

EL DERECHO EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Transformaciones globales

Costos locales

ÓSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS
LUIS ALFONSO FAJARDO
EDITORES ACADÉMICOS

AUTORES

Mónica Patricia Fortich Navarro
Luis Alfonso Fajardo
Orlando Meneses Quintana
William Guillermo Jiménez
Mary Luz Tobón
Kenneth Burbano
Javier Santander
John Fitzgerald Martínez Vargas
Michael Andrés Méndez Torres
Daniel Velásquez
Carlos Duarte
Mabel Bonilla
Carlos Alarcón
Walter Fernando Pérez Niño
Eric Leiva Ramírez
Francisco Rafael Ostau De Lafond
Angela Niño Chavarro
Rosalvina Otálora
Cristhian Martín
Óscar Andrés López Cortés
Rocío Caballero Culma
Fernando Herrera
Carolina Rodríguez
Julián Bonilla
Yudi Guarín
José Rory Forero Salcedo



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**
Facultad de Derecho
Centro de Investigaciones Sociojurídicas

PARES EVALUADORES

JUAN MANUEL DÍAZ LEGUIZAMÓN

Magíster en Filosofía
de la Universidad Javeriana.
Filósofo de la Universidad
Javeriana. Historiador de la
Universidad Nacional de
Colombia. Profesor
Universitario.

JEAN CARLO MARTÍNEZ ORTÍZ

Candidato a Doctor en
Derecho de la Universidad de
Buenos Aires. Magíster en
Política Social de la
Universidad de Barcelona.
Especialista en Derecho del
Trabajo y Abogado de
la Universidad Nacional de
Colombia.

EL DERECHO EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Transformaciones globales
Costos locales

ÓSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS
LUIS ALFONSO FAJARDO

EDITORES ACADÉMICOS

AUTORES

Mónica Patricia Fortich Navarro
Luis Alfonso Fajardo
Orlando Meneses Quintana
William Guillermo Jiménez
Mary Luz Tobón
Kenneth Burbano
Javier Santander
John Fitzgerald Martínez Vargas
Michael Andrés Méndez Torres
Daniel Velásquez
Carlos Duarte
Mabel Bonilla
Carlos Alarcón
Walter Fernando Pérez Niño
Eric Leiva Ramírez
Francisco Rafael Ostau De Lafond
Angela Niño Chavarro
Roselvina Otálora
Cristhian Martín
Óscar Andrés López Cortés
Rocío Caballero Culma
Fernando Herrera
Carolina Rodríguez
Julián Bonilla
Yudi Guarín
José Rory Forero Salcedo



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

Facultad de Derecho
Centro de Investigaciones Sociojurídicas

El derecho en tiempos de pandemia : transformaciones globales, costos locales / Óscar Andrés López Cortés, Luis Alfonso Fajardo, editores académicos. – Bogotá : Universidad Libre, 2020.

284 p. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5578-54-8

1. COVID-19 (Enfermedad) – Política gubernamental – Colombia 2. COVID-19 (Enfermedad) – Aspectos económicos – Colombia

I. López Cortés, Óscar Andrés, ed. II. Fajardo, Luis Alfonso, ed.

614.592

SCDD 25

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

Comentarios y sugerencias

Correo de los editores: oscara.lopezc@unilibre.edu.co, luis.fajardos@unilibre.edu.co

© Facultad de Derecho, 2020.

© Universidad Libre, sede principal, 2020.

ISBN DIGITAL: 978-958-5578-54-8

Queda hecho el depósito que ordena la Ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra ni su incorporación a un sistema informático ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editores académicos: Óscar Andrés López Cortes - Luis Alfonso Fajardo Sánchez

Correo: oscara.lopezc@unilibre.edu.co - luis.fajardos@unilibre.edu.co

Coordinación de edición: Comité Editorial Facultad de Derecho

Correo: oscara.lopezc@unilibre.edu.co - investigacion.der.bog@unilibre.edu.co

Corrección de estilo:

Correo:

Editorial: Universidad Libre

Coordinación de Publicaciones y Comunicaciones: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 n.º 5-80, tel. 3821000, Bogotá, D. C.

Diseño y diagramación: AF&M Producción Gráfica S.A.S. - Diana Guayara V.

Esta obra está cofinanciada por el Fondo de Publicaciones de la Universidad Libre.

Elaborado en Colombia en los talleres gráficos

de AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Carrera 68 G n.º 64A - 31

tel. +57(1) 250 1584

afmproducciongrafica@gmail.com

Bogotá, D. C., Colombia, 2020

Produced in Colombia



UNIVERSIDAD LIBRE®
Vigilada Mineducación

D I R E C T I V A S

JORGE ALARCÓN NIÑO
Presidente Nacional

JORGE GAVIRIA LIÉVANO
Vicepresidente

FERNANDO ENRIQUE DEJANÓN RODRÍGUEZ
Rector Nacional

FLORO HERMES GÓMEZ PINEDA
Secretario General

RICARDO ZOPÓ MÉNDEZ
Censor Nacional

ELIZABETH VILLAREAL CORRECHA
Directora Nacional de Investigaciones

ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta Sede Principal

FERNANDO ARTURO SALINAS SUÁREZ
Rector Sede Principal

LUIS FRANCISCO RAMOS ALFONSO
Decano Facultad de Derecho

ANA ROCÍO NIÑO PÉREZ
Secretaria Académica

ÓSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS
Director Centro de Investigaciones

INTRODUCCIÓN	
OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS	11



Primera parte
(DES)UBICADOS EN EL CONFINAMIENTO

UNA MIRADA A ROLES Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO Y SU IMPACTO FRENTE AL CONTINGENCIA DEL COVID-19	
MÓNICA PATRICIA FORTICH NAVARRO	19

EL SÍMBOLO, LA PALABRA Y EL DERECHO EN TIEMPOS DE PANDEMIA	
LUIS ALFONSO FAJARDO SÁNCHEZ, PH.D.	35

LA FUNCIÓN DE LOS EXPERTOS EN TIEMPOS DE CRISIS: REFLEXIONES SOBRE LA SOCIOLOGÍA EN LA OSCURIDAD	
WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ BENÍTEZ	
ORLANDO MENESES QUINTANA	69

Segunda parte
GOBIERNO Y POLÍTICAS DE LA VIDA

SE REPULEN – EL ESTADO, LOS CIUDADANOS Y LOS VICIOS EN TIEMPO DE PANDEMIA BIOPOLÍTICA	
JOHN FITZGERALD MARTÍNEZ V.	87

LA DESCENTRALIZACIÓN Y LA COVID-19 EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE LO LOCAL Y LO NACIONAL EN TORNO A LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MEDIO DE LA PANDEMIA	
MICHAEL ANDRÉS MÉNDEZ TORRES	99



LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN DE EMERGENCIA
ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA EN COLOMBIA POR EL
COVID-19

MARY LUZ TOBÓN TOBÓN

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN

JAVIER ENRIQUE SANTANDER DÍAZ

113

Tercera parte

DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

LA EDUCACIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA: LAS TECNOLOGÍAS
DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC) COMO
INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR EL DERECHO FUNDAMENTAL
A LA EDUCACIÓN

ERIC LEIVA RAMÍREZ

133

EDUCACIÓN, COVID-19 Y PREEXISTENCIAS

WALTER PÉREZ NIÑO

147

LA AMENAZA A LA RAZÓN EN TIEMPOS DEL COVID-19

FRANCISCO RAFAEL OSTAU DE LAFOND

ROSALVINA OTÁLORA CORTÉS

ÁNGELA NIÑO CHAVARRO

159

NAVEGANTES EN LA PANDEMIA

CRISTHIAN MARTÍN LAITON

OSCAR ANDRÉS LÓPEZ

169

DIMENSIONES DEL ACCESO DE LA INFORMACIÓN Y
TRANSPARENCIA EN TIEMPOS DE EMERGENCIA ECONÓMICA Y
SOCIAL: REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL COVID-19

CAROLINA RODRÍGUEZ BEJARANO

KENNETH BURBANO VILLAMARÍN

195

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON "DISCAPACIDAD" EN
TIEMPOS DEL COVID-19

DANIEL A. VELASQUEZ-MANTILLA

CARLOS ARTURO DUARTE-CUADROS
MABEL BONILLA-CORREA
CARLOS EMILIO ALARCÓN-LAVERDE

209



LA CONSULTA PREVIA, DERECHO FUNDAMENTAL EN
PERMANENTE AMENAZA
ROCÍO CABALLERO CULMA
FERNANDO HERRERA ARENAS

223

Cuarta parte

¿HAY LUZ AL FINAL DEL TÚNEL?

¿UNA JUSTICIA TRANSICIONAL POSTPANDEMIA?
REORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL EN MATERIA DE
PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS
JULIÁN DARÍO BONILLA MONTENEGRO
YUDY ALEJANDRA GUARÍN SALAZAR

237

DERECHO CONSTITUCIONAL SANCIONADOR.
Clave en la mitigación de la emergencia sanitaria causada
por el coronavirus COVID-19
JOSÉ RORY FORERO SALCEDO

251

PANDEMIA: DESAFÍOS PARA LOS CONSULTORIOS JURÍDICOS Y
CENTROS DE CONCILIACIÓN
MABEL BONILLA-CORREA
CARLOS EMILIO ALARCÓN-LAVERDE
DANIEL A. VELÁSQUEZ-MANTILLA
CARLOS ARTURO DUARTE-CUADROS

271



OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS

Para millones de personas en el mundo la pandemia ocasionada por la COVID-19 reduce las opciones a morir de hambre encerrados o adquirir el virus en las calles tratando de llevar algo de dinero a casa. Un porcentaje menor, al cual pertenecemos quienes decidimos hacer parte de este libro, tenemos indudablemente una posición mucho más cómoda y segura que la mayoría. Sin embargo, también afrontamos los riesgos que para la salud genera el aumento de las jornadas producidas por el teletrabajo, al cual, no obstante, agradecemos, porque afortunadamente nos permite seguir ejerciendo nuestra vocación desde nuestros hogares y recibiendo ingresos sin exponer nuestras vidas y las de nuestras familias.

Es entonces desde una posición ambivalente que escribimos estas líneas, lo que sin duda es también un lugar inusual. Observamos desde una frontera que divide, no de manera binaria, sino múltiple, un amplio espectro de mundos que nos han permitido redescubrir nuestra vida en el *hogar*¹; pasar más tiempo junto a quienes decimos compartir la vida, lo que es una oportunidad para saber si realmente queremos hacerlo; trabajar de otra manera, lo cual también es una ventaja para quienes pretendemos continuar unos años más en el mundo académico, dada la fuerza con la cual ya nos empujaba el mercado de la educación hacia la virtualización; entre otras transformaciones que apenas imaginamos, se generarán tras la actual crisis.

Desde ese lugar complejo y ambiguo observamos la forma como la crisis sanitaria global provoca la expedición de un amplio conjunto de medidas que pretenden contener, o al menos mitigar, la larga lista

¹ Recordemos que hogar, del latín *focus*, significa hoguera, chimenea, el fogón donde la brasa cocina el alimento y calienta la casa. Para muchos pueblos originarios de América el fogón es lugar de la casa donde se narra, se comparte y surge la vida.

de consecuencias que sobre todos los ámbitos de la vida tendrá esta pandemia. Las más evidentes de esas medidas restringen de manera inmediata algunas de las libertades civiles básicas y de los derechos sociales, pero otras generarán efectos más amplios y a largo plazo sobre lo que conocemos como sistema jurídico, y que quizás ahora ni siquiera podamos imaginar, efectos que incluso podrán transformar la noción de Estado, sociedad o mercado. Claro, también existe la posibilidad de que nada de eso ocurra, o algo peor, como lo señala uno de los textos reunidos en este volumen, que todo cambie para que todo siga igual.

Pero, además de la tarea de anticipación a los efectos que esta situación *sui generis* generará, nos corresponde reflexionar sobre lo que nos ha conducido a este punto, sobre lo que hemos hecho o dejado de hacer en lo político para estar tan desprovistos de herramientas adecuadas para enfrentar la crisis que vivimos; y, especialmente, nos corresponde preguntarnos qué hemos hecho tan mal como sociedad para que algo como un virus, que no distingue nacionalidades, razas, géneros, ideologías, clases sociales o creencias religiosas, genere efectos tan asimétricos entre las poblaciones y las personas. Aunque claro, no es en el virus, será en las decisiones políticas que hemos tomado donde realmente debemos buscar las causas.

En parte, las decisiones políticas que nos ubican en este punto tienen que ver con lo que Philippe Legrain ha denominado la muerte de la globalización tal y como la conocemos (Legrain, 2020). Para él, el shock económico causado por la epidemia solo ha puesto en evidencia las desventajas de la integración internacional que ocurren simultáneamente con el incremento del miedo a los extranjeros y la legitimación a las restricciones nacionales al mercado y al flujo de personas. Esto puede ser cierto para los países ricos, que podrán justificar más fácilmente el cierre de fronteras a personas y productos provenientes de los países que se consideren como riesgosos por el número de contagios que tengan. Sin embargo, lo más probable es que países como Colombia nuevamente se plegarán ante el poder del mercado y aceptarán las imposiciones de otros países en aras de aumentar su competitividad y la inversión extranjera. Si bien se trata de una pandemia global, los efectos serán asumidos localmente. Más allá de las donaciones que se envíen desde países como China o Alemania, o de las que hagan desinteresados banqueros

en Colombia, los costos de esta crisis se asumirán de forma local, y es probable que las asimetrías se profundicen y el tan esperado nuevo orden mundial que acabará con el capitalismo no llegue tras la crisis.

Ciertamente aún es prematuro para advertir los cambios que la pandemia provocará en muchos aspectos de nuestras vidas, también es posible que nunca lleguemos a comprender la manera como este episodio, sin antecedentes documentados en nuestra historia, transformará la manera como entendemos y ejercemos nuestras libertades y derechos, por lo cual tendremos que tomar riesgos si queremos pensar colectivamente en ello.

Quienes participamos en la escritura de este libro decidimos escribir, a riesgo de equivocarnos, a propósito de las causas y las consecuencias que sobre los derechos, libertades y deberes tendrá la crisis provocada por la pandemia de COVID-19, ya sea para las personas, empresas, movimientos sociales, estado o cualquier otro estamento sobre el cual se pueda enfocar el análisis.

Sabemos que ya abundan las editoriales, columnas, artículos, incluso libros enteros de análisis de las consecuencias que la COVID-19 tendrá sobre el orden político, la movilidad en las ciudades, la economía y miles de aspectos más. Este solo será uno más de esos tantos escritos publicados en medio de esta crisis. Lo cierto es que no sabemos cómo saldremos de esto, y probablemente el derecho y la sociología jurídica revelan parte de su inutilidad ante estas crisis. Haberlo escrito probablemente obedezca más a la necesidad, casi a la compulsión, que tenemos quienes nos dedicamos al trabajo académico de opinar, de escribir, incluso de no quedarnos por fuera del debate. Esto resulta bastante irónico, dado que este confinamiento ha generado la prolongación de nuestras jornadas. Quizás escribir sea una forma de que el alma viaje a donde el cuerpo no puede ir.

SOBRE LOS TEXTOS QUE COMPONEN ESTE LIBRO

Los ensayos que hemos reunido en este volumen ofrecen un conjunto amplio y diverso de aproximaciones socio jurídicas a la pandemia, por lo que fue necesario dividirlos en cuatro apartados. El primero “(DES) UBICADOS EN EL CONFINAMIENTO” reúne cuatro capítulos a través de los

cuales se ofrece una lectura amplia del contexto en el que se desarrolla la crisis actual. Comenzamos con un ensayo que se apoya en las teorías de género para presentar una mirada sobre las relaciones entre el tema de los roles y estereotipos y su impacto como elementos generadores de violencia en el marco de la contingencia generada por el COVID-19; en él se enfatiza en la condición de mayor vulnerabilidad de las mujeres y de las comunidades LGBTIQ frente a la crisis socioeconómica de la pandemia. El segundo ensayo nos ofrece un análisis de los símbolos y el lenguaje provocado por la crisis, mientras que el tercero ofrece una reflexión por la manera como la tecnología adquiere una dimensión más amplia e indispensable para la realización de las tareas cotidianas y la manera como este nuevo “leviatán tecnológico” genera riesgos para los derechos civiles.

La segunda parte se titula GOBIERNO Y POLÍTICAS DE LA VIDA y se dedica a pensar en los efectos políticos que ha generado la crisis en diferentes ámbitos. Este apartado lo abre un ensayo que muestra cómo las decisiones de diferentes instancias de autoridad y las circunstancias que nuestras sociedades han tenido que asumir como respuesta a la pandemia generada por el SARS-CoV-2, ha evidenciado las pocas virtudes y los excesivos vicios de nuestra época y comunidades; no obstante lo cual resulta gratificante el valioso tiempo hoy a nuestra disposición para dedicarnos a hacer reflexiones sobre nuestras actitudes, deberes y responsabilidades ciudadanas, las cuales nos habilitan, o no, para cuestionar a la ciencia o a los gobernantes en sus recomendaciones e imposiciones. El segundo ensayo analiza la forma como la inalcanzada descentralización del país se reedita a través de los desencuentros entre mandatarios locales y gobierno nacional. El tercer ensayo analiza la declaratoria del estado de excepción de emergencia social y ecológica realizada por el Gobierno nacional mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020 a la luz de los presupuestos formales y materiales que debe tener en cuenta la Corte Constitucional al realizar el juicio de constitucionalidad de la norma.

La tercera parte se titula DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DE PANDEMIA y reúne los capítulos que se ocupan de analizar los efectos que ha tenido la COVID-19 sobre los derechos fundamentales y la respuesta que ha dado el gobierno colombiano a través de la legislación de estado de excepción. En el primero de los aquí reunidos se reflexiona sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad durante la crisis.

Luego, el lector encontrará dos capítulos sobre los efectos de la pandemia en el derecho a la educación, dos más sobre las consecuencias en el trabajo y uno sobre la consulta previa y los derechos de los pueblos indígenas durante la cuarentena. Este apartado lo cierra un ensayo sobre el derecho de acceso a la información en estos tiempos, junto con las implicaciones de entender este derecho en una dimensión distinta en la cual su protección incida en el ejercicio de otros derechos humanos.

En *¿HAY LUZ AL FINAL DEL TÚNEL?*, el cuarto apartado, el lector encontrará propuestas de salidas ante la crisis desde perspectivas jurídicas. El primero de los ensayos reunidos en este cierre apela a las posibilidades que ofrece el derecho constitucional sancionador para reflexionar a propósito de la ineficacia, ineficiencia, falta de operatividad, impunidad e irresponsabilidad en el ejercicio de la función pública de parte de algunos servidores estatales y particulares en ejercicio de funciones públicas en pleno momento de crisis sanitaria global originada por la pandemia. El segundo capítulo de este apartado propone identificar si debido a la crisis será necesario el diseño de un modelo judicial encaminado a construir mecanismos de reparación para las víctimas de la pandemia de la SARS-CoV-2, dada la ineficiencia estatal en diversos aspectos que ha quedado al descubierto en la gran mayoría de Estados del sistema internacional, las condiciones propias de expansión del virus y su afectación a unos sectores sociales más que a otros. El último capítulo presenta alternativas para las personas usuarias de los consultorios jurídicos que brindan sus servicios gratuitos y que se ven afectadas por causa de la parálisis de la justicia, desde los escenarios que han conformado la red de consultorios jurídicos y centros de conciliación de universidades públicas y privadas en Bogotá.

REFERENCIAS

Legrain, P. (2020) The Coronavirus Is Killing Globalization as We Know It. En: foreignpolicy.com

Primera parte

(DES)UBICADOS EN
EL CONFINAMIENTO

UNA MIRADA A ROLES Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO Y SU IMPACTO FRENTE AL CONTINGENCIA DEL COVID-19



MÓNICA PATRICIA FORTICH NAVARRO¹

Se ha comentado en muchos círculos de opinión que por primera vez una pandemia ha puesto a todas las personas en un plano de igualdad. Que el nuevo Coronavirus no discrimina, que ataca a todos por igual, que no distingue entre ricos y pobres, entre primer o tercer mundo, entre capitalistas y socialistas o entre hombres y mujeres. Y a pesar de lo igualitario que parezca el proceso de expansión de este virus, difiere de estas posiciones cuando se contrasta con la realidad de las asimetrías sociales que vuelven más vulnerables a ciertas personas frente a los riesgos de las imprevisiones en materia de salud pública. De lo poco que sabía sobre este virus es que podría afectar a los adultos mayores, hoy varios meses después del primer brote en Wuhan, en diciembre de 2019, el panorama no es tan claro.

Uno de los temas urgentes e inaplazables de la relación entre género y COVID-19 consiste en revisar las medidas que se deben adoptar para conjurar esta crisis desatada, tanto como evaluar las que se han implementado y sus efectos directos sobre la población más vulnerable. Mi intención es poder construir un marco de lectura para avanzar desde la dimensión jurídica; sin embargo, y dada la amplitud de los asuntos sobre los cuales el derecho tiene que regular las nuevas relaciones en lo público y en lo privado, el objeto de este ensayo

¹ Abogada. Universidad de Cartagena. Magistra en Literatura Hispanoamericana Seminario Andrés Bello, Instituto Caro y Cuervo. Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED-España. Becaria Posdoctoral Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Docente-Investigadora de la Facultad de Derecho, Universidad Libre Bogotá. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. monicafortichnavarro@hotmail.com, mfortichnavarro@gmail.com

será solo poner el acento sobre las realidades en las que un enfoque diferencial de género tendría mucho que aportar frente a desarrollos legislativos, judiciales y de política pública.

Muchas medidas adoptadas para conjurar la coyuntura por el COVID-19 dejan al descubierto la crueldad de los procesos estructurales que no se han resuelto: desempleo e informalidad, deficiencias de sanidad y salud pública, educación pública de calidad, seguridad social, defensa de derechos humanos y un largo etcétera, que hacen más vulnerables a las mujeres y a las personas LGBTIQ. Hoy se han generado medidas de control social que favorecen el aislamiento social, hemos asistido a un desarrollo legislativo provisional, quizá con buenas intenciones, pero con desconocimiento de sus alcances y que hacen más gravosa la situación para estas personas con un mayor grado de vulnerabilidad.

SOBRE LOS ESTUDIOS DE GÉNERO: UNAS CUESTIONES BÁSICAS

En materia de estudios de género, desde hace algunos años he insistido en la necesidad de establecer cuatro aspectos esenciales sobre los que se puede centrar la discusión y que conducen a análisis diferenciados de la manera en que se expresan las condiciones históricas de subordinación de las mujeres, de los colectivos LGBTQ y de estudios sobre nuevas masculinidades no hegemónicas: esos aspectos son la igualdad, la equidad, la violencia y la identidad de género, en un orden secuencial e interrelacionado. De manera muy sintética, vale la pena recordar que el primer elemento, es decir la igualdad de género, es el resultado de la lucha emancipadora de las mujeres, del movimiento social de mujeres y de los diferentes feminismos, elevada al reconocimiento internacional por organismos como las Naciones Unidas. En efecto, en la plataforma de acción de Beijing de 1995 se establecen los parámetros y las recomendaciones mundiales para avanzar en la superación de desigualdad de género, entendidas como asimetrías, como brechas en el desarrollo que afectan los mínimos de calidad de vida independientes de la cultura, el sistema económico, la organización jurídica y religiosa (Lauzirika, 1996).

En este sentido, en el seno de la misma conferencia se planteó la distinción entre igualdad y equidad de género, esta última entendida

como la lucha por avanzar en la superación de las condiciones mínimas de igualdad. Equidad de género es una categoría que se asocia con las nociones de justicia social, dar a todos en igualdad de condiciones, partiendo de que todos tienen las mismas oportunidades para acceder. En la perspectiva de los organismos internacionales y algunos no gubernamentales esto supone una posición de los Estados a partir de la cual sus gobiernos trabajan en generar condiciones de igualdad, partiendo de la premisa de que existe un límite natural para ese avance, dado por las características particulares de la organización social en la que se expresen. Es decir, se trabaja por la igualdad, partiendo de que los avances y los logros están condicionados por las restricciones antes citadas, bien sean económicas, culturales, religiosas.

Sin duda, desde la plataforma de Beijing se insistía en preferir la categoría igualdad para señalar que no es posible la superación de las barreras de género si se siguen perpetuando exclusiones o subordinaciones justificadas bajo la noción de equidad, bajo la idea de que se está dando a todos por igual, de acuerdo con sus capacidades y oportunidades. En ese mismo orden de ideas se señala el tercer elemento, que conduce a la erradicación de todas las formas de violencia como presupuesto para alcanzar la igualdad. La premisa es clara: la igualdad no es posible sin la superación de las violencias naturalizadas en todos los aspectos de la vida social de las personas, en especial de la vida de las mujeres. La violencia de género tiene que ver con la legitimación y perpetuación de los roles y estereotipos con los que cada cultura representa lo que es ser hombre y mujer, y justifica el trato subordinado que los hombres dan a las mujeres de manera invariable en todas las culturas planetarias.

Con ese breve contexto, vuelvo a la pregunta ¿cómo lograr la “igualdad” entre hombres y mujeres? pregunta que se justifica cuando, según la opinión de muchos, este asunto hoy se encuentra superado (Zerelli, 2008). Más allá de las cifras que se pueden mostrar para dar al traste con esa apariencia de superación de las asimetrías que impiden la igualdad, solo basta con recordar cómo sigue siendo parte esencial de la agenda internacional que se construye en organismos como las Naciones Unidas (Objetivos de Desarrollo del Milenio, Objetivos de Desarrollo Sostenible, etc.). El que dentro de la agenda de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (objetivo 5: igualdad de género) se siga insistiendo en el tema,

siga siendo parte de las recomendaciones a los gobiernos el que esté presente en las agendas para el diseño de políticas públicas y en los debates legislativos, así como en las posiciones jurisprudenciales, expresa la vigencia de la cuestión.

La pregunta sobre si es posible lograr la igualdad formal y material, partiendo de una recomposición de los roles sociales, indica que el tema seguirá siendo necesario y urgente. A modo de ejemplo, cuando termino de escribir estas líneas la prensa anuncia que uno de los estados más rezagados en reconocimientos legales a las mujeres es Sudán, y sanciona una práctica cultural milenaria de violencia contra la mujer apoyada en razones de orden religioso: la ablación o mutilación genital femenina. Los datos señalan que esta práctica de mutilación la sufre el 86,6% de las mujeres entre los 15 y los 50 años, con consecuencias documentadas sobre los peligros para la salud física y mental de millones de mujeres en el mundo. Lo que celebran las sudanesas es este pequeño avance para una nación africana en proceso de transición democrática, logro que establece una pena privativa de la libertad de hasta 3 años para una comunidad históricamente legitimada para mutilar el cuerpo femenino como un acto de natural afirmación del dominio masculino; una sanción ínfima frente a la capacidad ofensiva del delito, como también lo señalan las activistas. Aunque la norma fue promulgada, la batalla más dura empieza para cambiar las prácticas culturales y las barreras judiciales que con seguridad seguirán siendo obstáculos para la plena erradicación de esta forma de violencia (*El País*, 6 de mayo de 2020). Esta realidad se puede constatar en tantos otros temas donde parece que con el reconocimiento jurídico pone fin al problema socio cultural subyacente.

Sobre los roles y los estereotipos de género

En este estado de nuestro texto cabe una rápida reflexión sobre las condiciones culturales, socio-históricas y socio económicas que perpetúan la violencia de género, que obliga a revisar la construcción teórica sobre los roles y los estereotipos de género; al igual que los conceptos anteriores, se apoya en los discursos y las plataformas de acción propuestas en marco de la V Conferencia internacional sobre la mujer, realizada en Beijing (ONU-Naciones Unidas, 2020).

Por supuesto, el tema tiene antecedentes en teorías sociales como antes anotamos, en la obra de Durkheim en relación con la división sexual del trabajo, o las teorías de Marx y Engels sobre la división del trabajo, y con ella la de las funciones sociales de los individuos diferenciadas por los roles que hombres y mujeres deben hacer y mantener como presupuesto de una sociedad civilizada, en una suerte de determinismo insuperable y necesario (Brunet y Santamaría, 2016).

De acuerdo con las teorías, se puede construir el marco de relaciones asimétricas, completado por las teóricas feministas, en el que hay cuatro roles esenciales que todos los seres humanos realizan en sus interacciones y construcción social: acciones (roles) relacionadas con la *reproducción*, con la *producción* y con la *participación política y comunitaria*.

En primer lugar, está el *rol reproductivo*, que supone tareas que van desde la procreación y crianza de los hijos, el cuidado del hogar y de la salud, la gerencia de las provisiones o alimentos, el desarrollo del lenguaje en sus primeras etapas, la asistencia y compañía a los desvalidos del núcleo familiar, la transmisión de valores religiosos y culturales, en síntesis, la gestión de lo privado. El *rol de producción* consiste en desarrollo de actividades para producir riqueza, para obtener capitales materiales y simbólicos que permitan el intercambio de bienes y servicios; dicho de manera general, para generar, proveer y administrar el dinero para la gestión de lo público. Y el *rol de participación política y comunitaria*, que supone la organización, planeación, ejecución y sostenimiento de las estrategias de control de poder para mantener cohesión social en el nivel de los Estados tanto como en las organizaciones públicas y privadas de base colectiva.

Un primer análisis supone señalar que ha existido una distribución natural en dichos roles, según la cual a las mujeres les corresponde el rol reproductivo y a los hombres los roles productivos o de participación política. En una mirada ligera por la historia de las sociedades planetarias esa división se ofrece como necesaria, útil, fija e insuperable.

La discusión se centra en cuál es el impacto que los hombres y mujeres (inicialmente cisgénero o heterosexuales) han tenido en la construcción histórica de dichos roles y cómo esa participación ha sido desigualmente

impuesta, generando o perpetuando asimetrías sociales, es decir sosteniendo en el tiempo los elementos determinantes de la desigualdad en razón del género de las personas y su posición de subordinación como consecuencia de roles sociales fruto de la división sexual del trabajo.

Los hombres, históricamente y en los diferentes tipos de sociedades planetarias, tanto en occidente como en oriente, han participado en el rol productivo. Esta caracterización histórica ha sido objeto de estudio en diferentes áreas de las ciencias sociales, en textos clásicos como los de Emilio Durkheim, Karl Marx y Federico Engels. En las sociedades primitivas los hombres se ocupaban de cazar y hacer la guerra con otras tribus como parte de su dominio territorial; con el avance civilizatorio y la industrialización, las acciones de producción se desplazan de los feudos a las grandes factorías; participar en la creación de dichas empresas industriales de la época moderna suponía tareas exclusivamente masculinas, y en ese mismo proceso las mujeres trabajaban en el rol reproductivo, recolectar y sembrar, parir y criar los hijos, construir una familia, llevar el hogar, etc. En la modernidad femenina hubo pequeñas fracturas a esa división naturalizada. Estas suposiciones sobre el lugar que se debe tener y las formas en que se deben desempeñar estos roles es lo que se conoce como *estereotipos de género*, es decir, desde las formas externas (de la vestimenta a la apariencia física) hasta las internas (valores, modales, rasgo de personalidad, etc.), comúnmente aceptadas sobre la forma “normal” de ser hombre o mujer.

