de un mayor y mejor reconocimiento y garantía de los derechos de las personas, pretenden hacer uso de las altas investiduras que como funcionarios y dignatarios de la nación ostentan, para servir a intereses particulares, muchas veces, divorciados absolutamente del bien común.

Tal y como lo manifestara el profesor Luis Eduardo García Guerrero: “Quieren tener cada vez más concentración de poder y eso no es bueno para los ciudadanos, eso no es bueno para la dignidad humana, ni para la realización personal, ni para el disfrute de los derechos y libertades personales, ni para la garantía de minorías”²¹¹.

En ese contexto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala frente al reajuste institucional, debe enfrentar diversos retos, entre ellos el garantizar su independencia, el debido cumplimiento de sus decisiones, facilitar el acceso a la justicia de las personas y, realizar una labor de sensibilización y de capacitación a la ciudadanía para seguir ejerciendo sus derechos.

Independencia Judicial

La existencia de tribunales constitucionales independientes, es una garantía para todas las personas sujetas a su jurisdicción, toda vez que permite mantener vigente el espíritu democrático de la organización político-jurídico-económico-social que es el Estado y, desarrollar los contenidos esenciales de los derechos reconocidos en los textos constitucionales e instrumentos internacionales.

²¹⁰ Ayala Corao, Carlos. *Retos de la pandemia del COVID-19 para el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos*. Disponible en: <https://www.ici.org/wp-content/uploads/2020/05/RETOS-DE-LA-PANDEMIA-COVID-News-Feature-Articles-2020-SPA.pdf>

²¹¹ Califica de mal intencionados los ataques a los tribunales constitucionales. *Diario libre*. 02 de marzo de 2014. Santo Domingo. Disponible en: <https://www.diarionlibre.com/actualidad/califica-de-mal-intencionados-los-ataques-a-los-tribunales-constitucionales-GNDL507111>.

La función independiente de los jueces, como contralores de convencionalidad, constitucionalidad y legalidad de los actos de los poderes del Estado y de los funcionarios en general, es fundamental para lograr la protección judicial de los derechos humanos dentro de un Estado democrático²¹² y, debido a su importancia para garantizar el acceso a los derechos vinculados al recurso efectivo y el debido proceso, ha sido abarcado por varios instrumentos internacionales, en los que se resalta la doble dimensión que tiene la independencia judicial, tanto a nivel institucional o sistémico, como a nivel funcional o de ejercicio individual.

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la independencia institucional o de sistema se refiere al “grado de independencia que debe guardar la institución respecto de otros poderes públicos como sistema”²¹³, lo que implica contar con suficientes garantías que permitan que la institución de justicia por parte de los Tribunales Constitucionales no sea sometida a abusos o restricciones que puedan considerarse indebidas por parte de otras instituciones del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la independencia es “esencial para el ejercicio de la función judicial”, entendiéndola, incluso, como uno de los objetivos principales de la separación de los poderes públicos, que tiene por objetivo que el sistema judicial en general y los jueces en particular “se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos” al sistema judicial o incluso por parte de los juzgados y tribunales que ejercen funciones de revisión o apelación²¹⁴.

Además, recogiendo el contenido de los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, el tribunal interamericano ha afirmado: “Respecto a la garantía contra presiones externas, los Principios Básicos disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”. Asimismo, dichos Principios establecen que “[n]o se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial”²¹⁵.

Respecto al caso particular de los jueces constitucionales, la Corte Interamericana ha manifestado: “Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas”²¹⁶. – El resaltado es nuestro–

²¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*, 2013. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf>.

²¹³ Ibid. Párr. 26.

²¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela (EP, F, R y C). Sentencia de 1 de julio de 2011. Párr. 97.

²¹⁵ Ibid. Párr. 100.

²¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (F, R y C). Sen-

En este marco, resulta innegable la importancia y trascendencia de la independencia de los jueces constitucionales para sostener la democracia y el régimen de convencionalidad y constitucionalidad a lo interno de cada uno de los Estados.

Cómo preservar la independencia de los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha sido y seguirá siendo uno de los principales objetivos del Tribunal Constitucional. Conforme el artículo 268 de la Constitución Política de la República de Guatemala, quedó constituida la Corte de Constitucionalidad, como tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial radica en la defensa del orden constitucional. Dicho Tribunal está colocado en la cúspide de la estructura que concierne a los órganos jurisdiccionales a los que se encarga, por ley, la función de impartir y administrar la Justicia Constitucional. Según se aprecia, por disposición constitucional le es atribuida a la Corte de Constitucionalidad la función de ser el órgano al que compete la interpretación final del alcance contenido en cada una de las normas integradas en la Carta Magna, pudiendo actuar con absoluta independencia, respecto de los demás órganos de Estado.

En ese contexto el Tribunal Constitucional, ha sido contundente en sus decisiones, no obstante, ello ha conllevado a que sus magistrados sean objeto de múltiples acciones judiciales, con el fin de desafiar el libre ejercicio de la independencia funcional y jurisdiccional que le ha sido encomendada. Así a la fecha, solo en el caso de la ponente se han acumulado aproximadamente cincuenta antejuicios y diversas exhibiciones personales.

Garantizar el debido cumplimiento de los fallos del tribunal constitucional

En el entorno generado por la Covid-19, diferentes instituciones han aprovechado la pandemia, para desafiar las decisiones de los Tribunales Constitucionales y, con ello dar paso a otros intereses, que no atienden a los principios y valores consagrados en el texto constitucional. Así, dentro de uno de nuestros expedientes, en el cual se otorgó amparo ante una petición formulada por el Ministerio Público -quien accionó ante la amenaza de que no se observaron los postulados constitucionales en un proceso de selección de funcionarios-, el Tribunal Constitucional giró instrucciones a efecto que el órgano a cargo de la elección, velara porque en el proceso fueran electos aquellos aspirantes que cumplieran con los mandatos constitucionales. Sin embargo, no obstante, la importancia de tal decisión, desde el mes de mayo aún no ha sido acatada.

Estos actos de desacato, sin lugar a dudas buscan debilitar la credibilidad del Tribunal, en el periodo de pandemia y post-pandemia. En ese contexto, el artículo 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece que las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos. La propia ley de la materia establece los mecanismos para garantizar el debido cumplimiento de las decisiones del Tribunal, los cuales ya se han accionado.

tencia de 31 de enero de 2001. Párr. 75.

Parece importante, traer a la reflexión en esta mesa, cómo los Tribunales Constitucionales, deben enfrentar estos nuevos retos y como propiciar el diálogo entre Tribunales, a efecto de intercambiar experiencias. Los tiempos de pandemia no pueden, ni deben ser utilizados para desacatar las decisiones constitucionales y, mucho menos para vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

Facilitar a la ciudadanía el acceso a la justicia mediante mecanismos ágiles y efectivos

Comprometidos con impartir una justicia pronta y cumplida, desde 2015 iniciamos el camino para enfrentar lo que ha constituido un reto para el sector justicia, implementar herramientas tecnológicas que contribuyan a mejorar el servicio que ofrecemos a la ciudadanía. Con el proceso de transformación tecnológica que impulsamos en la Corte, buscamos agilizar los procesos internos en la gestión de expedientes, implementar mecanismos de control de los asuntos que conoce el Tribunal, economizar recursos, mejorar la productividad, simplificar el trámite de acciones constitucionales, todo ello con el fin de facilitar a la población, el acceso a la justicia y favorecer la transparencia.

El expediente, firma y Casillero Electrónico, así como el CC ASISTENTE BOT y Vistas Públicas virtuales son algunos de los proyectos tecnológicos que desarrollamos para poder alcanzar los objetivos propuestos. Este nuevo modelo de gestión permitió a la Corte estar preparado para el trabajo a distancia demandado por la crisis de salubridad mundial, garantizando el derecho a la justicia constitucional sin comprometer la salud de nuestro personal ni de los usuarios.

Todos los esfuerzos, y cada una de las acciones que componen la transformación digital del Tribunal, fueron diseñados para promover la transparencia y cumplir de forma eficaz y eficiente nuestro mandato constitucional “ser garante del orden constitucional”. El Sistema Informático de Expedientes Electrónicos de la Corte de Constitucionalidad -SIECC-, fue diseñado por un equipo multidisciplinario integrado por expertos en proyectos informáticos y de análisis jurídicos con el fin de agilizar el trabajo del Tribunal.

La gestión del expediente electrónico ha permitido que letrados y Magistrados puedan tener acceso a los expedientes desde el momento que ingresan al tribunal aumentando la eficiencia del trabajo que realizan. También hizo posible el trabajo a distancia durante la situación de emergencia generada por el Covid-19 sin afectar la producción de la Corte. Tanto el personal técnico-jurídico como el Pleno de Magistrados ha podido cumplir con sus funciones y reducir el riesgo de contagio.

El nuevo modelo de gestión contempla servicios innovadores para una mejor atención al usuario. Algunos de los más significativos son los siguientes:

- a) El Casillero Electrónico: una de las primeras herramientas electrónicas que la Corte puso a disposición de sus usuarios en el año 2015.

- b) Expediente electrónico
- c) Vistas públicas virtuales
- d) Pleno virtual
- e) CC Asistente Bot

Labor de sensibilización para algunos y de capacitación a la ciudadanía para seguir ejerciendo sus derechos

En junio de 2020 un abogado planteó antejuicio a cuatro magistrados del Tribunal Constitucional por considerar que un amparo otorgado al Ministerio Público era ilegal. Ante lo cual Magistrados suplentes de la Corte Suprema de Justicia –integrados de forma indebida– le dieron trámite y el Congreso de forma apresurada integró la Comisión pesquisadora y con ello buscar desestabilizar la función que realizamos los Magistrados del Tribunal Constitucional. Contra el actuar de la Corte Suprema de Justicia, el Procurador de los Derechos Humanos planteó amparo, el que fue admitido a trámite y, a su vez se otorgó el amparo provisional suspendiendo la resolución que admitió las diligencias de antejuicio

El Congreso no acató la resolución y denunció a los Magistrados del Tribunal Constitucional ante el Ministerio Público, por considerar que se habían auto amparado, obviando que el artículo 170 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad –que regula la actuación del Tribunal-, otorga en forma expresa a los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad, la facultad de inhibirse, pues no les aplican las causales de excusa establecidas en la Ley del Organismo Judicial, ni en cualquiera otra ley.

Derivado del incumplimiento el Procurador de los Derechos Humanos pidió al Tribunal que ordenará el acatamiento del fallo, por lo que la Corte indicó al Ministerio Público perseguir de forma penal a quienes incumplieron en el Congreso.

Los antejuicios se encuentran pendientes de ser resueltos en la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, los atentados contra la independencia de los jueces que integramos la Corte de Constitucionalidad guatemalteca no se detuvieron. Después de sortear los ataques de dos órganos de Estado, un actor no estatal intervino para, además de atentar contra la independencia de la Corte provocar dolor y zozobra a nivel personal y familiar a los magistrados. El 1 de septiembre de este año, un abogado planteó una acción de exhibición personal a favor de los magistrados Nefthalí Aldana Herrera y Bonerge Mejía Orellana y, en contra de mi persona, aduciendo una preocupación por el estado de salud de aquellos magistrados debido a publicaciones en las redes sociales que afirmaban su fallecimiento.

Como se hizo de dominio público por parte de la propia Corte de Constitucionalidad, el magistrado Mejía Orellana se contagió de Covid-19, lo cual fue debidamente corroborado y diagnosticado por personal médico haciendo las pruebas pertinentes, situación de la cual devino una serie de complicaciones que concluyeron con su sensible fallecimiento el día 5 de septiembre recién pasado. El magistrado Mejía Orellana, a raíz de su padecimiento, presentó

la excusa que requiere la ley y le fue autorizada una licencia con goce de sueldo, dentro de los requisitos, plazos y condiciones que contempla la ley. En ningún momento el magistrado Mejía Orellana fue objeto de detención o retención involuntaria, al contrario, se encontraba recibiendo el tratamiento correspondiente al cuidado de sus propios familiares.

Por otro lado, el magistrado Aldana Herrera, ha presentado padecimientos de salud que le han hecho imposible cumplir con sus labores jurisdiccionales. Igualmente, se excusó y le fue otorgada una licencia con goce de sueldo de acuerdo con lo que establece la normativa aplicable. El magistrado Aldana Herrera se encuentra al cuidado de su familia y recibiendo el tratamiento correspondiente a su condición.

Claramente, la institución jurídica de la Exhibición Personal, contenida en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad que rige las garantías constitucionales guatemaltecas y que es ampliamente conocida en nuestra región debido al doloroso pasado que nos identifica en el que la desaparición de personas se volvió común, tiene una función sumamente noble y humanitaria: garantizar la libertad individual y la integridad de las personas que se encuentran ilegalmente detenidas o que estando detenidas en forma legal son víctimas de vejámenes. Ninguno de estos dos supuestos se cumplía en este caso; sin embargo, con una completa falta de criterio y sin fundamento legal, la misma Corte Suprema de Justicia que ha pretendido perseguirnos por la resolución que emitimos en relación con el proceso de elección de magistrados, le dio trámite a la solicitud y nombró a la jueza que debería practicar la diligencia.

La jueza se presentó a la Corte de Constitucionalidad para practicar la exhibición y cuando le fue expuesto que los magistrados no se encontraban en este lugar, procedió a retirarse y seguidamente, me emplazó por 10 horas para que le entregara la dirección domiciliar y los números de teléfono personales de los referidos magistrados. La información requerida fue entregada bajo estricta responsabilidad de la jueza que tramitaba la garantía. A la angustia y sufrimiento que padecían en ese momento las familias de los magistrados Aldana y Mejía, hubo que sumar la intromisión abusiva e innecesaria de la jueza en su vida privada. Resulta sumamente doloroso y profundamente preocupante que justamente un día después de practicada la exhibición personal, se nos comunicó el sensible fallecimiento del magistrado Bonerge Amilcar Mejía Orellana.

Así, los embates de actores estatales y particulares en contra de la Corte de Constitucionalidad en Guatemala han llegado al extremo de atentar contra derechos fundamentales y personalísimos de los magistrados, tales como el derecho a la intimidad, a vivir una vida libre de injerencias abusivas, a la salud, a la misma integridad física y mental, lo cual también ha causado agravios a sus círculos familiares.

Es por ello por lo que se hace imperioso hacer una labor de sensibilización y de capacitación para que todos los ciudadanos, puedan ejercer sus derechos, sin desnaturalizar las instituciones jurídicas, como aconteció en el caso de la exhibición personal, la que en la actualidad se está utilizando como un mecanismo de intimidación a los Magistrados del Tribunal.