Después de las dos guerras mundiales eso se replanteó de manera radical y, en consecuencia, muchas mujeres se vieron forzadas a ser parte del rol productivo. Las fábricas necesitaban mano de obra barata en ausencia del hombre, vendiendo su fuerza de trabajo para la producción de bienes y servicios y entregándola para la guerra. Las mujeres obligaron a los hombres a revisar su rol productivo, tenían que ser ocupados los espacios que ellas dejaron cuando tuvieron que salir porque la guerra lo exigía, para ser parte del sistema de producción para sostener la economía, para sostener los Estados. Ahí surge la gran crisis, porque eso generó violencia y nuevas formas de identidad, pero también un rol de participación para las mujeres que sirvió de base a sus reclamos. Sobre este punto la ONU señala el rol de participación política y de gestión comunitaria: uno es el acceso efectivo al poder y el otro la participación desde la base. Entonces

las mujeres ya luego empezaron a participar de la gestión comunitaria, que era el trabajo de base, mientras los señores participaban del rol de política comunitaria, o sea, del ejercicio real del poder, lo que llamamos la participación política.

En un esfuerzo sencillo por repensar el desbalance de la ecuación “mujer = rol reproductivo” urge el replanteamiento de los roles de género y de la asimetría que obliga a las mujeres a seguir sujetas a una serie de actividades que les impiden tener un lugar no-subordinado en la estructura social. Si las mujeres no han salido del rol reproductivo a ocupar los otros roles, se debe en parte a ese proceso histórico de condicionamientos que se apoya en la cultura como su herramienta más importante de justificación, pero que encuentra sus aliados en la religión y el derecho como estrategias de control social. En una visión realista pero desesperanzadora, cuando el rol reproductivo genere “dinero y poder” la discusión será zanjada a favor de una nueva justificación histórica para que los hombres sean el eje de las labores reproductivas o el círculo se cierre de forma positiva cuando las mujeres capitalicen los réditos históricos de esta nueva división sexual del trabajo en las tareas reproductivas, insisto, generen dinero como máximo fin productivo y poder como máximo fin de la participación social.

Las discusiones importantes de los años 80 se saturaron bajo una falsa premisa; las mujeres han alcanzado una igualdad material, jurídica y social, muchas de ellas han salido de la casa (rol productivo), son profesionales competentes (rol productivo) y participan de forma activa en el ejercicio del poder público (rol de participación política y comunitaria). Muchos creen que esta discusión es innecesaria porque las mujeres hoy participan de forma igualitaria en todos los roles de interacción social: salieron de la casa y se fueron a trabajar, a participar en política. Mientras tanto, las investigaciones de feministas y teóricas de género señalan que los hombres siempre estuvieron afuera produciendo riqueza, trabajando para los aparatos industriales y participando en política, pero nunca han estado en las tareas del hogar. El problema real, que necesita seguir revisándose, es que los hombres nunca han asumido su responsabilidad frente a las intangibles e invisibilizadas tareas del rol reproductivo. La consigna de las feministas fue señalar esta asimetría, denunciando el determinismo histórico de ayer y de hoy, que obliga a los hombres a ser parte activa de rol reproductivo, no como apoyo o ayuda, condescendencia o apuesta

solidaria, sino como una necesidad social, empujada por el ejercicio de las nuevas masculinidades; masculinidades no hegemónicas que asuman las cargas del trabajo doméstico no remunerado, de la crianza y el cuidado de los otros. Ahí empiezan todas las discusiones sobre si estos cambios se están cumpliendo, ¿cuál es la cuota de violencia que ha generado? ¿cuáles son los problemas derivados de la asimetría social de los roles de género? y ¿cuál es la posibilidad de cambio que se pueda generar desde el derecho?

LOS ROLES SOCIALES DE GÉNERO Y SU RELACIÓN CON EL COVID-19

En una primera aproximación al tema y de acuerdo con una valoración cuantitativa señalamos algunas cifras dispersas en dos temas: feminicidios y llamadas a centro de apoyo o refugio a las mujeres maltratadas en medio del confinamiento. Las cifras de feminicidio en México señalan alrededor de 163, Argentina 19, Colombia 12, Perú 6 mujeres asesinadas (Deutsche Welle) y hay un aumento de llamadas a líneas de atención a víctimas. En Bogotá, 225% en las dos primeras semanas de cuarentena; en Chile, un 500% más; en Francia, un 30% en los primeros días del encierro; y solo en París 36% (Euronews). Demanda de casas de refugio, en México 1/3 más (Deutsche Welle) que en Francia. En todos los casos hay un determinante común: la contingencia se valora de forma cualitativa, no hay registros oficiales o se manejan subregistros.

De acuerdo con un comunicado de Prensa emitido por el Secretario General de las Naciones Unidas el 5 de abril de 2020, en el marco de la contingencia de aislamiento social generada por el avance del COVID-19 se ha presentado a nivel global un aumento de las presiones económicas, sociales y del miedo; el confinamiento complejiza las formas y ciclos de violencia anteriores y profundiza la asimetría de los roles de género.

Se ha duplicado el número de mujeres que llaman a los servicios de asistencia. En muchos lugares la capacidad de respuesta es baja o nula. Los proveedores de salud y la policía están desbordados y el personal escasea. Algunos sectores de la población no tienen acceso a sistemas de salud, no hay presencia de la policía o es inoperante frente a la avalancha de temas de orden público que deben atender. Los grupos locales de apoyo están paralizados

o carecen de fondos, los centros para víctimas de violencia de género están cerrados, otros están llenos y en muchos lugares estos centros no existen.

Para el abordaje cualitativo, las declaraciones del Secretario General António Guterres son claras: “Para muchas mujeres y niñas, la amenaza es mayor precisamente allí donde deberían estar más seguras. En sus propios hogares. Así que hoy hago un nuevo llamamiento a la paz en los hogares de todo el mundo”. Sin embargo, señala que el problema no es en sí mismo el confinamiento: “Sabemos que los confinamientos y las cuarentenas son esenciales para reducir el COVID-19. Pero pueden hacer que las mujeres se vean atrapadas con parejas abusivas”. En ese sentido, se orienta el llamado a los gobiernos para la adopción de políticas públicas que balanceen una vez más la cuestión en favor de las mujeres como uno de los sectores más vulnerables de la crisis social generada por la pandemia: “Insto a todos los gobiernos a que la prevención y la reparación en los casos de violencia contra las mujeres sean una parte vital de sus planes nacionales de respuesta contra el COVID-19” (ONU-Naciones Unidas, abril 5 de 2020).

Frente a ese primer diagnóstico, la estrategia de la ONU parece clara al advertir que es urgente aumentar las inversiones en los servicios en línea y el apoyo a las organizaciones de la sociedad civil; asegurarse de que los sistemas judiciales sigan enjuiciando a los maltratadores; crear sistemas de alerta de emergencia en farmacias y supermercados; declarar los centros de acogida como servicios esenciales; y encontrar formas seguras para que las mujeres que denuncian puedan buscar apoyo, sin poner en aviso a los maltratadores (ONU-Naciones Unidas, abril 5 de 2020).

Por su parte, ONU Mujeres, en su documento titulado “Dimensiones de género en la crisis COVID-19 Colombia”, señala algunas conclusiones sobre el rol de las mujeres en la pandemia y sobre las afectaciones socioeconómicas que se derivan del confinamiento. Sobre los roles de género de las mujeres en la pandemia, el documento señala, en primer lugar, que *las mujeres son las principales cuidadoras del hogar*, redes familiares extensas o espacios comunitarios; segundo, *las trabajadoras profesionales del sector salud son mujeres* y constituyen un 74% de las empleadas en el sector sanitario y social, sin embargo no lo lideran; tercero, cuando actúan como *líderesas y defensoras comunitarias su vida está en riesgo* por las amenazas de los distintos actores del conflicto; y, por último, se señala que las mujeres están

sobrerrepresentadas en servicios de limpieza, trabajadoras domésticas y servicios básicos, son una parte importante de fuerza productiva en sectores como supermercados y farmacias, pero tienen muy bajos salarios y precarias condiciones laborales. En Colombia el 94% del empleo doméstico lo ocupan mujeres, es decir un promedio de 647 mil (ONU Mujeres, abril 2020).

En ese mismo sentido, al panorama anterior se suman las afectaciones socioeconómicas en el espacio de confinamiento, donde se duplican las tareas del rol reproductivo, al tiempo que se complejizan las del rol productivo para quienes lo tienen: ONU Mujeres señala que *las mujeres dedican el doble de tiempo al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado* (mujeres 50.23 frente a hombres 23.9 horas); *la carga del trabajo remunerado se incrementa* con el cierre de las escuelas y la necesidad de contención emocional de los otros miembros de la familia; a ello se suma la *saturación de los sistemas sanitarios* o su cierre obliga a las mujeres a la labor de atender a los enfermos, personas mayores, dependientes por discapacidad y a los niños y niñas (ONU Mujeres, abril 2020). En Colombia 3 de cada 10 mujeres no tienen ingreso propio; el índice de pobreza es mayor: 118 mujeres pobres por cada 100 hombres; participación menor en el mercado laboral, los hombres en un 53% y las mujeres en un 47%. Sin embargo, lo más complejo es la fuerte presencia de las mujeres en segmentos laborales de baja productividad y trabajo informal que se ve afectado por las nuevas dinámicas del teletrabajo o en trabajo en casa (ONU Mujeres, abril 2020). Sin duda, otras opiniones señalan en favor de mayor afectación para las mujeres cuidadoras, el hecho de ser madres solteras, cabeza de familia formando hogares monoparentales (Guarín, 8 de abril de 2020).

Volviendo al documento de ONU Mujeres, también señala lo que es evidente en el marco del panorama diagnóstico: el “Aislamiento aumenta riesgos y peligros de violencia de género contra mujeres y niñas”, las predispone a las variadas formas de violencia: intrafamiliar y violencia sexual; a la explotación sexual, al tráfico de personas; a la violencia cibernética con el uso masificado de redes digitales; violencia para mujeres líderes y defensoras de derechos humanos; y, finalmente, considero que las deja expuestas a violencia laboral en el marco de la implementación del trabajo a distancia (teletrabajo, trabajo en casa, trabajo por horas, entre otras), cuando muchas de ellas no cuentan con accesos a tecnología,

redes de internet ni conocimientos básicos para el manejo de software o plataformas virtuales (ONU Mujeres, abril 2020).

Por otra parte, en el marco de los roles de género y el impacto sobre los grupos poblaciones con mayor grado de vulnerabilidad, es necesario señalar la problemática de la población LGBTIQ. Si las mujeres cisgénero tienen dificultades mayores al resto de la población, en el caso de las mujeres homosexuales o de las mujeres y hombres trans, el asunto se intensifica y ofrece caracterizaciones que obligan a un manejo bajo enfoques diferenciales más claros.

Teniendo cuenta algunos informes generados por ONGs defensoras de los derechos humanos de las personas LGBTIQ, como Caribe Afirmativo, Colombia Diversa, GAAT, Fundación Red Comunitaria Trans o la organización denominada Sentiido, en este diagnóstico las cifras oficiales y privadas sobre los casos de violencia presentan inconsistencias o tienen subregistros. Entre los aspectos caracterizados se destacan los siguientes: *reacciones de violencia correctiva* tanto física como psicológica; *expulsión de jóvenes de los hogares parentales* cuando deciden asumir su identidad sexual; *desalojos y emergencia habitacional* por sobrecarga de refugios; *problemas de salud física y mental* que se unen a la tendencia a la soltería de las mujeres trans que se presentan con grupos familiares conformados por una sola persona; reducción de redes de apoyo comunitario que igualmente se acentúan para las mujeres trans; desabastecimiento de medicamentos de alto de costo (enfermedades vitales VIH, terapias hormonales), entre otros (ONU Mujeres, abril 2020).

Al igual que muchas mujeres en el mundo, la población LGBTIQ, y en especial la población de mujeres trans, está sobrerrepresentada en la oferta informal laboral; en especial el trabajo sexual de las mujeres trans, que se basa en el ejercicio de la prostitución, en el que se enfrentan a problemas sanitarios y de uso del espacio público. Igualmente, las mujeres y hombres trans son víctimas de acoso escolar, social, laboral, ciberacoso y todo tipo de exposición pública en los casos en que su tránsito hormonal no refleja los estereotipos comúnmente asociados a las formas físicas (apariencia externa, rasgos faciales o corporales) del promedio heterosexual; sufren discriminación laboral por identidad de género, que se enmascara en despidos masivos fruto de las restricciones socioeconómicas de las

empresas; también son víctimas de trato discriminatorio en materia de salud por las entidades prestadoras, por los médicos tratantes y personal de servicios, muchas veces asociados a prejuicios frente a las enfermedades de transmisión sexual o el VIH; a lo que se suma el recrudecimiento de violencia contra líderes y lideresas sociales que son activistas LGBTIQ en sus comunidades; y abuso de autoridad por la fuerza policial o en general de la fuerza pública (ONU Mujeres, abril 2020).

Sobre este particular, unas reflexiones finales en torno a los manejos del enfoque diferencial en cuanto a la implementación de medidas como el “Pico y Género”, que, siguiendo una acción ejecutiva en principio afirmativa de los intereses de toda la población, vulnera los intereses de la colectividad LGBTIQ.

De acuerdo con la organización social *Sentiido*,

(...) esta medida está fundamentada sobre un criterio sospechoso de discriminación en tanto que es un criterio no objetivo porque depende de la mirada de la autoridad y esa mirada esté atravesada por los sesgos inconscientes, los estereotipos, los prejuicios que tienen sobre lo que significa ser mujer y ser hombre”. (France 24, 15 abril de 2020)

Como hemos señalado, en relación con estereotipos sobre cómo debe ser la imagen pública naturalizada de verse como un hombre o una mujer “normal”, es esencial el llamado que hizo la ONG:

La preocupación de los colectivos trans que han expresado en las redes sociales y en la carta que enviaron a la Alcaldía de Bogotá radica en que se han documentado, en el pasado, muchos casos de abuso policial basado en prejuicios contra las personas trans, las identidades de género no binarias, esa ambigüedad de género que muchas personas muestran como parte de su identidad y que las autoridades no están dispuestas a respetar. (France 24, 15 abril de 2020)

Por otra parte, para la *Fundación Grupo de Acción y Apoyo a Personas Trans (GAAT)*, uno de los problemas de la implementación de las políticas públicas consiste en considerar el alcance de los enfoques diferenciales: “si bien se transmite un mensaje claro de respeto a la identidad de género de

las personas trans, la medida abre la puerta a situaciones de discriminación y abusos policiales” (*El Tiempo*, abril 11 de 2020). Esa situación se puede agravar, como antes lo señalamos, por abuso policial o por la falta de sensibilización de algunos miembros de la fuerza pública sobre las dificultades que se generan en relación con los tránsitos de procesos hormonales: “Hay personas trans cuya expresión de género se sale de la norma. Estas personas pueden ser discriminadas en la calle, en la tienda. Incluso, otra persona puede llamar a la policía, y ahí hay posibilidades altísimas de abuso de autoridad” (*El tiempo*, abril 11 de 2020).

Por su parte, la *Fundación Red Comunitaria Trans* expresó en un comunicado que “las vidas de las personas trans están en peligro si quedan en manos de la Policía”. De acuerdo con esta organización activista, “con este decreto, la administración Distrital le está entregando armas a la Policía para que haga un perfilamiento de acuerdo a lo que, considere, es una mujer y un hombre”, y agregó que “le da un rol a esa institución de ‘disciplinador del género’” (*El Tiempo*, abril 11 de 2020). Valga la pena aclarar que para el momento de terminar este ensayo, 11 de mayo de 2020, la medida de “pico y género” fue levantada en Bogotá y, aunque fue calificada de exitosa, siguiendo la línea de lo sucedido en Panamá y en Perú donde se aplicó por un breve periodo, en nuestro contexto deja lecciones que deben ser revisadas en profundidad para el manejo futuro de los enfoques diferenciales de género en la gestión pública. En los dos casos hubo registro de violaciones a los derechos humanos de personas trans, sometidas a vejaciones públicas sobre su identidad sexual (*Washington Post*, 12 abril 2020).

En conclusión, la tarea sobre las relaciones entre género y derecho en el marco de una contingencia de salud pública como la del COVID-19, obliga a revisar el papel que la ciencia jurídica tiene para comprender el alcance de las discusiones y reflexiones sobre estos temas, que se generan desde ciencias sociales como la sociología, la antropología o la historia, o dentro del cuerpo conceptual de los estudios de género y los desafíos para la construcción de una sociedad más justa, tolerante e inclusiva. Si bien es cierto que el derecho va detrás de la realidad social ordenándola, debe ir también de mano con los procesos socioculturales que generen los cambios, en donde las normas hacen una parte esencial de la tarea, pero donde aún falta mucho por hacer con el cambio en las mentalidades. El análisis en profundidad solo será posible cuando veamos la luz al final del túnel.

REFERENCIAS

Brunet, I, y Santamaría, C. (2016). La economía feminista y la división sexual del trabajo. Revista *Culturales*, época II, Volumén VI, Número1 (enero-junio)

El País (6 de mayo de 2020). *Mutilación Genital femenina. Sudán prohíbe la ablación, una nueva era para los derechos de las mujeres*. Tomado de: https://elpais.com/elpais/2020/05/06/planeta_futuro/1588758399_505306.html

El Tiempo (abril 11 de 2020). Organizaciones de personas Trans rechazan la medida de pico y género. <https://www.eltiempo.com/bogota/organizaciones-de-personas-trans-rechazan-medida-de-pico-y-genero-en-bogota-482746>

Lauzirika, N. (1996). *Mirando el futuro con ojos de mujer. De México a Pekín pasando por Nairobi, cumbres Mundiales sobre la Mujer*, Descleé de Brouwer.

Guarín, A. (8 de abril de 2020). Las madres solteras y el Covid-19: un llamado al enfoque diferencial. Tomado de: <https://lasillavacia.com/silla-llena/red-de-las-mujeres/las-madres-solteras-y-covid-19-llamado-la-atencion-diferencial-72280>

France 24 (15 abril de 2020). Covid-19. ¿Por qué la medida de restricción de género violenta a la comunidad trans? Tomado de: <https://www.france24.com/es/20200415-pico-y-genero-trans-restriccion-bogota>

ONU-Naciones Unidas (abril 2020). Igualdad de género. Tomado de: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/gender-equality/index.html>

ONU-Naciones Unidas (5 abril de 2020). COVID-19. Lo superaremos juntos. Tomado de: <https://www.un.org/sg/es/content/sg/articles/2020-03-16/covid-19-we-will-come-through-together>

ONU-Mujeres (abril 2020). *Dimensiones de género en la crisis del COVID-19 en Colombia: impactos e implicaciones son diferentes para hombres y mujeres*. Tomado de: https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20colombia/documentos/publicaciones/2020/01/covid19_onu_mujeres-colombia.pdf?la=es&vs=1437

Washington Post, (12 abril 2020). Las divisiones de género durante la pandemia violentan los derechos de la población trans. Tomado de: <https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2020/04/12/las-divisiones-de-genero-durante-la-pandemia-violentan-los-derechos-de-la-poblacion-trans/>

Zerelli, L. (2008). *El feminismo y el abismo de la libertad*. F.C.E.

EL SÍMBOLO, LA PALABRA Y EL DERECHO EN TIEMPOS DE PANDEMIA



LUIS ALFONSO FAJARDO SÁNCHEZ PHD¹
Grupo de Investigación Consciencia - Universidad Libre²

PRESENTACIÓN

Las palabras también son protagonistas de estas nuevas formas de acción social que deben generar respuestas desde el Derecho, el grito de “*tenemos hambre*” emitido por miles de ciudadanos, ha recorrido las calles de Bogotá y las más importantes ciudades del país. *Tenemos hambre*, es un grito desgarrador que cuestiona los decretos y medidas de los gobiernos nacional y municipales que mucho anuncian, pero poco cumplen. “*El trapo rojo*” colocado en puertas y ventanas de humildes hogares es llamado de auxilio, es un clamor por lograr ayuda y solidaridad tanto del gobierno como de la sociedad, *El Trapo Rojo* es un símbolo de la ineficiencia del gobierno, nacional y municipal, por garantizar el mínimo vital a estas familias en tiempos de pandemia. El Derecho como una ciencia social no ha sido ajena a estas transformaciones. Otro de los símbolos visibles en tiempo del COVID-19 son los nuevos *héroes-villanos*, el personal médico y

¹ Posdoctor de la Universidad de Córdoba - Argentina. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Doctor en Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid, España. Magíster en Derecho de la Universidad Internacional de Andalucía, España. Diplomado en Derecho Internacional Humanitario de la U. de San Remo, Italia. Diploma en Derechos Humanos, U. Ginebra, Suiza. Diploma en Derechos Humanos en la U. de Estrasburgo, Francia. Especialista en Derechos Humanos de la ESAP. Consultor de Derechos Humanos y DIH. Docente Investigador. Miembro del Grupo de Investigación Consciencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá. Investigador SENIOR de Colciencias. Correo electrónico: luis.fajardos@unilibre.edu.co

² Agradecimiento especial a la joven investigadora Laura Vanesa Duque, miembro del Semillero de Investigación Filantropía Unilibrista de la Universidad Libre de Bogotá por sus valiosos aportes.

sanitario elevados a la categoría de “*Héroes de Bata Blanca*”, cuando mueren por decenas en Colombia, con escasos y nulos elementos de bioseguridad porque sus empleadores se niegan a cumplir incluso las ordenes imperiosas del gobierno nacional, pero cuando protestan y hacen denuncias públicas y hasta mítines en sus lugares de trabajo, se convierten en villanos. Los nuevos héroes que son discriminados, excluidos, amenazados, golpeados por actores sociales indolentes, intolerantes y sobre todo ignorantes. El coro de miles de reclusos y reclusas de las prisiones del país pidiendo “*Libertad*”. El hacinamiento infame y la poca cobertura médica ha colocado una espada de Damocles sobre la las Personas Privadas de la Libertad, este grito de protesta y rabia ha dejado ya un saldo trágico de 25 reclusos muertos cuando ejercían el legítimo derecho a la protesta ante la ineptitud del INPEC y el gobierno nacional de garantizarles la salud, la vida y la integridad física.

La famosa y reiterada exigencia de “*quédate en casa*” a los que no tienen casa y habitan las calles de nuestras ciudades o quienes tienen que salir obligados por el hambre a trabajar para sobrevivir. La consigna del “*distanciamiento social*” decretado por el gobierno parece una consigna vacía frente a la realidad de miles de personas que se agrupan las plazas, supermercados, comercios, calles de reparto de mercancías, prisiones, UPJ o centrales de abastecimiento donde cientos de personas llegan a comercializar productos de primera necesidad. El clamor desesperado de “*lávate las manos*” por lo menos 1 vez cada dos horas, lavar la ropa cuando llegamos a casa, etc., parece una triste ironía para los miles de familias en nuestros campos y ciudades que no tienen abastecimiento de agua potable. Los miles de indígenas wayuu mueren desde hace una década de sed y hambre, porque entre otros motivos, las empresas se han robado los ríos con la anuencia del legal estado.

I. “TENEMOS HAMBRE”: UN GRITO QUE RETUMBA EN TODA LA NACIÓN

Ante la crisis sanitaria que presenciamos hoy hemos entrado en un dilema aterrador: *¿morir por el virus o morir por hambre?* Para muchas familias colombianas, lamentablemente, esta es una decisión diaria que deben tomar. Ante ello, se han documentado varias manifestaciones

originados por los reiterados llamados de auxilio de un alto porcentaje de personas que no tienen la posibilidad de sustentarse en medio de esta crisis. Un caso determinante de ello se vivió en el barrio Arborizadora alta en la localidad de Ciudad Bolívar donde a pesar del confinamiento obligatorio, las personas salieron con sus tapabocas y ollas con la consigna clara de “*tenemos hambre*” haciendo un llamado a la autoridad Distrital, puesto que estas personas reclaman que no han recibido las ayudas suficientes, otra situación que dejó al desnudo esta afirmación se dio en la misma localidad cuando los medios de comunicación Nacional como Canal Capital reportaron que las ayudas humanitarias en el territorio resultaron en disturbios con dos personas heridas por arma de fuego. El 17 de abril, la Cruz Roja estaba entregando unos mercados a la comunidad y las personas, aparentemente, se disgustaron ya que las ayudas no eran suficientes y no cubrían las necesidades de todos los habitantes, por lo cual, al realizar el reclamo, dos funcionarios de la policía nacional intervinieron y uno admitió accionar su arma de fuego. Este caso ya está siendo investigada por parte de la Fiscalía (*El Espectador*, 2020).

Igualmente, en Twitter se han reportado casos alarmantes respecto las protestas en el país. El partido de las FARC, por ejemplo, denunciaron que los barrios que reportaban protestas se encontraban militarizados con el fundamento de prevenir la violación a la cuarentena. Por otro lado, los cacerolazos convocados por cadenas de WhatsApp y las movilizaciones se han evidenciado, según el Tiempo en Altos de la Estancia y Bosa. Igualmente, El Espectador determinó seis puntos específicos en los que se vivieron protestas el sábado 2 de mayo que son el peaje de los andes, San Cristóbal sur, Bosa, transversal 73 y la calle 78 sur con un pedido claro: Ayudas del Gobierno Nacional a las familias necesitadas (*El Espectador*, 2020).

En un análisis más estructural de las consecuencias de la pandemia originada por el COVID-19, retomando la tesis de Frank Himkelammert en su obra *Sacrificios humanos y sociedad occidental: Lucifer y la bestia*, podemos señalar que las llamadas crisis originadas por las pandemias que cada vez con más frecuencia han atacado al planeta, las crisis de los inmigrantes, los desplazamientos masivos, las guerras, las hambrunas, y otras más, son situaciones totalmente funcionales al capitalismo y hacen parte de su normal desarrollo. Millones de hombres y mujeres son sacrificados ante el altar del dios lucro o ganancia. Estas personas deben

ser ofrecidas como sacrificios para que el sistema funcione, miles de personas morirán no por el COVID-19 sino por hambre, falta de atención médico-sanitaria, falta de recursos para adoptar medidas de prevención y por desidia del estado:

“[...] el sacrificio humano que realiza la sociedad burguesa recibe dos referencias. Por un lado, se trata de un anti-sacrificio, a través del cual los sacrificios que produce el despotismo se hacen fértiles para la sociedad burguesa. Por otro lado, se trata de sacrificios necesarios para hacer posible un progreso, cuya consecuencia sería que la vida humana será siempre más respetada. Todos estos sacrificios son presentados como sacrificios, a través de los cuales surgirá una sociedad sin sacrificios” (Hinkelammert, 1991, pág. 34).

Parece que el grito “tenemos hambre” en tiempo de pandemia no es diferente al de millones de seres humanos sacrificados ante los altares de un modelo económico, político, cultural y social excluyente y discriminador.

La respuesta insuficiente desde el Derecho frente al clamor de “tenemos hambre”

Algunas disposiciones normativas interpuestas por el Gobierno Nacional para manejar la crisis en este sentido:

- **Decreto 507 de 2020:** *“Por el cual se adoptan medidas para favorecer el acceso de los hogares más vulnerables a los productos de la canasta básica, medicamentos y dispositivos médicos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica decretada mediante el Decreto 417 de 2020”* El presente Decreto fijar un listado con los productos de primera necesidad dentro del marco de sus competencias, e igualmente le ordena al DANE hacer un seguimiento de los precios de este listado donde se tendrá que proporcionar un listado con los costos fijados y un boletín detallado de los mismos cada cinco días. (República, 2020)
- **Decreto 518 de 2020:** *“Por el cual se crea el Programa Ingreso Solidario para atender las necesidades de los hogares en situación de pobreza y vulnerabilidad en todo el territorio nacional, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”* Crea el programa

de ingreso solidario, este programa creado por medio del presente Decreto tiene como objetivo beneficiar a los hogares en condiciones de vulnerabilidad por medio del traslado de recursos financieros. Otro punto bastante importante es que, a diferencia del Decreto 458 de 2020 este Decreto no exige que las personas destinatarias de dicha beneficiación sean parte de los programas de Jóvenes en acción, familias en acción ni protección social al adulto mayor como lo exige específicamente el Decreto 458 de 2020, teniendo así un margen de cubrimiento mucho mayor. (Presidencia de la República, 2020)

- **Decreto 568 de 2020:** *“Por el cual se crea el impuesto solidario por el COVID 19, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesto en el Decreto Legislativo 417 de 2020”* Resulta que, por medio del suscrito, a partir del 31 de mayo hasta el 31 de julio se realizarán unos descuentos específicos a los servidores públicos con salarios superiores a los \$10.000.000 (Presidencia de la República, 2020).

Esta medida del Gobierno Nacional en el marco de la pandemia tiene como objetivo mitigar el flagelo económico de las familias más vulnerables, equilibrando de esta forma la desigualdad que hay en nuestro país, haciéndola un poco más proporcional. Aunque este Decreto ha sido bien recibido entre un gran porcentaje de la comunidad, también se han presentado interrogantes ante el mismo, es así como la Corte Constitucional le pidió las pruebas a la autoridad administrativa para poder validar la constitucionalidad de dicho Decreto. (W Radio, 2020)

Finalmente, lo cierto es que, aunque se han evidenciado ayudas humanitarias, la población necesitada de estas no alcanza a ser satisfecha completamente, más aún cuando dichas ayudas no se pueden limitar a la entrega de un mercado que durará como máximo un mes, y esto dependiendo de los miembros del grupo familiar, sino que dichas necesidades son constantes y sistemáticas.

- **Bogotá solidaria en casa:** Por otro lado, este ha sido otro programa distrital que se define de esta forma: *“Es el sistema que entregará un Ingreso Mínimo Garantizado a las familias más pobres y vulnerables de Bogotá por el tiempo que dure el aislamiento”* (Castiblanco, 2020). Este programa de la Alcaldía reporta sus ayudas por medio de un mensaje de texto a los beneficiarios, haciéndoles saber que pueden acceder a este programa. Para ello, los usuarios deben descargar la aplicación DaviPlata y poder recibir la ayuda que necesitan.

II. “EL TRAPO ROJO: BANDERA DE LOS INDIGNADOS DE SIEMPRE”

El trapo rojo colocado en puertas y ventanas de humildes hogares es llamado de auxilio, es un clamor por lograr ayuda y solidaridad tanto del gobierno como de la sociedad, *El Trapo Rojo* es un símbolo de la ineficiencia del gobierno, nacional y municipal, por garantizar el mínimo vital a estas familias en tiempos de pandemia. El Derecho como una ciencia social no ha sido ajena a estas transformaciones.

En Colombia, desde el mes de marzo se evidenciaron las primeras fases de aislamiento, en Bogotá se originó lo que se conoció como “simulacro de aislamiento” decretado por la mandataria Claudia López, este entraría en vigencia desde el viernes 20 de marzo y finalizaría el lunes 23 de marzo a las 11:59 pm. Desde ese momento muchos comenzaron a especular sobre la situación que se aplicaría posteriormente: confinamiento obligatorio, y con ello el cierre no solo de la actividad académica y la adopción de medidas tecnológicas para la continuación de clases virtuales, sino el cese de todas las dinámicas económicas “tradicionales” y aunque esto supondría que al igual que en el ámbito académico, en el laboral se adoptarían las herramientas tecnológicas para continuar con la normalidad de los trabajos, es necesario tener en cuenta que en nuestro país muchas personas viven de la informalidad y de sustentos inciertos diarios. Por ejemplo, era común que al subirse a los articulados de Transmilenio se pudiera apreciar en el trayecto del viaje como mínimo a una persona que se subía e intentaba reunir algo de dinero ya fuera vendiendo dulces, relatando historias o contando su experiencia. A estas personas, claramente se les imposibilita la herramienta del “home Office” y, en consecuencia, su sustento económico se anula.

Ahora bien, esta es una situación que por ejemplo en Bogotá se evidencia con gran sistematicidad en los cordones de miseria que la conforman, son barrios como Ciudad Bolívar, Usme, el 20 de Julio, Santa Fe, los Mártires, Kennedy y municipios aledaños como Soacha los más afectados puesto que son los sitios donde estas prácticas de supervivencia son más repetitivas. Ante esta crisis alimentaria el alcalde de Soacha, Juan Carlos Saldarriaga (Radio Nacional, 2020) hizo un llamado a los habitantes de la zona indicando que los hogares donde estuvieran pasando por escases de mercados colocaran un trapo rojo afuera de sus hogares como

un llamado de auxilio y de esta forma abrir la posibilidad que entre los vecinos se pudieran ayudar. La medida fue tan exitosa y llamativa que fue adoptándose en sectores de Bogotá e incluso en Neiva, Barranquilla y Medellín, e igualmente, esta práctica se fue viralizando paulatinamente en redes sociales donde varios usuarios manifestaron su disposición de apoyo para aquellos que lo necesiten.

Debemos tener en cuenta que al inicio este llamado de auxilio fue bastante eficiente puesto que entre los vecinos se ayudaban con algunos mercados y utensilios básicos. Sin embargo, llegó un punto en la cuarentena en que localidades enteras estaban repletas de banderas rojas y ocurrió algo así como que había más demanda que oferta y este paso de ser un mecanismo para recibir ayuda para convertirse en una prueba de la urgente atención que necesitan tantas familias en nuestro país.

Adicional a ello, debe anotarse que la mayoría de ayudas recibidas por aquellas personas que colgaron el trapo rojo en sus hogares provino de vecinos o personas del común que también están necesitados, puesto que solo se tiene conocimiento de un reportaje periodístico en el que la primera dama entregó alrededor de cincuenta mercados (Portafolio, 2020) a grupo de personas vulnerables y aunque este es un gran acto de caridad, lamentablemente no alcanza a cubrir ni la mitad de población que necesita esta ayuda.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico la máxima autoridad administrativa ha expedido una serie de Decretos para beneficiar a los grupos vulnerables afectados por esta pandemia, como primera medida conocemos el Decreto 458 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas para los hogares en condición de pobreza en todo el territorio nacional, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” que se compone de tres artículos concretos donde establece que el Gobierno Nacional destinará una transferencia monetaria –no condicionada– a los beneficiarios de los programas de Familias en acción, protección social al adulto mayor y jóvenes en acción. Es decir que aquí ya se establecen las primeras condiciones esenciales para ser receptor de las ayudas económicas: Estar afiliado a uno de los tres programas del Gobierno mencionados anteriormente. Otro criterio esencial del Decreto es que dota de competencia a la DNP (Departamento Nacional de Planeación)

para determinar los criterios que conformaran la lista de los hogares o personas más necesitadas que serán beneficiario/as de la compensación de los impuestos de las ventas y como punto final, se le ordena al DANE entregar todos los censos e información general para el adoptar medidas que controlen y mitiguen el coronavirus (DANE, 2020).

Por otro lado, un punto esencial en el entendimiento de la dinámica en la que muchos hogares colombianos se abastecen de alimentos es entender que los/as hijos/as estudiantes al ir a sus colegios públicos dependían de los suministros que estos mismos les otorgaran. Ante el cierre de los colegios por el Estado de emergencia, como primera medida para atender esta medida se expidió el Decreto 470 de 2020 “Por el cual se dictan medidas que brindan herramientas a las entidades territoriales para garantizar la ejecución del Programa de Alimentación Escolar y la prestación del servicio público de educación preescolar, básica y media, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” que como resumen, en sus tres artículos ordena que los niños matriculados en instituciones educativas puedan seguir siendo beneficiarios del programa de alimentación de la institución desde sus casas, ello por las constantes denuncias en redes sociales como voz de protesta ante el cierre de colegios y la imposibilidad de un alto porcentaje de niños que dejaría de percibir alimentos, lo que generaría igualmente mayor escasez en las familias vulnerables. (Presidencia de la República, 2020)

Finalmente, ante esta práctica del pedido de ayuda hemos podido evidenciar algo de solidaridad, pero también de oportunismo. Se han conocido denuncias públicas por personas inescrupulosas que si ningún problema han estado cobrando dinero para supuestamente ayudar a las familias, o irregularidades logísticas que miembros de las Juntas de Acción Comunal han evidenciado, así lo afirma la revista Semana en una investigación que realizó respecto la otra cara del trapo rojo “ediles, veedores y los mismos habitantes han denunciado en todo el país presuntos hechos de corrupción por parte de las autoridades locales y contratistas a la hora de repartir las ayudas alimentarias a personas vulnerables lo cual ya están investigando la Fiscalía, la Contraloría y la Procuraduría” (Semana, 2020).

Como conclusión, podemos afirmar que la práctica de colgar un *trapo rojo* en la casa de las familias más pobres no solo constituye un poderoso

símbolo de llamado de auxilio, sino también una muestra de la desigualdad en la que nos vemos expuestos en estos momentos de crisis sanitaria y en general, en todo momento. Sin embargo, una pandemia como esta solo desnuda la desigualdad social y económica de los territorios y la deja en evidencia. Sin embargo, podríamos decir que no todo es negativo y así como podemos evidenciar el hambre y penumbra que pasan muchos, también podemos identificar la solidaridad y disposición que tienen otros, que sin el deber jurídico sino moral de ayudar y socorrer a sus conocidos lo hacen sin esperar nada a cambio, incluso a sabiendas que un alto porcentaje de estas personas renuncia a un bien material que no le sobra, pero tampoco le falta y eso es lo que nos da un poco más de esperanza en esta época tan complicada y desoladora.

Los invisible de todos los tiempos han utilizado símbolos para realizar sus legítimas exigencias. En este caso concreto cientos de familias de Ciudad Bolívar en la capital del país, en otros con pañuelos o trapos blancos solicitando a los actores armados que no ataquen a la población civil en el caso del conflicto armado interno colombiano. Los invisibles son la inmensa mayoría de la población, indígenas, afrodescendientes, habitantes de calle, desempleados, trabajadores, trabajadoras sexuales, inmigrantes, vendedores ambulantes, niños, niñas y adolescentes en situación de abandono o víctimas de abuso y trata de personas, etc., estos invisibles son sin lugar a dudas los grandes damnificados ante la emergencia, pero no por causa del COVID-19 sino por el abandono en del cual lo ha sumido el mismo estado y la sociedad. (Fajardo Sánchez, *Los Invisibles y la Lucha por el Derecho en Colombia*, 1998)

III. “LIBERTAD BAÑADA EN SANGRE”

El coro de miles de reclusos y reclusas de las prisiones del país pidiendo “*Libertad*”. El hacinamiento infame y la poca cobertura médica ha colocado una espada de Damocles sobre la las Personas Privadas de la Libertad, este grito de protesta y rabia ha dejado ya un saldo trágico de 25 reclusos muertos cuando ejercían el legítimo derecho a la protesta ante la ineptitud del INPEC y el gobierno nacional de garantizarles la salud, la vida y la integridad física.

Desde que se decretó el aislamiento preventivo en todo el país, como medida preventiva, en las cárceles se suspendieron las visitas durante el estado de emergencia. Sin embargo, antes que el primer contagio en cárceles se confirmaran los expertos e incluso los particulares preveían que en caso de un contagio en centros penitenciarios la situación se saldría de control desde el punto de vista sanitario. Ante dicha tensión, el 21 de marzo de 2020 se orquestaron varios motines en el país, pero el que consecuencias más graves reportó fue el que se llevó a cabo en la cárcel la modelo que dejó como resultado 24 muertos, datos obtenidos gracias a El Espectador (Morales, 2020).

La primera sentencia de Estado de Cosas Inconstitucionales, Sentencia T-153 de 1998. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, es decir, *hace 22 años ya se advertía* al estado colombiano sobre las graves condiciones que hoy son causa de la más grave crisis médica, sanitaria, humanitaria de los centros de reclusión de país:

“Dada la imprevisión y el desgüeño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc. De manera general se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario. Con todo, la Corte quiere concentrar su atención en una consecuencia que considera de mucha gravedad, cual es la de que la sobrepoblación carcelaria impide la separación de los internos...”.

El hacinamiento, la falta de higiene, y ausencia de garantías de salud son justamente los temas que el estado nunca ha cumplido, las sentencias de la Corte Constitucional han sido desacatadas desde hace más de 22 años, es decir, el estado puede seguir insistiendo que esta crisis es por causa del COVID-19, no, es por su propia omisión. Las personas privadas de la libertad como grupo vulnerable han sufrido gran afectación por la actual pandemia de COVID-19, debido a las condiciones de hacinamiento que se presentan en los centros de reclusión y la falla de prestación de servicios esenciales; lo cual influye en el cumplimiento de derechos fundamentales

de esta población, de ahí que se haya declarado el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria a nivel nacional.

Se han registrado más de 23 casos de disturbios y protestas en las cárceles del país donde se presentaron las exigencias por parte del PPL y el personal de custodia y vigilancia del INPEC: 1) Picota; 2) Buen Pastor; 3) Modelo; 4) Jamundí; 5) Palmira; 6) San Isidro, en Popayán; 7) Cárcel La Blanca, de Manizales; 8) Cárcel de Cómbita; 9) Cárcel de Acacias; 10) Cárcel de Valledupar 11) Cárcel de La Dorada; 12) Cárcel de Guaduas; 13) Cárcel de Picalaña; 14) Cárcel de Rivera Huila; 15) Cárcel de Pasto; 16) Cárcel de Villavicencio; 17) Cárcel de Bellavista; 18) Cárcel de Pedregal; 19) Cárcel de La Paz de Itagüí; 20) Cárcel de Puerto Triunfo; 21) Cárcel de Cúcuta; 22) Cárcel de Palogordo, en Girón - Santander, y 23) Cárcel de Yopal. Todas estas, sin contar las jornadas de protesta realizadas por los propios guardias. Esperemos que el estado garantice el Derecho a la Protesta y Huelga a las Personas Privadas de la Libertad y que no se repitan las masacres como la de la Cárcel La Modelo de Bogotá.

En Colombia está proscrita la pena de muerte, por esta razón hechos como los mencionados con un saldo trágico de 23 personas muertas en circunstancias que aún están por esclarecer, son muy graves. El uso de las armas de fuego por parte de los servidores públicos encargados de hacer cumplir la ley está totalmente estandarizado, no solo en el ordenamiento jurídico interno sino a nivel internacional. No es fácil mantener el equilibrio entre los tres ejes rectores de la administración penitenciaria: *Seguridad, el Control y la Justicia*.

Desafortunadamente, lo sucedido el día 21 de marzo no es un hecho aislado, lamentablemente ocurre periódicamente demostrando la “URGENTE necesidad de reglamentar de manera más estricta y detallada el uso de las armas de fuego por parte del personal de custodia de custodia y vigilancia del INPEC y más concretamente de los Grupos de Reacción Inmediata – GRI – quienes, en estricto sentido, serían los únicos autorizados y entrenado para el uso de este tipo de armas letales. Pero más urgente aún es determinar quién, aún en graves situaciones de alteración del orden penitenciario, puede dar la orden de utilizar armas letales contra los reclusos y la responsabilidad sobre este tipo de decisiones que, como en este caso, dejaron 23 personas muertas” (Fajardo

Sánchez, Proteger la Vida y la Integridad de las Personas Privadas de la Libertad en situaciones de Protesta, 2020).

Aunque los hechos no se esclarecieron completamente, se cuestiona si hubo un uso de la fuerza desmedida y desproporcional por parte de los dragoneantes del INPEC. Aunque para este momento, ninguna entidad administrativa había declarado de forma oficial un brote de contagio dentro de alguna cárcel del país, casi que de un momento a otro se dispararon las alarmas. El 24 de abril del presente año, El Espectador emitió un reportaje titulado *“El bus del INPEC que esparció el COVID-19 a tres cárceles del país”* Resulta que de este suceso se derivaron los primeros casos de SARS-CoV-2 en las cárceles (a excepción del caso de Leticia) (Morales, 2020)

Aproximadamente el 22 de marzo de 2020 se confirmó el primer caso en la cárcel de Villavicencio y, pese a ello, nueve días después, el 1° de abril por medio de la Resolución 648 del 30 de marzo de 2020 se ordenó el traslado de unas personas privadas de la libertad a otros centros penitenciarios como, por ejemplo, en Ibagué (Radio Nacional, 2020).

Ahora bien, la situación en las cárceles como se predijo anteriormente, empeoro y, por ejemplo, en la cárcel de Villavicencio se registran alrededor de 647 contagiados. Ante esta crisis, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 546 de 2020, *“Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*. Resulta que las condiciones establecidas en el presente Decreto para poder ser beneficiario de los subrogados allí expuestos son bastante limitados y hacen bastante complicado su acceso, los beneficiarios con esta medida son: Lo/as adultos/as mayores de 60 años, las madres lactantes o gestantes o que tengan hijos menores de los 3 años de edad, quienes padezcan de enfermedades graves o algún tipo de discapacidad y las personas con penas menores a los 5 años de privación de la libertad que ya hayan cumplido el 40% de su pena. Según el *Canal red más* se asegura que: “El decreto presidencial que

busca la excarcelación de por lo menos 4.000 personas significa apenas el 2% del hacinamiento en Colombia”. Dejando a las personas privadas de la libertad expuestas no solo a una probabilidad bastante alta de contagio no solo por los contagiados confirmados hasta el momento, sino por las condiciones de hacinamiento y por ende de salubridad en las que se vive esta pandemia, aunado a la escasez de personal médico (Más, 2020).

Otra medida interesante para analizar en este punto se refiere a la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 expedida por el Ministerio de Salud donde se advierte la prohibición de conglomerados de más o menos, 500 personas. Lo cual parece ser contradictorio y no tomar en cuenta la situación que se vive en las cárceles del país, dónde el hacinamiento carcelario nacional se deduce en un 49% respecto su capacidad, lo cual sobrepasa de forma desorbitante la cifra de 500 individuos. En igual sentido, el Gobierno Nacional le sugirió al INPEC que en virtud del artículo 92 de la Ley 1709 de 2014 que realizara la declaratoria de emergencia penitenciaria y carcelaria (Presidencia de la República, 2020).

En cuanto a la situación de la cárcel de Villavicencio, se recolectó la siguiente información: la Defensoría del Pueblo advirtió la necesidad de que las autoridades de salud implementaran pruebas para la detección del coronavirus a todas las personas privadas de la libertad que se encuentran en la cárcel anteriormente mencionada. Por otro lado, Carlos Alfonso Negret manifestó la importancia de la detección oportuna de casos positivos por COVID-19 para de esta forma impedir la propagación del virus, adicionalmente enfatizo en la implementación de este tipo de pruebas en la cárcel de Villavicencio ya que ahora se podría considerar un foco de contagio.

En relación con la situación carcelaria en medio de la pandemia el 29 de abril de 2020 Radio Nacional de Colombia publico una noticia titulada “COVID-19 cárcel de Villavicencio solo cuenta con un médico” donde el presidente del sindicato del INPEC en Villavicencio Johan Alarcón manifestó que pese a las medidas anunciadas para mitigar la pandemia por COVID-19 en el momento que contaban con 315 casos positivos por Coronavirus solo contaban con un médico que tenía la descomunal tarea de atender a las 1800 personas privadas de la libertad que se encontraban en ese penal.

Por otro lado, Alarcón declaró que el personal del INPEC en la cárcel de Villavicencio no contaba con las medidas de bioseguridad necesarias. En este mismo sentido, secundo estas declaraciones el director de la cárcel de Villavicencio, Miguel Ángel Rodríguez aseguro que existe un evidente abandono estatal puesto que sus trabajadores no tienen los elementos de bioseguridad necesarios para garantizar su salud, tampoco tienen un personal médico idóneo para atender a las personas privadas de la libertad contagiadas, ni los elementos pertinentes para realizar las pruebas y de esta forma prevenir de alguna forma los contagios sistemáticos que ha padecido el centro penitenciario. (Herrera, 2020) Esto sin mencionar el hacinamiento que padece dicha cárcel que dificulta la contención de propagación del virus.

IV. “¡QUÉDATE DE CASA?”

La famosa y reiterada exigencia de “*quédate en casa*” a los que no tienen casa y habitan las calles de nuestras ciudades o quienes tienen que salir obligados por el hambre a trabajar para sobrevivir.

En primer lugar, es de suma importancia tener en cuenta que ni el Gobierno Nacional ni la autoridad Distrital ha dispuesto una normativa exclusiva o diferencial respecto a los habitantes de calle o indígenas en el marco de la cuarentena que hoy vivimos. Sin embargo, se han evidenciado canales de ayuda y programas de protección, por ejemplo, para los habitantes de calle durante el aislamiento preventivo. Sin embargo, este tipo de ayudas y programas son voluntarios y no se les puede obligar a las personas que habitan la calle a acceder a ello, se supone entonces, que esta es la razón por la cual no existe un Decreto enfocado exclusivamente a esta población. La situación indígena es un poco diferente, en el sentido que hay grupos indígenas que lamentablemente viven en situación de calle, pero también hay un porcentaje de su comunidad que tiene unos asentamientos destinados a su hábitat. Bajo a esta ocasión, a continuación, se documentarán las ayudas y los programas que sobre todo el Distrito y la Secretaría de Integración Social han habilitado para ayudar a los ciudadanos habitantes de calle durante esta crisis, e igualmente se hará un repaso de los casos registrados que existen respecto a los indígenas en el marco de esta pandemia.

Habitantes de calle: como se expuso anteriormente, aunque no existe una reglamentación específica respecto a este sector poblacional se han evidenciado planes de apoyo desde el Distrito, actuando principalmente, por medio de la Secretaría de Integración Social. En un informe de la misma entidad se expuso la supervisión y la vigilancia que la Personería de Bogotá ha realizado a los programas que ha hechos la SIDS respecto los ciudadanos habitantes de calle, resulta que esta entidad por medio del grupo conocido como “Ángeles de la Calle” que es un grupo activo de contacto directo con las personas que habitan la calle, han estado realizando talleres a lo largo de la ciudad en lo que tiene que ver con el autocuidado, teniendo en cuenta su situación. Igualmente, aquellas personas que decidan someterse de forma voluntaria a los programas de hogares de paso, ya no se limiten a recibir alimentación, sino que de esta forma pueden tener un sitio óptimo para poder pasar las noches durante esta pandemia y mejorar sus condiciones de vida, según las estadísticas de esta entidad. (Secretaría de Integración Social, 2020)

Durante la pandemia los beneficiados han sido 1.100. Por otro lado, las personas que no quieren acceder a este programa son atendidas por brigadas de atención donde se les entregan suministros alimenticios, atención médica y capacitaciones sobre higiene. Igualmente, la entidad asegura que: *“La población habitante de Calle en Bogotá D.C. seguirá teniendo acceso a los centros de atención de los que normalmente dispone el distrito. Por eso, los funcionarios que normalmente los atienden trabajarán normalmente durante el asilamiento preventivo. En la línea 195 puede solicitarse apoyo para esta población”* (Estupiñan, 2020).

Sin embargo, debemos adoptar una medida crítica ante la situación y aunque resulta positivo que la Secretaria de integración social siga con sus líneas de ayuda con normalidad, las circunstancias actuales demandan más que esto, aunque sabemos que por concepto de la Corte Constitucional a un habitante de calle no lo pueden obligar a rehabilitarse o a desalojar la calle si es absolutamente necesario que estas personas tengan un margen de atención mayor que al que tenían bajo circunstancias normales, puesto que como sabemos, el SARS-CoV-2 es un virus que se expande con mayor facilidad entre el desaseo y las conglomeraciones de personas, dos condiciones que hacen parte de la cotidianidad de una persona que hace de la calle su lugar de habitación. Además, ¿dónde se puede lavar las

manos una persona que vive en la calle? Incluso, se hace bastante confuso que ante el marco de la cantidad de Decretos que el Gobierno Nacional ha expedido para ayudar a la población vulnerable este criterio de vulnerabilidad se vea limitado por aquellos beneficiados de programas como “Familias en acción” o personas que vivan en casas, desconociendo a aquellos que no tienen siquiera donde dormir.

Indígenas: respecto la información concerniente a esta población, la situación que viven ha sido documentada detallada por la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC, 2020) donde, por ejemplo, emitieron un comunicado de alerta por discriminación en el marco de la Pandemia, aquí se relata por medio de unos hechos específicos ocurridos en el Municipio de Buenaventura donde a algunas mujeres indígenas de la comunidad Wounnan que viven allí han sido víctimas de conjeturas respecto a ser portadoras del virus, sin tener ninguna prueba de ello, información que además circula en la red radial de Buenaventura, lo que ha ocasionado problemas para los indígenas de la comunidad, puesto que como consecuencia de esta falsa información, las personas encargadas de entregar las ayudas humanitarias y los comerciantes como tal no han querido dirigirse a esta zona por miedo de la probabilidad de terminar contagiados, lo que ha afectado su mínimo vital, y aunque la información es falsa, si estas personas efectivamente padecieran de Covid-19 se les debería garantizar una ruta de ayuda humanitaria con todos los elementos esenciales de bioseguridad para garantizar sus Derechos.

Decreto 038 de 2020: “Por medio del cual se decreta el toque de queda transitorio en el Municipio de San Juan del Cesar-La Guajira en ocasión de la situación epidemiológica causada por el COVID-19 en el territorio nacional” Este Decreto fue el encargado de establecer los lineamientos del toque de queda en la Guajira, que acogería también a la comunidad indígena. Esto, es decir, se adoptó para todos los habitantes del territorio sin distinción de los grupos o comunidades a los cuales pertenecieran. (ONIC, 2020)

Por otro lado, el 10 de mayo la ONIC emitió un comunicado de alerta sobre la situación en Leticia como consecuencia del coronavirus, en dicho informe se asegura que es necesaria una pronta respuesta del Gobierno Nacional para poder ayudar a la comunidad a enfrentar esta

crisis, ya que de lo contrario, estaríamos ante la presencia de un etnocidio “Por este medio, transmitimos el llamado de las voces indígenas al Gobierno Nacional y Local para que atienda de inmediato la crisis que puede provocar, nuevamente, el etnocidio de los pueblos indígenas de la Amazonia colombiana. Llamamos a que las instancias del gobierno colombiano y fronterizo actúen con compromiso y en coordinación con las Asociaciones, Cabildos no asociados y de las organizaciones sociales, públicas y privadas. Igualmente, hacemos el llamado a la comunidad y organismos internacionales para que, a través de acciones de cooperación técnica, científica y financiera, ayuden a atender el oscuro panorama de los impactos del COVID-19 en la región, y en particular, sobre los pueblos indígenas” (ONIC, 2020).

Ahora bien, respecto la crisis que está viviendo el Amazonas en general, el pasado 13 de Mayo el primer mandatario Nacional por medio de un comunicado por los medio de comunicación anunció la estrategia para mitigar la expansión de la pandemia: Se enviaron 50,000 tapabocas junto con la recomendación de realizar una pedagogía respecto su uso obligatorio, endurecer las medidas de aislamiento preventivo obligatorio y la decisión que más sorprendió, fue la de militarizar la zona puesto que a pesar que Colombia cerro sus fronteras, como consecuencia de la situación que padece Brasil se ha tenido conocimiento que la población flotante ha sido uno de los mayores responsables respecto a los contagios que se han suscitado en el Amazonas. Sin embargo, estas directrices se vuelven complejas en el entendimiento que las condiciones de los habitantes de Leticia son bastante precarias, además, muchos de sus habitantes, dependen del comercio con Brasil, como lo reportó el periódico *El Espectador* (Referencias, 2020).

Igualmente, en este mismo sentido en Vaupés ya se reportaron casos por coronavirus provenientes de Brasil y es así como derivado a esta situación las autoridades administrativas tomaron la decisión de decretar el confinamiento obligatorio para evitar que el sistema de salud del territorio colapse.

Finalmente, hemos podido evidenciar la compleja situación de la comunidad indígena en los principales territorios nacionales que ellos habitan. Sin embargo, esta situación de crisis para ellos no se hace exclusiva

en estas zonas. Incluso, en Bogotá se han reportado manifestaciones de indígenas que han sido desalojados de sus hogares a pesar de las directrices del Gobierno Nacional de impedir el desalojo de las familias que incurran en mora respecto el pago de arriendos, estipulación contenida en el Decreto 579 del 17 de abril de 2020 “Por el cual se adoptan medidas transitorias en materia de propiedad horizontal y contratos de arrendamiento, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” A pesar de dicha disposición, la misma semana en la que entró en vigencia el decreto, se reportó una movilización indígena en la que se asentaron en el edificio de Avianca puesto que habían sido desalojados a pesar que la norma prohíbe estas acciones durante esta crisis. Sin embargo, no se reportó ningún tipo de ayuda para estas personas (Radio, 2020).

A esta situación le debemos agregar las permanentes denuncias de maltratos, golpizas, tratos crueles, inhumanos y degradantes que diferentes organizaciones y redes de trabajo han venido denunciando ante las autoridades distritales y nacionales. La Red de Trabajo de Habitabilidad en Calle a la cual pertenece el Semillero de Investigación Filantropía Unilibrista de la Universidad Libre de Bogotá, ha denunciado ante la Secretaría de Integración Social del Distrito el uso frecuente de armas y dispositivos *taser* contra varios actores de la habitabilidad en calle.

Una de las denuncias la presento un adulto mayor de 66 años de edad Ciudadano Habitante de Calle, quien en hechos ocurridos el día 11 de abril de 2020 Calle 5ª con carrera 17 relató que estaba arrodillado en el espacio público, acondicionando una piedras y leña para poder cocinar unos alimentos que le habían donado. Después de transcurrida una hora, llegaron varios servidores públicos de la Policía y le ordenaron al Señor Armando que se parara del lugar en el que estaba. Sin embargo, por la posición del cuerpo que este había estado por una hora y por su edad se le dificultó pararse de inmediato por problemas con sus rodillas. Luego fue golpeado varias veces por un servidor público de la Policía Metropolitana de Bogotá quien luego le propició numerosos choques eléctricos con su *taser* eléctrico no reglamentario.

El comité de las Naciones Unidas Contra la Tortura ha señalado que el uso de armas *taser* puede ser una forma de tortura, en violación de la Convención contra la Tortura. El uso de los dispositivos paralizantes

electrónicas de la policía ha ocasionado un aumento repentino de las muertes - incluyendo cuatro hombres en los Estados Unidos y dos en Canadá. Las autoridades canadienses están tomando un segundo vistazo a ellos, y en los Estados Unidos, hay una ola de demandas para su prohibición. La Policía Nacional de Colombia no puede seguir autorizando el uso de taser no reglamentarios y sin un entrenamiento específico ya que las taser de uso reglamentario debe tener un entrenamiento y certificación especial. (Red de Trabajo de Habitabilidad en Calle, 2020)

V. “HÉROES DE BATA BLANCA: ¿HÉROES O VILLANOS?”

Otro de los símbolos visibles en tiempo del COVID-19 son los nuevos *héroes-villanos*, el personal médico y sanitario elevado a la categoría de “*Héroes de Bata Blanca*”, cuando mueren por decenas en Colombia, con escasos y nulos elementos de bioseguridad porque sus empleadores se niegan a cumplir incluso las ordenes imperiosas del gobierno nacional, pero cuando protestan y hacen denuncias públicas y hasta mítines en sus lugares de trabajo, se convierten en villanos. Los nuevos héroes que son discriminados, excluidos, amenazados, golpeados por actores sociales indolentes, intolerantes y sobre todo ignorantes.

El 11 de abril de 2020 se reportó la primera muerte de un médico por causa del Covid-19. Ante esto, el periódico *El Tiempo* realizó un cubrimiento periodístico sobre el suceso titulado “Despiden con aplausos al primer médico muerto en Colombia por covid-19” donde se hace una conmemoración al médico Carlos Fabián Nieto, desde ese día se originó un debate por la situación que padecía el personal de salud en el país, en redes sociales un alto porcentaje de personas aplaudieron y alentaron su labor. Sin embargo, otro porcentaje de personas se detuvo y criticó la romantización que se estaba haciendo al hecho que los médicos salvaras vidas a cambio de las suyas, anotando que esto iba más allá de una circunstancia de “vocación” (*El Tiempo*, 2020).

Aunado a ello, a los pocos días de la nota periodística de *El Tiempo* (2020) cubriendo la muerte del joven médico se dio a conocer la inconformidad de los médicos ante el Decreto presidencial 538 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas en el sector salud, para contener y mitigar

la pandemia de COVID-19 y garantizar la prestación de los servicios de salud, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” en su artículo 9 establece que todo el talento humano de la salud en ejercicio o en formación tiene la obligación de estar disponible para prestar sus servicios cuando se requiera, lo cual no causo agrado entre el personal de salud por el desabastecimiento de implementos esenciales para prestar este servicio de forma segura, garantizando la salud de los mismos (Presidencia de la República, 2020).

Ante este panorama, el Ministerio del Trabajo, creó el Decreto 488 de 2020, donde yace la obligación de las Aseguradoras de Riesgos Laborales (ARL) de entregar los elementos de protección personal a todo el Personal de Salud. Sin embargo, la mayoría de ARL han incumplido con dicha tarea, así lo denunció la Federación Médica Colombiana a través de su página web en un artículo titulado ¿Hasta cuándo? (2020) donde asegura “Son en realidad una pantomima. Son normas de papel. Esperamos que más temprano que tarde respondan ante la justicia. Es hora de que todos los colombianos pensemos en que es necesario cambiar ya este aparato de extracción de dineros a la salud disfrazado de sistema de salud, por un verdadero sistema que prevenga la enfermedad y cultive la salud” (Federación Médica Colombiana, 2020).

En el artículo mencionado anteriormente también se pone en conocimiento del público el caso por ejemplo del Hospital del Tunal por falta de mecanismos de protección médica, fundamentando su crítica realizada, a pesar de todos los Decretos y recomendaciones hechas por las autoridades administrativas aún no se evidencia el mejoramiento de las condiciones del personal de salud, los médicos siguen muriendo.