¿Qué caminos se abren para mantener y fortalecer la independencia de los tribunales constitucionales?

¿Existe un límite para las fuerzas que atentan en contra de las democracias? ¿Se puede considerar que nuestra integridad profesional y personal está fuera del alcance de los blancos de ataque? Nuestra historia nos dice que no, que la función de los jueces constitucionales de nuestra región se encuentra siempre balanceándose en una cuerda floja y constantemente se nos empuja al vacío para que la vigencia de nuestras cartas magnas se vea reducida, para que los derechos de las personas sean desconocidos, para que la democracia y los principios republicanos se vean burlados.

Frente a esta nueva normalidad que nos alcanza y frente a los demostrados intentos en varios países de desconocer y desobedecer la interpretación y aplicación de las Constituciones, por quienes tenemos el privilegio de integrar sus órganos de defensa por excelencia resulta indispensable un diálogo constante y honesto entre los tribunales de la región que nos permita garantizar y sostener nuestra independencia e integridad como jueces, no solo a favor de nuestra labor jurisdiccional, sino, y sobre todo, a favor de las personas que de forma constante y urgente, buscan, a través de nuestro servicio, el acceso a la justicia para vivir en paz.

**DESAFÍOS DEL CONTROL
JURISDICCIONAL DE LA
CONSTITUCIONALIDAD
A PROPÓSITO DE LA
DECLARATORIA DE
ESTADO DE EMERGENCIA:
APROXIMACIONES AL CASO
DOMINICANO**

MILTON RAY GUEVARA

*Presidente del Tribunal Constitucional
de la República Dominicana.*

Muy buenos días, señores organizadores, invitados especiales, amigas y amigos todos.

1.- Covid-19 y Estados de Excepción.

El Tribunal Constitucional es concebido como la más genuina garantía jurisdiccional de la Constitución, entendiendo ésta como el fundamento del Estado, fuente legítima de los derechos fundamentales y de los principios supremos que sustentan el Estado social y democrático de derecho. Este órgano, desde su concepción inicial por Hans Kelsen, se ha constituido celoso gendarme de la Constitución frente a los excesos y arbitrariedades del poder político. Paradójicamente, en el centenario de la más relevante de sus creaciones, la justicia constitucional se enfrenta hoy con inescrutables retos, ante los embates de un enemigo invisible y diminuto, pero poderoso: la pandemia del covid-19.

Esta pandemia mundial no sólo impacta la salud colectiva de las personas, sino que además sus efectos colaterales implican una afectación al sistema económico y al funcionamiento de instituciones claves para el eficiente desenvolvimiento del Estado, por lo que indirectamente atenta contra la Constitución, al constituirse en un obstáculo que dificulta al Estado alcanzar sus fines esenciales.

La pandemia del covid-19 ha sido enfrentada por casi la totalidad de los países del hemisferio activando sus procesos constitucionales de estado de excepción. Como afirma el maestro mexicano del derecho constitucional, Héctor Fix Zamudio (2004)²¹⁷, estos mecanismos extraordinarios se han concebido, desde los tiempos de la antigua república romana, como un medio extraordinario para abordar casos de graves conflictos externos e internos. La evolución de este tipo de régimen ha conllevado a una parte de la doctrina a categorizar sistemáticamente las normas jurídicas que componen el referido régimen, el cual se empieza a denominar como “Derecho de excepción constitucional”, en expresión del jurista dominicano Eduardo Jorge Prats (2012)²¹⁸.

Al abordar la cuestión siempre es bueno recordar que los Estados de excepción han sido muchas veces incubadoras o instrumentos de tiranías y dictaduras y que han ocasionado graves daños al Estado de Derecho y a los Derechos Humanos.

2.- El Derecho de Excepción Constitucional en la República Dominicana.

La República Dominicana, no está exenta de los riesgos que para su desarrollo pueden plantear acontecimientos económicos, sociales, políticos, hechos perturbadores del orden público, fenómenos naturales, terremotos, tragedias ecológicas o migratorias, peligro inminente, amenazas a la soberanía o integridad territorial, entre otros. El Estado dominicano ha contado desde sus orígenes con herramientas constitucionales y legales propias de estados de excepción. Los mismos que procuran a la vez, crear las condiciones para retornar a la normalidad social y evitar que el Poder Ejecutivo se erija en un órgano que se superponga sobre los demás. El presidente de la República solicita la autorización al poder legislativo, iniciándose el procedimiento para la declaración que se realiza mediante decreto presidencial.

Hoy en día, el *“Derecho de excepción constitucional” de la República Dominicana, está integrado por un conjunto de normas jurídicas contempladas en la Constitución de la Nación, determinados convenios internacionales y una ley orgánica que rige la materia. En efecto, nuestra Constitución contempla el régimen de los estados de excepción en sus artículos 262 hasta el 266 y los define del siguiente modo: “Artículo 262.- Definición. Se consideran estados de excepción aquellas situaciones extraordinarias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas frente a las cuales resultan insuficientes las facultades ordinarias. El Presidente de la República, con la autorización del Congreso Nacional, podrá declarar los estados de excepción en sus tres modalidades: Estado de Defensa, Estado de Conmoción Interior y Estado de Emergencia”.*

Como se observa, en República Dominicana, existen tres (3) estados de excepción: a) Estado de Defensa, para proteger a la Nación de amenazas armadas externas; b) Estado de Conmoción Interior, para enfrentar graves perturbaciones del orden público que atenten

²¹⁷ Fix Zamudio, H. (2004). *Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 37, No. 111, Septiembre-Diciembre del 2004; México, D.F.

²¹⁸ Jorge Prats, E. (2012). *Derecho Constitucional*, Volumen II, Santo Domingo, Rep. Dom.

contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana; y c) Estado de Emergencia, cuando se refiere a hechos diferentes a los señalados en los estados anteriores y que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social, medioambiental del país, o que constituyan calamidad pública. En el caso del covid-19, se puede considerar como una calamidad pública por tratarse de una pandemia mundial.

El régimen de los estados de excepción dominicano, contempla diversas garantías que procuran asegurar el control frente a cualquier desviación o abuso de poder. Una de estas, es la garantía de doble control –político y jurisdiccional– al cual están sometidos los actos y actuaciones del Presidente de la República. El Congreso Nacional ejerce sobre el Ejecutivo un control de tipo político, mientras que la justicia constitucional controla la constitucionalidad de la declaratoria del estado de emergencia y de todos sus actos de ejecución, conforme establecen los artículos 266.5 de la Constitución y 14 de la Ley No. 21-18, sobre regulación de los Estados de Excepción.

Entre nosotros existe una especie de cláusula de salvaguarda democrática que asegura la permanencia en el cargo, con plenitud de atribuciones, de todas las autoridades electivas mientras dure el estado de emergencia (Arts. 266.3 de la Constitución y 13, párrafo II de la Ley No. 21-18). Además, están prohibidas las reformas constitucionales durante la vigencia de cualquiera de los estados de excepción (Art. 271 de la Constitución), para evitar la deriva autoritaria y las tentativas de continuismo populista u oportunista.

El régimen de la excepcionalidad constitucional dominicano, establece principios esenciales al señalar la Ley No. 21-18, en su artículo 3 los de legalidad, publicidad, notificación, temporalidad, amenaza excepcional, proporcionalidad, no discriminación, Compatibilidad, concordancia y complementariedad con las normas de derecho internacional, finalidad, necesidad y transparencia, como consustanciales al Estado de Excepción.

El artículo 11 de la ley dominicana señala los derechos que pueden ser suspendidos en los estados de conmoción interior y de emergencia, tales como:

1. Reducción a prisión, según las disposiciones del artículo 40, numeral 1).
Privación de libertad sin causa o sin las formalidades legales, según lo dispone el artículo 40, numeral 6).
2. Plazos de sometimiento a la autoridad judicial o para la puesta en libertad, establecidos en el artículo 40, numeral 5).
3. El traslado desde establecimientos carcelarios u otros lugares, dispuesto en el artículo 40, numeral 12).
4. La presentación de detenidos, establecida en el artículo 40, numeral 11).
5. Lo relativo al hábeas corpus, regulado en el artículo 71.
6. La inviolabilidad del domicilio y de recintos privados, dispuesta en el artículo 44, numeral 1).
7. La libertad de tránsito, dispuesta en el artículo 46.

8. La libertad de expresión, en los términos dispuestos por el artículo 49.
9. Las libertades de asociación y de reunión, establecidas en los artículos 47 y 48.
10. La inviolabilidad de la correspondencia, establecida en el artículo 44, numeral 3).

Párrafo. - En ningún caso podrán suspenderse las garantías mínimas del debido proceso establecido en la Constitución de la República.

3.-Desafíos del covid-19 al control jurisdiccional de constitucionalidad.

3.1.-Desafíos al sistema de justicia.

- El modelo de Estado de Excepción contempla la suspensión de derechos fundamentales, ante eventos de magnitud tal que supongan la inoperatividad de las instituciones del Estado durante tiempos de anormalidad. Usualmente, se establecen en casos de graves perturbaciones ocasionadas por eventos naturales como un ciclón o terremoto, o bien conmociones internas por revueltas o revoluciones civiles, ataques terroristas o la amenaza externa de un ejército enemigo, pero no se pensó en un enemigo tan diminuto, pero tan poderosamente devastador de la salud y la economía como el covid-19.

Las medidas de protección ante el covid-19, implicaron la suspensión del modelo de justicia presencial y resultó un desafío no solo a la salud pública o la economía, sino también a la propia garantía de la justicia constitucional, por lo riesgoso de concurrir a un tribunal a presentar una demanda o presentarse a una audiencia pública ante un juez.

- Entre los grandes desafíos al sistema de justicia constitucional podemos señalar el cómputo de los plazos para acudir a los tribunales ante la imposibilidad de salir de los hogares por la cuarentena obligatoria que imponían las circunstancias; en este caso nuestro Tribunal mediante Resolución No. TC/0002/20, suspendió el cómputo de los plazos para la realización de las actuaciones procesales de personas, partes en proceso o con vocación de serlo ante el Tribunal constitucional. Sin embargo, los procesos de apoderamiento directo al TC, en materia de acciones directas de inconstitucionalidad, control preventivo de tratados internacionales y conflictos de competencia, no fueron suspendidos en razón de que este Tribunal se mantuvo operando aún con servicio mínimo.
- El cierre de los tribunales producto de un modelo de justicia presencial en la cual existían pocos mecanismos de acceso virtuales; en el caso del Tribunal Constitucional Dominicano, continuó con las labores administrativas y jurisdiccionales con un personal mínimo, tomando todas las medidas protocolares sanitarias, ante todo para preservar la salud de los servidores constitucionales, sus familiares y nuestros usuarios; pero un reto mucho mayor es sin duda el hecho de que el modelo de justicia presencial está señalado constitucional o legalmente en muchos países

latinoamericanos, por lo que el paso al modelo de una justicia virtual requiere o puede requerir reformas de esa naturaleza.

El Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), organismo del sistema interamericano, creado por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1999, realizó en el mes de abril del presente año, unos estudios sobre la problemática de la justicia en Latinoamérica ante la llegada de la pandemia del covid-19. Sus resultados fueron publicados en un documento denominado “Reporte CEJA”²¹⁹, arrojando datos en la región que, de algún modo ponen sobre el tapete uno de los desafíos que debe encarar la justicia constitucional. Señala el reporte, que el 58.3% de los sistemas de justicia de la región adoptaron una plataforma digital para el teletrabajo, pero apenas un 33.3% diseñó una plataforma propia, adaptada a las características del sistema de justicia. Solo el 41.6% de los países latinoamericanos adoptó un protocolo especial para las audiencias virtuales o remotas.

Otro dato revelador del Reporte CEJA, es el hecho de que se suspendieron el 62.5% de las audiencias que estaban fijadas para los meses de suspensión por la pandemia, y apenas se pudieron celebrar mediante la modalidad virtual el 12.5% de ellas.

Del porcentaje de audiencias virtuales, el 29.23% fueron para conocer medidas cautelares; el 10.7% medidas de ejecución de la pena; y el 9.23% para conocer juicios penales de fondo. Nuestro Tribunal Constitucional mantuvo sus audiencias y plenos de manera consistente y con sentido de compromiso.

El CEJA, realizó una reveladora encuesta entre abogados y usuarios del sistema de audiencias virtuales y apenas el 30.19% considera que esta modalidad le dejó satisfecho, frente a un 35.8% que se consideró insatisfecho.

En cuanto al acceso al sistema de justicia para depositar demandas, recursos, quejas u otras peticiones a los tribunales, el reporte señala que sólo un 26% de los usuarios utilizó la plataforma digital dispuesta a tales fines.

Sin embargo, existen sin duda, ventajas del aprovechamiento de la tecnología digital en el sistema de justicia, como por ejemplo la seguridad sanitaria al garantizarse el distanciamiento social entre los distintos actores que interactúan en el desarrollo de los servicios digitales; igualmente, el costo económico para los usuarios del sistema de justicia resulta, en ocasiones, menor que el que implica el modelo de justicia análogo y presencial.

- Por otra parte, la transparencia de los procesos es una de las grandes ventajas que aporta el modelo de justicia virtual, ya que es posible monitorear o auditar las actuaciones de los distintos actores y detectar eventuales fraudes, además de favorecer las estadísticas judiciales al estar todas las actuaciones en una base de datos.

²¹⁹ Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA).(2020). “Reporte CEJA: Estado de la Justicia en América Latina bajo el covid-19”. Recuperado de: <http://s.org/pdfs/2020/CP42372TCEJACOscom.oaVID19.pdf>

3.2.-Desafíos al principio de separación de poderes.

- Otro reto relevante que ha planteado la pandemia es que los poderes extraordinarios para tomar medidas de emergencia recaen en el Poder Ejecutivo, pero este poder no puede extralimitarse, no puede imponer un modelo de justicia virtual, ya que supondría invadir las atribuciones del Poder Legislativo o bien, las del Poder Judicial en otros casos, y esto conllevaría a una violación al principio de separación de Poderes.

Otra de las quejas respecto de la separación de poderes y que en su momento deberá delimitar la justicia constitucional, es el argumento de que muchas de las decisiones que asumieron los Poderes Judiciales de la región mediante resoluciones administrativas, transformando temporalmente el modelo de justicia presencial por un modelo virtual o remoto, invadían las atribuciones del Legislativo de ejercer su poder de configuración de los procesos judiciales y hacer los ajustes de lugar mediante ley.