Por otro lado, se conoce el caso de la Tutela Murindó donde la Federación Médica Colombiana anota lo siguiente “coadyuvamos la tutela interpuesta por el personero del Municipio de Murindó Antioquia, Gustavo Rafael Guerra Acosta, en calidad de agente oficioso del personal de salud del mismo municipio; mediante la cual se buscó que las demandadas –ARL Sura, el Ministerio de salud y protección social, Gobernación de Antioquia, Secretaría de Salud y la alcaldía de Murindó entre otras– garantizaran los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana, al trabajo en condiciones dignas y justas y al agua potable; tanto del talento

humano en salud como de la población en general del municipio.” Esto, por la acción constitucional que adelantó el personero de Antioquía ante el incumplimiento de las ARL del Decreto 488 de 2020 donde se les obliga a las mismas entregar los elementos necesarios al personal de salud para poder atender a los pacientes con SARS-CoV-2 con la garantía de no ser contagiados colocando en riesgo su salud (Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución, 2020).

Adicional a todo lo anterior, se ponen de presente los diversos casos de discriminación al talento humano de salud por parte de particulares e incluso de empresas privadas. Por ejemplo, hace unos días se conoció la denuncia pública de una enfermera que asegura que un local comercial no le permitió el ingreso puesto que portaba su uniforme de trabajo, ella asegura incluso que aún no se había dirigido al hospital y ante la polémica, la empresa emitió un comunicado asegurando que el pedido de no dejar ingresar a la enfermera se ejecutó por pedido de los demás clientes. Otro caso famoso de discriminación se dio respecto a los vecinos de un conjunto que le hicieron una amenaza a un médico solicitándole de forma agresiva que se marchará de la propiedad puesto que los colocaba en peligro de contagio. Días después, el inmueble de este servidor de la salud fue violentado por sus propios vecinos. Como estos casos, se han conocido otros que han sacudido la opinión pública e igualmente de las autoridades. Ante ello, la defensoría habilitó un canal especial para reportar agresiones contra personal médico. (Sociedad Colombiana de Reanimación y Anestesiología, 2020)

La emergencia sanitaria visibilizó las precarias condiciones que padecen cientos de trabajadores de la salud desde la implementación de la Ley 100 de 1993 que no solo acabó con el sistema de salud del país para dejarlo en manos de empresas privadas, sino que precarizó las condiciones laborales de este sector:

“La pandemia de la Covid-19 ha sacado a flote las precarias condiciones laborales del personal de la salud, incluidos médicos, muchos de los cuales carecen de contratos fijos. Según datos del sector, el 75 % de los galenos en Colombia son médicos generales, lo que representa una fuerza laboral de 55.000 profesionales en ejercicio. La mayoría de ellos, así como muchos especialistas “son contratados por la modalidad de

Orden de Prestación de Servicios, que no incluye primas, ni vacaciones, ni ninguno de los beneficios previstos por la ley”, explicó el ginecólogo Alberto Pérez”. (Forbes Staff, 2020)

VI. DISTANCIAMIENTO SOCIAL: ¿ES POSIBLE?

Con los reiterados Decretos que se han expedido en el marco de esta crisis por los cuales se establece el estado de emergencia se han estipulado a su vez las actividades exceptuadas, que, en otras palabras, se refiere a aquellas actividades económicas que con el fin de mitigar la propagación del virus no podrán ejercer sus funciones regularmente. A medida que ha avanzado el tiempo, se han venido flexibilizando paulatinamente dichas actividades exceptuadas. Sin embargo, en el principio de esta pandemia las medidas fueron bastante restrictivas y sólo se permitió la actividad regular de aquellos productos de primera necesidad, que comprenden los alimentos y los suministros médicos, abriendo de esta forma paso al fenómeno del Teletrabajo como principal mecanismo para seguir operando las actividades laborales respetando el aislamiento preventivo. Sin embargo, esta medida, aunque beneficio varios sectores laborales desconoció y excluyó la realidad laboral que impera en Colombia: la informalidad y la inaccesibilidad a las telecomunicaciones de un alto porcentaje de la población, la mayoría de grupos de personas en condiciones de vulnerabilidad cuentan con estas dos características, dejándolos a muchos de ellos desempleados, por lo que han optado por continuar con sus actividades de sustento de forma normal y es por eso que los colapsos reportados del Transmilenio se han reportado de forma mayoritaria en el sector sur de la ciudad y así es como la alcaldesa Claudia López afirmó: “Hay gente que tiene que escoger entre el hambre o el coronavirus” (Semana R. , ¿Qué pasó en TransMilenio? Claudia López explica el colapso en el sur de Bogotá, 2020).

Ahora bien, como afirmamos anteriormente, los comercios que manejan productos de primera necesidad podrían seguir funcionando con ciertas prevenciones y elementos de bioseguridad. En Bogotá por ejemplo, el mayor exportador de alimentos se encuentra en Corabastos, aunque estaban acobijados inicialmente por las excepciones estipuladas por los Decretos, resulta que por recomendaciones del Ministerio de Salud, las aglomeraciones

de más de 50 personas eran una potencialidad para que estos sitios fueran focos del virus y efectivamente, se originó un brote de contagio en Corabastos donde los comerciantes e incluso, algunos compradores resultaron afectados, por lo cual la Secretaría Distrital tomo cartas en el asunto y decidió limitar la asistencia de personas en este lugar, además que se comprobó que un alto porcentaje de trabajadores no estaban cumpliendo con los elementos de bioseguridad dirigidos a mitigar la propagación del virus, entre las medidas en Corabastos específicamente comenzó a regir el pico y cédula y aunque las medidas han sido aplicadas correctamente en lo que respecta a los compradores, resulta que muchos trabajadores se encuentran en la informalidad y muchos de ellos son vendedores ambulantes, por lo cual toman la decisión de permanecer en la calle trabajo para recibir su sustento de supervivencia, en este entendido, la Secretaría de Integración social habilito un correo electrónico para ayudar a los vendedores ambulantes en el marco de esta crisis (Secretaría de Integración Social, 2020).

Las recomendaciones de distanciamiento social no son desacatadas, en la mayoría de los casos, por rebeldía o falta de solidaridad ciudadana sino por necesidad de trabajar, así lo parecen demostrar os miles de personas que diariamente ingresan a la Central de Abastos de Bogotá, ubicada en la localidad de Kennedy. La Alcaldesa Claudia López ha decidido “cerrar” la localidad: “Bogotá y Colombia van bien, lo hemos hecho bien. Pero en Bogotá tenemos un problema en Kennedy, representa casi el 30 % del contagio de Bogotá. Tenemos que cuidar mejor a Kennedy pero no sacrificar los logros tanto en salud como en la pandemia” (Bogotá, 2020).

Los comerciantes de la Central Mayorista has protestado por la medida de cerrar la localidad y limitar el ingreso de compradores a las bodegas. Piden que los dejen trabajar y rechazan las medidas de restricción pues las pérdidas son millonarias. Sin embargo, Corabastos ha sido declarada un foco de contagio. Kennedy tiene más millón doscientas mil personas. Se han intensificado las medidas del llamado “cerco sanitario” y desde el día 1 de junio se ha declarado toda la localidad en aislamiento por su alto nivel de contagio del COVID-19. La gravedad de esta medida tiene que ver con el hecho de ser el mayor centro de acopio de alimentos del país. Los medios de comunicación han señalado que *“desde el primer día del simulacro de aislamiento que decretó su administración, se han denunciado aglutinaciones de compradores y trabajadores sin los debidos*

elementos de protección. Incluso, en muchos casos sin ser debidamente utilizados como tapabocas, guantes, lavados de manos y distancia social de al menos 1.5 metros” (Agencia de Periodismo Investigativo, 2020).

En conclusión, parece que a los grupos vulnerables de personas el manejo que se le ha dado a esta pandemia los limita a la pregunta de ¿cómo prefiere morir?, ¿de hambre o por Covid-19? Pues resulta que la probabilidad de una persona en estas condiciones de terminar contagiada, aunque es alta, no es contundente, a diferencia del hambre que es circunstancial. Por ende, un alto porcentaje de colombianos optan por tomar el riesgo de contraer el virus, pero asegurando que por lo menos no morirán de desnutrición.

VII. “LÁVATE LAS MANOS POR LO MENOS UNA VEZ CADA DOS HORAS”: LOS RETOS DE LAVARSE LAS MANOS CUANDO NO SE TIENE ACCESO A AGUA POTABLE

El clamor desesperado de “*lávate las manos*” por lo menos una vez cada dos horas, lavar la ropa cuando llegamos a casa, etc., parece una triste ironía para los miles de familias en nuestros campos y ciudades que no tienen abastecimiento de agua potable. Los miles de indígenas wayuú mueren desde hace una década de sed y hambre, porque entre otros motivos, las empresas se han robado los ríos con la anuencia del legal estado.

Reglamentación dentro del Estado de emergencia

- **Decreto 441 de 2020:** “Dispone la reinstalación y reconexión inmediata de los servicios públicos de alcantarillado y agua potable en los hogares que lo tengan suspendido. Establece, por el término de treinta días o lo que dure el término de la declaratoria de Estado de Emergencia la reconexión de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y alcantarillado, de los hogares residenciales que lo tengan suspendido o con corte del servicio, con excepción de los cortes que se hubieren realizado por fraude en la conexión” (Presidencia de la República, 2020).
- **Decreto 463 de 2020:** “Por el cual se modifica parcialmente el arancel de aduanas para la importación de medicamentos, dispositivos médicos, reactivos químicos, artículos de higiene y aseo, insumos,

equipos y materiales requeridos para el sector agua y saneamiento básico”. El Gobierno Nacional decide modificar los aranceles para la importación algunos medicamentos y dispositivos médicos, reactivos químicos, artículos de higiene y aseo, igual que insumas, equipos y materiales para el agua y saneamiento básico para que exista una mayor oferta de este servicio (Presidencia de la República, 2020).

- Decreto 465 de 2020: “Por el cual se establece la priorización y trámite inmediato de las solicitudes de concesiones de aguas superficiales y subterráneas en Municipios y Distritos”. Para garantizar el acceso al servicio de agua potable se dispone: trámite inmediato a las solicitudes de aguas superficiales y subterráneas presentadas por los municipios, distritos o empresas prestadoras servicio público domiciliario de acueducto, según corresponda (Presidencia de la República, 2020).

Estos han sido los principales decretos que se han expedido en el transcurso de la pandemia en nuestro país, pese a ellos aún se siguen reportando denuncias de comunidades por falta de agua potable, las poblaciones más afectadas son Manizales y la Guajira, su crisis respecto el agua no es algo que se derive por la pandemia que hoy vivimos, ha sido una situación prolongado a lo largo del tiempo. Sin embargo, en esta crisis y ante las recomendaciones del Ministerio de Salud y del Gobierno Nacional se hace esencial el acceso al servicio para poder mitigar la probabilidad de contagio (Presidencia de la República).

En este sentido, es necesario invocar la acción de tutela de Gustavo Rafael Guerra, personero municipal de Murindó Antioquia invoca varios Derechos para su comunidad, entre ellos, el acceso al agua potable, puesto que gran parte de la comunidad no tiene acceso a este servicio público y por ende, el argumenta que se ven expuestos de forma más directa a contraer el virus (Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución, 2020).

CONCLUSIONES PARCIALES

Ignacio Ramonet, director de *Le Monde Diplomatique* edición en español ha escrito varios ensayos bajo el título de “*La Pandemia y el Sistema – Mundo*”, señala “*La humanidad está viviendo –con miedo, sufriendo*

y perplejidad– una experiencia inaugural (...) Nadie sabe interpretar y clarificar este extraño momento de tanta opacidad, cuando nuestras sociedades siguen temblando sobre sus bases como sacudidas por un cataclismo cósmico. Y no existen señales que nos ayuden a orientarnos... Un mundo se derrumba. Cuando todo termine la vida ya no será igual". (Ramonet, 2020)

Los efectos negativos de la globalización frente al COVID-19 son visibles, mientras en un solo país existe el virus, el peligro de contagio global estará presente. La pandemia nos deja imágenes globales: Hambre, ausencia de sistemas de salud y salubridad pública, cuarentenas diferenciales ante el enfado y la presión de los líderes de la industria y la banca. Las dificultades de los países del Sur de obtener en el mercado infame mafia global los medicamentos y equipos médicos y de bioseguridad; Miles de muertes, las cifras al 31 de mayo de 2020 son pesimistas, a nivel mundial ya son 6'028.135 casos confirmados, 368.944 muertes y 2'600.866 pacientes recuperados.

El neoliberalismo se escabulle quejambroso entre los hospitales con millones de pacientes mortales y los cementerios globales y fosas comunes. Sus adalides defensores de la ley de la oferta y la demanda acuden en fila a pedir a los estados que han debilitado y arruinado, planes de salvamento, alivios y donaciones generosas para salvarlos. El sector bancario no se ruboriza para incrementar sus ganancias en épocas de pobreza y tragedia aprovecha toda oportunidad para quedarse con la tajada más grande incluso de los auxilios que el gobierno le entrega a los más pobres. El senador Efraín Cepeda, del partido conservador, denunció esta infamia: *"Están cobrando \$2.100 por cada transacción. Son \$6.000 millones de pesos que se gana el sector bancario"*, entre \$1200 y 2400 pesos por cada beneficiario, esto quedó definido por el Gobierno en el artículo 5 del Decreto Legislativo 518 de mayo de 2020. El Gobierno Nacional le entrega estos recursos a la banca por "hacer el favor".

BIBLIOGRAFÍA

- El Espectador. (17 de abril de 2020). *Ciudad Bolívar: en disturbios y con cuatro heridos terminó entrega de ayudas en el sur de Bogotá*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/ciudad-bolivar-en-disturbios-y-con-cuatro-heridos-termino-entrega-de-ayudas-en-el-sur-de-bogota-articulo-915050>
- Hinkelammert, F. J. (1991). *Sacrificios humanos y sociedad occidental: Lucifer y la bestia*. San Jose -Costa Rica: DEI.
- República, P. (1° de abril de 2020). *Decreto 507*. Obtenido de <https://www.minagricultura.gov.co/Normatividad/Decretos/Decreto%20507%20de%202020.pdf>
- Presidencia de la República. (22 de marzo de 2020). *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*. Obtenido de Por el cual se adoptan medidas para los hogares en condición de pobreza en todo el territorio: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20458%20DEL%2022%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>
- Presidencia de la República. (4 de Abril de 2020). *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*. Obtenido de Creación del programa solidario: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20518%20DEL%204%20DE%20ABRIL%20DE%202020.pdf>
- W Radio. (22 de abril de 2020). *Decreto sobre impuesto solidario sería analizado por conjueces de la Corte Constitucional*. Obtenido de <https://www.wradio.com.co/noticias/judicial/decreto-sobre-impuesto-solidario-seria-analizado-por-conjueces-de-la-corte-constitucional/20200422/nota/4032558.aspx>
- Castiblanco, C. (24 de abril de 2020). *Qué es Bogotá Solidaria en Casa y cómo funciona*. Obtenido de <https://bogota.gov.co/mi-ciudad/salud/coronavirus/que-es-bogota-solidaria-en-casa-y-como-funciona>
- Radio Nacional. (18 de abril de 2020). *Radio Nacional*. Obtenido de El trapo rojo se convirtió en símbolo de auxilio: <https://www.radionacional.co/noticias/actualidad/coronavirus-trapos-rojos-comunidades>

- Portafolio. (23 de abril de 2020). *Portafolio*. Obtenido de Primera Dama entrega mercados en el centro de Bogotá: <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/primera-dama-entrega-mercados-en-el-centro-de-bogota-540169>
- DANE (15 de Mayo de 2020). *Información Para Todos*. Obtenido de Boletín Técnico Precios a la venta del público: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/pvpapn/pvpapn-2020-05-07-Boletin-Var-en-precios-del-listado-vigente-prod-primera-necesidad.pdf>
- Presidencia de la República. (24 de marzo de 2020). *Ministerio de Educación Nacional*. Obtenido de Garantizar programa de alimentación escolar: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20470%20DEL%2024%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>
- Semana. (13 de Abril de 2020). *Semana*. Obtenido de Los rostros detrás de los pañuelos rojos: <https://www.semana.com/semana-tv/semana-noticias/articulo/los-rostros-detras-de-los-panuelos-rojos/663348>
- Fajardo Sánchez, L. A. (1998). *Los Invisibles y la Lucha por el Derecho en Colombia*. Bogotá D.C: Universidad Santo Tomás.
- Morales, F. (4 de abril de 2020). *El Espectador*. Obtenido de El bus del Inpec que esparció el COVID-19 a tres cárceles del país: <https://www.elespectador.com/coronavirus/el-bus-del-inpec-que-esparcio-el-covid-19-tres-carceles-del-pais-articulo-916378>
- Fajardo Sánchez, L. A. (2020). *Proteger la Vida y la Integridad de las Personas Privadas de la Libertad en situaciones de Protesta*. Bogotá: Personal .
- Radio Nacional. (27 de abril de 2020). *Director del Inpec será investigado por la Procuraduría por traslados de internos*. Obtenido de <https://www.radionacional.co/noticia/coronavirus/director-inpec-investigacion-procuraduria-traslados-internos>
- Más, C. R. (16 de abril de 2020). Obtenido de Crisis carcelaria en Colombia durante el COVID-19: <https://www.youtube.com/watch?v=FWWtFJMsENY&feature=youtu.be>
- Presidencia de la República. (12 de Marzo de 2020). *RESOLUCIÓN NÚMERO 385* . Obtenido de Ministerio de Salud y Protección Social: <https://>

www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-385-de-2020.pdf

Herrera, M. (2020 de Abril de 2020). *RCN Radio*. Obtenido de Se deben hacer pruebas a todos los reclusos de la cárcel de Villavicencio: Defensoría: <https://www.rcnradio.com/colombia/llanos/es-momento-de-hacer-pruebas-todos-los-privados-de-la-libertad-en-villavicencio>

Secretaría de Integración Social. (7 de Abril de 2020). Obtenido de Personería de Bogotá destacó atención a habitantes de calle durante cuarentena: <https://www.integracionsocial.gov.co/index.php/noticias/98-noticias-adultez/3749-personeria-de-bogota-destaco-atencion-a-habitantes-de-calle-durante-cuarentena>

Estupiñan, K. (12 de abril de 2020). *Distrito protege a habitantes de calle durante la cuarentena por coronavirus*. Obtenido de Distrito: <https://bogota.gov.co/mi-ciudad/integracion-social/proteccion-habitantes-de-calle-cuarentena-coronavirus>

ONIC. (12 de mayo de 2020). *Alerta en el departamento de Amazonas - Colombia por la inminente amenaza de la pandemia Covid-19 a los pueblos indígenas*. Obtenido de <https://www.onic.org.co/noticias/70-destacadas/3856-alerta-en-el-departamento-de-amazonas-colombia-por-la-inminente-amenaza-de-la-pandemia-covid-19-a-los-pueblos-indigenas>

ONIC. (14 de mayo de 2020). *Comunicado de alerta urgente por la estigmatización y señalamientos a Comunidades Indígenas de manera discriminatoria por Covid - 19*. Obtenido de <https://www.onic.org.co/comunicados-regionales/3872-comunicado-de-alerta-urgente-por-la-estigmatizacion-y-senalamientos-a-comunidades-indigenas-de-manera-discriminatoria-por-covid-19>

Referencias, B. (17 de abril de 2020). *El Espectador*. Obtenido de Ciudad Bolívar: en disturbios y con cuatro heridos terminó entrega de ayudas en el sur de Bogotá: <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/ciudad-bolivar-en-disturbios-y-con-cuatro-heridos-termino-entrega-de-ayudas-en-el-sur-de-bogota-articulo-915050>

Radio, R. B. (17 de abril de 2020). *Blu Radio*. Obtenido de Indígenas desalojados protestan en edificio de Avianca, centro de Bogotá: <https://>

www.bluradio.com/nacion/indigenas-desalojados-protestan-en-edificio-de-avianca-centro-de-bogota-248251-ie435

Red de Trabajo de Habitabilidad en Calle (mayo de 2020). Denuncia por Uso Irracional de la Fuerza por parte de la Policía a Ciudadanos Habitantes de Calle durante la Cuarentena. Bogotá.

El Tiempo . (11 de Abril de 2020). *Despiden con aplausos al primer médico muerto en Colombia por covid-19*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/salud/la-historia-del-primer-medico-que-muere-en-colombia-por-coronavirus-483282>

Presidencia de la República. (12 de abril de 2020). *Decreto 538*. Obtenido de Ministerio de Salud y Protección Social: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20538%20DEL%2012%20DE%20ABRIL%20DE%202020.pdf>

Federación Médica Colombiana. (12 de mayo de 2020). *¿Hasta cuándo?* Obtenido de <https://federacionmedicacolombiana.com/2020/05/12/hasta-cuando/>

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO EN RESTITUCIÓN. (7 de mayo de 2020). *Tutela Murindó*. Obtenido de Coadyuvante Federación Médica Colombiana: <https://federacionmedicacolombiana.com/wp-content/uploads/2020/05/FALLO-TUTELA-RAD.2020-00049-GUSTAVO-RAFAEL-GUERRA-ACOSTA.pdf>

Sociedad Colombiana de Reanimación y Anestesiología. (29 de Abril de 2020). *Defensoría habilita canal para reportar agresiones contra personal médico*. Obtenido de <https://scare.org.co/noticias/defensoria-habilita-canal-para-reportar-agresiones-contra-personal-medico/>

Forbes Staff (mayo de 2020). *Forbes - Colombia*. Obtenido de Covid-19 desata discriminación contra profesionales de la salud: <https://forbes.co/2020/04/02/actualidad/covid-19-desata-discriminacion-contra-profesionales-de-la-salud/>

Semana, R. (25 de Abril de 2020). Obtenido de *¿Qué pasó en TransMilenio?* Claudia López explica el colapso en el sur de Bogotá: <https://www.>

[semana.com/nacion/articulo/que-paso-en-transmilenio-claudia-lopez-explica-el-colapso-en-el-sur-de-bogota/658985?fbclid=iwar341gpcfexl5bss71zjiyy3pqcpv5e2tfnvksg94r9azxjsny8kyqu3ou](https://www.semana.com/nacion/articulo/que-paso-en-transmilenio-claudia-lopez-explica-el-colapso-en-el-sur-de-bogota/658985?fbclid=iwar341gpcfexl5bss71zjiyy3pqcpv5e2tfnvksg94r9azxjsny8kyqu3ou)

Secretaría de Integración Social. (7 de mayo de 2020). Obtenido de ABC del aislamiento preventivo por coronavirus: <https://www.integracionsocial.gov.co/index.php/noticias/116-otros/3785-abc-del-aislamiento-preventivo-por-coronavirus>

Bogotá, R. (1 de junio de 2020). *El tiempo.com*. Obtenido de Kennedy, en cierre y cuarentena total a partir del lunes: <https://www.eltiempo.com/bogota/coronavirus-en-bogota-habra-cuarentena-total-en-kennedy-hasta-el-14-de-junio-501384>

Agencia de Periodismo Investigativo. (Mayo de 2020). *Agencia de Periodismo Investigativo*. Obtenido de Contagio de policía con Covid-19 inquieta central mayorista Corabastos: <https://www.agenciapi.co/investigacion/salud/contagio-de-policia-con-covid-19-inquieta-central-mayorista-corabastos>

Presidencia de la República. (20 de marzo de 2020). *Decreto 441*. Obtenido de Ministerio de vivienda, ciudad y territorio: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20441%20DEL%2020%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>

Presidencia de la República. (15 de abril de 2020). *Ministerio de Vivienda, ciudad y territorio*. Obtenido de Decreto 579: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20579%20DEL%2015%20DE%20ABRIL%20DE%202020.pdf>

Presidencia de la República. (s.f.).

Ramonet, I. (2020). La pandemia y el sistema-mundo. *Le Monde Diplomatique*.

Rodríguez, J. (17 de abril de 2020). *RCN Radio*. Obtenido de Crece protesta en Ciudad Bolívar por falta de alimentos en cuarentena: <https://www.rcnradio.com/bogota/crece-protesta-en-ciudad-bolivar-por-falta-de-alimentos-en-cuarentena>

Granados, M. (17 de abril de 2020). *Nodal*. Obtenido de Colombia: siguen las protestas en varias ciudades por hambre y falta de alimentos:

<https://www.nodal.am/2020/04/colombia-siguen-las-protestas-en-varias-ciudades-por-hambre-y-falta-de-alimentos/>

Presidencia de la República. (23 de marzo de 2020). *Con la creación del Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME), el Gobierno no les quita liquidez a entidades territoriales; lo que busca es mantener el flujo de recursos para atender a los más vulnerables frente al coronavirus*. Obtenido de Efrain Ramirez : <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2020/Con-creacion-del-Fondo-de-Mitigacion-de-Emergencias-FOME-Gobierno-no-quita-liquidez-a-entidades-territoriales-busca-200323.aspx>

Presidencia de la República. (15 de abril de 2020). *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*. Obtenido de Decreto 568: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20568%20DEL%2015%20DE%20ABRIL%20DE%202020.pdf>

Presidencia de la República. (14 de abril de 2020). *Decreto 546*. Obtenido de Ministerio de Justicia y de Derecho: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20546%20DEL%2014%20DE%20ABRIL%20DE%202020.pdf>

Justicia. (22 de marzo de 2020). *El Tiempo*. Obtenido de Familiares de internos piden información a las afueras de La Modelo: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/protesta-por-coronavirus-se-sale-de-control-en-carcel-la-modelo-475808>

Nacional, R. (12 de mayo de 2020). Obtenido de Cárcel de Villavicencio solo cuenta con un médico: <https://www.radionacional.co/noticias/actualidad/carcel-villavicencio-medico-contagios-coronavirus>.

Semana, R. (10 de abril de 2020). *La pandemia en la calle: recorrido por las ollas y los tugurios bogotanos*. Obtenido de <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-cuarentena-de-la-calle-recorrido-por-las-ollas-y-los-tugurios-bogotanos/662533>

Redacción, J. (12 de mayo de 2020). *El Espectador*. Obtenido de Presidente Duque anuncia militarización de la triple frontera de Amazonas: <https://www.elespectador.com/coronavirus/presidente-duque-anuncia-militarizacion-de-la-triple-frontera-de-amazonas-articulo-919193>

Presidencia de la República. (27 de Marzo de 2020). *Decreto 488*. Obtenido de Ministerio del Trabajo: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20488%20DEL%2027%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>

Presidencia de la República. (6 de Mayo de 2020). *Decreto 637*. Obtenido de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20637%20DEL%206%20DE%20MAYO%20DE%202020.pdf>

Murillo, O. (13 de mayo de 2020). *El Tiempo*. Obtenido de Las salidas que se evalúan para salvar a Corabastos del coronavirus: <https://www.eltiempo.com/bogota/coronavirus-en-bogota-las-salidas-que-se-evaluan-para-salvar-a-corabastos-del-covid-494822?fbclid=IwAR2DGfQ1f7Hamh-C0l-yDu8efvp5nXIVl8SJtP7mpJORPc3ivlAqUsp6Cl>

Tiempo, E. (30 de abril de 2020). *El Tiempo*. Obtenido de Corabastos, con 12 casos de coronavirus, refuerza sus medidas: https://www.eltiempo.com/bogota/coronavirus-casos-de-contagio-de-covid-19-en-corabastos-490672?fbclid=IwAR1j-sGAchBTcdolBxvnC_XWa6nGdC3WHTyfFgs60knJTaRmZEXaO1zxxgU

Rojas Paez, G. J. (2016). "A propósito de también la lluvia, el derecho y la historiografía de los derechos humanos, una mirada desde el sur global". En A. M. Guzmán Rincón, *Tendencias de historia del Derecho y memoria histórica en latinoamérica* (págs. 199 - 210). Bogotá: Universidad Libre.

LA FUNCIÓN DE LOS EXPERTOS EN TIEMPOS DE CRISIS: REFLEXIONES SOBRE LA SOCIOLOGÍA EN LA OSCURIDAD¹



WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ BENÍTEZ²
ORLANDO MENESES QUINTANA³

INTRODUCCIÓN

La compleja crisis que atraviesa la humanidad en estos momentos y que involucra como nunca antes las dimensiones sanitaria, económica, política y cultural, a un mismo tiempo y con repercusión global, es un tema que cuestiona de manera particular a la academia. Así, cotidianamente se escuchan en aulas y se leen en publicaciones documentadas reflexiones que abordan epistemológicamente los fenómenos sociales como ‘cosas’ u ‘objetos de estudio’. Ello implica análisis de contexto o coyunturales sobre eventos considerados desde una perspectiva externa y distanciada que pueden tener su valor explicativo. Sin embargo, de cuando en cuando, ciertos sucesos son

¹ El presente es un resultado de investigación del proyecto “El derecho y su transformación desde las nuevas dinámicas contemporáneas del Estado y el territorio” del grupo ESTADO, DERECHO Y TERRITORIO con clasificación A en Colciencias y financiado por la Universidad Libre.

² Doctor en Ciencias Políticas (Universidad de Santiago de Compostela), Posdoctor en Derecho (Vrije Universiteit Amsterdam), Abogado (Universidad Católica), Administrador Público (E.S.A.P.), Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Libre) y Especialista en Desarrollo Regional (Universidad de los Andes). Se ha desempeñado como asesor en el Congreso de la República, funcionario de la Secretaría de Gobierno de Bogotá e investigador del Instituto Luis Carlos Galán. Ha publicado nueve libros y más de 40 artículos sobre temas de Derecho, Ciencia Política y Administración Pública. Es profesor Titular de la Escuela Superior de Administración Pública y de la Universidad La Gran Colombia. Abogado independiente

³ Sociólogo, Magister en Filosofía. Profesor Asociado a la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá. E-mail: orlando.menesesq@unilibre.edu.co

tan particulares y de una naturaleza tal que exigen una interpretación más amplia, sobre todo cuando sus implicaciones estremecen la experiencia cotidiana y carecen de un punto de referencia familiar.

Tal es el caso del evento que convoca a esta publicación. Distinto de todo lo visto por las generaciones actuales –y comparable solo con las profundas y prolongadas calamidades del llamado “corto siglo XX” (Hobsbawm 1998)–, está generando un altísimo grado de perplejidad, dado su carácter extremo e inesperado, incertidumbre de la que participan académicos, políticos y abogados. La actual desorientación mundial frente a la emergencia es entendible, teniendo en cuenta que las crisis suelen ser accidentales, incluso contando con las variables del carácter impredecible del comportamiento humano y de acciones intencionales que obtienen resultados imprevistos (Durkheim 2011, Bourdieu 1993). Cualquier interpretación de los eventos en curso asume necesariamente un talante preocupado y en primera persona, y no obstante los muchos inconvenientes que ello supone para su poder explicativo, desafía también a la cotidianidad de los análisis de coyuntura.

Así, al no funcionar los lugares comunes, la magnitud de los acontecimientos llama a superar cierto anquilosamiento intelectual y salir de la zona de confort, por decirlo con una expresión coloquial. Esto plantea un serio problema metodológico y, ante todo, la pregunta por la importancia de los instrumentos del conocimiento científico para una sociedad urgida de respuestas. En las páginas siguientes se abordará sucintamente el tema de la respuesta y adaptación del *leviatán* –esto es, el Estado y su Derecho– a distintas situaciones límite, como un ejercicio de observación que permite identificar patrones de conducta en las estructuras de poder desde una perspectiva de largo plazo.