En nuestro sistema la declaratoria del Estado de Excepción por decreto del poder ejecutivo, previa autorización del Congreso Nacional, su finalidad, contenido, publicación, prórroga y levantamiento, están sometida a la ley.

3.3.-Desafíos relacionados con el sistema electoral y la participación política.

Las medidas de seguridad sanitaria que implicó la pandemia del covid-19, produjo en República Dominicana el aplazamiento de las elecciones presidenciales y legislativas programadas para mayo del 2020, las cuales finalmente fueron celebradas exitosamente el cinco (5) de julio de 2020. Este fenómeno de aplazamiento de elecciones también se produjo en otros países en la región y fuera de ella.

Este tema de posposición de procesos electorales conllevará a que la justicia constitucional defina a cuál órgano compete disponer el mismo o bien, si resulta razonable la supresión total o parcial del activismo electoral de cara a unas elecciones, entre otros temas.

3.4.-Desafíos relacionados con el impacto colateral de la pandemia sobre algunos derechos fundamentales.

Si bien la pandemia del covid-19, tiene como víctima fundamental la salud colectiva de las personas, las medidas de prevención del mismo implican colateralmente la suspensión de ciertos derechos fundamentales que ni siquiera están comprendidos como derechos a suspender en un estado de emergencia.

A manera de ejemplo, tal es el caso del derecho a la educación, al trabajo o a la libertad de empresa. Si observamos el artículo

266.6 de la Constitución dominicana, estos derechos no están señalados entre los derechos que pueden ser suspendidos durante un estado de emergencia, pero la implementación de las medidas preventivas conllevó a una afectación de los mismos.

La educación escolar plantea interrogantes por el riesgo de aglomerar a los escolares en aulas, lo que potencialmente podría degenerar en focos de contagio, como en Israel o Estados Unidos. Se exploran alternativas como la educación a distancia o virtual, pero debemos admitir que, en Latinoamérica, la brecha digital es alarmante. En República Dominicana, por ejemplo, según datos estadísticos⁴, apenas el 24.2% de los hogares dominicanos poseen acceso a internet.

El teletrabajo, es una opción favorable para evitar la suspensión masiva de trabajadores que atenta contra el derecho fundamental al trabajo. El mismo que debe ser regido legislativamente o por la negociación colectiva no deja de tener sus inconvenientes por la impericia de muchos trabajadores en el manejo de los aparatos tecnológicos, la carencia de la empresa de una plataforma digital que asegure la realización ininterrumpida del trabajo, la naturaleza del trabajo a realizar que en muchos casos es presencial como en el sector de la construcción, o servicios comerciales como peluquerías, que requieran de una presencialidad para su realización efectiva.

Es preciso destacar también, el cierre de empresas como una medida que afecta la libertad de empresa, compromete su rentabilidad o existencia e incluso llevándolas a la quiebra. Piénsese en las empresas dedicadas a los espectáculos culturales, artísticos o deportivos, así como a los centros de esparcimiento nocturno. Las medidas preventivas del covid-19 han implicado el cierre total no solo de las empresas, sino de ramas de actividad comercial en su totalidad.

Si bien, estos desafíos ponen en una prueba de fuego, a la justicia constitucional, resultan a su vez, grandes retos que le colocan en el centro de la problemática y con la gran oportunidad de encontrar soluciones jurídicas que, al amparo de las Constituciones de los países de la región, garanticen la salud colectiva, el desarrollo económico, la gobernabilidad política y el clima democrático que debe caracterizar a la sociedad moderna.

Esta vez la sorpresa colectiva mitiga la responsabilidad de los poderes públicos en el manejo de la crisis. Solo morigera, porque la aplicación y eficacia de la política sanitaria es responsabilidad fundamental de los administradores del Estado y de los poderes públicos, no de los ciudadanos, no de los trabajadores, no de los empleadores; si bien todos debemos coadyuvar a enfrentar los males de la pandemia, respetando el distanciamiento social, reforzando la higiene personal y usando la mascarilla, es decir, las tres “vacunas” existentes en la actualidad.

La nueva normalidad que se construirá en el futuro, debe tener en cuenta además el impacto que, sobre la niñez, la vejez, la mujer y la familia ha tenido la pandemia. Las constituciones deberán contemplar normas orientadoras para las políticas públicas en provecho de todos los sectores vulnerables, particularmente relacionados con metas, prioridades y asignaciones presupuestarias en el sector salud.

Ojalá aprendamos la lección y que las terribles consecuencias del presente sirvan para impulsar un mundo más justo y solidario, en que la crisis sanitaria no ahonde las injusticias y las diferencias entre países ricos y países pobres, lesionando las condiciones de vida de millones de seres humanos en el planeta.

¡Muchas gracias!

VIEJOS Y NUEVOS PROBLEMAS DEL CONSTITUCIONALISMO, EN LOS TIEMPOS DEL COVID-19

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado Corte Constitucional de Colombia.

1. En los cortos minutos que tengo para dirigirme a ustedes, quiero hacer referencia a **cinco cambios**, que pueden a su vez vistos como **retos** o **transformaciones** del constitucionalismo, que ciertamente existían antes de la pandemia, pero que se han **acentuado** y, de otra parte, referirme a aquellos que **han surgido** con la pandemia.

De manera que se trata de problemas viejos que se han exacerbado y de problemas nuevos. Desde luego, también indicaré lo que pueden hacer nuestros tribunales -es decir, la justicia constitucional- para enfrentarlos: su rol, potencial y límites.

2. **Los retos viejos** nos ofrecen la ventaja de que ya son conocidos para nosotros y hemos intentado lidiar (bien o mal) con ellos desde hace varios años. Lo que ocurre ahora es que se nos presentan en un **grado o magnitud** que exigen de nuestra función judicial un cierto grado de creatividad, proactividad y firmeza para afrontarlos. Piénsese en el problema de las cárceles, el acceso a la salud, que han justificado la declaración de ECIS; sin dejar de pensar en las altas cotas de pobreza, empleo informal, violencia y corrupción.

Los retos nuevos, por el contrario, implican que debemos analizarlos, comprenderlos, estudiarlos y pensar en maneras de reaccionar estratégicamente para superarlos. En ambos casos, el rol de nuestros tribunales constitucionales es fundamental para preservar aquellas cosas que hallamos valiosas y que tanto los retos viejos como los retos nuevos amenazan decididamente: la democracia, la vigencia de los derechos humanos, la igualdad social y la supervivencia de la especie.

Tres retos viejos

3. Por razones de tiempo, he elegido tres retos viejos que se han acentuado con la pandemia: i) la erosión democrática, ii) la concentración del poder bajo esquemas de hiperpresidencialismo y iii) la garantía de las **promesas sociales** de las Constituciones. Como ya he señalado, ninguno de estos es nuevo o desconocido. **Lo que ha ocurrido es que la pandemia ha acentuado los problemas que estos retos representan.**
4. **La erosión democrática.** Era casi lógico que una pandemia de orden global iba a generar una crisis sanitaria, humanitaria y económica. Sin embargo, hemos comprobado que también ha causado una profunda crisis que impactó las **débiles estructuras democráticas latinoamericanas**. Los efectos concretos de esa erosión democrática son sutiles y, quizá por ello, más peligrosos. Eso significa que no nos enfrentamos a golpes de Estado o interrupciones abruptas y perceptibles de la democracia sino a procesos lentos, constantes y casi imperceptibles de reducción del principio democrático. Es importante destacar que las tendencias autoritarias de estos tiempos no vienen de la mano de las armas, sino que se ejerce de maneras diversas con formales apegos a la Constitución, pero materialmente desconociéndole. El desmantelamiento de los órganos de deliberación o su cooptación –al final lo mismo–, la amenaza a la autonomía judicial por la vía del irrespeto de sus competencias o de las propuestas de su reforma para hacerles más dependientes del poder político, cuando no del desprecio craso por sus decisiones, son claros indicios de la mentada erosión.
5. El problema es que ese proceso lento puede alcanzar niveles irreversibles. De manera que **las restricciones a las libertades ciudadanas** pueden parecer tolerables y justificadas, pero vistas en su conjunto conforman un escenario claramente antiliberal o lo que es lo mismo, de negación de la libertad. Lamentablemente la pandemia también ha sido la excusa perfecta para que **las viejas pretensiones de reducir el ámbito de autonomía individual se concreten en nombre de la protección del derecho a la salud:** evitar la protesta, aumentar el control a los ciudadanos por medio del derecho penal, implementar mecanismos de monitoreo digital o consolidar la cesión de la privacidad son solo algunas de esas amenazas que se concretaron a propósito del Coronavirus. Puede decirse que las visiones autoritarias del ejercicio del poder engordaron con el COVID-19. La misión en general de la JUSTICIA no es quizá lograr que el autoritarismo termine –eso es utópico— pero por lo menos advertir de su existencia y procurar de esa forma, que no avance. En fin, que la pandemia autoritaria no sea como el aluvión del invierno que conquista tierras que ya después no quiere abandonar.
6. **La concentración de poder bajo esquemas de hiperpresidencialismo.** América Latina es una región en la que predomina el hiperpresidencialismo. Entre nosotros existe una fuerte relación de confianza entre el legislador y el ejecutivo que llega a niveles que son inéditos, incluso en los sistemas parlamentarios. De manera que no digo nada nuevo si afirmo que el poder se ha concentrado en la figura del presidente.

7. Ahora bien, lo que me causa una preocupación especial es que la pandemia nos ha permitido comprobar que la **concentración del poder** solo tiende a aumentar en situaciones de emergencia. Además, hemos verificado los límites de todos los poderes (legislativo, judicial y ciudadano) para contener el monopolio del poder cuando está de por medio la salud. **El cierre de facto de los parlamentos**, la declaratoria de los estados de emergencia o de excepción generalizados y los esfuerzos limitados de nuestros tribunales por realizar un control efectivo son la mayor prueba de que se ha consolidado el hiperpresidencialismo regional.
8. **La garantía de las promesas sociales de las Constituciones.** La región más desigual del planeta siempre ha tenido el reto de hacer realidad para los ciudadanos las maravillosas y generosas promesas sociales de las Constituciones: un empleo remunerado, una vivienda digna, el acceso a la educación y un sistema de salud que cure las enfermedades que la ciencia ya sabe curar. Desde hace varios años, la Corte Constitucional de Colombia ha hecho un esfuerzo reconocido internacionalmente para que esos derechos económicos, sociales y culturales dejen de ser meras aspiraciones y se concreten en mandatos efectivos de protección.
9. **Sin embargo, la pandemia nos ha permitido comprobar la distancia entre esas promesas sociales y la realidad.** Resulta imperativo reconocer que el nivel de restricción actual a nuestras libertades fundamentales (i.e. confinamiento) tiene una relación directa con el grado de insatisfacción y precariedad de nuestros sistemas de salud: nos han encerrado en casa para reducir el nivel de contagio y para tratar de poner al día un sistema de salud que carga un atraso ancestral. Todavía más duro es aceptar que la recomendación más básica que le han hecho las autoridades a todas las ciudadanas a propósito de la pandemia “quédate en casa y lávate las manos” es de imposible cumplimiento para más de la mitad de la población. Otro tanto podría decir de las mujeres para quienes quedarse en casa implica la asunción de dobles o triples jornadas de trabajo y la exposición a violencia intrafamiliar. Hemos llegado a la pandemia con un nivel francamente insuficiente de cumplimiento de los derechos sociales y con la crisis hemos ido inevitablemente hacia atrás.
10. Podría mencionar muchos otros problemas. Sin embargo, ahora quiero hacer referencia a dos retos nuevos que deben guiar el futuro de nuestras sociedades.

Dos retos nuevos

11. Considero que uno de los retos nuevos es la construcción de **un derecho a la salud global**. La pandemia nos ha permitido comprobar el grado de interconexión mundial. No me refiero a la conexión digital o informática que ahora nos permite estar juntos en esta conferencia sino a la conexión humana. Por solidaridad y sentido de humanidad, la salud de un niño que sufre desnutrición en el África o la salud de una mujer que padece una enfermedad huérfana en Suecia nos debería generar cierto sentido de empatía. Pero si eso no es suficiente, la pandemia nos ha demostrado que un virus surgido en un mercado de

una ciudad a miles de kilómetros de nuestro entorno debería captar nuestra atención y la de nuestras autoridades. Todavía más, el Coronavirus nos enseñó que no basta con tener un seguro médico privado o la posibilidad de un tratamiento fuera del país cuando se trata de un fenómeno global.

12. Por eso, nuestra principal preocupación debería ser doble. Por una parte, que nuestro entorno contara con el mejor sistema de salud posible. Por otra parte, que existiera un derecho a la salud global. A donde quiera que vamos necesitamos una conexión a internet para desarrollar nuestras actividades más básicas. Asimismo, deberíamos contar con una cobertura universal mínima en materia de salud como un medio de protección de la salud global. Un turista colombiano en Alemania o un refugiado venezolano en Colombia deberían tener un nivel suficiente de acceso al sistema de salud sin distinción de nacionalidades, regímenes o capacidad económica. Construir un sistema de salud global es, entonces, una primera tarea.
13. La segunda tarea es repensar nuestras formas institucionales para responder a las crisis, como una pandemia o el cambio climático. **La figura de los estados de emergencia o de excepción es muy costosa para las libertades y para la democracia.** Al mismo tiempo, es insuficiente para resolver problemas de esa magnitud. ¿Cuáles son pues, los ajustes necesarios a una sala de máquinas decimonónica que debe funcionar correctamente en los tiempos del constitucionalismo de los derechos? La pandemia dejará lecciones y también problemas con vocación de acentuación. ¿cómo debería una sociedad toda, anticipar soluciones para problemas de este tamaño? ¿Seguirá siendo el derecho de la emergencia, la plataforma de las soluciones? Quizá no podría pensarse en una solución no apenas desesperanzadora sino también mediocre. En fin ¿qué tienen que poner en su jurisprudencia los tribunales constitucionales como lecciones aprendidas ante todo para los gobernantes que vendrán? Se trata pues de pensar, con visión de largo plazo.
14. Por eso creo que no podemos mirar hacia otro lado frente a la gran crisis latinoamericana de la desigualdad o a la catástrofe climática global que ya vivimos. ¿Qué necesitamos para enfrentar todos estos retos desde la perspectiva del Estado constitucional? Aunque existen voces que sostienen que la dimensión de todos estos retos requiere mayor concentración del poder, mayores sacrificios de los trabajadores o recortes en las ya escasas políticas sociales del Estado, yo creo que necesitamos menos constitucionalismo de excepción y más constitucionalismo transformador. Frente a ese tipo de problemas nuestra tarea no es pensar en más constitucionalismo de excepción (¿qué libertad vamos a ceder?) sino en un constitucionalismo transformador: ¿cómo podemos evitar la crisis y estar mejor preparados en todos los ámbitos?

El rol de nuestros tribunales constitucionales

15. ¿Cuál es el rol de los tribunales constitucionales iberoamericanos en relación con estos retos? Pienso que es imperativo que los jueces constitucionales entendamos que en contextos de desequilibrio social y democrático nuestro rol es diferente del que deberíamos

asumir en contextos de Estados de bienestar consolidados o de democracias funcionales. El contexto es fundamental para determinar el grado de interferencia o deferencia de la judicatura constitucional.

16. Por eso es por lo que ciertas decisiones u órdenes que pueden ser consideradas activistas en ciertos contextos resultan apenas necesarias, imprescindibles o justificadas en los países del sur global. Los jueces estamos llamados a recuperar la deliberación en momentos de emergencia, poner diques a la concentración del poder y ofrecer alternativas para avanzar en la materialización del Estado social.

En muchos casos, los tribunales actúan como la última línea de defensa del sistema democrático, contienen el constitucionalismo abusivo y el autoritarismo: son quizá la última cuota de esperanza de una solución civilizada, desde la perspectiva de los ciudadanos de a pie. Es simple y es contundente.

La pandemia ha enfatizado y ha hecho aún más visibles los viejos problemas de exclusión social, derivados de la pobreza, la inmigración o de ciertas condiciones como la de ser mujer o afrodescendiente.

Visto ello así, cumple preguntarse si un rol con marcado activismo como podría haberse discutido con razones atendibles, antes de la pandemia, puede ser visto con igual óptica después de superada la misma. Dicho con un ejemplo, ¿podría alguien discutir hoy la urgencia de un ingreso mínimo vital garantizado, a la vista del desastre económico que de manera dolorosa se ha enseñado con los más pobres?

17. Desde luego, nada de esto es posible sin una condición fundamental: la independencia judicial. Solo los tribunales fuertes, imparciales e independientes pueden asumir el rol transformador que exigen nuestras sociedades. No hay resultado judicial, por bueno que este sea, que ostente legitimidad si fue obtenido por un tribunal carente de independencia. De manera que, en tiempos de crisis, una de nuestras primeras preocupaciones debería ser la preservación de la autonomía de la justicia constitucional. Los embates en general que se observan en el cono sur contra los JUECES de todos los niveles, preocupa; ya no se trata de un vientecillo autoritario sino quizá acaso de un huracán que amenaza. La polarización social y política, va sembrando de miedo el espíritu de los jueces; su reto es sin embargo permanecer como la palmera que resiste ese mentado huracán. Las ideas de la tridivisión del poder y la sumisión de los ciudadanos, no a la voluntad de una sola persona sino únicamente a la ley legítima y democrática, que permitieron decir adiós a los monarcas del antiguo régimen, siguen vigentes. Y no seremos los jueces de estos tiempos los que claudiquemos ante las razones de la fuerza: seguiremos enhiestos ante la fuerza de la razón. Ese es el reto permanente.

Esa autonomía ha de funcionalizarse en el blindaje de una democracia fuerte, con parlamentos deliberantes, cuyo producto —la ley—al pasar por el tamiz del Tribunal Constitucional sea garantía de pluralismo y defensa de los valores fundantes de la organización social, con lo cual las deferencias a veces exorbitantes que auspician un presidencialismo a ultranza, sean reducidas severamente, básicamente en la evaluación profunda de ciertas decisiones de origen gubernamental con contenido económico.

También impera esa actitud del TC cuando ciertos parlamentos renuncian tácitamente a sus competencias, por plegarse de manera seria por razones políticas de afinidad, a los gobiernos de turno, dejando expósitas las promesas constitucionales y las concretas demandas de intervención de los ciudadanos. En tal sentido, el giro activismo judicial debe reconceptualizarse o en todo caso, quitarle cierta aura negativa con la que ha estado teñida en la dogmática constitucional europea más ortodoxa.

18. Concluyo entonces diciendo que es imperativo el ejercicio del deber de esperanza que debe guiar la actividad del juez constitucional. La crisis nos ha mostrado todos los peligros y la debilidad tanto de las instituciones como de la especie. Pero, al mismo tiempo, la consciencia sobre nuestras debilidades nos hace menos vulnerables y nos traza el camino. En el caso de los tribunales constitucionales, ese camino es la plena vigencia de las caras promesas democráticas, civilizatorias e igualitarias que se les han hecho a las mujeres y hombres que habitan nuestros estados iberoamericanos. La Constitución es en teoría el fundamento normativo más fuerte de un Estado democrático; Ferrajoli duda de ello, pues dada su estructura de principios, es debilísima su capacidad de vinculación con las soluciones particulares. Y de manera parecida Hug y Tom Ginsburg²²⁰, entienden que las Constituciones son, después de todo, sólo pedazos de papel que toman su fuerza de los entendimientos intersubjetivos de élites y ciudadanos. El papel de la Corte es dar una última palabra sobre los desacuerdos, con la ilusión de que la sociedad siga unida en la esperanza de una felicidad duradera

²²⁰ Aziz Huq & Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 UCLA L. Rev. 78, 119 (2018), p. 167

DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL
PRESENTACIÓN
RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES
*Magistrado (e) de la Corte Constitucional
de Colombia.*

Buen día para los honorables conferencistas que nos acompañan, para las personas que nos siguen por este medio virtual, para los integrantes de la Corte Constitucional y, en especial, para aquellos que hacen parte del despacho de su presidente, el Magistrado Alberto Rojas Ríos, quienes tanto han dedicado a este evento.

Tengo el honor de moderar esta octava mesa de trabajo de la treceava Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, *“Democracia y Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción”, “Jurisdicción para la Libertad”*. A partir de un estudio de casos, reflexionaremos acerca de “Los retos constitucionales frente al reajuste institucional de los Estados iberoamericanos”.

Como dijera Emilio Lledó, en su introducción a los *“Diálogos de Platón”*, de la editorial Gredos, lo que hoy nos convoca es un *“diálogo”*, esto es, un *“puente que une a dos o más hombres para, a través de él, exponer unas determinadas informaciones e interpretaciones sobre el mundo de las cosas y de los significados”*. A partir de la idea de un diálogo jurisprudencial, recorreremos el puente de *“Los retos constitucionales frente al reajuste institucional de los Estados iberoamericanos”*, de la mano de experiencias concretas de los tribunales constitucionales de Guatemala, Portugal y República Dominicana. Este recorrido nos permitirá tener un panorama de los retos que a la justicia constitucional de los países iberoamericanos les depara este nuevo panorama político, económico y social que deja esta pandemia, marcado por una pérdida significativa de vidas, empleos y capacidad productiva y, además, con unas arcas públicas reducidas, como consecuencia de la respuesta a la emergencia y a la necesidad de reactivación.

En primer lugar, nos acompaña la Honorable Magistrada María Cristina Fernández García, Magistrada Suplente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, elegida por el voto del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala para el periodo 2016-2021. El Magistrado titular era el Honorable Bonerge Amílcar Mejía Orellana, quien falleció el 5 de septiembre de

2020 por Covid-19. La disertación pone en evidencia una problemática muy interesante y sumamente relevante, relacionada con la garantía de la independencia judicial del tribunal constitucional, en particular, de no persecución penal de sus magistrados por las opiniones que expresan en el ejercicio de su función. Además, exige reflexionar acerca de la forma en que se debe resolver el bloqueo institucional que se presenta actualmente en Guatemala para renovar la Corte Suprema de Justicia.

En segundo lugar, nos acompaña el Honorable Juez João Pedro Barrosa *Caupers*, vicepresidente del Tribunal Constitucional de Portugal desde 2016. El caso propuesto por el Honorable Juez tiene que ver con la forma de articular la garantía del *habeas corpus* y la autonomía territorial, en supuestos de confinamientos preventivos y obligatorios ordenados por las autoridades administrativas, como medidas sanitarias idóneas para prevenir el contagio de Covid-19. A pesar de la forma en que el Tribunal Constitucional de Portugal resolvió la controversia, ¿habría debido exhortar o directamente diseñar algún mecanismo de diálogo que involucrara tanto al Gobierno Nacional como a los gobiernos regionales, para efectos del diseño de medidas sanitarias compatibles con el *habeas corpus*, en atención a la posibilidad de futuros picos de contagio?

En tercer lugar, también hace parte de esta octava mesa el Honorable Juez Rafael Díaz Filpo, Juez primer sustituto del presidente del Tribunal Constitucional de República Dominicana. El caso propuesto se relaciona con la forma en que se deben articular las competencias del juez constitucional y los jueces ordinarios, cuando sus objetos de revisión confluyen acerca de un mismo punto de derecho. A pesar de la solución del caso en la vecina república, la pregunta relevante sobre la que se debe reflexionar es la siguiente: ¿cuáles deben ser esas reglas o subreglas jurisprudenciales que ha de adoptar el Tribunal Constitucional de República Dominicana para armonizar las competencias de los órganos “extra poderes”, con las propias del Tribunal Constitucional?

Más que conclusiones de la mesa, las distintas intervenciones dejan una pregunta sin resolver, acerca de la cual es necesario reflexionar: ¿cómo garantizar los derechos fundamentales, en particular aquellos que exigen prestaciones positivas, sin frustrar, lo que pudiéramos llamar, “*la política macroeconómica de la post pandemia*” o de la “*nueva normalidad*”? Entre muchas, dos perspectivas pueden orientar la reflexión.

Una, a partir de las palabras del Honorable Juez João Pedro Barrosa *Caupers*: (i) “*Los Estados democráticos –y los Tribunales constitucionales– no pueden permitir que la anormalidad temporal y consentida se convierta en una anormalidad permanente, resignada*”; (ii) “*no podemos, en nombre de la supervivencia a cualquier precio, perder de vista que somos seres humanos civilizados y solidarios. Tenemos días buenos y malos. Con conciencia de los sacrificios y riesgos que debemos tomar*”; y (iii) “*no podemos sacrificar los valores, en especial el valor de la libertad*”.

La otra perspectiva exige del juez constitucional tres sensibilidades especiales:

En primer lugar, “escuchar” la realidad social; “escuchar” las exigencias de la sociedad en torno a esta nueva normalidad y canalizar tales aspiraciones hacia una realización cada vez más concreta, eficaz y eficiente de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, cumplir una función catalizadora, que articule las competencias de los distintos órganos estatales, para lograr una garantía eficaz y eficiente de los derechos. En el ámbito colombiano, tanto en el control concreto como en el control abstracto de constitucionalidad, dos buenos ejemplos son la Sentencia T-209 de 2019 –un caso relacionado con la garantía efectiva de acceso a la educación primaria en una zona rural y apartada de Colombia– y la revisión automática que ha efectuado la Corte Constitucional de los decretos legislativos de emergencia, dictados al amparo de la actual pandemia causada por el Covid-19. En particular, en relación con esta última, a partir de un rol catalizador y articulador, la Corte Constitucional ha fomentado un efectivo diálogo con el Gobierno y la ciudadanía para contar con mayores elementos de juicio fácticos y normativos, para resolver acerca de la constitucionalidad de tales instrumentos de excepción.

En tercer lugar, los tribunales constitucionales deben ser especialmente sensibles acerca de la forma en que protegen y garantizan los derechos –en particular aquellos de carácter social– y los incentivos para la acción a que dan lugar. Más que un asignador directo de prestaciones, el juez constitucional debe fomentar las capacidades de las personas, en función de las vidas que realmente pueden vivir, de tal forma que incentiven su agencia y permitan que estos puedan contribuir a la satisfacción de sus necesidades, cuando sea razonablemente posible identificar aquellas circunstancias en que no lo sean, de tal forma que la sociedad, representada en el Estado, actúe ante la ausencia de capacidad de aquellos.

LA CORTE DE
CONSTITUCIONALIDAD Y
LA PANDEMIA: DESAFÍOS
PARA DEFENDER EL ORDEN
CONSTITUCIONAL DURANTE
LA EMERGENCIA SANITARIA
GENERADA POR EL COVID-19

MARÍA CRISTINA FERNÁNDEZ GARCÍA

*Magistrada suplente de la Corte de
Constitucionalidad de la República de
Guatemala.*

Contextualización

La emergencia sanitaria generada por el Covid-19 y sus riesgos para el Estado Constitucional de Derecho.

El primer caso confirmado de Covid-19 en Guatemala se conoció el 13 de marzo de 2020, desde entonces, se reportan más de 85,000 casos con una letalidad del 3.6% (Ministerio de Salud Pública, 2020). La emergencia sanitaria generada por la enfermedad dio paso a la declaración de un *estado de calamidad pública*, un estado de excepción contemplado en el artículo 139 de la Constitución guatemalteca y que se encuentra desarrollado en la Ley de Orden Público²²¹, que tiene una vigencia anterior al texto constitucional. En general, las

²²¹ **Artículo 14.** El Estado de calamidad pública podrá ser decretado por el Ejecutivo para evitar en lo posible los daños de cualquier calamidad que azote al país o a determinada región, así como para evitar o reducir sus efectos.

Artículo 15. El Presidente de la República podrá, en estos casos, tomar las medidas siguientes: 1) Centralizar en la entidad o dependencia que el decreto señale, todos los servicios públicos, estatales y privados, en la forma y circunstancias que el estado de calamidad pública lo requiera. Cuando se trate de servicios que presten entidades de carácter internacional, se procederá de acuerdo con los convenios respectivos. 2) Limitar el derecho de libre locomoción, cambiando o manteniendo la residencia de las personas, estableciendo cordones sanitarios, limitando la circulación de vehículos o impidiendo la salida o entrada de personas en la zona afectada. 3) Exigir de los particulares el auxilio o cooperación que sean indispensables para el mejor control de la situación en la zona afectada. 4) Impedir concentraciones de personas y prohibir o suspender espectáculos públicos y cualquier clase de reuniones. 5) Establecer precios máximos o mínimos para los artículos de primera necesidad y evitar su acaparamiento. 6) Ordenar la evacuación de los habitantes de las regiones afectadas o que estén en peligro. 7) Dictar

medidas tomadas para limitar los efectos de la enfermedad se enfocaron en limitar derechos como la libre locomoción, reunión y manifestación, además, la suspensión de espectáculos públicos y, en un primer momento, el establecimiento de cordones sanitarios en los municipios que presentaron los primeros casos domésticos.