FORMAS DE REACCIÓN ANTE LAS CRISIS: ESTADO, SOCIEDAD Y CONOCIMIENTO

Ya en 1870 Carlos Marx manifestaba su perplejidad frente al hiato entre la lógica de los expertos y la lógica del hombre común respecto al valor del conocimiento:

Saludo todo juicio de crítica científica. Respecto a los prejuicios de la llamada opinión pública, a la que jamás hice concesiones, sigue siendo válido para mí el lema del gran florentino [esto es, Alighieri]: *segui il tuo corso, e lascia dir le genti*. (Marx 2007, Prólogo)

Pero si tal fisura podía resultar extraña en el siglo XIX, ya hoy no es el caso, desde que los resultados de la investigación científica son objeto de una extraordinaria divulgación, entrando a formar parte de la cultura popular –de tal manera que el hombre común no solamente sabe más, sino que resulta difícil ocultarle el conocimiento–. La pandemia y sus efectos que son objeto de atención no tienen sentido solo para un círculo de especialistas, dada la necesidad de la población por saber y la necesidad de los gobiernos por informar respecto a la prevención. Y más aún porque epidemiólogos, personal médico y pacientes, economistas, empresarios y consumidores, jueces, abogados y reos, todos son vulnerables por igual. La necesidad vital de saber permite a la humanidad reconocerse en el estado de su conocimiento, como advirtieron Nietzsche (2000) y Kuhn (1990); en particular respecto al factor que se quiere destacar aquí, la acción del Estado en la gestión de la emergencia, que implica consecuentemente el conocimiento acumulado de la ciencia política y la administración pública.

Como señala Norbert Elias, hasta hace muy poco los humanos solían reaccionar de una forma marcadamente emocional frente a los problemas que no comprendían:

Por lo que hace a la convivencia social, los hombres están aún en gran medida, en cuanto al pensamiento y la acción, en el mismo nivel de desarrollo representado por el pensamiento y la conducta de los hombres medievales frente a la peste. En estos terrenos, las personas se encuentran todavía hoy expuestos a inquietudes y motivos de depresión que les son inexplicables; y dado que no pueden vivir sus desgracias sin una explicación, las explicaciones vienen dictadas por la fantasía. (Elias 1995, 31)

Así, y a manera de ilustración, vienen al punto las palabras con las que el joven Laureano Gómez relataba el impacto de la pandemia de la gripa española en la Bogotá de 1918:

Al principio fue cosa de risa: todo el mundo estornudando. Pero luego empezó una forma que llaman cerebral y empezó a morir gente de repente en la calle, especialmente entre los obreros. El pánico ha ido creciendo. Los entierros pasan continuamente. El problema se ha agravado por los sepultureros; unos están enfermos, otros se han muerto en el oficio, no se consigue quien quiera hacerse cargo de él y según dicen, hay momentos en que más de cien cadáveres esperan regados en los corredores de las bóvedas que los pongan bajo la tierra. Por de contado nadie quiere ir al cementerio y los entierros, aun los de personas notables, van sin acompañantes.

Como comprendes lo que ocurre trae un apagamiento en las demás cosas, política inclusive. En materia de negocios la situación empeora. La prohibición de exportar café que acaban de hacer los EE. UU. ha traído la alarma más inconcebible. Hay hacendados que salen por las calles hechos unas furias, pidiendo que entremos en la guerra, que nos anexionemos a los yanquis, cualquier cosa, pero que les compren su café. (<https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/gripa-espanola-y-covid-19-carta-de-laureano-gomez-parece-escrita-hoy-483414>)

¡Cualquier cosa que haga parecer la crisis como una pesadilla de la que pronto se despertará!

La actual sobrecarga de información en los medios tradicionales y no tradicionales, el papel central de las cadenas informativas para la transmisión de los mensajes gubernamentales y la proliferación de noticias falsas respecto a las formas de propagación y las ayudas económicas, son síntomas de la necesidad de información que experimentan las personas de todas las generaciones. Independientemente del grado de desarrollo en su infraestructura, todos los Estados afectados por la pandemia están actuando de manera similar y manejando la información en su función terapéutica.

Autores como Émile Durkheim (1995), Carl Jung (1997) o Marvin Harris (2001) exploran las manifestaciones culturales de un “alma colectiva” o “conciencia colectiva” en cuanto a su elaboración de la información socialmente disponible. Aunque estos conceptos –suficientemente discutidos como todos los conceptos importantes, sobra decir– fueron acuñados en la investigación de campo con comunidades tradicionales (africanas, australianas, amazónicas), en los análisis antropológicos de las sociedades

modernas suelen encontrarse manifestaciones similares que evidencian tales manifestaciones como patrones de conducta (*patterns*).

Así, no resulta difícil mostrar datos que manifiesten esta especie de contagio emocional debido a la necesidad de orientación cognoscitiva –y no propiamente de información superficial–. Pero la fisura marxiana arriba señalada se presenta ahora transformada, porque la estupefacción se deja ver también entre los expertos. Max Scheler (1989), desde una perspectiva de largo plazo, aportó una sugestiva reflexión respecto al acceso gradual de la humanidad a su autoconciencia. Como un precursor de la historia de las mentalidades, había rastreado algunas características en las etapas del pensamiento por las que el ser humano ha intentado identificarse como un animal singular.

Es así como el *homo religiosus* se reconoce en cuanto ‘creatura’, esto es, que no se dio la vida a sí mismo, y en este reconocimiento se vincula en una relación estrecha con seres superiores y otros seres creados igual a él; esta etapa en el acceso a la autoconciencia experimenta el carácter misterioso de la vida y del universo. El *homo sapiens*, reflexión característica de la filosofía griega, encuentra al ser humano en posesión de un saber sobre su propia finitud; es una etapa trágica en cuanto conmovión de su propia valía, y sin embargo también heroica, pues su conciencia se proyecta hacia la existencia más allá de la mera reproducción de la vida. Finalmente, el *homo faber*, producto de la industrialización, trae al mundo una dosis de inesperada soberbia; esta actitud está bien reflejada en un texto que hizo historia, *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre* (Engels, original de 1876), al postular confiadamente que el destino del hombre genérico depende solo de su decisión.

El ingenio de Scheler descubre así a una humanidad que se va haciendo a sí misma y que, por lo tanto, permanece siempre abierta a posibilidades: la vida humana es una aventura riesgosa. De ahí que su necesidad de saber – más allá de la pura curiosidad– reconozca en el estado de su conocimiento sobre el mundo también el estado de su conocimiento sobre sí mismo: la confesión de esta limitación no puede producir más que angustia.

Este es el punto que se quiere resaltar aquí. No se trata de una crítica desde una posición pretendidamente superior, pues una actitud tal ya no es posible.

Respecto al esquema scheleriano del conocimiento, resulta significativa la observación de su función (terapéutica) como recurso explicativo. En una especie de continuación materialista sobre las investigaciones de Scheler, el antropólogo Ernest Gellner reconoce cómo *El arado, la espada y el libro* (1993) son los instrumentos clave que han permitido a los humanos recorrer su proceso civilizatorio, en el que se muestra como experiencia central y recurrente (*patterns*) la necesidad de sentido –que por su condición resulta siempre asociada a las creencias; de ahí la comparación entre ciencia y magia que hacen algunos estudios respecto a su función.

La presente crisis ha permitido reconocer con asombro que la sociedad tiene una dinámica frenética y hace muchas más cosas de las que se pueden reconocer en la vida diaria. Por ello resulta previsible que dé un inesperado impulso a los estudios sobre sociología de la vida cotidiana, que desde el punto de vista señalado incorporen a su metodología distintiva algunos aspectos de la teoría de sistemas (Luhmann). Así, la interrupción de la cotidianidad crea desorientación y estrés sistemático, dando a los expertos la responsabilidad simbólica de restaurar el ‘orden en el caos’ en el que transcurre la vida cotidiana con sus coordenadas previsibles.

Los actuales escenarios de noticias falsas y manifestaciones milenaristas como respuesta a la necesidad vital de explicación pueden ser prueba de la reacción emocional a que se hizo referencia, en cuanto reciben el mismo grado de atención que las ilustraciones de los expertos. El temor y la desorientación abrazan cualquier explicación, y sin embargo el papel de la ciencia en esta crisis no es un tema más de observación. Antes bien, el hecho de que las consecuencias económicas se propaguen con la misma velocidad y alcance que el virus, ha quebrado las resistencias ideológicas respecto a los procesos de globalización, de tal manera que el despliegue de información en tiempo real perfila una y la misma vulnerabilidad mundial –recuperando para el análisis la relevancia del organicista término medieval *body politic* (Arquillière 2005).

Si puede resultar exagerado hablar de una mentalidad global, sí cabe por lo menos reconocer un pánico global. Ciertamente que las crisis económicas recientes habían puesto a prueba exitosamente la capacidad de recuperación del sistema, debido principalmente a que obedecieron a una lógica interna en el funcionamiento del capitalismo global (Stiglitz

2011). Pero la pandemia ha irrespetado incluso las férreas “leyes de transformación endógena del capitalismo” (Boyer 2007, 41), de tal manera que no existen indicadores que brinden orientación, ninguna variable de oferta y demanda real para la caída sin precedentes en los precios del petróleo o para la quiebra de aerolíneas y fabricantes de automóviles.

En la era de la cuarta revolución industrial, el *homo sapiens* sigue siendo una especie gregaria; consecuentemente, en medio del pánico surge la necesidad de culpar a alguien (¡así sea con oscuras teorías de conspiración!). Este es el motivo por el cual se pregunta aquí por la autoridad del conocimiento científico y la función de los expertos en la crisis, cuestión que puede abordarse desde múltiples puntos de vista, como el histórico que rastrea el estado del conocimiento respecto a la organización de los Estados y la forma como han gestionado las crisis.

ATENAS Y EL LEVIATÁN: LA HEROICA DERROTA DE LA DEMOCRACIA

La exploración del desarrollo de las técnicas de administración pública puede implicar también un trabajo de historia conceptual. Así, al remitirse al primer trabajo sobre las formas de organización del Estado, esto es, *La República* de Platón, salta a la vista de inmediato que en *Kallipolis* no hay política, acalorada discusión pública, posibilidad de elección ni de equivocación, en cuanto esta *polis* imaginaria toma todas las decisiones –en un organicismo puro y duro, como el gran gulag soviético que ciertamente no tuvo nada de imaginario.

Si en *La República* no hay política, tampoco hay Derecho en sentido estricto, ese con D mayúscula que funge como guardián de las libertades y cuya transgresión ocasionaría una inevitable crisis del Derecho. El *Leviatán* de Hobbes, que viene a echar por tierra en buena medida la doctrina política medieval, considera un Derecho por principios que surge como producto de un acuerdo racional, esto es, libre. El Estado no es natural sino artificial, y además es un monstruo con la fuerza de mil machos alfa, la fuerza que los reunidos en cuerpo político le transfieren con el único objetivo de garantizar los derechos que no están garantizados en la sociedad natural: vida, libertad y propiedad (Bobbio 1992).

La virtud de los Estados se muestra en los momentos de crisis, afirmación de perogrullo si no fuera porque la historia es pródiga en ejemplos de ineptitud, fatiga y fracaso –debido principalmente a la mezquindad de los intereses particulares–: Atenas (y por extensión la Magna Grecia), la Roma de Cicerón (el último republicano), la Florencia de Maquiavelo, el breve sueño republicano de James Harrington en Inglaterra (tan decisivo en la fundación de los Estados Unidos), la República Francesa postrada ante el hierro de Robespierre (¡El Incorruptible!) y Napoleón, el triste destino de la República de Weimar...

La ciencia política identifica las acciones concretas de los Estados a manera de personajes de una buena novela, los cuales proceden en el análisis según la mencionada metáfora medieval de *body politic* o *De Corpore Politico*:

He [Hobbes] says explicitly in Chapter XX of the *Elements* that he is interested in revealing the “nature of a body politic.” [...] At the centre of Hobbes’s political theory is an analysis of what he calls “the nature of the body politic,” which he refers to variously as the commonwealth, the city, the state, and the civitas. (Smith 2016, 170 y nota)

Cabe explorar la posibilidad de que la metáfora ofrezca algún poder explicativo respecto al comportamiento del sistema mundial y la denominada gobernanza global, de los que la actual crisis sería un buen ejemplo –como la comunicación entre la OMS y los Estados–. Mas por lo pronto se procederá a reconstruir las vicisitudes políticas que atravesó la Atenas clásica y su gestión de la crisis con los medios que tenía a disposición, sin experiencia previa de gobierno democrático ni coordenadas de orientación. No obstante su derrota final, la dignidad de su empresa y la nobleza de sus ideales sobrevivieron como herencia política irrenunciable en Occidente, de tal manera que su circunstancia puede ilustrar la propia a manera de coordenadas para el cuerpo político hoy.

No están claros los motivos e intereses que llevaron a la instauración de la democracia en Atenas, siendo que las noticias sobre aquel proceso han llegado a través de los testimonios de la época, que son valoraciones (favorables y adversas). Hacia el 632 aC Atenas experimentó la tendencia que se extendía por las ciudades-Estado más influyentes, las cuales sucumbían a los golpes de nobles oportunistas o tiranos advenedizos

que prometían la organización para una inminente guerra en la Hélade. La primera de estas intentonas la protagonizó un tal Cílón, apoyado al parecer por familias ricas no aristocráticas, cuya rivalidad con la decadente nobleza tradicional estaba causando vendettas y debilitaba las finanzas públicas. Aunque el golpe fue finalmente frustrado, abrió la puerta para la expresión del descontento general y el resentimiento ante la extrema desigualdad económica. La vulnerabilidad del sistema político tradicional daba pie así al peligro de la anarquía (Pomeroy 2001).

Para la misión de recuperar la estabilidad, el consejo de los arcontes nombró a Solón, en quien confiaban por haber sobresalido en la misión de recuperar para Atenas la isla de Salamina en litigio con la ciudad de Megara, y que esta quería vender a una familia aristocrática. El ideal de este nombramiento era abolir los privilegios respecto a la participación política, que a la larga redundaría en una mejor distribución de recursos. Las reformas legales y administrativas de Solón hacia 595 aC favorecieron a la clase media y lograron cierta estabilidad, pero a costa del apoyo de la nobleza: “Sus reformas crearon una escala de privilegios que contentaban en cierta medida a todos y que garantizaba que su labor no fuera rechazada por nadie” (Pomeroy 2001, 195), o cuando menos por una mayoría que les concediera legitimidad –inspirando en buena medida la posterior reflexión de Aristóteles sobre la moderación como virtud de la constitución mixta (Aristóteles 2005).

En general, la evaluación de los comentaristas antiguos suele ser favorable a Solón en dos aspectos: que dio ejemplo sobre la posibilidad cierta de gobernar sin tiranía y que la moderación de los apetitos redundante en una mejor distribución de los recursos es clave para evitar la destrucción interna del cuerpo político (Smith 2016). Pero, desde luego, la medida pocas veces ha inspirado políticamente a los pueblos:

Aunque imperfectas, estas instituciones permitieron una mayor participación ciudadana y así un creciente apoyo social a las leyes con las que la polis pretendía impedir que las familias poderosas se volvieran demasiado ambiciosas. (Acemoglu&Robinson 2020, 132)

De ahí que la democracia se atrajera el resentimiento de las familias (*genos*) que veían menguados sus recursos materiales y simbólicos, y que

a pesar de sus diferencias lograran coincidir en su deseo de recuperar el protagonismo, llegando incluso a aliarse con *genos* extranjeras, particularmente de Esparta, hasta socavar desde adentro la capacidad de defensa ateniense. Así, respecto a la capacidad de adaptación del *leviatán* y su Derecho frente a la crisis, resulta significativa la descripción del historiador:

El tirano que sucedió a Solón, Pisístrato, se hizo famoso por la astuta forma en que acabó con las instituciones políticas que recibió: en una ocasión se hirió a propósito y engañó a los ciudadanos para que le permitieran tener una guardia armada de protección, ¡que luego usó para hacerse con el control de la ciudad! En otra ocasión, tras ser depuesto, volvió a Atenas en un carro acompañado de una mujer vestida como Atenea, haciendo creer a la gente que había sido elegido por la diosa misma para gobernar. (Acemoglu&Robinson 2020, 68)

Solón había tenido la inspiración y la capacidad política para institucionalizar esta forma de gobierno con gran respaldo ciudadano, dando impulso a la formación de una conciencia política ateniense y a su genuina identidad entre las ciudades griegas. Pero ¿cuánta satisfacción es suficiente? Iságoras se hizo con la sucesión en el régimen tiránico y exilió a su rival político Clístenes hacia el 510 aC, simpatizante de la democracia, incidente que brindó la oportunidad para una exitosa revuelta de las clases medias y bajas que a la postre invertiría la situación. Clístenes es encargado de restaurar la obra de Solón y logra el reconocimiento como curador de la isonomía o igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, restableciendo así la democracia sobre el apoyo popular y la contención de la oligarquía.

El prestigio de esta excepcional forma de gobierno en Grecia se vio fortalecido con su liderazgo en la decisiva batalla de Maratón, que dio impulso al advenimiento político de Pericles. Este tímido y bien educado aristócrata había sido la mano derecha de Temístocles en la lucha contra ese formidable adversario que fue el pro-espartano Cimón. Este último había tenido un relativo éxito en ganar la simpatía de la oligarquía y la nobleza con su denuncia de Temístocles como un radical, logrando incluso su expulsión de la ciudad. Y aunque al final Cimón resultaría a su vez expulsado por la democracia, su figura resultaría representativa del creciente y peligroso malestar de las clases altas, ávidas de recuperar su posición tradicional (Pomeroy 2001).

Pericles gobernó sin oposición seria desde 461 hasta su muerte en 429, desplegando un tipo de liderazgo que, no obstante llevar a Atenas a su edad de oro, ha sido desde entonces cuestionado incesantemente, hasta el punto de no poder apreciar el asunto más allá de los acontecimientos. Los historiadores consideran incontestable que la estabilización relativa de la política interna permitió a Pericles llevar a cabo su 'secreta' ambición de lograr la supremacía en el Egeo, siendo así como pudo trasladar su irresistible liderazgo hacia la consolidación de la Liga de Delos. Tal ambición desencadenaría la consecuyente y letal reacción de la potencia militar espartana, culpándolo exclusivamente por la guerra del Peloponeso. Sin embargo, otra interpretación afirma que sus acciones fueron defensivas, adelantándose estratégicamente a los planes de Esparta, afirmación que tiene alguna credibilidad, dada su persistente intervención en la vida política de Atenas.

Por otra parte, alguna interpretación señala el hecho de que, al ser de origen noble, Pericles logró aproximar los intereses de la oligarquía y la clase media, mientras que otros registran el resentimiento de su propia clase al considerarlo traidor. Así, el drama de este admirable *leviatán* se traslada incluso al terreno de la investigación, mostrando que la academia suele participar en la desorientación de la conciencia colectiva en tiempos de crisis. En todo caso, el desenlace de los acontecimientos demostraría que el consenso logrado con tanto cuidado era en realidad sumamente frágil, en particular porque Atenas conjuraba a su alrededor las alianzas entre las oligarquías locales y los poderes extranjeros (Acemoglu&Robinson 2020).

Aun eludiendo el cuadro tendencioso de los historiadores adversos a Pericles, es muy probable que con su afamada victoria en Gallipoli de 447 se presentara como heredero de la espectacular victoria de Maratón de 490, y lograra proyectar en la conciencia del gobierno democrático la desastrosa expedición a Sicilia de 415, que auguraría el comienzo del fin. La epidemia que había devastado a Atenas en 430 ahondaría la debilidad política, económica y militar, provocando una crisis sistémica, además de que la muerte de sus propios hijos por la enfermedad minó la voluntad de lucha de Pericles, no tanto hacia Esparta, como hacia las conspiraciones internas.

En 411 aC la democracia fue derrocada por un golpe de la oligarquía, en 404 fue vencida y ocupada vergonzosamente por Esparta y en 338 Filipo

II de Macedonia –padre de Alejandro Magno– daría la estocada final a una Atenas irreconocible sin su democracia.

RECAPITULACIÓN: LA GESTIÓN DE LA CRISIS ES LA PRESERVACIÓN DEL CUERPO POLÍTICO

Moore (2015), Diamond (2019) y Acemoglu&Robinson (2020) analizan desde una perspectiva institucionalista varios episodios de historia política. Entre ellos sobresale el señalado de la democracia ateniense como uno de los más representativos respecto al comportamiento del *leviatán* en su búsqueda de legitimidad a través del respaldo social. En el caso del último texto mencionado, los autores clasifican tal adaptación en tipos ‘despótico’, ‘encadenado’ y ‘ausente’, teniendo en cuenta la proporción del apoyo señalado. Muy pocos casos exhiben un tipo “equilibrado” en cuanto a su capacidad de distribución del poder y resolución de conflictos graves, en el que el Estado actúa a un tiempo como actor y escenario, logrando que las partes involucradas se sientan parte de un mismo cuerpo político –¡el Estado somos todos!

Tomando este drama como lección en la que verse reflejados, la capacidad de adaptación y orientación del actual *leviatán* interconectado se medirá en su capacidad de resistir a la presión de las fuerzas centrífugas y centrípetas que lo asaltan. En primer lugar, respecto a la gestión de la pandemia, y a continuación respecto a la gestión de la crisis económica subsiguiente.

En cuanto al primer aspecto, el grado de desorientación es tal que, por un lado, los países afectados buscan medidas para aliviar el estrés del sistema sanitario, descargando la responsabilidad en el desarrollo de una vacuna y poniendo a prueba con ello la función social de los expertos. Y por el otro, la sociedad mundial exige respuestas a la necesidad de identificar el origen de la pandemia, respecto a lo cual encuentra explicaciones contradictorias:

“El coronavirus ha sido creado genéticamente”, y “el «paciente cero» era uno de los científicos que habían participado en su desarrollo”. (https://www.abc.es/sociedad/abci-wuhan-superlaboratorio-virus-epicentro-epidemia-global-202003010224_noticia.html)

“El virus de la Covid-19 ni se creó ni se escapó de un laboratorio”. (<https://www.msn.com/es-co/noticias/mundo/el-virus-de-la-covid-19-ni-se-creó-ni-se-escapó-de-un-laboratorio/ar-BB12XMeR?li=AAgxB4&ocid=mailsignout>)

“Según Filippa Lentzos, una investigadora en bioseguridad del King's College de Londres, el origen de la pandemia todavía es una pregunta sin respuesta”. (www.latercera.com/noticia/el-misterioso-laboratorio-de-wuhan/)

En cuanto al segundo aspecto, el de la gestión de la crisis económica subsiguiente, la desorientación se evidencia así:

“... la pandemia del coronavirus ha alterado el orden económico y social a la velocidad de un rayo (...) el mundo se enfrenta a una crisis como ninguna otra (...) prevemos las peores consecuencias económicas desde la Gran Depresión”. (<https://telegrafo.com.ar/noticias/53715-segun-el-fmi-el-mundo-se-enfrenta-a-una-tesis-como-ninguna-otra>)

Y así:

“... una de mis preocupaciones es que muchos gobiernos van a utilizar esta crisis para fortalecer su poder y debilitar a la sociedad civil (...) Con esto se debilitarían también los *checks and balances* (controles democráticos) en las sociedades y la democracia se volvería aún más frágil en esos países (...) El proyecto europeo estaba quedándose sin vapor, lo vimos con el Brexit (...) los retos internos debilitarán a algunos países en su voluntad de ser parte de la Unión Europea”. (Analista político Richard Haas, <https://www.msn.com/es-co/noticias/mundo/coronavirus-¿qué-significa-que-la-historia-se-esté-acelerando-por-la-tesis-provocada-por-la-pandemia/ar-BB1328Nx?li=AAggFp8&ocid=mailsignout>).

El hecho de que la crisis haya alcanzado también a sectores insospechados como los precursores de drogas sintéticas y sus cadenas de suministro y lavado de activos, pone a prueba los innumerables estudios alrededor de la geopolítica del narcotráfico –y eventualmente también a los de relaciones internacionales (Meneses 2019)–. El peso de las decisiones por venir recae en sus consecuencias, y puesto que no hay antecedentes que

brinden orientación, el hecho de tener que actuar sobre la marcha aumenta la ansiedad entre gobernantes y gobernados. La sociedad mundial tendrá que aprender a convivir con el COVID-19, la recesión y la incertidumbre, porque las consecuencias de las decisiones –en particular las de largo alcance– no revelarán sus resultados el próximo año.

Con todo, se avizoran varios escenarios posibles, entre ellos uno poco probable en el que los intereses particulares coincidan con los colectivos, como logró hacerlo Pericles, así sea por un breve periodo de tiempo. Y esa posibilidad, que puede sonar mágica, pone a prueba nuevamente la función social de los expertos forzados a reconocer que también en la ciencia las palabras tienen el hábito de convertirse en política (según la frase atribuida a Richard Nixon).

REFERENCIAS

- Aristóteles (2005). *La Política*. Madrid: Istmo.
- Arquillière, H-X. (2005). *El augustinismo político–Ensayo sobre la formación de las teorías políticas en la Edad Media*. Granada: Universidad de Granada.
- Acemoglu&Robinson (2020). *El pasillo estrecho–Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad*. Barcelona: Ariel.
- Bobbio, N. (1992). *Thomas Hobbes*. México: FCE.
- Bourdieu, P. (1993). *Cosas dichas*. Barcelona: Gedisa.
- Boyer, R. (2007). *Crisis y regímenes de crecimiento*. Madrid: Miño&Dávila.
- Diamond, J. (2019). *Crisis: cómo reaccionan los países en los momentos decisivos*. Barcelona: Debate.
- Durkheim, E. (1995). *La división del trabajo social*. Madrid: Akal.
- Durkheim, E. (2011). *Escritos políticos*. Barcelona: Gedisa.
- Elias, N. (1982). “Scientific Establishments”, en *Scientific Establishments and Hierarchies*. London: Reidel Publishing.

- Elias, N. (1995). *Sociología fundamental*. Barcelona: Gedisa.
- Gellner, E. (1993). *El arado, la espada y el libro*. México: FCE.
- Harris, M. (2001). *Antropología cultural*. Madrid: Alianza.
- Hobsbawm, E. (1998). *Historia del Siglo XX*. Barcelona: Crítica.
- Jung, C. (1997). *Arquetipos e inconsciente colectivo*. Barcelona: Paidós.
- Kuhn, T. (1990). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE.
- Marx, C. (2007). *El Capital*. Barcelona: Akal.
- Meneses, O. (2019). *Derecho y política en la posmodernidad – Teoría liberal de la justicia*. Bogotá: ULGC.
- Moore, B. (2015). *Orígenes sociales de la dictadura y la democracia*. Barcelona: Ariel.
- Nietzsche, F. (2000). *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Madrid: Tecnos.
- Pomeroy, S. (2001). *La antigua Grecia*. Barcelona: Crítica.
- Scheler, M. (1989). *Idea del hombre y la historia*. Madrid: Siglo XX.
- Smith, S. (2016). "Democracy and the Body Politic from Aristotle to Hobbes". En *Political Theory*, 46 (2), 167-196.
- Stiglitz, J. (2011). *Caída libre: el libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*. Madrid: Taurus.

Sitios Web

<https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/gripa-espanola-y-covid-19-carta-de-laureano-gomez-parece-escrita-hoy-483414>, consultado el lunes 19 de abril de 2020.

<https://www.msn.com/es-co/noticias/mundo/coronavirus-¿qué-significa-que-la-historia-se-esté-acelerando-por-la-crisis-provocada-por-la-pandemia/arBB1328Nx?li=AAggFp8&ocid=mailsignout>, consultado el lunes 21 de abril de 2020.

<https://telegrafo.com.ar/noticias/53715-segun-el-fmi-el-mundo-se-enfrenta-a-una-crisis-como-ninguna-otra>, consultado el lunes 25 de abril de 2020.

<https://www.latercera.com/noticia/el-misterioso-laboratorio-de-wuhan/>, consultado el lunes 23 de abril de 2020.

<https://www.msn.com/es-co/noticias/mundo/el-virus-de-la-covid-19-ni-se-creó-ni-se-escapó-de-un-laboratorio/ar-BB12XMeR?li=AAgxB4&ocid=mailsignout>, consultado el lunes 22 de abril de 2020.

https://www.abc.es/sociedad/abci-wuhan-superlaboratorio-virus-epicentro-epidemia-global-202003010224_noticia.html), consultado el lunes 20 de abril de 2020.

Segunda parte

GOBIERNO Y
POLÍTICAS DE LA VIDA

SE REPULEN – EL ESTADO, LOS CIUDADANOS Y LOS VICIOS EN TIEMPO DE PANDEMIA BIOPOLÍTICA¹



JOHN FITZGERALD MARTÍNEZ V.²

Resumen: A propósito de la Pandemia generada por el SARS-CoV-2, las decisiones tomadas desde diferentes instancias de autoridad y las circunstancias que nuestras sociedades han tenido que asumir como respuesta a esta situación resaltan las pocas virtudes y los excesivos vicios de nuestra época y comunidades, pero se ha de agradecer el valioso tiempo hoy a nuestra disposición para dedicarnos a hacer reflexiones sobre nuestras actitudes, deberes y responsabilidades ciudadanas, las cuales nos habilitan o no para cuestionar a la ciencia y los gobernantes en sus recomendaciones e imposiciones. Es por ello que este texto, a partir del análisis de la calidad del debate público y los vicios que lo afectan, aborda la pregunta ¿cuáles son las virtudes y los vicios en la práctica de los valores democráticos consensuados, la acción ciudadana individual y el uso de las instituciones del Estado en el periodo que precede a la aparición de la COVID-19? Recurriendo en dicha reflexión a una metáfora artística que se articula con los fenómenos de la cotidianeidad de esta particular época.

Método: El presente trabajo tiene un carácter hermenéutico-fenomenológico, a la manera en que Heidegger, M. (1999) reinterpreto

¹ Proyecto de Investigación: Éticas aplicadas, tecnología y sociedad de Mercado. Efectos sobre el derecho y el poder político. Centro de Investigaciones Socio-jurídicas. Universidad Libre.

² Profesor Investigador Universidad Libre - Facultad de Derecho (Bogotá) Grupo de investigación Estudios en Bioética, Ecología Humana y Ecología Política. Candidato a Doctor (Universidad de Barcelona) especializado en Derecho Constitucional, Máster Oficial en Ciudadanía y Derechos Humanos: Ética y Política con especialidad en Bioética (Universidad de Barcelona), Máster en Derechos Humanos y Estado de Derecho y Democracia (Universidad Alcalá de Henares).

la propuesta de Husserl, es decir que, a partir de la pregunta planteada, se pretende hacer evidente el contenido de los fenómenos de la realidad observados, sin desligarlos del contexto del mundo en el que se representan y abordándolos de manera crítica y reflexiva (Alberto, L. 2009). Se trata de observar las prácticas humanas, el uso del conocimiento técnico y científico en medio de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 y su correlato en las formas que impulsan las decisiones de los gobernantes para resignificar y comprender el papel del conocimiento científico en cuanto guía de conducta humana y del ejercicio de derechos en la democracia contemporánea.