En Guatemala la crisis sanitaria se sumó a una crisis política en la que el país ha estado involucrado desde el año 2015 y que ha generado un prolongado desgaste en la institucionalidad nacional (BBC, 2015; Naveda, 2018; Dirección de Incidencia Pública, 2018). Esta crisis que ha involucrado a los organismos ejecutivo y legislativo ahora incluye al judicial, a partir del inicio del proceso de elección de magistrados para integrar la Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Apelaciones del país (Editorial, 2020; Hernández Mayen & Cuevas, 2020; Acuña, 2020; Diario La Hora, 2020).

Respecto a esto último, se suscita la controversia a raíz de una investigación realizada por el Ministerio Público que reveló que varias personas que participaron como candidatos, miembros de las comisiones de postulación o que son diputados del Congreso de la República que tendrán a su cargo la elección de los nuevos magistrados, habrían tenido participación en una serie de reuniones que tuvieron por objeto pactar la elección de algunas personas a cambio de obtener resoluciones favorables a intereses particulares en algunos casos de alto impacto. Frente a estos hechos, la Fiscal General y jefe del Ministerio Público solicitó amparo en la Corte de Constitucionalidad contra el Congreso de la República, ante la amenaza real e inminente de que ese órgano eligiera profesionales que no reúnen los méritos de capacidad, idoneidad y honradez que dispone la Constitución de la República.

La Corte de Constitucionalidad otorgó la protección solicitada por la Fiscal General y ordenó, entre otras cosas, que debía excluirse del proceso de elección a los profesionales cuya idoneidad y honorabilidad estuviera comprometida por los hechos denunciados en el amparo. A raíz de esta resolución, un abogado particular presentó una denuncia en contra de varios magistrados de la Corte de Constitucionalidad imputándoles varios delitos. La denuncia llegó a manos de la Corte Suprema de Justicia, la que se integró de forma anómala e ilegal para conocer el caso y declaró, contraviniendo doctrina legal del tribunal constitucional y su propia jurisprudencia, la viabilidad de las diligencias de antejuicio en contra de los magistrados constitucionales, por lo que envió las actuaciones al Congreso de la República para iniciar el procedimiento respectivo.

El Congreso de la República procedió a elegir e instalar una comisión pesquisidora para investigar los hechos imputados, ante lo cual, el Procurador de los Derechos Humanos y otras entidades de derecho privado plantearon acciones de amparo con el ánimo de defender y garantizar la independencia de los magistrados constitucionales quienes, de acuerdo con la ley, no pueden ser perseguidos por las opiniones que emitan en el ejercicio de sus cargos.

las medidas adecuadas para el resguardo de las fronteras internacionales. 8) Tomar todas las medidas necesarias para que la calamidad no se extienda a otras zonas para la protección de las personas y de sus bienes (Asamblea Nacional Constituyente, 1965).

La situación generada por el amparo solicitado por la Fiscal General ha puesto de manifiesto la dificultad que implica para la joven democracia guatemalteca lograr una sana convivencia entre la limitación de derechos, el ejercicio del poder y el respeto a la institucionalidad en el marco de las condiciones de emergencia que ha generado la pandemia, lo que ha sido debidamente advertido por el Secretario general adjunto para el Estado de Derecho y las Instituciones de Seguridad de la ONU, Alexandre Zouev (El Covid-19 y el Estado de Derecho), quien manifestó la existencia del riesgo de que, en el marco de la pandemia, los Estados repriman y debiliten *“instituciones democráticas, especialmente donde las cortes y otros órganos de supervisión luchan por funcionar dadas las restricciones del Covid”*.

Acompañó la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el veinticuatro de julio de dos mil veinte en los Expedientes Acumulados 2187-2020, 2189-2020 y 2190-2020, documento que será presentado en el evento a realizarse el 25 de septiembre del año en curso.

O ACÓRDÃO N.º 424/2020
TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
DE PORTUGAL, 1.ª SECÇÃO

JOÃO PEDRO CAUPERS

*Presidente do Tribunal Constitucional
de Portugal.*

1. Procurando corresponder ao solicitado pela organização da Conferência, escolhi falar-vos de uma decisão do meu Tribunal que reflete de modo particularmente significativo os problemas que a estrutura constitucional da República Portuguesa teve de enfrentar por causa do combate à pandemia COVID19.
2. Portugal é, de acordo com a Constituição de 1976, um Estado unitário parcialmente regionalizado, isto é, a lei fundamental impõe uma organização políticoconstitucional que atribui a duas partes do território nacional – os arquipélagos dos Açores e da Madeira – um estatuto de autonomia regional que não apenas lhes confere competências administrativas diferenciadas, mas, sobretudo, lhes garante poder legislativo e governo próprios (cfr. artigo 225.º da CRP). As regiões insulares portuguesas situam-se, assim, num plano constitucional similar ao das comunidades autónomas espanholas (e, como estas, carecem de poder judicial próprio, não sendo estados federados).
3. Em decorrência desta estrutura – que não é replicada no continente, que apenas dispõe de autarquias locais, uma forma de descentralização administrativa territorial de influência francesa – o estatuto político administrativo das regiões autónomas consta, no essencial, dos artigos 227.º a 234.º da CRP e de duas leis de valor reforçado, o Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores e o Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma da Madeira. A história deste acórdão é um exemplo da complexidade que este modelo introduz nas relações entre os órgãos de soberania da República e os órgãos próprios da Região Autónoma dos Açores (RAA).

4. O presente ano de 2020 foi assinalado por uma circunstância inédita na história humana recente: a expansão global de uma doença infecciosa surgida no ano anterior, que já contagiou 30 milhões de seres humanos e caminha para o milhão de mortes.

Na primeira fase da pandemia, os governos da maioria dos países europeus optaram pela por centrar o combate ao vírus nas medidas de confinamento da população. Este confinamento começou por ser bem aceite, justificado pela imperiosa necessidade de evitar a implosão dos sistemas de saúde, cujo risco real era diariamente documentado pelas terríveis imagens que a televisão nos fazia chegar de Itália e de Espanha.

- confinamento domiciliário, porém, para além de pesadas consequências no plano económico, que aqui não cabe apreciar, enfrentou um problema jurídico complexo. Em Estados de direito, como são a generalidade dos Estados europeus, o confinamento no domicílio contrariava a liberdade individual - nomeadamente de movimentação e deslocação -, constitucionalmente garantida, enquanto direito fundamental. Entraram então em cena os dispositivos constitucionais excecionais que fundamentaram a restrição ou supressão temporárias deste direito.
5. Em Portugal, tudo começou em 13 de março, com a publicação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, que estabeleceu «medidas excecionais e temporárias de resposta à epidemia SARS-CoV-2». Não demorou muito tempo a perceber que tais medidas enfrentavam dificuldades, dando lugar a controvérsias resultantes do insuficiente fundamento constitucional. Assim, apenas cinco dias depois, o Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, colocava o país em estado de emergência, fazendo uso, pela primeira vez, de tal instrumento, previsto, mas nunca utilizado, na vigência da Constituição de 1976. O estado de emergência vigoraria, nos termos daquele decreto, durante quinze dias; mas, tendo sido prorrogado por idênticos períodos, por duas vezes – em 2 e 17 de abril –, acabaria por vigorar até 2 de maio.
6. Regressou então a normalidade constitucional - mas não a das nossas vidas. Subsistindo a situação pandémica, o Governo apressou-se a aprovar, no dia 1 de maio, o Decreto Lei n.º 20/2020, alterando, pela sétima vez, o já citado Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Mantiveram-se em vigor diversas medidas de combate à pandemia, nomeadamente, a limitação do acesso a espaços comerciais, a redução da lotação máxima dos transportes públicos e a imposição do uso de máscaras nestes, a medição da temperatura corporal, etc.
7. Vamos à nossa história

No dia 10 de maio um cidadão nacional, residente na cidade de Ponta Delgada, capital da RAA, que trabalhava no estrangeiro, desembarcou de um voo da companhia aérea TAP no aeroporto João Paulo II, naquela cidade.

Cumpridas diversas formalidades relacionadas com a situação epidemiológica, foi transportado num autocarro, escoltado por uma viatura policial, para um hotel da cidade. Aí o obrigaram a permanecer, num quarto, onde lhe deixavam as refeições à porta, quarto que lhe cumpria limpar, sendo ainda obrigado a tratar da sua roupa. Não podia sair do

quarto e do hotel, guardado este por um agente policial, nem lhe era permitido receber quaisquer visitas (apenas viu o cônjuge uma vez, da varanda do quarto para a rua). Nunca manifestou qualquer sintoma da doença COVID19. Tratava-se, segundo lhe disseram, de cumprir uma quarentena de catorze dias, ditada por regulamentação aprovada pelas autoridades regionais açorianas.

Inconformado, dirigiu então ao Juízo de Instrução Criminal da Comarca de Ponta Delgada um pedido de *habeas corpus*. Este pedido foi deferido em 16 de maio, tendo a privação da liberdade sido considerada ilegal e, conseqüentemente, ordenada pela juíza a pronta libertação do requerente. Para fundar tal decisão, a magistrada recusou aplicar diversas normas regionais, com fundamento na respetiva inconstitucionalidade, tanto orgânica – por incompetência dos órgãos regionais para a aprovar -, como material – por violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, consagrados na CRP.

O Ministério Público, em cumprimento de dever legal, interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, tendo por objeto as normas cuja aplicação fora recusada.

8. No Tribunal Constitucional o relator procedeu a análise detalhada das normas postas em causa, tendo delimitado o objeto do recurso às normas contidas nos pontos 1 a 4 e 7 da Resolução do Governo [regional açoriano] n.º 77/2020, e nos pontos 3, alínea e), e 11 da Resolução do [mesmo] Governo, nos termos das quais se impunha o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrem na RAA.

Procedendo à análise factual da situação do interessado, o relator concordou com a decisão recorrida, no sentido de se tratar de uma «privação total da liberdade», tendo o aquele «ficado circunscrito a um espaço confinado [...] de todo impedido de circular e de livremente se movimentar». E acrescentou, num confronto que impressiona, que, comparada a situação de confinamento do interessado com a daquele que cumpre uma pena curta de prisão em estabelecimento prisional, esta até apresenta aspetos mais favoráveis – quanto mais não seja, o preso tem o direito de aceder a um espaço comum para exercício físico. Conclui que esta privação da liberdade ofende o disposto no artigo 27.º da CRP.

Ora, de acordo com a Lei Fundamental, «todas as normas disciplinadoras de um direito, liberdade ou garantia carecem de uma autorização prévia da Assembleia da República». Assim sendo, uma medida privativa da liberdade tomada contra o disposto naquele referido artigo 27.º encontra-se abrangida pela reserva de competência legislativa estabelecida na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP, podendo a competência para a adotar ser delegada, mas apenas no Governo da República - nunca em órgãos regionais, como o Governo da RAA.

Comprovada estava, assim, a inconstitucionalidade orgânica das normas em causa, restando ao Tribunal julgá-las inconstitucionais. O que, de resto, fez mediante decisão unânime de todos os seus juízes.

9. Perguntarão, talvez: e então a acusação de inconstitucionalidade material? Bom, a inconstitucionalidade material deixa de ter relevância: uma vez diagnosticada a inconstitucionalidade orgânica – que resulta de um problema competencial -, seria despidiendo analisar as supostas inconstitucionalidades materiais. Na verdade, se os órgãos regionais careciam de competência para aprovar a regulamentação que aprovaram, esta é, ipso facto, inválida, pouco interessando que seja também contrária a um ou mais preceitos constitucionais. Pode dizer-se que é irrelevante a “quantidade” da desconformidade com a lei fundamental²²².

10. É altura de concluir.

E a conclusão mais relevante que se pode tirar, nem por ser singela, é menos importante.

Vivemos inquestionavelmente tempos extraordinários, que põem em causa muito daquilo que até há pouco tínhamos por adquirido. Para os enfrentar, houve que recorrer a estratégias excecionais – a exceção tornou-se mesmo regra. Mas não podemos – nós, as jurisdições constitucionais, nós os Estados de direito, - deixar que esta anormalidade temporária consentida se converta numa anormalidade permanente resignada, que nos leve a desistir, em nome de uma sobrevivência a qualquer preço, daquilo que faz de nós seres humanos civilizados e solidários, partilhando bons e maus momentos, tristezas e contentamentos, conscientes da gravidade dos riscos e da inevitabilidade dos sacrifícios, mas recusando alienar os nossos valores – a liberdade acima de todos.

²²² Note-se que esta jurisprudência tem sido pacífica no Tribunal, tendo sido reafirmada em vários arestos, o último dos quais o Acórdão n.º 502/2019. Aqui, também envolvendo legislação regional, mas da RAM, escreveu-se: «Padecendo a norma sindicada do vício de inconstitucionalidade orgânica por violação das alíneas b) e t) do n.º 1 do artigo 165.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 227.º, todos da Constituição da República Portuguesa, fica prejudicada a apreciação (nos termos da previsão do artigo 51.º, n.º 5, da LTC) de outros eventuais fundamentos de inconstitucionalidade orgânica e, bem assim, de inconstitucionalidade material». A mesma jurisprudência, igualmente relativa a legislação regional da RAM, foi adotada no Acórdão n.º 450/2019.

LOS ÓRGANOS EXTRA-PODERES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO

RAFAEL DÍAZ FILPO

*Juez primer sustituto del presidente del
Tribunal Constitucional Dominicano.*

Mi exposición está centrada dentro del marco de esta conferencia iberoamericana de justicia constitucional, en un análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional dominicano en relación a los órganos extrapoderes.

La separación de poderes

Como principio, la separación de poderes del Estado nace en el siglo XVIII en Europa, al mismo tiempo que aparecen las primeras constituciones escritas (la norteamericana en Virginia 1787 y la francesa en París en el año 1789). Las primeras constituciones nacen para dar soporte a los Estados. De manera, pues, que la separación de los poderes aparece como una lucha contra las monarquías y los regímenes autocráticos para poner fin al absolutismo de aquella época.

La teoría de la separación de los poderes elaborada por el filósofo británico John Locke está indisolublemente ligada al filósofo francés Charles Barón de Montesquieu y ha devenido en el criterio fundamental del gobierno constitucional. El control aparece, pues, como el instrumento indispensable para que el equilibrio de los poderes pueda ser realidad.

La teoría de Montesquieu parte del hecho que en un Estado hay tres clases de poderes y como sostiene el filósofo alemán Karl Loewenstein, la separación de poderes es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales en diferentes órganos de gobierno y cada uno de estos poderes se caracterizará por la función que tienen asignada por la Constitución.

Sin embargo, para que el poder limite al poder es necesario no solo que los poderes estén orgánica y funcionalmente separados, sino que se requiere una serie de mecanismos de coordinación, de frenos y contrapesos entre ellos.

Es importante destacar que la interpretación que hace el filósofo francés Charles de Montesquieu de la Constitución británica, aunque perciba la relación entre división de poderes y capacidad de frenar, de impedir, no extrae toda la complejidad de controles y fiscalizaciones que forman el «delicado equilibrio» de aquella Constitución.

Es útil acotar que algunas Constituciones latinoamericanas han escapado del modelo habitual del terceto tradicional de poderes, determinando por ejemplo que el Poder Público Nacional se divida en cinco Poderes: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, como lo hace la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; o, la solución que implementara la Constitución del Ecuador, aprobada en el referéndum de 28 de septiembre de 2008, al diagramar el siguiente quinteto: Legislativa, Ejecutiva, Judicial (y Justicia Indígena), Transparencia y Control Social, y Electoral.

Los órganos extrapoderes

El Estado de Derecho con raíz democrática y constitucional, como necesariamente debe ser concebido hoy, supone de modo ineludible la separación, el equilibrio, la distribución y la limitación de los poderes (como garantía en favor del pueblo), además de los postulados republicanos de posibilidad de alternancia en el acceso al poder y periodicidad de los mandatos (axiomas que, rectamente interpretados, llevan a desterrar todo intento de implementar normativamente cualquier “reelección indefinida” aplicable a cargos públicos), publicidad y responsabilidad de los gobernantes, es decir, que éstos rindan cuentas de su gestión al pueblo.

La expresión órgano extrapoder (u órganos extrapoderes), se emplea para referirse a órganos estatales no situados en la órbita de alguno de los tres poderes clásicos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). El órgano extrapoder, por lo común, posee competencias —generalmente muy específicas— que desde el punto de vista cuantitativo son menos extensas que las conferidas por la Constitución a los tres poderes clásicos.

Si se comparan, en efecto, las funciones de cualquiera de los órganos extrapoder con las de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, se advertirá que por lo común son más concretas y menos expandidas, aunque desde el punto de vista cualitativo puedan ser de gran trascendencia, como es en particular el caso de un tribunal constitucional, intérprete final de la Constitución. Alguna vez los órganos extrapoder han sido llamados, por eso, mini poderes.

La doctrina argentina, encabezada por el jurista argentino Bidart Campos, denominó extrapoderes a esos institutos que aparecieron colocados fuera de la organización tripartita tradicional del poder, en su dimensión de la división horizontal, definiendo sus tres características fundamentales: a) que son estatales; b) que su situación institucional es ajena a los órganos clásicos; y c) que “existen, necesariamente, vínculos y relaciones entre los órganos extrapoderes y los poderes constituidos.

La justificación de los órganos extrapoder deriva de razones técnicas y políticas. Las primeras obedecen a la compleja estructura del Estado en la actualidad, lo que lleva a que determinadas funciones antes aglutinadas en los tres poderes principales hoy se subdividan, descentralicen y sincronicen con mayores detalles y especificaciones, lo que genera que deban programarse nuevos sujetos estatales (conocidos como órganos extrapoderes) que puedan cumplir más idóneamente tales papeles. Las segundas se vinculan frecuentemente con la idea de un mejor control, de una más acabada fiscalización sobre las ramas tradicionales en que se vertebra el Estado.

En términos muy simples, puede contemplarse al Estado actual, comparándolo con el de un siglo atrás, como un organismo mucho más complejo, perfeccionado y sofisticado. Determinadas funciones, antiguamente aglutinadas en los tres poderes principales, actualmente se subdividen, descentralizan y sincronizan con mayores detalles y especificaciones. Y ello explica que se programen nuevos sujetos estatales destinados a asumir con mayor idoneidad estos papeles, fuera de los tres poderes iniciales.

La justificación de los órganos extrapoder en virtud de su misión de control no se ciñe a la revisión del comportamiento constitucional (formal y de contenido) de los poderes públicos, sino que puede proyectarse sobre grupos de particulares, pero que tienen una significativa gravitación social. Una misión paralela de varios entes extrapoder puede estribar en la tutela y promoción de los derechos constitucionales y de los derechos humanos en general, especialmente los provenientes de fuente internacional, como misión garantista y de promoción de esos derechos, que debe asumir modernamente el Estado. Eso implica una innegable misión de control sobre la administración pública y los poderes públicos en general.

Una misión paralela de varios órganos extrapoder puede estribar en la tutela y promoción de los derechos constitucionales, supremacía constitucional y de los derechos humanos en general, especialmente los provenientes de fuente internacional, como misión garantista y de promoción de esos derechos, que debe asumir moderadamente el Estado. Eso implica una innegable misión de control sobre la administración pública y los poderes públicos en general.

La finalidad perseguida en la creación de estos organismos con carácter independiente de los otros poderes del gobierno no es otra que intentar liberarlos de las influencias directas de la política coyuntural por tratarse de temas que poseen repercusiones que se extienden más allá de la vida del gobierno de turno; "hacen de la independencia frente a directrices político-gubernamentales". Se procura que sean instrumentos de alta capacidad técnica, traídos al campo del Derecho Constitucional, que reducen poder a los tradicionales poderes del Estado.

Las competencias atribuidas a estos organismos independientes normalmente versan sobre *"sectores y materias de carácter esencial para la vida social y económica de un país, sobre las que se genera un consenso entre las fuerzas políticas en cuanto a su ordenación"...* *"se consideran políticamente neutralizadas; no son de derechas ni de izquierdas y quedan fuera de la lucha política porque lo que a todos interesa es sencillamente que funcionen bien"...* *y, consecuentemente, "todas las fuerzas políticas coinciden en mantener determinadas funciones y objetivos estatales como algo imparcial, estable y permanente, cualquiera que sea la orientación política que prevalezca en un momento determinado".*

En síntesis, los órganos extrapoderes o entes constitucionales autónomos complementan el entramado fiscalizador de los Poderes del Estado (aunque es justo advertir que en no pocas ocasiones se critica la debilidad del control parlamentario en Latinoamérica, que se muestra claudicante ante poderes ejecutivos fuertes y hegemónicos), en el marco de una gama de controles verticales y horizontales en la que a las instancias de contralor institucional deben suplementarse los esperados aportes de la sociedad civil, esto es, firmes mecanismos de control social o ciudadano.

Algunos ejemplos de órganos extrapoderes son el Defensor del Pueblo en Bolivia, el Ministerio Público en Argentina y hasta un Tribunal o Corte Constitucional, en Chile, Perú, República Dominicana y Guatemala.

Los órganos extrapoderes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano

La Constitución de la República Dominicana, adoptada el 26 de enero de 2010 (reformada en el año 2015), contiene una distribución funcional del poder que renueva la estructura política de nuestro régimen de gobierno presidencial, en aras de impulsar el Estado Social y Democrático de Derecho y resguardar el orden institucional prediseñado por el constituyente.

Así, en la distribución de funciones del Estado, los poderes públicos tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) son titulares de las funciones clásicas, pero junto a ellos la Constitución instituye directamente la autonomía e independencia de órganos extrapoderes nuevos o renovados que son receptores de funciones o sub-funciones desmembradas de los poderes tradicionales.

Es el caso de la regulación del sistema monetario y financiero que compete a la Junta Monetaria en su condición de órgano superior del Banco Central; el control externo del gasto público que ejerce la Cámara de Cuentas; la gestión de las contiendas electorales que corresponde a la Junta Central Electoral, y el juzgamiento de los conflictos electorales que es atribución del Tribunal Superior Electoral; la jurisdicción constitucional en cabeza del Tribunal Constitucional; así como la formulación de la política criminal del Estado y el ejercicio de la acción penal en cabeza del Ministerio Público, y la contribución en la salvaguarda de los derechos fundamentales y los intereses colectivos y difusos atribuidas al Defensor del Pueblo.

Los órganos autónomos o extra-poderes son creados directamente por la Constitución para actualizar y perfeccionar el principio de la separación de los poderes. Surgen de la necesidad de separar determinadas funciones públicas de los procesos normales de gobierno. Así, la autonomía constituye una garantía institucional asociada a la independencia con que han de ejercer las funciones encomendadas por la Constitución. Pero estos no se encuentran investidos de legitimación democrática directa, lo que análogamente sucede con el Poder Judicial. De modo que la autonomía también se ejerce, paradójicamente, por la participación de alguno o algunos de los poderes tradicionales en la dinámica propia de los órganos constitucionales, de manera especial en el nombramiento o ratificación de sus titulares o jerarcas, pero también en la aprobación de su presupuesto y en una adecuada rendición

de cuentas. Esta nueva ingeniería institucional, como ha expresado este Tribunal en otra ocasión, comporta un replanteamiento del significado tradicional de la noción de separación de poderes, “*en el sentido de que actualmente dicha separación no es rígida y se admite, además, la colaboración entre ellos*”; así como diversos medios de acción recíproca.

111. *Oportuno es destacar que los órganos constitucionales autónomos: a) constituyen órganos fundamentales del Estado, pues están situados en el vértice de la organización política en posición de relativa paridad e independencia respecto de los poderes públicos tradicionales; b) escapan a toda línea jerárquica y a los controles de vigilancia y tutela jurídica de la autoridad rectora de la Administración Pública; c) reciben directamente de la Constitución su estatus y competencias esenciales que definen su posición institucional en la estructura del Estado; d) concretan externamente las formas de gobierno y el Estado manifiesta a través de ellos su voluntad con la máxima eficacia formal. Cabe agregar que los parámetros bajo los cuales ejercen sus funciones no pasan por los criterios inmediatos del momento, sino que al ser órganos troncales o supremos preservan el equilibrio institucional de la República y participan con el conjunto de poderes públicos en la dirección política del Estado. Son, en definitiva, órganos extra-poderes, ya que no se adscriben ni subordinan orgánicamente a ninguno de los tres poderes clásicos, tienen funciones independientes, reconocidas y garantizadas en la Constitución, y son capaces de emitir actos definitivos que actualizan el orden jurídico político fundamental.*

Estos órganos se rigen primordialmente por un régimen normativo propio, integrado por los preceptos de la Constitución, las leyes orgánicas que los regulan y la reglamentación interna que ellos mismos se den para los efectos de proveer a su funcionamiento. En ese sentido, es menester recordar que Tribunal dominicano, en la Sentencia TC/152/13 ha establecido que “la autonomía constituye una garantía constitucional que, por su esencia, impide que pueda ser desconocida, vaciada de contenido, o bien llegar a ser suprimida; de esta manera se protege de las tentaciones de ser limitadas por el ejercicio de la función del órgano legislativo y persigue asegurar que en su desarrollo, las características básicas que la identifican no sean reducidas ni deformadas”. A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 2010, el legislador ha empezado a delimitar cautelosamente la aplicabilidad de las disposiciones legales externas al régimen normativo propio de los órganos constitucionales, con la finalidad de preservar la autonomía que les ha conferido la Constitución.

La autonomía de la que han sido revestidos los órganos constitucionales es cualitativamente superior a la autonomía meramente administrativa que la Constitución de 2010 reconoce a los organismos autónomos y descentralizados de la Administración Pública, los cuales podrán ser creados por ley y “estarán adscritos al sector de la administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la ministra o ministro titular del sector”

111. “ *que la autonomía constitucional, como categoría jurídica abstracta y mandato de optimización, necesita materializarse de algún modo si es que pretende ser operativa en el ejercicio del poder público. Por ello, la Constitución reconoce tres manifestaciones esenciales (funcional, administrativa y presupuestaria), de las que emergen implícitamente un conjunto de competencias accesorias e instrumentales indispensables para el desempeño eficaz de las competencias fundamentales atribuidas al órgano. Son “accesorias”, las competencias sustantivas implícitas ligadas indisolublemente a las competencias fundamentales; e “instrumentales”, las competencias que sirven de medio para el ejercicio de una competencia fundamental o accesoria atribuida al órgano en cuestión. Las competencias accesorias e instrumentales, que materializan la autonomía en su integralidad, son inescindibles de las potestades que la Constitución y las leyes orgánicas reservan a los distintos órganos constitucionales; por lo que su lesión comporta siempre una cuestión de relevancia constitucional que habilita la intervención contralora de la justicia constitucional, conforme a los procesos definidos en la Constitución y la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales”²²³*

La autonomía funcional implica el mayor grado de independencia o autogobierno para que el órgano ejerza las competencias específicas que le han sido encomendadas por la Constitución y su ley orgánica. En ese orden de ideas, tal como ha expresado este colegiado: “Respetar su contenido esencial, equivale a no sujetar su capacidad de autogobierno a las decisiones de otras entidades que obstaculicen el cumplimiento de sus funciones”. La autonomía funcional otorga al órgano constitucional la potestad de planificar, conforme su ley orgánica y sin injerencia de otras autoridades, “las políticas, estrategias, metas y objetivos” que resulten necesarios para ejercer sus funciones, al igual que para desarrollar las actividades y ejecutar los actos que den fiel cumplimiento a lo planificado, conforme a las competencias fundamentales que le ha asignado la Constitución. Comprende, además, “el seguimiento de las actividades, así como la evaluación y control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados” (artículo 12.5 de la Ley No.247-12), con la finalidad de corregir cualquier desviación significativa e identificar oportunidades de mejoramiento continuo”.

“La autonomía administrativa asegura al órgano constitucional la capacidad de auto organización y autoadministración necesarias para que pueda realizar sus atribuciones de manera independiente y sin interferencias de ningún otro órgano o poder. Cualquier entidad compleja necesita disponer sus estructuras y asignar cometidos a sus responsables para poder alcanzar correctamente sus objetivos. Esta potestad se ejercita a través de normas reglamentarias, o bien mediante decisiones o actos de carácter no normativo. Comprende, asimismo, la capacidad de disponer de sus recursos humanos, materiales y financieros de la forma que resulte más conveniente para el cumplimiento de los cometidos y fines que tiene asignados. Esta vertiente de la autonomía se configura como una garantía en el desarrollo independiente de las funciones del órgano constitucional, que parte de presuponer

²²³ Tc/0305/14

la especialidad en su administración por su estatus jurídico y la función que desempeña en el ordenamiento jurídico político”.