INTRODUCCIÓN

En 1799 el pintor Francisco de Goya elaboró *Los caprichos*, una serie de grabados que implican una sátira a las vivencias de su tiempo y a su sociedad. Los grabados exponen una crítica que va desde la razón hasta el comportamiento cotidiano de sus contemporáneos. Intencionalmente, Goya deformó en algunos grabados los rostros, los cuerpos presentados y hasta los sueños, representando las diversas facetas de lo humano y bestializando a veces las virtudes, pero sobre todo los vicios.

En la publicación de su venta en el Diario de Madrid del 6 de febrero de 1799 se decía:

Persuadido el autor de que la censura de los errores y vicios humanos (aunque parezca peculiar de la elocuencia y la poesía) pueda ser también objeto de pintura, ha escogido como asuntos proporcionados para su obra, entre la multitud de extravagancias y desaciertos que son comunes en toda sociedad civil y entre las preocupaciones y embustes vulgares, autorizados por la costumbre, la ignorancia o el interés, aquellos que ha creído más aptos a suministrar material para el ridículo y excitar al mismo tiempo la fantasía del artífice. Como la mayor parte de los objetos que en esta obra se representan son ideales, no sería temeridad creer que sus defectos hallarán, tal vez, mucha disculpa entre los inteligentes.

Eran tiempos convulsos y alarmantes, derivados de los efectos del contagio por Europa del “virus” de la Ilustración y la Revolución Francesa y, por lo tanto, propicios para cuestionamientos radicales a las instituciones sociales y a las

prácticas de la propia comunidad, que derivarían en la debacle de la guerra desatada por el cesarismo Napoleónico. Tiempos aquellos quizá similares a los de ahora, aunque las causas más evidentes sean en apariencia diferentes.

Con dicho argumento como excusa, se propone proceder de la misma manera: recalcar en los vicios sobresalientes de este tiempo de pandemias, de decisiones de control biopolítico de lo humano y exponer (aún más, si se puede) el ridículo de algunas actitudes en exceso repetidas por estos inteligentes animales políticos frente a la emergencia, la convulsión social y el uso del poder.

SE REPULEN

Uno de esos grabados elaborados por Don Francisco de Goya en la serie *Los caprichos* es el numerado 51 que se denominó *Se Repulen*; en él se pueden ver tres figuras monstruosas, una de ellas extiende sus alas y da sombra a las otras, levanta su rostro altivo y mira con desprecio, mientras otra figura corta o afila las garras a la tercera. Las interpretaciones de su tiempo se hayan en manuscritos que se conservan en el Museo del Prado y en la Biblioteca Nacional de España. Dichas interpretaciones nos hacen ver que las figuras se alistan, se preparan para poner en ejecución sus proyectos, ven en ellas a los empleados, funcionarios, ladrones que se apoyan y se cobijan los unos a los otros y aprovechan cualquier oportunidad para someter al Estado, ese sobre el que todos aquellos ponen sus garras para arrancarle valiosos girones. “Los empleados que roban al Estado, se ayudan y sostienen unos a otros. El Jefe de ellos levanta erguido su cuello, y les hace sombra con sus alas monstruosas” (Helman, E. 1983). Así, en *Se Repulen* podríamos mirar nuestra actualidad social como un espejo. Aquellos que tienen capturado al Estado entre sus manos aprovechan las circunstancias y, entre los girones arrancados, afloran sus vicios individuales que son también los nuestros como comunidad.

LA BANALIZACIÓN DEL PENSAMIENTO

Si la Pandemia generada por el SARS-CoV-2 ha colapsado nuestras sociedades es también porque hemos fallado como comunidad; porque

la inteligencia humana le falló a la humanidad en el 2020. Durante años nos hemos dedicado a banalizar el pensamiento individual y colectivo, enalteciendo un modo de vida que premia lo superficial, la forma externa, lo pasajero, lo rápidamente mutable y adaptable, todo moldeado por un mecanismo publicitario que obedece a los intereses mercantiles, las ventas, el márketing, los resultados medibles y contables, el productivismo propio de la teoría neoliberal aplicada durante los últimos 40 años. Los espacios para la reflexión han sido arrinconados, aislados, sometidos; como lugares improductivos, se les deja hacer solo a condición de que sus resultados puedan convertirse en productos también medibles, cuantificables, categorizables, explotables. En tal caso no importa la calidad de la reflexión, sino la competencia por el número de veces que es visto, que se puede compartir, obtener un 'me gusta', un reenvío, una reproducción, cuanto es replicado o citado por otros.

Resultado de ello obtenemos un pensamiento que, aunque no lo sea en su origen, se banaliza, es decir, se convierte en superficial y, a partir de allí, superfluo. Por eso la crítica no llega a la raíz, no encuentra profundidad, aun hecha con esfuerzo es pasajera, la masa de productos la corrige, decreta su caducidad, es arrastrada en un mar de opiniones y de confusión causado por el volumen de otras opiniones, "twits", fotogramas instantáneos, bromas inútiles que nunca alcanzan el humor inteligente, videos, blogs, post. Y en ese océano, el pensamiento se diluye, no consigue trascender la experiencia del mundo, los hombres no pueden comprender como quisiera Hanna Arendt. Ese vicio, la banalización del pensamiento, nos ahoga frente a un desafío vital como el producido por un agente patógeno, no sabemos cómo y qué pensar, nos paralizamos y nuestras acciones dependen de otros, nuestras decisiones están ahora en manos de otros, esos que se repulen.

Citemos ahora, aunque tardíamente, la definición de un virus: "Un virus es una partícula de código genético, ADN o ARN, encapsulada en una vesícula de proteínas. Los virus no se pueden replicar por sí solos. Necesitan infectar células y usar los componentes de la célula huésped para hacer copias de sí mismos. A menudo, el virus daña o mata a la célula huésped en el proceso de multiplicación. Los virus se han encontrado en todos los ecosistemas de la Tierra" (National Genome Research Institute. 2020). Extraña similitud entre vicios y virus, es una partícula con un código, una forma

de despliegue, encapsulada, presta a desplegar sus garras; pero no actúan solos, necesitan las células de otros, usarlos para hacer copias de sí mismos, replicarse, multiplicar su ser, sus hábitos. Con frecuencia el resultado de este proceso produce enfermedad, es la muerte o el daño de sus anfitriones, de sus huéspedes. Los virus en la naturaleza, al igual que los vicios de las organizaciones sociales, se han encontrado en todos los ecosistemas de la tierra. Así, el vicio de la banalización del pensamiento ha procedido, se ha reproducido, multiplicado en ignorancia, infectado a las comunidades humanas, es la muerte del pensar y la comprensión. Y aquí estamos paralizados, pidiendo a gritos el auxilio de los que se repulen, buscando la salvación en sus garras y ellos nos miran altivos, estiran su cuello, se acicalan y se afilan, pulen y repulen, usan al Estado, inician proyectos, ejecutan recursos, recortan derechos, limitan garantías, tienen nuestra salud y la enfermedad en sus manos, decretan y toman decisiones que nosotros no sabemos, no podemos, estamos infectados de vicios y biopolítica.

PODER BIOPOLÍTICO Y ESTADO TECNÓCRATA

El periodo que antecede a la aparición de la COVID-19 ha sido un tiempo entre cuyas características podríamos resaltar el intento de despolitización de la política, es decir, el esfuerzo por consolidar la idea de que el debate político se debe “desideologizar”, haciendo que los ciudadanos se conviertan en pasivos consumidores de los discursos técnicos poseídos por los profesionales y especialistas de “la política”, la deliberación y el debate son sustituidos por la información de los técnicos, de quienes saben y conocen los temas en concreto, poseen títulos acreditados y son depositarios de un espécimen del conocimiento científico, son ellos los depositarios de “la verdad”, y como depositarios de ese tesoro son ellos los llamados a encargarse del Estado, sus sofisticados argumentos desplazan el debate público y la actividad democrática, el deber común de reflexión se hace superfluo, es un esfuerzo innecesario, sobra, es un excedente, un residuo.

El Tecnócrata sustituye al Ciudadano, la Tecnocracia reemplaza nuestra pobre Democracia y los hombres contemporáneos se ven librados de la carga de la deliberación, la Tecnocracia de este tiempo reemplaza con sus evidentes conocimientos la pobreza del argumento democrático. Pero el vicio no desaparece, por mucho que se acilata y se embellezca, esos

tecnócratas arropados de sus pseudo-títulos encumbrados, rodeados de sus datos y argumentos, suelen estar desarticulados de la realidad del cuerpo social en el que se reproducen, son extraños. Tanto glamour los diferencia, tienen su propio código e intentan reproducirlo, pero no son el huésped en el que se alojan, saben que el huésped se alimenta, pero no cómo ni con qué; prejuizan, tienen datos, pero teniendo su propia realidad están desconectados. No saben en promedio cuánto se gana un empleado de una panadería, y por eso lo convierten en un acaudalado asalariado; no saben qué es “recoger lo del día”, y por tanto no nos pueden explicar las cifras que decretan que quien gana más de dos dólares diarios es un integrante de la llamada clase media de un país pobre. Sus realidades son otras, las de los círculos acaudalados del poder, las de los salarios exorbitantes y las condiciones desahogadas; provienen de un mundo donde no hay apuros, afujías, ni angustias para resolver las necesidades básicas del mañana, y en ese contexto sus experiencias, prácticas y realidades son otras, invierten miles de millones en mejorar su imagen.

El Poder Político es un medio, el Estado un instrumento para exhibir su saber y ejecutar sus teorías, el erario una fuente de satisfacción de sus *Caprichos*. Allí la comunidad no importa, porque es también un medio en el cual reproducen sus hábitos; intentan hacer copias de sí mismos, aunque la reproducción quede mal hecha y sean formas desfiguradas, horribles replicas que no alcanzan la sombría imagen del grabado original, y sin embargo son tanto o más patógenas, capaces de enfermar y matar el cuerpo social en el proceso.

De dicha manera, el ciudadano se despoja de sus facultades, sus derechos y responsabilidades, descuida –cuando no abandona– el debate y la deliberación pública y se recoge en la “república independiente de su casa”, se sumerge y se desconecta en la ¡Oh Paradoja! conexión virtual y en la soledad de las redes sociales, donde publica, reproduce y publicita su vida privada, sus virtudes y sus vicios. Mientras tanto confía ingenuamente en que, siendo el saber científico el poseedor de la verdad, su replicador el Tecnócrata vela por sus intereses y los de la salud pública, cuida del cuerpo social, refrenda el conocimiento adquirido y lo aplica en un mundo que no es fin sino medio, que así queda seccionado y dividido, contrastado. Otros lo han dicho, lo público se privatiza y lo privado se publica. Y cuando La Corrupción del cuerpo político le alcanza, le afecta, le contamina, entonces

se revuelve, quiere generar anticuerpos, cambiar el código, reescribir el derecho, generar autodefensas, pero esta otra COVID-19 es así. La reacción del sistema inmunológico es tan agresiva que causa un daño irreparable y a veces la muerte del anfitrión.

Igual el Estado contemporáneo, invadido, infectado de corrupción, apela a nuevas normas, nuevos códigos y sanciones, pero estas medidas de saneamiento surgen a veces de forma tal que son aún peores que la enfermedad, recortes en inversión y en derechos, nuevos cuerpos policiales que atacan y persiguen, pero no a los agentes patógenos, sino a los ciudadanos críticos. El vicio-virus está ahí, y mientras las prácticas de los ciudadanos-células durmientes no se renueven, ellos mismos son agentes de contagio, replican, infectan y ningún conocimiento o argumento científico logra sanar, eliminar el origen de la enfermedad. Es necesario ponernos en cuarentena, aislarnos momentáneamente para comprender, para higienizarnos, re-aprender a vivir en comunidad, reconstruir nuestra relación con el poder político, asumir que el poder como el virus está en nuestras manos y necesitamos lavarlas para emprender la tarea de reconstrucción de la política, la defensa y el ejercicio de los derechos, la reconquista de los espacios de libertad; restituir de los tecnócratas lo que corresponde al ciudadano reflexivo y activo. Ello sin descuidar otros vicios, prestar atención al otro extremo, el del demagogo populista, el que teniendo el poder cree que también tiene el saber; son alarmantes las ridículas disputas entre algunos gobernantes ignorantes y sus equipos científicos (véase el caso Trump y Bolsonaro con sus asesores de Salud, ellos creen saber qué medicamentos deben consumir sus poblaciones, aun cuando son unos completos analfabetos científicos), en este caso los riesgos *totalitarios* de quienes ejercen el poder vienen aderezados de vicios *tontalitarios*.

EL DESPRECIO Y OLVIDO DE LA DELIBERACIÓN POLÍTICA Y DE LA REFLEXIÓN ÉTICA

En el periodo que precede a la pandemia se ha hecho evidente el abandono de lo que desde Aristóteles (1988) hasta Sandel, M. (2010) llaman una virtud cívica y democrática, que podría servir como antídoto frente a los virus-vicios descritos anteriormente, la pregunta por lo que consideramos

el bien común. La deliberación para identificar cuáles son aquellas prácticas cotidianas, que convertidas en hábitos son dignas de ser reproducidas para el beneficio de la comunidad, actividades que incorporan además los bienes de todos y apuntalan nuestra idea de Vivir Bien. Sobre ellas, una vez identificadas, hay que lograr establecer los consensos que puedan refrendar nuestro consentimiento acerca de este acuerdo.

La búsqueda del confort material que reproduzca los modelos mercadeados por el aparato publicitario acapara nuestra actividad y capacidad física y mental, nos aleja de la reflexión sobre los asuntos del bien común y el vivir bien, ideas que no tienen que obedecer a una sola perspectiva de pensamiento, pues el vivir bien requiere de la consideración de la pluralidad y la alteridad, del “estar con los otros” (Arendt, H. 1997). Cuando la reflexión ética, que es parte de la política, se margina y se concentra en académicos e intelectuales, en gente desocupada o cuya ocupación exclusiva es dicha dedicación, se está aislando de nuevo el ejercicio de un deber público y privatizándolo. Este abandono tiene como costo la ausencia de reflexión colectiva sobre los problemas comunes.

Si los gobernantes han usado mucho al Estado como su coto de caza y como escalón para obtener mejoras en el patrimonio y en la vida de las élites minoritarias y privilegiadas, y poco para mejorar las condiciones de las mayorías que los designan, es porque los ciudadanos colectivamente han abandonado el espacio de reflexión y las decisiones de poder que lleven a las instituciones políticas y cargos de poder sus intereses, sus necesidades, sus anhelos y sus reivindicaciones.

Capturadas las mayorías sociales por un “demagógico” debate político polarizante (Aristóteles. 1988), las élites privilegiadas han aprovechado para medrar en la división y erigir a sus representantes en gobernantes, para servir y reproducir prácticas que den continuidad y protejan sus intereses, paralizando así cualquier propuesta renovadora o mínimamente reformadora y estigmatizándola con los miedos anacrónicos o coetáneos (comunista, terrorista, anti sistémica, irrealizable, impracticable, anti técnica). Sin un debate colectivo sobre el Bien Común y el Vivir bien, es fácil polarizar y dividir, pues la política se ejerce como una práctica de seguidores-borregos listos a abanderar el sectarismo y el fanatismo partidista.

Si colectivamente, a partir de las experiencias y evidencias, lográsemos articular un discurso de acuerdos sobre lo económico, lo jurídico y los aspectos técnicos que nos permitan eliminar los vicios que enferman las instituciones comunes, al Estado (sin que nos jalonen solo los intereses sectarios) podríamos rescatar y restablecer algunos bienes que no estén sometidos a los intereses exclusivos o de los particulares, trabajando colectivamente en ellos, en su generación y en su distribución.

Es posible poner un ejemplo con ocasión de la Pandemia. La educación y el saber científico, la salud y el acceso a alimentos básicos y servicios públicos no pueden ser objeto exclusivo de las relaciones de mercado y estar sometidos al afán de lucro. Si queremos que dichos bienes puedan ser gozados con calidad, provengan del resultado de los conocimientos y avances científicos alcanzados hasta el momento y que dicho goce sea efectivo para la mayoría o la totalidad de una comunidad, deben ser considerados como bienes públicos y administrados con la experiencia técnica que hemos sido capaces de desarrollar para su financiamiento y gestión. La experiencia internacional en el manejo de los efectos de la COVID-19, su impacto en las vidas humanas y la dinámica social derivada así lo demuestran. Los trabajos esenciales y más importantes para continuar existiendo individual y colectivamente son los ligados a la protección de la salud y del saber verificable (ciencia), los relacionados con el papel de la educación y el crecimiento espiritual e intelectual de las nuevas y actuales generaciones de niños y jóvenes y un subsidio efectivo o renta mínima relacionada con la alimentación básica de la población y la atención de servicios públicos prioritarios (acceso a agua potable, electricidad, recolección de residuos y saneamiento básico), más el goce de un grupo de libertades de locomoción y de expresión de las opiniones individuales. Son estos los Bienes Comunes básicos, el acceso a ellos permite llevar una Vida Buena como propósito de la vida política que llamaba Aristóteles (1988), son estos los bienes que permiten una vida humana auténtica digna de ser vivida, sobre la que reflexionaba H. Jonas (1979).

La posesión de dichos bienes permite tener y desarrollar un proyecto de vida que podamos denominar humano, como nos hizo comprender H. Arendt (1993), y en controlar democráticamente el biopoder que articula y distribuye esta red de bienes y servicios, según nos mostró Foucault (2004); en ello está nuestra posibilidad de continuidad y de sobrevivencia.

Si contrario a la deliberación sobre el Bien Común y el Vivir Bien lo que impera es la propagación del miedo, volveremos al siglo XVII antes del enciclopedismo y la ilustración, asistiremos a la disminución en el ejercicio de los derechos de libertad, mientras continuamos clamando por un incremento en las garantías de un precario derecho a la vida, el mínimo vital y la salubridad “pública”. Tal como extraemos del pensamiento clásico, deberíamos tener en cuenta que: “la ética y la «virtú» cívica (en sentido político) son requisitos primordiales en el compromiso de convivir y vigorizar la vida pública”; por ello, la necesidad de recuperar la trascendental actividad en que debían formarse los ciudadanos de la antigüedad como práctica cotidiana: “eran por tanto instruidos en la superación de cualquier contrariedad del ámbito interior, que pudiera poner en riesgo tanto los lazos simbólicos como los vínculos de pertenencia social, lo cual se constituiría en la excelencia política” (Martínez, J.F y Carvajal, M. 2018).

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Finalmente, sin una participación activa y obligada frente a las responsabilidades ciudadanas, sin deliberación pública y colectiva, sin una reflexión y un acuerdo sobre los bienes comunes y el vivir bien, el proyecto de las instituciones sociales al servicio de la humanidad habrá acabado y daremos paso a la era de los autómatas. Los virus y los vicios habrán eliminado los cuerpos en los que se reproducen y solo quedarán ellos, los que se repulen, como amos de lo que quede. Los Caprichos grabados por Don Francisco de Goya seguirán vigentes y propagándose, pero tres siglos después el proyecto de la Ilustración, la transformación y emancipación de los hombres habrá muerto de virus y de vicios, de Pandemia.

REFERENCIAS

Alberto León, Eduardo. (2012) *El giro hermenéutico de la fenomenológica en Martín Heidegger*, Revista Polis [En línea], 22 | 2009, Publicado el 08 abril 2012, consultado el 18 abril de 2020. URL: <http://journals.openedition.org/polis/2690>

- Aristóteles. (1988) *La Política*, Madrid: Ed. Gredos.
- Arendt, Hannah, (1997) *¿Qué es la política?*, Barcelona: Editorial Paidós,
- Arendt, H. (1993) *La condición humana*. Barcelona: Paidós.
- Arendt, H. (2005) *Crisis de la República, incluye “La mentira en política”, “Desobediencia civil”, “Sobre la violencia” y “Política y Revolución. Un comentario”*. Trad. de Teresa Arijon y Edgardo Russo. Buenos Aires, El cuenco de plata
- Cicerón. *Sobre la República*. Madrid. Ed. Gredos. 1984
- Foucault, M. (2004). *Securité, territoire, population. Cours au College de France 1977-1978*, Paris, Gallimar, Seuil,
- Foucault, M. (2004) *Naissance de la Biopolitique. Cours au College de France 1978-1979*, Paris, Gallimar, Seuil,
- Foucault, M. (2012) *Du Gouvernement des vivants. Cours au College de France 1979-1980*, Paris, Gallimar, Seuil.
- Heidegger, M (1999) *Ontología: Hermenéutica de la facticidad*, Madrid: Alianza.
- Helman, Edith (1983). *Trasmundo de Goya*. Madrid: Alianza Editorial. Pag. 223
- Jonas, H. (1995) *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. [1979]. Barcelona: Herder.
- Jonas, H. (1997). *Técnica, Medicina y Ética: Sobre la práctica del principio de Responsabilidad*. (1985) Barcelona: Paidós.
- Martínez, J.F, y Carvajal, M. (2018). *El Perdón Frente A La Memoria*. Revista Republicana, (24). Recuperado a partir de <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/449>. DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2018.v24.a40>
- Maquiavelo, Nicolás. (1981) *El Príncipe*. Madrid: Ed. Alianza.
- National Genome Reserch Institute (2020). *Talking Glossary of Genetic Terms*. Consultado 18 de abril 2020 en: <https://www.genome.gov/es/genetics-glossary/Virus>

Platón (1981). *Apología de Sócrates Madrid*: Ed. Gredos.

Platón (1986). *La República, Libro I, II y VI*. Madrid: Ed. Gredos.

Sandel, M. (2011). *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate

Sandel, M. (2013). *Lo que el dinero no puede comprar*. Barcelona: Debate

LA DESCENTRALIZACIÓN Y LA COVID-19 EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE LO LOCAL Y LO NACIONAL EN TORNO A LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MEDIO DE LA PANDEMIA



MICHAEL ANDRÉS MÉNDEZ TORRES¹

*En vano [la jurisprudencia] intenta orientarse entre sus formas
y procedimientos.
¡Qué cantidad de leyes y, no obstante, cuántas lagunas!
¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, qué lentitud de la justicia!
¡Qué cuantioso empleo de estudios y erudición y, no obstante,
que incertidumbre en teoría y práctica!
¡Un Estado que proclama como su suprema misión la realización
del derecho y que, no obstante, se hace pagar cada aplicación
del mismo en dinero contante y sonante!*
VON KIRCHMANN, J. H. *La Jurisprudencia no es ciencia*, p. 2.

Realizando una lectura de algunos fallos jurisprudenciales por estos días, se encuentran referencias teóricas que llevan a plantear algunas consideraciones reflexivas en torno al manejo de la pandemia del COVID-19 en Colombia. La primera de ellas, el famoso fallo Lüth

¹ Profesional en Ciencia Política y Gobierno de la Universidad del Rosario (Bogotá D.C. – Colombia), estudiante de pregrado en Derecho de la Universidad Libre Bogotá. Miembro del Semillero de Investigación “El derecho en tiempos de la civilización” del Centro de Estudios Socio-Jurídicos de la dirección de investigación de la facultad de derecho. Diplomado en Geopolítica y Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario y Diplomado en docencia universitaria en la Universidad Libre Bogotá. Cursos en seguridad fronteriza y su impacto en las migraciones con la escuela de Caballería (ESCAB), joven investigador de COLCIENCIAS, entre otros.

de 1958, que realiza un análisis del concepto del efecto irradiador de los derechos fundamentales, aporta dos frases importantes que es menester poner de presente en esta introducción: en primer lugar, el tribunal alemán en dicho fallo menciona que los derechos fundamentales son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado; en segundo lugar, el análisis que del fallo realizan en la Revista 'International Law', de la Universidad Javeriana, sugiere que los principios, al ser mandatos de optimización (como sugiere Alexy), se cumplen en la mayor medida de las posibilidades reales y, por tanto, esto causa que los derechos sociales no sean tan exigibles, "ya que no pasan a ser obligaciones objetivas para el Estado, en tanto que debe garantizarlos únicamente si puede y no si debe, supeditando así las obligaciones de naturaleza social a la capacidad asistencialista del Estado y no a la necesidad humana" (Barrero-Berardinelli, 2012).

La segunda tiene que ver con la sentencia T-629 de 2010 de la Corte Constitucional en Colombia, la cual menciona, curiosamente en relación con lo mencionado en el párrafo anterior, que hay actividades que pueden, en el marco de lo legal, convertirse en el medio de las personas para lograr mínimos vitales que les garanticen la condición de dignidad inherente a la persona humana, "a falta de un Estado asistencialista que suministre la procura asistencial a todos los sujetos o a una renta básica para la subsistencia" (Sentencia T-629/10, 2010). En este punto se ha de preguntar ¿Cuál es la relación de estas dos posturas teóricas con el problema presente del COVID-19 en Colombia? La respuesta la han generado las demandas ciudadanas que exigen de los Estados, en este momento, ante la situación de aislamiento obligatorio, garantías de subsistencia al ver obstaculizadas las posibilidades de tener acceso a las condiciones materiales de subsistencia normales en una economía de mercado como la que se encontraba funcionando hasta el momento.

Ante estas demandas generadas, y la presión que ejerce la ciudadanía demandante en los Estados, se hace necesario revisar su papel ante esta situación. Byung-Chul Han realiza un análisis de la situación de los Estados en torno al manejo y control de la expansión del virus, y concluye que el modelo o mentalidad autoritaria de los Estados asiáticos y el correspondiente grado de obediencia ciudadana les ha garantizado un gran éxito en esta labor. Ante esto, el autor mencionado afirma que "el Estado sabe por tanto dónde estoy, con quién me encuentro, qué hago, qué busco,

en qué pienso, qué como, qué compro, adónde me dirijo. Es posible que en el futuro el Estado controle también la temperatura corporal, el peso, el nivel de azúcar en la sangre, etc.” (Han, 2020). Parece ser que un Estado autoritario controla mejor el virus que un Estado de medidas flexibles, y a mediano plazo esto conduce a reactivar la economía más rápidamente, tras un impacto negativo leve en la misma, y sin consecuencias a lamentar en términos sanitarios.

No ocurre así en casos como Colombia, donde el control estatal es mínimo, el grado de obediencia ciudadana es inestimable y las medidas tomadas no cuentan con legitimidad gracias a la configuración del Sistema Político. La pregunta es ¿Cómo lograr entonces cubrir las necesidades básicas de la población, garantizando el principio fundamental de la dignidad humana, en una situación de aislamiento donde la mayor parte de la población vive normalmente en condiciones de pobreza? ¿Cómo asegurar los derechos fundamentales de las personas en un Estado en el que dichas garantías operan normalmente a través de mecanismos jurídicos que en estos momentos se ven restringidos por la condición de salubridad nacional? ¿Cómo hacer más efectivas las decisiones del Gobierno nacional en torno a la resolución de las preguntas anteriores? Estos cuestionamientos plantean la necesidad de revisar la estructura y el funcionamiento del Estado en un momento de crisis como este.

El número 4 volumen 2 de la revista *Ensayos de Economía* de la Universidad Nacional de Colombia (sede Medellín) del año 1991 incluía dentro de sus páginas un texto que ha suscitado la atención de quien ha iniciado este trabajo y que causó motivación a escribirlo teniendo en cuenta el presente del país, entorno a la situación crítica de salubridad global generada por la pandemia del COVID-19. Guillermo Tobón Sanín, analista político y profesor asociado a la universidad antes mencionada, escribía el mismo año en que nacía una nueva constitución para Colombia un ensayo titulado “La reestructuración del Estado colombiano”, motivado por el agitado transcurrir socio-político de la nación, y en vísperas a ser proclamada una nueva carta magna. Lo inquietante del asunto es que, casi 30 años después de aquel escrito, sus líneas cobran vigencia hoy, como si se hubiese detenido la historia, en un país que en 2016 vio cómo se firmaba un acuerdo para acabar el conflicto con la guerrilla de las FARC-EP, pero que tres años después ve cómo la anhelada paz se quedó en un documento.

Pero lo que ha citado a la reflexión post-acuerdo no es el acuerdo de paz en sí, sino un cambio drástico en la forma de pensar el país, el Estado y la nación misma. Con las FARC-EP fuera del escenario geopolítico (al menos en su mayoría, dejando de lado las fuerzas disidentes del acuerdo), se han sobrepuesto en la agenda pública los enormes problemas en temas como la corrupción, un sistema democrático frágil, deficiencias en la prestación de servicios públicos por parte del Estado, altas cifras de desempleo, inseguridad urbana, entre otros. Las discusiones sobre estos temas se volvieron más visibles en el Gobierno de Iván Duque, en el que los bajos índices de popularidad, la crisis de legitimidad de las instituciones, los cuestionamientos por corrupción, además de otras contrariedades, hacen necesario revisar el funcionamiento, control y estructura del Estado colombiano; mucho más ahora, con la actual crisis de gobernabilidad generada por las decisiones tomadas en torno al manejo de la pandemia del COVID-19.

No se entra en la discusión de una nueva constituyente. En pasadas investigaciones realizadas se pudo concluir que la constitución de Colombia no se puede considerar dentro de lo que Arendt Lijphart denomina “constituciones rígidas”², esto en razón a las numerosas reformas que ha tenido desde entonces y a la relativa facilidad de los procedimientos de reforma constitucional; lo anterior se une a la configuración del sistema y régimen político colombiano, pues Gobiernos con bancadas mayoritarias en el legislativo, como generalmente ha sucedido, viabilizan muchas más reformas a la carta magna en un país que adolece de una seria y fuerte tradición constitucional.

Entonces, al dejar de lado la premisa sobre la cual han trabajado muchos analistas y políticos en cuanto a la necesidad de cambiar toda la constitución nacional para encontrar salida a muchos de los males que

² “[...] las continuas reformas a la Constitución Política de Colombia de 1991 generan efectos en torno a la flexibilidad constitucional del país de tal manera que esta se considera alta, debido a que a) las reformas constitucionales se plantean para dar viabilidad a un proyecto político que constitucionalmente no era permitido, b) la conformación del órgano legislativo en torno a las bancadas políticas que favorecen al gobierno de turno hacen más viable la aprobación rápida de los proyectos de reforma y c) hay una constante adaptación del marco constitucional a los constantes cambios políticos del país”. Para mayor información ver Méndez T, Michael A. *Análisis del efecto de las reformas constitucionales en Colombia sobre la flexibilidad constitucional del país en el periodo 2002-2006*. Universidad del Rosario. 2016.

aquejan al país, surge acá una respuesta alterna menos trágica con la constitución del 91. Para empezar, es evidente que tras el paso de los años y las reformas dicho texto constitucional ha perdido su espíritu y su forma, debido a que los Gobiernos lo han acomodado a sus intereses políticos, y no al revés, que debería ser el panorama político-constitucional ideal, es decir, acomodar los planes políticos de los Gobiernos de turno en el marco constitucional existente. A pesar de que existe el control constitucional ejercido por la Corte Constitucional, esta ha sufrido diferentes golpes en su institucionalidad, ataques mediáticos provenientes desde el poder ejecutivo, que han debilitado su acción frente a la defensa de la Constitución. Por ende, se considera necesario entrar en una revisión de las reformas realizadas, un diagnóstico del Sistema y Régimen Político actual colombiano, para analizar los cambios pertinentes que se deben hacer al mismo desde el andamiaje constitucional existente.

Teniendo en cuenta este marco, la pregunta central es entonces ¿Cuáles son los pilares que deben acompañar una profunda reestructuración del Sistema y Régimen político colombiano sin abandonar el marco constitucional existente? Esta pregunta, de entrada, presupone una reacomodación de muchos conceptos básicos preexistentes a la misma, como democracia, Sistema Político, Régimen Político, entre otros. También es necesario decir que la reestructuración no se puede reducir meramente al andamiaje institucional del Estado, pues plantear un proceso de cambio político solo en ese ámbito sería contradictorio con la idea misma de modificar algunos elementos del funcionamiento del Sistema Político, desde la definición del mismo.

De entrada, el presente trabajo supone una reflexión conjunta entre quien lo lee y quien lo escribe, pues los cambios que se sugieren no pueden considerarse como absolutos, ni mucho menos perfectos; se pretende simplemente ofrecer una propuesta para allanar un camino más viable a la solución de los conflictos que aquejan a la sociedad y el Estado colombiano en tiempos de la crisis presente. Si la constitución de 1991 sirvió para plasmar el derrotero de una sociedad más justa en el marco de distintos procesos políticos, económicos y sociales complejos, con mucho más ahínco debe servir para encontrar de nuevo la salida institucional a los problemas que plantea la actualidad, a través de la revisión del modelo de funcionamiento de la descentralización en Colombia.

A partir de allí, se deberían analizar los diferentes elementos constitutivos del sistema y régimen político colombiano, siempre en el marco de la constitución del 91, como el sistema electoral, la estructura, funcionamiento y control de las ramas del poder público, los criterios para acceder a los cargos de elección popular, las Fuerzas Militares, una reforma a la justicia, el Sistema de Partidos Políticos, el Sistema económico, entre otros. La idea en cada apartado consistiría en realizar un análisis diagnóstico de cada elemento y con base en ello, respetando el espíritu constitucional de 1991, sugerir algunas modificaciones estructurales con los fines ya descritos anteriormente.

Nada de esto es posible sin voluntad política de cambio, pues, a pesar de que en diversas campañas electorales muchos candidatos reafirman su compromiso con la ciudadanía de aportar soluciones para el cambio de los problemas existentes, pareciese que al llegar al poder este compromiso se olvida, por diversas razones. Una de ellas, últimamente muy utilizada, es inculpar a la administración anterior por los problemas presentes durante todo el periodo de Gobierno, práctica muy vista en el Gobierno de Iván Duque, la administración distrital de Enrique Peñalosa, entre otros ejemplos. Al respecto, Andrés Felipe Giraldo menciona una frase que erróneamente fue atribuida a la canciller alemana Ángela Merkel, en la que afirma que:

Ningún presidente ni alcalde “hereda problemas”. Se supone que los conoce de antemano y por eso se hace elegir, para gobernar con el propósito de corregir esos problemas. Culpar a los predecesores es la salida fácil y mediocre de los malos gobiernos. Si no pueden, no se postulen.

Los movimientos ciudadanos recientes han manifestado su preocupación por la situación del país, y el Gobierno no tiene respuesta para tantas demandas generadas; por el contrario, erróneamente ha minimizado el carácter de la protesta social. Esto se hizo mucho más evidente en estos tiempos de pandemia, sobre todo en temas del análisis del impacto de uno de los pilares fundamentales de la constitución de 1991: la descentralización. Es allí donde debe empezar el análisis de los conceptos básicos suscitado en párrafos anteriores, teniendo en cuenta la crisis presente.

El sistema democrático electoral colombiano permitió que el 27 de octubre de 2019, en los contextos locales, se asestara un golpe a algunos

movimientos políticos tradicionales, que algunos llamaron golpes de opinión. Sobre todo, si se mira en retrospectiva, el triunfo de las candidaturas alternativas en muchas de las ciudades capitales importantes demostró los bajos índices de popularidad y baja legitimidad del presidente Iván Duque. Claramente, con esto, el panorama para el 2020 iba a presentar una contienda política entre lo local y lo nacional que, como se pone de presente, se agudizó con las medidas tomadas en medio de la necesidad urgente de controlar los casos de COVID-19. Varios ejemplos, como la petición de la alcaldía de Bogotá de cerrar el aeropuerto internacional el Dorado, con caso omiso por parte del ejecutivo nacional en su momento; el desafío de alcaldes locales al Gobierno Nacional sobre la decisión de levantar los toques de queda; el inconformismo con el decreto 444 en medio del Estado de Emergencia, debido a la reducción de presupuestos para el orden local, demuestran la descoordinación existente en el sistema político colombiano entre las demandas generadas por la población, entes locales, y los intereses político-económicos que rodean el Gobierno nacional. Así pues, es necesario entonces, para no entrar a revisar todo el entramado institucional del Sistema Político colombiano, hacer énfasis en el concepto de descentralización.

No fue sino hasta la aparición del paradigma de la descentralización territorial o por funciones del Estado que ese concepto empezó a ser revaluado, pues las dinámicas de los procesos democráticos ya no estaban presentes solamente en el esquema organizacional del Estado, sino que además empezaron a aparecer en las unidades territoriales subnacionales. Se hace necesario precisar entonces que, si bien el tema del presente apartado no es precisamente abordar el concepto global de democracia ni el de descentralización, sino el de democracia local, de manera siguiente se hará referencia a los dos primeros conceptos mencionados para enmarcar el panorama en el que aparece la democracia local.

Como ya se mencionó anteriormente, son muchos los teóricos que han decidido inmiscuirse en la discusión sobre el concepto de democracia, de manera global. Boaventura de Sousa Santos y Leonardo Avritzer ejemplifican lo anterior de la siguiente manera:

El siglo XX fue efectivamente un siglo de intensa disputa en torno a la cuestión democrática. Esa disputa, entablada al final de cada una de las

guerras mundiales y a lo largo del periodo de la guerra fría, abarcó dos debates principales: en la primera mitad del siglo se centró en torno de la democracia deseable (Weber, 1919; Schmitt, 1926; Kelsen, 1929; Michels, 1949; Schumpeter, 1942). [...] Un segundo debate permeó la discusión en torno a la democracia posterior a la segunda guerra mundial: se trata de la discusión acerca de las condiciones estructurales de la democracia (Moore, 1966; O'Donnell, 1973; Przeworsky, 1985) que fue también un debate sobre la compatibilidad o incompatibilidad entra la democracia y el capitalismo. (De Sousa Santos 2004, p. 35-36)

El mismo autor menciona que entre más reducida sea la unidad democrática objeto de disenso electoral, mucho mayor será el potencial para la participación ciudadana, reduciendo la posibilidad de que los electores transfieran los procesos de decisión a los representantes en el gobierno; por el contrario, si la unidad democrática es mayor, ese potencial se reduce, provocando que la ciudadanía delegue con mayor facilidad las decisiones de gobierno en sus representantes (De Sousa Santos 2004, p. 43). Así pues, en unidades políticas menores se pueden apreciar dinámicas de democracia de más alta intensidad en tanto que, recientemente, la democracia participativa “ha asumido una nueva dinámica, protagonizada por comunidades y grupos sociales subalternos en lucha contra la exclusión social y la trivilización de la ciudadanía, movilizados por la aspiración de contratos sociales más exclusivos” (De Sousa Santos 2004, p. 28).

En la asunción de esa nueva dinámica, la democracia participativa de la ciudadanía, como afirma De Sousa Santos, se ha visto confrontada con el modelo hegemónico de la democracia en el que los ciudadanos, en el esquema de la democracia representativa tradicional, delegan los procesos de toma de decisión a los representantes que eligen para la conformación del gobierno. El Estado, entonces, ante esta disyuntiva de darle mayor capacidad de decisión a los ciudadanos para aumentar el empoderamiento político que estos están exigiendo, decide trasladar estos procesos al plano local: esta es una de las primeras bases de formación de los procesos de democracia local.

Sin embargo, antes de pasar de plano a hablar del concepto de democracia local, es pertinente aclarar que este no se hubiera desarrollado sin que el Estado hubiera cedido algunas de sus funciones a entes

administrativos locales, lo cual se desencadenó a partir de los procesos de descentralización territorial y administrativa que se dieron en varios países del mundo⁵. Al realizar una revisión de la literatura que abarca el tema, varios textos se encuentran alrededor del concepto de descentralización; sin embargo, cabe destacar el texto de Tullia Gabriela Falleti, *Descentralización y políticas subnacionales en Latinoamérica*⁴, el cual aborda no solo de manera conceptual el tema, sino que además menciona los procesos de descentralización en algunos países.

Para empezar, Falleti entiende por proceso de descentralización de gobierno la transferencia hacia abajo de recursos, responsabilidades o autoridad desde el ámbito nacional a los gobiernos subnacionales⁵, bajo el principio de subsidiariedad, el cual significa recogimiento, gastos y fabricación de decisiones sobre políticas públicas al más bajo nivel posible de gobierno⁶. En concordancia con este proceso de descentralización, los ciudadanos están prestando más atención a las negociaciones que se realizan en los diferentes niveles de gobierno, incluido el plano local, el cual estaba alejado de los intereses primarios de la ciudadanía hasta finales de la década de los 80's. Es precisamente en esta época cuando los

⁵ Es necesario aclarar que el concepto de descentralización en muchas ocasiones se puede confundir con otros términos como desconcentración, delegación, entre otros. Para aclarar tal diferencia, Alfredo Manrique menciona: "En muchos casos, el concepto de descentralización se confunde con términos como los de desconcentración, delegación, deslocalización, devolución y privatización. La desconcentración se refiere a la transferencia de autoridad para la toma de decisiones a instancias o agencias subordinadas al ente central. Estas agencias no tienen, necesariamente, ni personería jurídica propia, ni presupuesto, ni reglamento administrativo propio. La delegación transfiere competencias, poder de decisión o funciones –de manera temporal- siempre y cuando así lo determine el cuerpo legal. Sin embargo, hay quienes aclaran que se trata solo de transferir el manejo de alguna función a una agencia controlada por el ente central. La deslocalización, tal como su nombre lo dice, hace referencia al cambio de localización o lugar de actividades de servicio, administración o producción. La devolución hace alusión al fortalecimiento legal y financiero de instancias gubernamentales que no están bajo el control del Gobierno central; y la privatización es la acción de transferir funciones hacia organizaciones de diverso tipo de carácter privado, por parte del Gobierno central." (Manrique Reyes 2010, p. 69)

⁴ El texto original se encuentra en inglés como *Decentralization and subnational politics in Latin America*. Las traducciones que del mencionado libro se realizan en este trabajo son propias.

⁵ "Processes of decentralization of government – that is, the downward transfer of resources, responsibilities, or authority from national to subnational governments". (Falleti 2010, p. 1)

⁶ "Principle of subsidiarity (of collecting, spending, and making public-policy decisions at the lowest possible level of governments". (Falleti 2010, p. 2)

Estados, en vista de la crisis de los modelos económicos de los Estados de bienestar, modelos de planificación, subvenciones económicas, entre otros, deciden desligar de sí algunas funciones para trasladarlas a los diferentes entes locales que conforman la unidad territorial (llámese departamentos, estados, regiones o provincias), proceso vivido con más intensidad en algunos países que en otros. En Latinoamérica, especialmente, el cambio más impresionante que la última ola de descentralización ha producido en las políticas contemporáneas, es el reaparecimiento de los intereses subnacionales y las políticas territoriales⁷.

Otro de los grandes aportes sobre el tema de descentralización, no solo en Latinoamérica sino en el mundo, lo hace el Banco Mundial (WB), en cooperación con Ciudades Locales y Gobiernos Unidos (UCLG por sus siglas en inglés). El trabajo denominado *Decentralization and local democracy in the world* realiza un estudio comparativo de los procesos de descentralización alrededor del mundo, pero las próximas líneas se dedicarán a presentar las conclusiones a las que se llegaron en el estudio de dichos procesos en Latinoamérica.

La ola de la centralización en los países latinoamericanos comenzó a cambiar a partir de la década de los 70's, como consecuencia de sucesivas crisis económicas y políticas⁸ causadas debido a que el modelo centralista se consideró anticuado e ineficiente como forma de liberalizar las economías y reducir los costos del Estado (Valencia Carmona & Rosales 2008, p. 173). Según los autores, se considera pertinente presentar dos ciclos de descentralización: uno más económico y neoliberal, y el otro con más grande, con énfasis en aspectos sociales y democráticos. En cuanto al segundo ciclo, que se puede enmarcar en la década de los 90's, en medio de la crisis financiera y social que afectó a varios países de la región, aparecieron movimientos de descentralización que inclusive ascendieron hasta el rango constitucional, como es el caso de Colombia en 1991. Este ciclo "involucró estrategias para corregir el paradigma neoliberal con

⁷ "In Latin America, the most fascinating change that the latest wave of decentralization has produced in contemporary politics is the revival of subnational interests and territorial politics" (Falleti 2010, p. 2-3).

⁸ "La marea de la centralización comenzó a cambiar en la década de 1970 como consecuencia de sucesivas crisis económicas y políticas." (Valencia Carmona & Rosales, 2008)

políticas más democráticas y sociales. El movimiento de descentralización fue estimulado por el progreso de la gestión municipal de la región” (Valencia Carmona & Rosales 2008, p. 174).

Valencia Carmona y Rosales resumen el proceso de descentralización en Colombia de la siguiente manera:

En Colombia, después de la extrema centralización de las décadas de 1960 y 1970, y la crisis política expresada en las huelgas civiles de los años noventa y principios de los ochenta, a mediados de la década de 1990 se inició un claro proceso de descentralización. La Constitución de 1991 sentó las bases para un gobierno territorial unitario y descentralizado, con autonomía de los órganos territoriales: departamentos, municipalidades y distritos. Además, se crearon territorios, regiones y provincias indígenas para reagrupar departamentos y municipios limítrofes. La elección directa de los alcaldes (1986) y de los gobernadores departamentales se estableció en 1992. A lo largo de la década de 1990, se aprobó una legislación abundante que regulaba diferentes aspectos de la gestión local, como los mecanismos de transferencia y participación, distribución de responsabilidades y organización territorial. A fines de la década de 1990, los problemas de endeudamiento y la crisis económica hicieron necesario revisar el sistema de transferencias e imponer un régimen de austeridad al gasto del gobierno subnacional, junto con una redistribución de competencias. (Valencia Carmona & Rosales 2008, p. 176)

Después del análisis de este concepto, ante la crisis presente es necesario replantear el funcionamiento de la descentralización en Colombia, partiendo de algunos hechos puntuales: en primer lugar, es manifiesta la baja legitimidad del Gobierno Nacional y el alto grado de popularidad de los gobiernos locales en este momento; en segundo lugar, con el transcurrir del tiempo, los Gobiernos locales tuvieron mucha mayor celeridad de actuación ante la crisis que el Gobierno Nacional; en tercer lugar, las decisiones adoptadas por el Gobierno Nacional buscan proteger la economía, que precisamente es lo que hizo fracasar los modelos de contención del virus en Europa y en Estados Unidos, y lo que hizo tan exitoso el modelo asiático de control total. Entre tanto, los gobiernos locales en contravía buscan proteger la salud de los ciudadanos, junto con la garantía de sus mínimos vitales; en cuarto lugar, hay falta de coordinación entre lo

local y lo nacional, debido a las premisas precedentes. Lo anterior se agrava cuando se ponen de presente la escasez de pruebas para diagnosticar a las personas con COVID-19 y la ineficiencia de las medidas tomadas por el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Salud.

Siendo así, se hace necesario pensar en abandonar el modelo de centralización fáctico que propone el Gobierno de Iván Duque a través de sus decretos de Estado de Excepción, y darles mayor poder de toma de decisión a las autoridades locales, quienes son las que pueden controlar, de primera mano, a los ciudadanos. Establecer por medio de los entes locales mecanismos de censos poblacionales efectivos con los cuales se puedan garantizar mínimos vitales básicos de subsistencia a las personas, a través de la coordinación del re-direccionamiento de los recursos nacionales a los entes locales. Sin duda alguna, la situación presente pone en tela de juicio el poder del ejecutivo nacional frente a los poderes locales como nunca antes en la historia; estamos ante el resurgimiento de la democracia local en Colombia. Tal como postula Sandra Hincapié, “a través de la generación de las nuevas capacidades socio-estatales se han logrado transformar entornos locales, caracterizados por el despojo y la amenaza de depredación violenta de los recursos naturales, configurando prácticas renovadoras de democracia local.” (Hincapié, *Capacidades socio-estatales para la democracia local en contextos de violencia en Colombia y México 2017*, p. 71). Así pues, el proceso es contrario a lo que se piensa, y es, como ya se mencionó anteriormente, por iniciativa de la sociedad civil local que se empiezan a construir estos espacios para articular la poca presencia de los agentes del Estado con formas de participación local con el fin de “restituir los espacios de oportunidad que les permita el desarrollo de sus capacidades”.

REFERENCIAS

- Barrero-Berardinelli, J. A. (2012). El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el fallo Lüth de 1958. *International Law*, 213-246.
- De Souza Santos, B. (2004). Introducción: para ampliar al canon democrático. En B. De Souza Santos, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa* (págs. 35-76). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

- Falleti, T. G. (2010). Decentralization and the revival of subnational politics. En T. G. Falleti, *Decentralization and subnational politics in Latin America* (pages. 1-30). Cambridge: Cambridge University Press.
- Han, B.-C. (2020). La emergencia viral y el mundo del mañana. En B.-C. Han, & e. al., *Sopa de Wuhan* (págs. 97-112). ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).
- Hincapié, S. (2017). Capacidades socio-estatales para la democracia local en contextos de violencia en Colombia y México. *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, 71-90.
- Manrique Reyes, A. (2010). La organización del Estado colombiano. Unidad nacional y descentralización. En A. Manrique Reyes, *Fundamentos de la organización y del funcionamiento del Estado colombiano* (págs. 67-72). Bogotá D.C.: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Méndez T, Michael A. *Análisis del efecto de las reformas constitucionales en Colombia sobre la flexibilidad constitucional del país en el periodo 2002-2006*. Universidad del Rosario. 2016.
- Sentencia T-629/10, T-629 (Corte Constitucional 13 de agosto de 2010).
- Tobón Sanín, G. *Revista Ensayos de Economía*. Número 4. Volumen 2. Universidad Nacional de Colombia (sede Medellín). 1991.
- Valencia Carmona, S., & Rosales, M. (2008). Latin America. En W. Bank, & J. Fiorrilli-Connet, *Decentralization and local democracy in the world: first global report by united cities and local governments* (págs. 168-203). Barcelona: The World Bank.

LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA EN COLOMBIA POR EL COVID-19¹



MARY LUZ TOBÓN TOBÓN²
JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN³
JAVIER ENRIQUE SANTANDER DÍAZ⁴

Resumen: Con este corto ensayo se busca realizar un análisis sobre la declaratoria del estado de excepción de emergencia social y ecológica realizada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020, a la luz de los presupuestos formales y materiales que debe tener en cuenta la Corte Constitucional al realizar el juicio de constitucionalidad de la norma, demostrando que esta declaración, aunque genera tensiones de índole político, económico y social, cumple con todos estos requisitos que son exigidos por parte de la Corte Constitucional para la declaratoria de exigibilidad de la norma. Por esta razón, utilizando como metodología la interpretación jurisprudencial de las sentencias proferidas por parte de la Corte

¹ El presente artículo es producto de una intervención constitucional ciudadana realizada el mes de abril de 2020 por el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre- seccional Bogotá.

² Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, Especialista en Derecho Administrativo, Abogada y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre- Seccional Bogotá. Correo electrónico: maryltobon@gmail.com.

³ Abogado y profesor de la Universidad Libre. Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional. jkbv@hotmail.com

⁴ Abogado de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Auxiliar de Investigación de la Universidad Libre de Colombia. Coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, de la Universidad Libre. Co-Fundador y Auxiliar de Investigación del Semillero "Procesos Constitucionales y Activismo Judicial", vinculado con el Observatorio de Intervención Ciudadana y adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Libre. Correo: santander.javier@hotmail.com

Constitucional durante el estado de emergencia desde 1991, la estructura de este artículo se desarrolla en cuatro partes: en la primera se resalta la importancia del control de constitucionalidad de los estados de excepción; en la segunda se realiza el juicio de constitucionalidad del Decreto Legislativo 417 de 2020, analizando cada uno de los presupuestos formales y materiales de esta norma; en la tercera se hace un control estricto de constitucionalidad frente a otros mandatos y prohibiciones constitucionales y en la última parte se presentan algunas conclusiones.

Palabras clave: control constitucional, estados de excepción, estado de emergencia, derechos humanos, pandemia coronavirus.

INTRODUCCIÓN

Los estados de excepción, por naturaleza, delimitan la frontera entre normalidad y anormalidad en el desarrollo del ordenamiento constitucional, puesto que solo se ponen en marcha ante una situación de anormalidad y traen consigo una serie de limitaciones y facultades que permiten el mantenimiento o el retorno a la anormalidad. Sin embargo, progresivamente, debido a las tensiones sociales y políticas del país, el ejecutivo de turno, de una u otra forma, ha distorsionado la figura mediante la declaración del estado de excepción o su aplicación *de facto*, casi de manera permanente, convirtiendo lo “Anormal” en una costumbre “Normal”.

En la actualidad la legislación de urgencia, deja de ser una solución y se convierte en un uso arbitrario del poder por parte de quienes lo detentan, porque la anormalidad, aun en las democracias occidentales, se ha vuelto “costumbre normal”, con el riesgo de que las personas se acostumbren a vivir bajo la excepción como si formara parte del “paisaje cotidiano”, como si se olvidará que el Parlamento y su proceso legislativo constituyen la fuente de legitimidad del sistema democrático. (Tobón, 2019, p. 83)

En Colombia, de manera particular el Constituyente de 1991, al establecer un nuevo régimen de estados de excepción, partió de la idea que ni siquiera en situaciones de anormalidad institucional le asisten facultades ilimitadas al Ejecutivo. En esa medida, la configuración de los límites debe

ir acompañada de un sistema eficaz de controles destinados a garantizarlos (Corte Constitucional, Sentencia C-802 de 2002). Estos controles son de tres tipos, que recaen sobre las normas dictadas en estados de excepción: uno de carácter jurídico, realizado por la Corte Constitucional; otro de índole político, cuya competencia está radicada en el Congreso de la República; y un tercer control de legalidad, realizado por el Tribunal Contencioso Administrativo. Todos estos controles recaen tanto sobre la declaratoria del estado de excepción, como sobre los decretos legislativos de desarrollo, y los decretos autónomos que adoptan medidas, expedidos por el Gobernador o por el Alcalde durante los estados de excepción.

Conforme a lo anterior, en este corto escrito analizaremos los presupuestos materiales y formales que deberá considerar la Corte Constitucional al realizar el juicio de constitucionalidad en sentido estricto, conforme a las reglas constitucionales que ha impartido en su jurisprudencia, con el propósito de determinar si la declaratoria del estado de emergencia del Decreto 417 de 2020 es constitucional o no. Para responder a este propósito, la estructura del texto estará dividida en cuatro partes: en la primera se resalta la importancia del control de constitucionalidad de los estados de excepción como una garantía esencial del Estado social y democrático de derecho; en la segunda se realiza el juicio de constitucionalidad del Decreto Legislativo 417 de 2020, analizando cada uno de los presupuestos formales y materiales de esta norma; en la tercera se hace un control estricto de constitucionalidad frente a otros mandatos y prohibiciones constitucionales; y en la última parte se presentan algunas conclusiones.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

El Decreto Legislativo 417/2020, como cualquier norma transitoria expedida conforme a Constitución, se rige por la regla general de limitación temporal y material (Corte Constitucional, Sentencia C-670 de 2015). Ello implica que la norma solo estará vigente por un lapso concreto de tiempo, y para solucionar la crisis que ha surgido con la pandemia del coronavirus. En este sentido, la Corte Constitucional no solo deberá realizar un control de constitucionalidad meramente formal de los decretos, limitado a confirmar la existencia de una motivación formal del estado de excepción, la firma del presidente y los ministros y la restricción

temporal, sino también material, para verificar que las medidas adoptadas no supongan una violación de las normas constitucionales, teniendo particular cuidado con los derechos fundamentales, ya que los estados de excepción de ninguna manera pueden significar su vulneración. Por ello, el control material también supone que la Corte verifique que las materias reguladas en el decreto legislativo tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaración del estado de excepción, pues la falta de conexidad implica exceso en el uso de las excepcionales atribuciones legislativas del Presidente, lo que obliga a declarar inconstitucional el respectivo decreto.

Conforme a lo anterior, cabe resaltar que en el ordenamiento jurídico colombiano los decretos legislativos están sujetos a tres tipos de controles distintos: uno por la Corte Constitucional⁵, otro por el Congreso de la República⁶ y otro de legalidad, realizado por la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre los decretos legislativos realizados por el gobernador o por los alcaldes⁷. Estos controles tienen la finalidad de revisar las medidas necesarias para recuperar el orden o la

⁵ Sobre el control jurídico, la Corte Constitucional ha dicho: "...de la Carta Política se infiere la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad formal y material tanto de los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción como de los decretos legislativos de desarrollo" (Corte Constitucional, Sentencia C-802 de 2002).

⁶ Sobre el control político, la Corte ha expresado que: "Como corresponde a un sistema constitucional democrático, en el cual estén contemplados instrumentos de control entre órganos para evitar la concentración de poder y las posibilidades de abuso del gobernante, resulta apenas natural que el cuerpo representativo de elección popular sea el que por derecho propio, y también como una función que justifica su existencia, fiscalice, desde las perspectivas de la conveniencia, la oportunidad, la viabilidad política y el interés público, la actividad del Jefe del Estado cuando, por su propia determinación, asume un mayor cúmulo de facultades que pueden implicar restricciones a los derechos y libertades públicas y que de suyo -en los estados de excepción- representan un desplazamiento de las atribuciones del Congreso hacia el Ejecutivo" (Corte Constitucional, Sentencia C-565 de 1996).

⁷ Como características especiales del control de legalidad, el Consejo de Estado ha expresado que: "...en primer lugar, se trata de un proceso judicial, por lo tanto, la naturaleza del acto que lo resuelve es una sentencia, porque la competencia atribuida a la jurisdicción es la de decidir sobre la legalidad del mismo, lo cual corresponde hacer a través de aquella; en segundo lugar, el control es automático, o como lo dice el art. 20 de la Ley 137 de 1994, "inmediato", porque tan pronto se expide la norma el Gobierno debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente; en tercer lugar, el control es integral en relación con los decretos legislativos respectivos...". (Consejo de Estado. Sentencia Radicado 11001-03-15-000-2010-00352-00).

normalidad ante la inmensa cantidad de normativa que ha sido expedida a partir de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.

Cabe resaltar que dichos controles no resultan excluyentes, sino que son complementarios; en consecuencia, el control de legalidad, pese a ser un control de carácter jurídico, no presenta incompatibilidad alguna con el control que ejerce la Corte Constitucional, porque la competencia para llevar a cabo el control de los mismos está radicada en *diferentes entidades*, con *distintas jurisdicciones* y sobre *normas* que difieren tanto en su contenido formal como material.

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 417 DE 2020, MEDIANTE EL CUAL SE DECLARA EL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA EN COLOMBIA

En las sentencias C-135 de 2009, C-1032 de 2010, C-156 de 2011 y C-216 de 2011, Sentencia C-670 de 2015, la Corte Constitucional de Colombia recogió las características que reviste el estado de emergencia económica, social y ecológica, o de grave calamidad pública (art. 215 C.P.). Ello siguiendo los precedentes constitucionales sentados por la misma Corte Constitucional desde el inicio de sus funciones y en especial de las sentencias C-004 de 1992, C-447 de 1992, C-179 de 1994, C-366 de 1994, C-122 de 1997, C-122 de 1999 y C-216 de 1999. Desde la Sentencia C-004 de 1992, la Corte Constitucional ha precisado que la declaratoria del estado de emergencia, al tenor del artículo 215 C.P., debe cumplir con unos presupuestos estrictamente formales y otros presupuestos materiales que han sido decantados por la jurisprudencia constitucional, en concordancia con la Ley 137/1994. A continuación, aplicaremos esas reglas.

Examen formal en el juicio de constitucionalidad del Decreto legislativo 417 de 2020

El control de constitucionalidad formal del Decreto Legislativo Declaratorio del Estado de Excepción 417 de 2020 analiza, al menos, cuatro puntos: i) que el decreto esté firmado por el presidente de la República y todos sus ministros; ii) que el decreto esté motivado; iii) que el decreto

indique el ámbito territorial en donde se aplicará la medida; iv) señalar el tiempo que durará la medida; v) notificar a los organismos internacionales competentes; vi) convocar al Congreso, en caso de no estar sesionando ordinariamente, cuando la excepcionalidad termine para que este ejerza control político; y vii) enviarlo a la Corte Constitucional al día siguiente de su adopción para revisión automática de constitucionalidad⁸.

Consideramos que el Decreto legislativo 417 del 18 de marzo del 2020, “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional”, cumple con todos los presupuestos formales que exige el ordenamiento jurídico para poder llevar a cabo la declaratoria del estado de excepción de emergencia social y ecológica, o de grave calamidad pública: i) El decreto está firmado tanto por el Presidente de la República como por sus 18 ministros; ii) el decreto está debidamente motivado y sus razones, de manera especial, obedecen a la crisis que emerge en Colombia y en los demás países del mundo globalizado, por la presencia del coronavirus, pandemia generada por la infección del COVID-19 y que ha sido reconocida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) a partir del 11 de marzo de 2020. No cabe duda de que esta pandemia genera un grave riesgo para la vida, la dignidad humana y la integridad de todos los colombianos, y ni Colombia ni los demás Estados pueden enfrentar la crisis usando las medidas de la normalidad, siendo necesario recurrir al uso de los poderes excepcionales que permitan tomar medidas idóneas para enfrentar la crisis; iii) el ámbito territorial de aplicación, según el art. 1 del Decreto 417/20, será en todo el territorio nacional; iv) el ámbito temporal de aplicación, según el art. 1 del Decreto 417/2020, será de 30 días calendario contados desde el martes 17 de marzo del 2020 hasta el jueves 16 de abril del 2020; v) el decreto 417/2020 fue enviado de la Presidencia de la República a la Corte Constitucional el 18 de marzo del 2020, exactamente un día después de adoptada la medida.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-156 de 2011: “(i) el decreto declaratorio de estado de excepción es un decreto legislativo por denominación constitucional; (ii) no existen actos políticos o de poder exentos de control constitucional, menos tratándose de un acto presidencial de autohabilitación legislativa; (iii) el concepto de supremacía de la Constitución impone la revisión constitucional del cumplimiento de los supuestos que pueden dar lugar a la declaración de un estado de excepción”.