La autonomía presupuestaria garantiza una amplia libertad de acción “en la elaboración de los presupuestos de cada uno de estos órganos, así como a la programación de su ejecución, aspectos éstos que inciden ampliamente sobre la esfera de autodeterminación del órgano, pues lo eximen de la posibilidad de verse supeditado a la influencia que en determinado momento pueda ejercer el Poder Ejecutivo sobre sus decisiones, utilizando el presupuesto como mecanismo de presión. En ese sentido, en materia presupuestaria, la independencia de los órganos constitucionales se refleja en la posibilidad de que sean los mismos los que elaboren su plan anual de gastos, así como la programación de su ejecución, de acuerdo con las necesidades propias de cada institución. Supeditar las referidas atribuciones a la actuación previa del Ejecutivo equivale a cercenar una de las principales garantías de independencia de que disponen tales órganos, y que les permite realizar efectivamente sus funciones activas y contraloras”

La autonomía e independencia de los órganos extra-poderes no es absoluta. Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. Dado que cada órgano constitucional autónomo constituye una parte del todo – es decir, del Estado –, en ningún caso la autonomía puede confundirse con la soberanía que corresponde al todo. La soberanía es configurada por la Constitución como un atributo exclusivo del Estado, por lo que en el orden formal y sustantivo que ella preside no caben poderes ni órganos soberanos. No obstante, estos sí son partícipes del ejercicio de la soberanía a los que está confiada la actividad directa del Estado. Así, pues, la autonomía constitucional constituye una forma de separación del poder, es decir, una distribución de competencias supremas para limitar el poder de los gobernantes. Se trata de una relación de independencia relativa que no puede afectar la estructura de la distribución de las funciones que establece la Constitución.

Al abordar este tema, resulta imprescindible exponer la decisión núm. TC 0305/14 del 22 de diciembre de 2014, mediante la cual el Tribunal Constitucional dominicano desarrolló de forma plena su atribución constitucional de resolver los conflictos de competencias. En este caso, se cuestionó la competencia de la Dirección General de Compras y Contrataciones Públicas adscrita al Ministerio de Hacienda de fiscalizar los procesos de licitación y contratación de un órgano extrapoder instaurado constitucionalmente, la Junta Central Electoral.

Expresaba la señalada Sentencia TC/0305/14 que:

“Este Tribunal considera que la autonomía de los órganos extra-poderes “también está supeditada a ser ejercida dentro de un marco general, en el que la capacidad de administración debe realizarse de conformidad con el ordenamiento jurídico; es decir, respetando los límites constitucionales, pues la libertad de autogestión no implica en modo alguno, independencia absoluta o dejar de pertenecer al Estado del que forman parte”. Por lo tanto, como bien ha planteado este Tribunal en otra oportunidad, “sus actuaciones no se encuentren exentas de control, pues la propia Carta Magna traza los lineamientos para que sus actividades administrativas, al igual que las de los otros órganos constitucionales, estén sometidas a

supervisión y control: primero, a través de la Cámara de Cuentas de la República, en su rol de órgano de control fiscal externo; segundo, por la vía jurisdiccional que ejercen el Tribunal Superior Administrativo, la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Constitucional, en el marco de sus respectivas competencias; y, tercero, del Congreso Nacional a través de los mecanismos de control político, legislativo y presupuestario”

Cabe precisar, además, que la autonomía constitucional no tiene un alcance unívoco, ni puede ser concretizada en abstracto como una regla general aplicable en términos idénticos a los distintos órganos extrapoderes, sino que es una noción gradual que corresponde desentrañar en cada caso, como etapa previa y necesaria de su aplicación a un órgano determinado. En consecuencia, para delimitar su intensidad, la justicia constitucional ha de tomar en cuenta, entre otros aspectos: a) la naturaleza de las funciones (jurisdiccionales, fiscalizadoras, regulatorias, administrativas) atribuidas por la Constitución al órgano; b) la regulación orgánico-legal que desarrolla el régimen normativo propio del órgano; c) los mecanismos de interacción o interdependencia objetiva con otros poderes y órganos establecidos por la Constitución y las leyes orgánicas que los regulan; d) el nivel de protección que se brinda a sus titulares, esto es, el carácter de la designación, el tiempo de permanencia en el cargo y las causas de remoción o destitución; e) así como la fuerza imperativa de las decisiones que adopte el órgano en ejercicio de sus propias competencias.

El Tribunal Constitucional dominicano al decidir en torno a este asunto inicia estableciendo y desarrollando la amplitud de la autonomía con que cuentan los órganos denominados extrapoder que implica contar con competencias que materializan tal autonomía e independencia, sin interferencias de ningún otro órgano o poder. Esto, según el Tribunal Constitucional dominicano implica que estos órganos deben poder realizar sus competencias sin ser limitadas irrazonablemente por el órgano legislativo; y menos aún subordinarlas a la súper vigilancia o control administrativo de organismos dependientes del Poder Ejecutivo.

El Tribunal Constitucional dominicano señala que esta autonomía no implica que las acciones de estos órganos no estén sometidas a un análisis, supervisión y control, específicamente en el ámbito presupuestario a través de la Cámara de Cuentas; y por la vía jurisdiccional a través de la jurisdicción administrativa, la suprema Corte de Justicia y el Tribunal Constitucional; y a través del Congreso Nacional vía sus mecanismos de control político, legislativo y presupuestario.

En tal sentido, la indicada sentencia el Tribunal Constitucional dominicano, concluye que en base a los principios de autonomía presupuestaria y de la separación de poderes, el control interno de la actuación administrativa y financiera de los órganos de autonomía de origen constitucional corresponde a estos propios órganos, los cuales pueden desarrollarlo a través de su facultad reglamentaria.

Aunque no constituye una situación jurídica planteada como conflicto de competencia, mediante la decisión núm. TC 0001/15 del 28 de enero del 2015 el Tribunal Constitucional dominicano resolvió una acción de inconstitucionalidad planteada por un órgano con autonomía de origen constitucional del ámbito monetario-financiero, el Banco

Central de la República Dominicana, que cuestionaba una atribución legal de un órgano extrapoder encargado del control externo y ex post de los gastos públicos cuya autonomía igualmente cuenta con jerarquía constitucional: la Cámara de Cuentas.

En este caso el Banco Central cuestionaba la disposición legal que ordena a todas las instituciones del Estado la obligación de requerir aprobación de la Cámara de Cuentas para contratar firmas de auditores privados que fiscalicen sus operaciones, en base a su autonomía de origen constitucional.

En la señalada Sentencia TC/0001/15, El Tribunal Constitucional dominicano, argumentaba lo siguiente:

9.1.2. Los órganos autónomos son creados directamente por la Constitución para actualizar y perfeccionar el principio de la separación de los poderes. Surgen de la necesidad de separar determinadas funciones públicas de los procesos normales de gobierno. Así, la autonomía constituye una garantía institucional asociada a la independencia con que han de ejercer las funciones encomendadas por la Constitución.

9.1.3. Oportuno es destacar que los órganos constitucionales autónomos: a) constituyen órganos fundamentales del Estado, pues están situados en el vértice de la organización política; b) escapan a toda línea jerárquica ya los controles de vigilancia y tutela jurídica de la autoridad rectora de la Administración Pública; c) reciben directamente de la Constitución su estatus y competencias esenciales que definen su posición institucional en la estructura del Estado; d) concretan externamente las formas de gobierno y el Estado manifiesta a través de ellos su voluntad con la máxima eficacia formal. Cabe agregar que los parámetros bajo los cuales ejercen sus funciones no pasan por los criterios inmediatos del momento, sino que al ser órganos troncales o supremos preservan el equilibrio institucional de la República y participan con el conjunto de poderes públicos en la dirección política del Estado. Son, en definitiva, órganos extrapoderes, ya que no se adscriben ni subordinan orgánicamente a ninguno de los tres poderes clásicos, tienen funciones independientes, reconocidas y garantizadas en la Constitución, y son capaces de emitir actos definitivos que actualizan el orden jurídico político fundamental.

En esta decisión, reiterando los criterios supraindicados en torno a la autonomía de los órganos extrapoder y sus competencias, sostuvo que si bien la Cámara de Cuentas tiene la prerrogativa de auditar las veces que considere a los órganos constitucionales autónomos, no menos cierto es que como parte de la manifestación de la autonomía de estos entes se encuentra el auto auditarse y contratar de forma libre los auditores privados que estos consideren, siempre respetándose los cánones y disposiciones legales que rigen la contratación pública. El TCD acogiendo una tesis de origen jurisprudencial mexicana sostiene que tres prohibiciones de actuación rigen el desenvolvimiento de los órganos extrapoder: la no intromisión, la no dependencia y la no subordinación a cualquier otro órgano, concluyendo en que resulta contrario al principio de separación de poderes el mandato de legal de solicitar aprobación o autorización de contratación de firma de auditoría privada a la Cámara de

Cuentas por parte de los órganos extrapoder.

Quiero concluir con palabras del jurista costarricense Víctor Bazán:

“Aproximarse hoy a ese fenómeno complejo y dinámico que representa el Estado de Derecho, implica partir, como hipótesis de mínima, de algunos elementos esenciales configurativos de su superficie de soporte: una Constitución Política que sea respetada y cumplida; una democracia genuina, es decir, real y no meramente declamada; la efectiva protección de los derechos fundamentales; y una auténtica separación y distribución de poderes, en la que éstos y los restantes órganos extrapoderes actúen sujetos al Derecho (no a cualquier Derecho, sino al Derecho justo), contándose en ese cuadro funcional con una justicia constitucional activa, independiente y prudente. Compendiando tales postulados básicos, la fórmula de combinación podría sintetizarse así: juridicidad democrática y constitucional; control; responsabilidad, y tutela y efectivización de los derechos humanos”.



6. PALABRAS DE CIERRE

PALABRAS DE CLAUSURA
 ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Vicepresidente de la Corte Constitucional de Colombia.

Hemos llegado al final de la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional que en esta oportunidad se ocupó de la democracia y los derechos fundamentales en los estados de excepción.

La Corte Constitucional de Colombia ha tenido el privilegio de su organización y aunque las circunstancias nos impidieron, en este momento, estar reunidos en Cartagena, como estaba previsto, aquí estamos todos por primera vez en la historia de la conferencia en un auditorio virtual de dimensión iberoamericana con el mismo compromiso de siempre cumpliendo la cita que nos convoca periódicamente con el objeto de analizar las mejores prácticas de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica; compartir las decisiones de los jueces constitucionales y su interpretación sobre las cláusulas constitucionales que consagran los derechos fundamentales, el estado social de derecho y las democracias en nuestros países, contribuyendo, de esa manera, al objetivo de construir una teoría transnacional del derecho constitucional.

En esta oportunidad nuestras deliberaciones han estado enmarcadas en el Estado de Emergencia generado por la aparición y expansión del virus Covid-19, la más grave calamidad que ha enfrentado nuestra generación, con impactos sin precedentes en todos los ámbitos de nuestra vida. Y que nos plantea retos y desafíos sin precedentes para el estado social y democrático de derecho.

En casi todos nuestros países la emergencia ha activado facultades extraordinarias por parte del poder ejecutivo y en la mayoría de los países, también, de la función jurisdiccional de control de constitucionalidad del ejercicio de tales facultades que, como se ha dicho reiteradamente a lo largo del evento, constituye elementos claves para la democracia la protección de los derechos humanos y el estado de derecho.

En este marco, durante estos dos días, se desarrollaron varias mesas de discusión alrededor de cuatro ejes temáticos: el primero, la restricción del componente democrático en el Estado constitucional; el segundo, la garantía de los derechos fundamentales y la visibilidad de los efectos diferenciados en grupos sociales específicos; la tercera, el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales; y la cuarta los retos constitucionales ante el reajuste del Estado para hacer frente a la nueva realidad económica, social y ambiental.

De las exposiciones de los intervinientes en las diferentes mesas se evidenció que la regla general en nuestros países ha sido la adopción de Estado de Emergencia, Estado de Excepción, Estado de Catástrofe por Calamidad Pública o Emergencia Sanitaria, en cuyo desarrollo se permite la adopción de decretos presidenciales y diferentes instrumentos jurídicos para la adopción de medidas encaminadas a detener o mitigar los efectos de la pandemia.

Estas determinaciones han conducido a restricciones de libertades y derechos tales como el de reunión y el de circulación poniendo en el centro del debate las tensiones que suponen los poderes excepcionales a cargo del Ejecutivo y el diseño institucional para controlar el ejercicio de esas facultades, particularmente, el rol de los jueces constitucionales.

Es claro que existen situaciones en las que los instrumentos ordinarios no resultan ser suficientes para dar respuesta a las mismas por lo que las figuras de Estado de excepción han surgido como el medio adecuado para hacer frente a momentos de perturbación de la normalidad institucional.

Sin embargo, lo anterior supone tensiones con principios democráticos en cuya virtud el órgano encargado de adoptar las leyes se vea desplazado transitoriamente por el Ejecutivo. Al respecto se han desarrollado dos líneas: hay una posición según la cual se debería excluir de las cartas políticas cualquier posibilidad de poder excepcional dada la amenaza que acarrea para la democracia, así como la garantía de los derechos fundamentales; otra, en línea opuesta considera que los poderes excepcionales deben ser amplios y flexibles para que sea posible atender efectivamente las causas que dieron origen a la declaratoria de excepción.

Una posición intermedia plantea la necesaria existencia de dicho instrumento, pero bajo restricciones claras respecto de las razones para otorgar las facultades, su temporalidad, la delimitación de las facultades, así como de los derechos objeto de restricción. Bajo este último escenario, que corresponde al adoptado mayoritariamente, el rol del juez constitucional ha tomado una especial relevancia como lo demostraron los diferentes participantes en sus exposiciones, hay varios puntos de encuentro que dan cuenta de que a pesar del diseño y particularidades de cada país el control constitucional ha sido una herramienta fundamental para garantizar la estabilidad democrática, así como la garantía de derechos fundamentales en momentos de alta perturbación cómo ha sido la propagación del virus Covid-19.

Algunos elementos que se comparten en las diferentes constituciones son, entre otros, los requisitos para decretar el Estado de Excepción, los límites temporales a su duración y de las medidas que se adopten, y la proporcionalidad de las medidas adoptadas. Si bien la declaratoria y el desarrollo de los estados de emergencia varía dependiendo del diseño de cada país en este evento se reconoció que no cualquier circunstancia conduce a la concesión de facultades extraordinarias, por el contrario, solo situaciones de especial gravedad conducen a otorgar al ejecutivo facultades ordinariamente de competencia del legislador.

Si bien hay países que categorizan los estados de excepción, según se trate, de Guerra Exterior, Conmoción Interior, o, Grave Calamidad Pública, como España y Colombia, en todas nuestras jurisdicciones es claro que se trata de un instrumento para hacer frente a situaciones verdaderamente extraordinarias para las cuales no son suficientes los regímenes ordinarios.

Es por eso qué, usualmente, se contemplan controles igualmente excepcionales de naturaleza política a cargo de los órganos de representación democrática, y de naturaleza judicial a cargo de los máximos tribunales o jueces de control constitucional. Un segundo elemento qué es compartido por la mayoría de los participantes es la temporalidad de los estados de excepción, como muy bien lo indica su denominación, son situaciones que interrumpen la normalidad por lo que no pueden prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario para cumplir y conjurar la crisis.

De manera que las medidas adoptadas en principio solo podrían tener por objeto la superación de la emergencia y el restablecimiento de la normalidad. Fue también reiterativo en los análisis presentados que las medidas incluidas no pueden encaminarse a generar cambios estructurales y permanentes en la legislación o la administración pública, ni mucho menos reformas constitucionales. Como tercer elemento común ha sido de la intangibilidad de derechos, cómo se expuso en diferentes intervenciones es claro que algunos derechos no pueden ser restringidos, bajo ninguna circunstancia, mientras que de otros, bajo la noción de excepcionalidad, se admite la posibilidad de su restricción; entre los primeros se han mencionado el reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y la prohibición de tortura tratos inhumanos crueles y degradantes, la prohibición de la esclavitud o servidumbre, el principio de legalidad y retroactividad. la libertad de conciencia y de religión. la protección de la familia, el derecho al ambiente, al nombre, los derechos de la niñez, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos.

Igualmente, con el fin de garantizar el Estado Social Democrático la restricción de los segundos debe ser proporcional esto implica que la suspensión de derechos debe ser el único medio para hacer frente a la situación de manera que no pueda ser atendida mediante el uso de las atribuciones ordinarias y que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido.

No podrían entonces suspenderse derechos cuya obligatoriedad se consagra en el Derecho Internacional Humanitario ni introducir discriminación alguna fundada, en particular, en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, y origen social.

Adicionalmente, ha estado presente como elemento común la necesidad de fortalecer el control judicial. Es evidente la necesidad de garantizar el sistema de pesos y contrapesos de tal

manera que no exista una rama del poder tan poderosa que termine desdibujando el Estado Social Democrático. Esto requiere, entonces, un control riguroso por parte de los jueces para contener el abuso del poder.

Esto, claramente, ha representado, en la mayoría de los casos, un gran desafío para los tribunales constitucionales; desafío que hemos debido afrontar en circunstancias novedosas de ejercicio no presencial de las funciones ajustando nuestro quehacer a la virtualidad y al uso de medios tecnológicos para los cuales aún no se encontraba preparada la administración de Justicia, lo cual, igualmente, nos ha planteado la imperiosa necesidad de asegurar en tales circunstancias el acceso a la justicia de todas las personas para la protección de sus derechos.

En este punto es importante mencionar que la pandemia ha generado impactos diferenciados e interseccionales sobre la garantía y satisfacción de los derechos económicos sociales, culturales y ambientales para ciertas poblaciones en especial situación de vulnerabilidad e históricamente excluidas, como lo son personas privadas de la libertad mujeres pueblos indígenas personas en situación de movilidad reducida, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, afrodescendientes, personas con discapacidad, trabajadores y personas que viven en pobreza extrema.

Como es de amplio conocimiento nuestras sociedades tienen grupos poblacionales cuya vulnerabilidad es mucho mayor y son quienes se han visto más afectadas. Esto ha dado paso a la discusión sobre la materialización de nuevos derechos humanos o el reconocimiento de nuevas facetas de los derechos ya reconocidos, particularmente, frente a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Claro ejemplo de lo anterior es el derecho a la salud, el cual, en virtud de su clara relación con el contenido de otros derechos, como la vida e integridad personal, se ha reconocido como un derecho fundamental. Sin embargo, debates más arduos se han presentado respecto a los derechos al agua potable, el acceso a la alimentación, el acceso a medios de limpieza, vivienda adecuada e integración de servicios públicos de salud, así como la consolidación de la Renta Básica Universal.

Esta mañana nos han hablado también del acceso a internet como una faceta de garantía de los derechos a la educación o a la salud, incluso el derecho a la participación política, entre otros, es claro que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales están intrínsecamente relacionados entre sí; así el derecho a la educación requiere, en escenarios de aislamiento y distanciamiento social, el acceso a Internet, el cual, a su vez, está relacionado con el acceso a la electricidad.

Es compleja la justiciabilidad de estos derechos por qué necesariamente implica el cuestionamiento de políticas públicas en tales materias, cuya efectividad depende Asimismo de los recursos públicos disponibles para su satisfacción. Con todo, si bien existen derechos que parecieran ya existentes en el ordenamiento jurídico la pandemia nos enfrenta a reflexiones muy profundas como las que se han hecho a lo largo de la conferencia.

Esta mañana, por ejemplo, nuestra compañera de la Corte Constitucional de Colombia, la doctora Gloria Estela Ortiz Delgado, nos habló del derecho a la interacción a la no

discriminación de las personas contagiadas y del derecho a decir adiós de las personas contagiadas con el virus para despedirse de sus seres queridos, y el de sus familiares a despedirlas en el último instante de sus vidas.

La clave probablemente la podamos encontrar, como lo puso de presente el presidente del Tribunal Constitucional de España, Juan José González Rivas, en el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social.

Hemos logrado así, apreciados colegas de Iberoamérica, avanzar en la consolidación de una auténtica comunidad de Justicia constitucional conforme al mandato de los estatutos de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.

No quiero terminar sin enviar el nombre de la Corte Constitucional de Colombia, como anfitriona de este evento, nuestros mejores deseos por la recuperación de la salud de nuestro secretario permanente, el magistrado del Tribunal Constitucional de España, Pedro González-Trevijano, así como nuestras más sentidas condolencias a nuestros colegas de la corte de constitucionalidad de Guatemala por el fallecimiento del magistrado Amilcar Mejía Orellana quién falleció recientemente causa del coronavirus, hace aproximadamente un mes.

Finalmente, muchas gracias a todos los intervinientes y participantes de la XIII conferencia, a los organizadores, en particular, al doctor Alberto Rojas y a su equipo de la Corte Constitucional. Desde ya le decimos a nuestro muy apreciado presidente del Tribunal Constitucional de República Dominicana, Milton Ray Guevara, que el año entrante estaremos presentes en su bello país para continuar este permanente y apasionante diálogo sobre el papel del juez constitucional en la defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales de los habitantes de Iberoamérica.

Muchas gracias,



7. DECLARACIÓN FINAL

DECLARACIÓN FINAL DE BOGOTÁ (2021)

XII CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JUSTICIA CONSTITUCIONA

Las delegaciones de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de Andorra, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Puerto Rico, Portugal, República Dominicana y de la Corte Constitucional de Colombia, país anfitrión, todos participantes en la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, celebrada telemáticamente desde Bogotá durante los días 24 y 25 de septiembre de 2020:

1. Expresan su dolor por las muertes que la pandemia del Covid-19 viene causando en el mundo, con un recuerdo particular para el honorable magistrado de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala Don Bonerge Amílcar Mejía Orellana, y manifiestan su solidaridad con cuantos siguen sufriendo graves consecuencias de todo orden, de modo singular las personas mayores, niños, mujeres víctimas de violencia, poblaciones campesinas, personas en condición de migrante y, en general, quienes han de afrontar situaciones de mayor precariedad económica.
2. Son conscientes de que la aparición y expansión del Covid-19 ha provocado importantes efectos sociales, jurídicos, económicos, ambientales y culturales en el mundo; y de que

en la generalidad de los países de la región iberoamericana se han declarado estados de excepción, que han implicado medidas que, pese a tener por objeto la protección de la salud pública y la vida de las personas, han supuesto afectaciones a los principios de separación de poderes y de normalidad constitucional, a causa de que los Ejecutivos de la región iberoamericana han asumido facultades legislativas extraordinarias.

3. Al debatir sobre: (i) la restricción del componente democrático del Estado constitucional en la declaratoria de los estados de excepción en Iberoamérica; (ii) el impacto diferenciado en los derechos fundamentales de las personas pertenecientes a grupos sociales específicos; (iii) el reconocimiento de nuevos derechos relacionados con las consecuencias de la pandemia; y, (iv) los retos constitucionales frente al reajuste institucional de los estados iberoamericanos, los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales reconocen la necesidad democrática del control constitucional sobre las medidas gubernamentales adoptadas por los 2 distintos estados para enfrentar la pandemia.
4. Consideran que en este contexto es fundamental que los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales, de acuerdo con las funciones asignadas por la respectiva Carta Política, ejerzan el control constitucional de las medidas legislativas y de la actuación de los Gobiernos y Administraciones, garantizando que sean coherentes y respetuosas de la Constitución y los derechos humanos, de tal modo que se salvaguarde el Estado social y democrático de Derecho.
5. Constatan que las medidas gubernamentales para enfrentar la pandemia han implicado restricciones a determinados derechos fundamentales de los ciudadanos.
6. Las discusiones sobre la creación de nuevos derechos han contribuido a formular ideas sobre: el derecho a no ser discriminado por enfermedad, como una nueva categoría sospechosa; el derecho a la telesalud; el derecho a la conectividad digital; el derecho al emprendimiento y continuidad empresarial; el derecho a ver a los familiares antes de morir; el derecho a la renta básica, el derecho a la buena administración, a la alimentación y a la paz social, entre otros.
7. En relación con el componente democrático, las discusiones giraron en torno a la erosión democrática en Iberoamérica que ha exigido el control de constitucionalidad de los tribunales constitucionales ante las declaratorias de estados de excepción en todos los países.
8. En cuanto a la afectación a los grupos sociales más vulnerables, constatan que la pandemia ha agudizado las desigualdades de género, por lo que se debe reforzar la protección de los derechos de las mujeres.
9. Frente a los desafíos en relación con el funcionamiento del Estado, reconocen que la pandemia ha hecho más visible la debilidad democrática, las restricciones de las libertades ciudadanas, la concentración del poder y la necesidad de hacer efectivas las garantías sociales.

10. Manifiestan su vivo agradecimiento a la Corte Constitucional de Colombia por la excelente organización y desarrollo de esta XIII reunión de la Conferencia en las difíciles circunstancias que afectan a nuestros países. con ocasión de la pandemia mundial que nos aflige.
11. Felicitan a la Secretaría Permanente por el impulso de la página web de la 3 Conferencia (www.cijc.org), la creación del Noticiero de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional y del canal YouTube; y a la Secretaría Pro Tempore por la infraestructura telemática de la Corte Constitucional de Colombia y sus instrumentos de difusión de la actividad de la Conferencia.
12. Apoyan la formación de los cuadernos de jurisprudencia constitucional iberoamericana, como instrumento que facilite el conocimiento de la jurisprudencia de nuestros Tribunales sobre áreas temáticas de común interés.
13. Agradecen una vez más a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) el apoyo que ha prestado a la celebración de los seminarios a los que han podido asistir magistrados, ministros, jueces, letrados y asesores, confiando en seguir contando con su ayuda en el desarrollo de futuros proyectos.
14. Agradecen el ofrecimiento del Tribunal Constitucional de la República Dominicana para organizar la XIV reunión de la Conferencia, con asunción de la Secretaría Pro Tempore de la Conferencia.
15. Finalmente, con el propósito central de acercar la justicia constitucional a la ciudadanía iberoamericana, durante la realización de la XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional es importante destacar que: (i) 37,813 personas se inscribieron en la plataforma virtual; (ii) 24.800 personas visitaron el auditorio virtual; (iii) se alcanzaron 156.007 visualizaciones en Facebook Live; y, (iv) se registraron 53.043 reproducciones de video, todo lo cual ha enriquecido el alcance y la proyección de la misma. Esta declaración ha sido objeto de aprobación en la reunión plenaria telemática celebrada desde Bogotá, el día 25 de septiembre de 2020.

JOSEP-DELFI GUÀRDIA I CANELA
Presidente del Tribunal Constitucional de Andorra

PAUL ENRIQUE FRANCO ZAMORA
Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

FUX
Presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil

GONZALO PINO
Magistrado del Tribunal Constitucional de Chile

FERNANDO CASTILLO VÍQUEZ

Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

HERNÁN SALGADO PESANTES

Presidente de la Corte Constitucional de Ecuador

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS

Presidente del Tribunal Constitucional de España

CARLOS ERNESTO SÁNCHEZ ESCOBAR

Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador

GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR

Presidenta de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

JORGE ABILIO SERRANO

Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Honduras

ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA

Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

FRANCISCO ROSALES ARGÜELLO

Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

LUIS RAMÓN FÁBREGA SÁNCHEZ

Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

Presidenta del Tribunal Constitucional del Perú

MAITE D. ORONoz RODRÍGUEZ

Presidenta del Tribunal Supremo Puerto Rico

JOÃO CAUPERS

Vicepresidente del Tribunal Constitucional de Portugal

MILTON RAY GUEVARA

Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente de la Corte Constitucional de Colombia

XIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional

“El libro que ahora se ofrece recoge las intervenciones que durante los días 24 y 25 de septiembre de 2020 llevaron a cabo los jueces constitucionales que representaron a los tribunales constitucionales de toda Iberoamérica. Son un excelente material para quienes quieran conocer una valiosa reflexión sobre las modulaciones jurídicas que la pandemia mundial del virus Covid-19 ha originado en un ámbito tan sensible como el de los derechos humanos”.

EXCELENTÍSIMO SEÑOR MAGISTRADO DON PEDRO GONZÁLEZ
SECRETARIO PERMANENTE TREVIJANO SÁNCHEZ

Al decir de Albert Camus, “Cada generación, sin duda, se cree destinada a rehacer el mundo. La mía sabe, sin embargo, que no podrá hacerlo. Pero su tarea quizá sea aún más grande: Consiste en impedir que el mundo se deshaga”. Este gran encuentro de los jueces constitucionales de Iberoamérica se suscita en un momento crucial para la humanidad en el que están a prueba todas las categorías jurídicas y, por eso tiene como propósito central, no una muestra de erudición, sino, a través de un lenguaje sencillo, acercarnos a la ciudadanía iberoamericana para reflexionar sobre los efectos que en el Estado Social y Democrático de Derecho y en la garantía de los derechos fundamentales, han ocasionado los Estados de Excepción declarados por diferentes gobiernos de la región, cuyo objetivo ha sido enfrentar la expansión de la pandemia por la crisis sanitaria del Covid-19, sin detrimento de la democracia.

ALBERTO ROJAS
*Presidente de la Corte Constitucional
febrero 2020 - febrero 2021
Secretario Protempore de la Conferencia.*

XIII CONFERENCIA IBEROAMERICANA
DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

**Democracia y derechos fundamentales
en los Estados de Excepción**