Hay dos requisitos formales restantes: vi) la notificación a órganos internacionales competentes y vii) la convocatoria del Congreso para control político. Frente al primero, desconocemos si el Gobierno colombiano envió algún comunicado a la Secretaría de la OEA u otro órgano internacional, pues el Decreto legislativo 417/2020 no tiene motivaciones al respecto ni órdenes puntuales⁹. Frente al segundo requisito, es necesario precisar que al 18 de abril de 2020 el Congreso no se ha podido reunir, pero el Presidente tampoco los puede convocar, pues la legislatura no está suspendida. No puede olvidarse, además, que desde que se expidió la Constitución de 1991, el Congreso no ha ejercido un control político eficaz sobre las declaratorias de los estados de excepción, siendo la Corte Constitucional la llamada a ejercer un control constitucional idóneo o efectivo, porque el control político frente a los poderes excepcionales siempre se ha caracterizado por su ausencia (Tobón, 2019).

Examen material en el juicio de constitucionalidad del Decreto legislativo 417 de 2020

Para la verificación del cumplimiento del examen material, la Corte analizará si la declaratoria del estado de emergencia se encuentra fundada en los presupuestos establecidos por el artículo 215 de la Constitución colombiana, es decir, si se configuran: 1) el *presupuesto fáctico*, consistente en la ocurrencia de hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública; 2) el *presupuesto valorativo*, es la explicación por parte del Gobierno de por qué la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social, ecológico o la calamidad pública es grave e inminente; y 3) el *presupuesto de necesidad o de insuficiencia de las medidas ordinarias para enfrentar la crisis*, indicando las razones por

⁹ Ley 137 de 1994, Art. 16: "Información a los organismos internacionales: De acuerdo con el artículo 27 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el artículo 40. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al día siguiente de la declaratoria del estado de excepción, el Gobierno enviará al Secretario General de la Organización de Estados Americanos y al Secretario General de las Naciones Unidas, una comunicación en que dé aviso a los Estados Partes de los tratados citados, de la declaratoria del estado de excepción, y de los motivos que condujeron a ella. Los decretos legislativos que limiten el ejercicio de derechos, deberán ser puestos en conocimiento de dichas autoridades. Igual comunicación deberá enviarse cuando sea levantado el estado de excepción".

las cuales la perturbación o amenaza de perturbación grave e inminente del orden económico, social y ecológico, o la grave calamidad pública, no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales (Corte Constitucional, Sentencia C-216 de 2011).

El presupuesto fáctico

En el presupuesto fáctico, la Corte hace una lectura de los hechos que fundamentan el estado de excepción y que aparecen esbozados en la declaratoria; de la misma manera, elabora una posterior verificación de su ocurrencia. Según la Sentencia C-670 de 2015 el presupuesto fáctico se desagrega, a la vez, en tres componentes: (i) *el juicio de realidad de los hechos invocados*, (ii) *el juicio de identidad de dichos hechos como constitutivos de un estado de emergencia* y (iii) *el juicio de sobreviniencia de tales hechos*. Se procederá a continuación a efectuar el análisis de estos tres juicios de constitucionalidad.

Juicio de realidad de los hechos invocados. El juicio de realidad consiste en la determinación de que los hechos que dan lugar a la declaratoria de emergencia efectivamente existieron, es decir que se generaron objetivamente en el mundo de los fenómenos reales. El Decreto 417 de 2020 cumple con el juicio de realidad de los hechos invocados. El Gobierno se vio obligado a declarar la emergencia porque la Organización Mundial de la Salud, desde el 13 de marzo, ha identificado el nuevo coronavirus COVID-19 como una pandemia, como una emergencia de salud pública de importancia internacional. La OMS les solicitó a los países adoptar medidas prematuras con el objetivo de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus y del contagio de forma urgente para la identificación, confinación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos y tratamiento de los casos confirmados. En un corto plazo de tiempo la pandemia generada por el COVID-19 ha generado miles de muertos y de contagios en los distintos países; a la fecha, 8 de abril de 2020, 85.397 personas han fallecido por coronavirus y 1.464.852 personas han sido contagiadas. Estas cifras son claras para establecer *la realidad de los hechos invocados* por el Presidente en la declaratoria de emergencia.

Juicio de identidad de dichos hechos invocados en la declaratoria del estado de emergencia. La jurisprudencia constitucional ha explicado

que el juicio de identidad consiste en la constatación de que los hechos invocados como sustento de la declaratoria del estado de emergencia efectivamente corresponden a aquellos que la Constitución previó como detonantes específicos de esta modalidad de estado de excepción. Dada la forma en la que está redactado el artículo 215 de la Carta, esta constatación se realiza por vía negativa –esto es, verificando que los hechos invocados no correspondan a aquellos que darían lugar a la declaratoria de un estado de guerra exterior o de un estado de conmoción interior. Para nosotros es evidente que el coronavirus es un presupuesto fáctico diferente al que puede dar lugar a la declaratoria de conmoción interior o al estado de guerra exterior, pues afecta directamente el orden económico y social, poniendo en riesgo los derechos fundamentales a la vida, la salud, la dignidad humana y la integridad de los colombianos.

Juicio de sobreviniencia de los hechos invocados. Según la Sentencia C-670 de 2015, el requisito de sobreviniencia exige que los hechos invocados tengan un carácter repentino, inesperado, imprevisto, anormal o extraordinario. La naturaleza sobreviniente de estos hechos fue explicada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-216 de 1999 en los siguientes términos:

Los acontecimientos, no sólo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales.

Sobre el carácter “sobreviniente” de los hechos, la Corte, en principio, lo ha asimilado a los vocablos novedoso, imprevisible, impredecible e irresistible¹⁰. La aparición del coronavirus es un hecho sobreviniente, novedoso, extraordinario, pues solo a partir del mes de enero el mundo entero tiene conocimiento de esta pandemia. En la actualidad todo el mundo está en crisis y,

¹⁰ Ver Sentencias C-004 de 1992, C-122 de 1997, C-122 de 1999, C-135 de 2009 y C-254 de 2009.

más allá de las medidas adoptadas por los distintos gobiernos, confinamiento, aislamiento, cuarentena, restricción a las libertades de circulación y algunas medidas de carácter económico y social, para Colombia y los demás países esta ha sido una situación peligrosa, anormal, que ha puesto en tela de juicio incluso la vocación misma del Estado y sus fines esenciales.

Por lo anterior, y una vez realizados los tres juicios que impone el análisis del presupuesto fáctico, nosotros consideramos que el Decreto 417 de 2020 cumple con este presupuesto, pues los hechos que han motivado la declaratoria de emergencia son sobrevinientes por el riesgo en el que pone a las personas el contagio del coronavirus. Esta pandemia es un hecho extraordinario en la vida del Estado e imposible de predecir por parte del Gobierno nacional. Sin duda alguna, la aparición del COVID-19 es un es una amenaza latente para toda la comunidad internacional y un hecho distinto al que podría darse como presupuesto fáctico para declarar el estado de guerra exterior o conmoción interior, tal como lo afirma el artículo 215 de la Constitución Política de 1991.

El presupuesto valorativo

Para poder analizar este presupuesto se deberán realizar dos juicios: i) un juicio sobre la gravedad de la afectación y el otro ii) sobre la necesidad de las medias extraordinarias adoptadas en la declaratoria de emergencia.

Juicio de gravedad de la afectación. En el estado de emergencia este presupuesto se refiere a la perturbación o la amenaza de perturbación *en forma grave e inminente* del orden económico, social y ecológico, o de grave calamidad pública. En efecto, la Constitución señala que la emergencia podrá declararse frente a hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar “*en forma grave e inminente*” el orden económico, social y ecológico, o que constituya “grave” calamidad pública (art. 215 C.P.)¹¹.

Según la Corte Constitucional, cualquier perturbación del orden económico no da lugar a la declaratoria del estado de emergencia, sino

¹¹ Sobre el alcance de este presupuesto ver sentencia C-135 de 2009. M.P Humberto Sierra.

aquella que revista el carácter de “gravedad” e “inminencia”. Es evidente que el coronavirus es una pandemia que afecta *gravemente* a la población colombiana; es tan *grave e inminente*, que afecta la salud, la vida, la integridad, el empleo, el abastecimiento de bienes básicos, la economía y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional, por lo que es absolutamente necesario que el Gobierno pueda contar con las herramientas legales necesarias para enfrentar de manera eficaz la actual crisis. En esa medida, esta declaratoria cumple con tal presupuesto, pues, objetivamente, la población colombiana está en riesgo por la amenaza grave e inminente del COVID-19.

Juicio de necesidad de las medidas extraordinarias. Consiste en la determinación de si las atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades estatales resultan insuficientes para hacer frente a las circunstancias detonantes de la crisis, y por ende se hace necesario recurrir a las atribuciones extraordinarias propias de un estado de excepción constitucional. En efecto, en la Sentencia C-122 de 1997 la Corte Constitucional advirtió que “de conformidad con el principio de subsidiariedad, el estado de emergencia se encuentra supeditado a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos” (Corte Constitucional, Sentencia C-122 de 1997). De ahí que la declaración del estado de emergencia se circunscriba a situaciones extremas que no puedan ser resueltas con el ejercicio de los medios ordinarios (Vanegas, 2011).

Si realizamos un análisis global de la pandemia y de la suficiencia de los poderes ordinarios para enfrentarla, es claro que en Colombia el Gobierno no tiene mecanismos jurídicos ordinarios para afrontar este suceso imprevisto. Esta declaratoria de emergencia cumple las reglas del juicio de necesidad sobre las medidas extraordinarias. Es cierto que el Gobierno debe utilizar los poderes excepcionales para enfrentar la pandemia, creando mecanismos económicos, jurídicos y sociales que permitan apoyar al sector salud y mitigar los efectos económicos que está enfrentando el país, además de la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Si analizamos el ordenamiento jurídico colombiano salta a la vista que dentro de los mecanismos de la normalidad no existe uno que sea efectivo e idóneo que le permita al Gobierno tomar medidas necesarias y urgentes para enfrentar la pandemia y las

consecuencias inmediatas que se derivan de ella a nivel económico, social, y político. Por ello, más que necesaria, la declaratoria es oportuna. La no declaración nos llevaría a un escenario de la normalización de los poderes excepcionales, que no soporta la democracia ni los pilares fundamentales del Estado social de derecho.

La declaratoria de emergencia económica, social y ecológica frente a otros mandatos y prohibiciones constitucionales

En este apartado nos proponemos realizar un análisis del Decreto 417/2020 de conformidad con los mandatos constitucionales. En ese sentido, valga resaltar que el decreto declaratorio de la emergencia no suspende derechos humanos ni libertades fundamentales, conforme al artículo 214 numeral 2 de la Constitución; y, si bien se han limitado algunos derechos fundamentales, se ha protegido el núcleo esencial de los mismos, de conformidad al artículo 6 de la Ley 137 de 1994, Ley Estatutaria de los Estados de Excepción en Colombia. La declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica es una medida que se orienta a garantizar los derechos humanos de miles de personas que podrían ser contagiadas y morir por causa del COVID-19.

Por otro lado, tal como sucede con los otros dos estados de excepción (estado de conmoción interior, y estado de guerra exterior), durante la declaratoria de emergencia el Gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos (Tobón, 2019, p 94). Además, los decretos deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia. Ello significa que las facultades excepcionales del Poder Ejecutivo son de carácter restrictivo, toda vez que se limitan a aquellas estrictamente indispensables para poder impedir un uso excesivo de las atribuciones extraordinarias y proscribir el empleo de funciones que no resulten necesarias para remediar la crisis e impedir la continuación de sus efectos (Corte Constitucional, Sentencia C-135 de 2009).

También consideramos necesario precisar que dentro del año siguiente a la declaratoria de emergencia el Congreso podrá derogar, modificar o adicionar los decretos de emergencia, incluso en aquellas materias que

ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. Pero, en relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo (art. 215 C.P). Así mismo, el Gobierno podrá establecer nuevos tributos o modificar los existentes. Pero estas normas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. Al respecto, cabe advertir que, a pesar de que se dijo que el Congreso seguía reuniéndose mediante sesiones virtuales, la última sesión realizada por el Congreso se dio el 11 de marzo de 2020; en ese sentido es un rompimiento rotundo de la democracia, pues en otros países, a pesar de la pandemia, el Congreso continúa sesionando.

Finalmente, valga resaltar que, como garantía importante para los trabajadores colombianos, el inciso final del artículo 215 Constitucional expresamente señala que durante los estados de emergencia “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo” (Constitución Política de Colombia, artículo 215).

CONCLUSIONES FINALES

Elusión del control de constitucionalidad

A pesar de la declaratoria de emergencia, muchas de las normas que han expedido el Gobierno Nacional y las administraciones distritales, municipales y gubernamentales, carecen del prisma constitucional, porque se han expedido al margen de la declaratoria constitucional. Muchas de esas normas se han expedido antes del Decreto Legislativo 417 de 2020; otras se dictaron después y, a pesar de que han limitado y suspendido derechos fundamentales de los ciudadanos, no han invocado el decreto de declaratoria, por lo tanto, son decretos o normas presidenciales o de otras autoridades públicas, que, al ser normas ordinarias, escapan al control constitucional realizado por la Corte Constitucional o de la jurisdicción contenciosa administrativa. Un ejemplo de esta elusión al control constitucional son las siguientes normas: el Decreto 418/2020, el Decreto 457/2020, el Decreto 531/2020, la Resolución 385/2020, la

Directiva Presidencial 02/2020¹². Estos decretos son especiales, pues su materialidad incide en la crisis, pero su fuente normativa, y por ende el control constitucional, es *elusiva* de la Constitución. Se corre el riesgo de que en muchas de ellas se tomen medidas tributarias o fiscales, que escapen incluso al control político de órganos como el Congreso, las Asambleas y Concejos.

Previsión de riesgos y actuación gubernamental

Consideramos importante señalar que, con respecto al margen discrecional que tiene el Gobierno para apreciar la crisis, es vital la claridad argumentativa del mismo en la expedición de las normas. La obligación de motivación integral de la crisis y sus riesgos es necesaria. Tal motivación condiciona las medidas de prevención, contención y mitigación de los daños que se causen. Por esta razón, el Gobierno deberá motivar toda la normatividad que surja de la declaratoria de emergencia con claridad y suficiencia. El balanceo del riesgo constitucional que pueden tener los derechos fundamentales con la declaratoria de emergencia exige al Gobierno hacer una revisión extensa de las posibilidades de decisión, que evidencie la mejor opción para optimizar la relación garantía-sacrificio entre los derechos involucrados. Un balanceo indebido del riesgo generará reproches constitucionales. Insistimos en que un indebido cálculo del daño y de la probabilidad de ocurrencia, de forma especulativa llevan a una decisión discrecional y arbitraria.

Interpretación restringida de la facultad normativa del Presidente de la República

El Decreto establece en el inciso final de las justificaciones del punto 3 que “tas [Sic] medidas que se anuncian en este decreto *no agotan los asuntos que pueden abordarse en ejercicio de las facultades conferidas por el estado de excepción*, Jo [Sic] que significa que en el proceso de evaluación de los efectos de la emergencia podrían detectarse *nuevos requerimientos* y, por tanto, diseñarse *estrategias novedosas* para afrontar la crisis”. Esta

¹² Para ver la normatividad expedida a partir de la declaratoria de emergencia se puede consultar la página <http://www.regiones.gov.co/Inicio/COVID-19.html#features11-3k>.

justificación nos preocupa, pues ¿qué es un nuevo requerimiento? y ¿qué es una estrategia novedosa? Y ¿estas estrategias y requerimientos nuevos se consideran una auto-habilitación gubernamental para eludir el control de constitucionalidad usando normas que no sean “decretos legislativos”? Opinamos que las frases en cursiva son constitucionales siempre que interpreten y respeten los límites establecidos en la Constitución frente al uso de los poderes excepcionales.

Medidas imprecisas

El Decreto 417/2020 enuncia las medidas que tomará el Gobierno. La primera medida, contenida en el inciso primero, establece que el Gobierno dispondrá

...de los recursos que se encuentren a cargo de la Nación y de las Entidades Territoriales. Tales como el Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE- del Sistema General de Regalías y el Fondo de Pensiones Territoriales -FONPET-, *a título de préstamo o cualquier otro que se requiera.*

La frase en cursiva nos genera una seria preocupación ciudadana. La obtención de recursos adicionales para enfrentar la crisis es indiscutiblemente necesaria, pero surge la pregunta sobre de qué fondo tomará dinero el Gobierno y bajo qué título será captado el dinero: bien como un préstamo o al título que el Gobierno imponga. Esta es nuestra preocupación: la frase está redactada de manera ambigua. El Gobierno debió ser muy preciso en señalar las fuentes de financiación y el título de restitución del préstamo. La redacción actual faculta al Gobierno para hacer variaciones en las formas en las que adquirió la obligación. Por ejemplo, supongamos que el Gobierno decide financiar la crisis usando las pensiones de los fondos territoriales; en el Decreto Legislativo establece el título y el modo de la obligación. La decisión que se tomó en ese Decreto puede cambiarse o elegirse a discrecionalidad del Gobierno. Cambiar o elegir los modos de una obligación al título que el Gobierno decida es peligroso: en el ejemplo que pusimos ¿qué le impide al Gobierno que autónomamente cambie la forma de captar recursos de un fondo pensional, cambiándolo de un contrato de mutuo, por una donación? ¿el Gobierno ya no tendría la obligación de devolver el dinero ajeno gracias a la motivación de este decreto?

Sobre este punto queremos resaltar, nuevamente, la necesidad de ser claros en las medidas normativas que se tomen. La ambigüedad en las medidas que tome el Gobierno puede desequilibrar el principio democrático y el Estado social de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 11001-03-15-000-2010-00352-00. (MP. María Claudia Rojas Lasso), 1 de junio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004/1992 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), 7 de mayo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-447 de 1992. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), 9 de julio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -179/1994. (MP. Carlos Gaviria Díaz), 13 de abril.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-366/1994. (MP. Alejandro Martínez Caballero), 18 de agosto

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-565/1996. (MP. José Gregorio Hernández Galindo), 6 de noviembre.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122/1997. (MP. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz), 12 de marzo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122 del de 1999. (MP. Fabio Morón Díaz), 1 de marzo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-216/1999. (MP. Antonio Barrera Carbonell), 14 de abril.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-802/2002. (MP. Jaime Córdoba Triviño), 2 de octubre.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-135/2009. (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), 25 de febrero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-254/2009. (MP. Nilson Pinilla Pinilla), 2 de abril.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1032/2010. (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), 28 de abril.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-216/2011. (MP. María Victoria Calle Correa), 28 de octubre.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-156/2011. (MP. Mauricio González Cuervo), 9 de marzo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-216/2011. (MP. Juan Carlos Henao Pérez). 29 de marzo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-670/2015. (MP. Mauricio González Cuervo), 30 de septiembre.
- Vanegas Gil, Pedro Pablo (2011). La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. *Revista Derecho del Estado*, (27), 261-290.
- Ley 137/1994. Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. 3 de junio. Diario Oficial. No. 41379.
- Tobón Tobón, Mary Luz. (2019), Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Biblioteca de tesis doctorales. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.

Tercera parte

DERECHOS FUNDAMENTALES
EN TIEMPOS DE PANDEMIA

LA EDUCACIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA: LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC) COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN



ERIC LEIVA RAMÍREZ¹

Resumen: La pandemia generada por la diseminación global del COVID-19 llevó a que las autoridades colombianas adoptaran medidas de aislamiento social preventivo para contener la propagación de la infección en el territorio nacional, afectando a diferentes sectores de la población, incluyendo a los actores que pertenecen al sistema educativo, pues la mayoría de estos se vieron forzados a buscar estrategias no planeadas para garantizar el derecho fundamental a la educación. Por ello, el objetivo de este documento es exponer argumentos que demuestren que el empleo de las TIC en los procesos educativos permitiría brindar un servicio público de educación equitativo y de mejor calidad en comparación con aquellos modelos educativos que se fundamentan en la enseñanza presencial no mediada, modalidad mayoritariamente empleada por las instituciones de educación antes de la pandemia.

INTRODUCCIÓN

La pandemia generada por el COVID-19 ha afectado a diferentes sectores de la sociedad colombiana, siendo uno de estos los servicios

¹ Abogado y Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia. Magíster y Doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes y candidato a doctor en derecho de la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Docente titular e investigador de la facultad de Derecho de la Universidad Libre (Colombia) e integrante del grupo de investigación de Estudios en Bioética, Ecología Humana y Ecología Política: Con(S)-Ciencia. Investigador asociado – Colciencias. Correo electrónico: eric.leivar@unilibre.edu.co

que están dirigidos a garantizar el derecho a la educación. En efecto, las primeras medidas adoptadas por el Gobierno Nacional a través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 - norma jurídica que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo COVID-19 - fue restringir la movilidad y congregación en espacios a todos los actores del sector educativo en todos sus niveles. Es decir, estudiantes, docentes y directivos de grados de básica primaria, secundaria, media vocacional y universitario (técnico, tecnológico, profesional y postgradual) tuvieron que dejar de asistir a sus clases presenciales en los campus físicos que tienen las diferentes instituciones educativas.

La anterior situación implicó una transformación en la forma operativa de realizar las actividades académicas, aunque de manera gradual. Así, el Decreto legislativo 417 de 2020 ordenó el aislamiento obligatorio preventivo para la mayor parte de la población colombiana, incluyendo estudiantes, docentes y directivos de las diferentes instituciones educativas, tanto de naturaleza pública como privada, eventualidad para la cual la mayoría de estas no se encontraban debidamente preparadas, y que implicó adoptar distintas medidas para garantizar no solo su funcionamiento, sino el derecho fundamental a la educación. Sin embargo, las estrategias diseñadas se vieron enfrentadas a realidades desconocidas hasta por los mismos actores, y especialmente por las autoridades estatales, quienes adoptaron directrices que en la mayoría de los casos tendrían una eficacia jurídica y sociológica distinta a la que tendría en estado de normalidad, no por el hecho de la transformación de la interacción social ocasionada por la pandemia del COVID-19, sino porque eran anteriores a esta calamidad mundial y solo vinieron a florecer gracias a que las estrategias gubernamentales y privadas, para seguir brindando los servicios educativos, requerían de aquello que se carecía, como son las herramientas tecnológicas.

En efecto, la pandemia referenciada ha hecho públicas diferentes realidades, como que los estudiantes de diferentes instituciones educativas con población perteneciente a clases medias y altas carecían de equipos tecnológicos, como computadores y/o laptops, para recibir sus clases sincrónicas de manera virtual; o que un número considerable

de estudiantes y docentes no poseía servicio de Internet para recibir o comunicar saberes a través de la Web; o la escasa –y no pocas veces regular– cobertura y calidad de la red de banda ancha y fibra óptica a lo largo del territorio nacional, así como lo costoso que resulta la prestación de este servicio que en estos momentos se ha vuelto indispensable; o el hecho de que estudiantes y docentes que se autodefinían como virtuales solo lo eran con el uso de las redes sociales, pues en la práctica carecían de las competencias tecnológicas para emplear herramientas digitales diferentes, como aquellas que permiten las sesiones de clases sincrónicas; o docentes que han tenido serias dificultades para comunicar saberes, porque solo han concebido la presencia física en las aulas como la manera por excelencia para interactuar con sus estudiantes y garantizar la calidad educativa; o la resistencia de muchos actores a aceptar la virtualidad, pues esta modalidad solo promueve la mediocridad de la educación.

Estas realidades fueron palpables para la población como consecuencia de la pandemia generada por la propagación del COVID-19, que motivó la adopción de medidas de confinamiento, y por ello a incentivar el uso de herramientas tecnológicas con las que no se contaba; en los casos que fue posible el uso de las herramientas, estas eran deficientes.

Lo anterior conlleva a realizar las siguientes afirmaciones: 1) la resistencia a la virtualidad es una consecuencia de la mentalidad tradicional que considera que solo la interacción en un aula física garantiza la calidad educativa; 2) las autoridades colombianas no han hecho los esfuerzos suficientes para garantizar el acceso a servicios tecnológicos, como la conexión a redes de Internet o equipos técnicos para emplearlos (aproximadamente el 60% de la población colombiana carece de acceso a Internet o computadores y laptops); y 3) aún existe una concepción patriarcal y escolástica sobre los procesos educativos, la cual genera resistencia –y hasta animadversión– hacia el uso y empleo de las Tecnologías de la Innovación y la Comunicación (TIC) en las dinámicas de enseñanza y aprendizaje.

De lo anterior surge el siguiente interrogante: ¿es negativo el uso de las TIC en los procesos educativos? Una respuesta hipotética a esta pregunta será el objetivo de este documento, pues busca exponer argumentos que demuestran que el empleo de estas herramientas no solo contribuiría a fortalecer y ampliar la cobertura y oferta educativa, sino

que, contrario a lo expuesto previamente, el uso de estas conllevaría a elaborar políticas públicas que vayan en favor de generar una educación de mejor calidad y equidad a la ofrecida antes de la pandemia, que se basaba en un modelo educativo que favorecía mayoritariamente a la enseñanza presencial en el aula física, más aun cuando la Ministra de Educación del momento dijo de forma contundente: “la virtualidad llegó para quedarse” (el tiempo.com, 2020).

En estos momentos los paradigmas clásicos de los procesos educativos se han venido transformando de una forma sustancial, gracias a la entrada de las nuevas tecnologías y las transformaciones políticas de las sociedades en donde la información viaja con más facilidad y su acceso goza de menores restricciones. Así, Said plantea:

El surgimiento de una nueva generación de estudiantes multimedia e hipertextuales, capaces de establecer sus propias trayectorias individuales de construcción de acceso a la información y construcción del conocimiento, así como de alternar roles de lectura y autoría en escenarios virtuales, hacen que los avances TIC en los escenarios de enseñanza estén delineando un nuevo modelo de estudiante, cada vez más activo y constructivo, cada vez más responsable al momento de acceder a la información, secuenciarla y extraer significados de ella. Ello trae consigo la necesidad de replantear una reconfiguración del modelo pedagógico, así como la forma de aproximación que se hace en torno a las TIC y el perfil que deben tener los docentes para sacar el máximo provecho de este nuevo tipo de estudiante, miembro de la generación Bit o generación e. (2009, p. 80).

En virtud de lo anterior, la inclusión de las TIC en los procesos educativos no es suficiente, pues sin una orientación enmarcada a la consolidación de espacios de aprendizaje no solo serían negativos a la sociedad, sino destructivos para esta. De ahí que los procesos de enseñanza y aprendizaje deban estar acompañados de una política educativa progresiva que permita consolidar una comunicación más directa entre estudiantes, docentes y autoridades; que no esté dirigida exclusivamente al uso masivo de los instrumentos tecnológicos, toda vez que este enfoque no contribuiría a generar espacios de debate y reflexión, requisito *sine qua non* de la educación, pues esta contribuye a brindar saberes al mayor número de personas posibles (derecho a la educación), y con la

comunicación de estos plantear elementos de juicio que permitan a los actores del proceso educativo tomar decisiones conscientes.

En concordancia con lo anterior, el ser simples espectadores o consumidores de educación solo afianza los modelos educativos que se caracterizan por resaltar procesos de observación acrítica, imitación y reproducción-repetición, es decir, una educación para moldear, suprimiendo cualquier posibilidad de afrontar una actitud crítica frente a la realidad. Por ello, es necesario dar un salto cualitativo para acercarse a una verdadera sociedad del conocimiento, objetivo que solo sería posible si se tiene acceso a este.

Lo expuesto hasta el momento refleja un escenario cercano a la construcción de una sociedad del conocimiento que fortalezca sus procesos educativos con el empleo de las TIC. Sin embargo, esta no sería la única consecuencia que traería el empleo generalizado de las tecnologías en las dinámicas de enseñanza y aprendizaje, pues estas también contribuirían a generar una mejor distribución de la riqueza en la medida que, al ampliar la cobertura educativa, se estaría obteniendo un mayor número de personas con las competencias necesarias para un mercado laboral o de innovación. En este sentido, Martínez y Amador sostienen:

La educación se presenta, así, como una pieza clave en la necesaria tarea de generar un desarrollo económico capaz de favorecer a su vez un desarrollo social equitativo (Gobernado, 2009). Esta debe contribuir al fomento del “capital humano” desde un punto de vista global, y no exclusivamente desde un punto de vista formativo-instructivo. Los sujetos tienen que desarrollar sus competencias técnicas, adquirir conocimientos técnico-profesionales y ponerlos en práctica en el mundo empresarial y productivo para generar valor añadido; pero del mismo modo también deben desarrollar las competencias sociales y personales que les capaciten para la vida en sociedad en sentido amplio. Pues de lo contrario, la educación seguiría al servicio exclusivo de los intereses económicos de “unos pocos” manteniéndose el estatus quo actual caracterizado por la inequidad y los desequilibrios socioeconómicos. (2010, p. 90)

En este sentido, existe una estrecha relación entre educación y desarrollo de la cultura emprendedora y, a su vez, entre esta última y el

crecimiento económico y social, pues la educación es necesaria para promover la cultura emprendedora, y en esta se encuentra la base del desarrollo económico y social. Así, “el espíritu emprendedor y la creación de empresas convierten la educación tradicional en educación investigadora y emprendedora”. (Leiva, 2015, p. 5)

La educación tiene que favorecer el desarrollo individual y colectivo, atendiendo a las necesidades de la comunidad, para así transformar la realidad. Una forma de conseguir esto es a través de una cultura de emprendimiento, en la medida que este nuevo paradigma es fundamental para el desarrollo de una región. Por lo tanto, “si la educación nos ayuda a extender la democracia en una sociedad, para hacerla más justa y equitativa en todos sus ámbitos y dimensiones, no podemos olvidar democratizar también los medios que permiten el desarrollo económico y, por ende, social.” (Martínez y Amador, 2010, p. 90). En este sentido, la “construcción teórica formal que fundamentada [de manera] científica e ideológica [permite] interpretar, diseñar y ajustar la realidad pedagógica respondiendo a una necesidad histórica concreta.” (Ortiz, 2009, p. 25).

Es por esta razón que los patrones educativos deben ser acordes a las transformaciones sociales que afrontan las comunidades que interactúan en los procesos de aprendizaje, y por ello es necesario diseñar un modelo pedagógico que sea acorde y que garantice la prestación del servicio educativo a la demanda y expectativas de los actores del proceso educativo, y la rápida circulación de información que se genera gracias a los múltiples avances tecnológicos que surgen en la sociedad contemporánea (Leiva, 2015: 6).

Los postulados enunciados en el párrafo anterior exigen solventar la realización de los siguientes objetivos, sin que la ejecución de estos implique desconocer variables como los espacios geográficos, el acceso de los actores a la tecnología y los cambios que vaya teniendo la sociedad: incentivar la equidad educativa, es decir, una educación en igualdad de oportunidades para que todos los actores del proceso educativo logren desarrollar al máximo su potencial, sin pretender la obtención de iguales resultados, sino que las diferencias que se encuentran entre ellos no sean debidas a factores sociales, culturales o económicos; favorecer la comunicación y competencias interculturales²; y apoyar el cambio social según principios

de justicia social, porque las instituciones educativas pueden contar con espacios para incentivar la transformación social, de modo que en estas es posible superar las desigualdades (racismo personal e institucional, etnocentrismo, desigual distribución de recursos, relaciones de poder desiguales, etc.), sin que se presenten agresiones entre los actores⁵.

Lo anterior contribuiría no solo a mejorar la calidad académica, sino a objetivar la propia identidad al permitir aprender a escuchar lo ajeno, a respetarlo y a apreciarlo, actitudes que se traducirían en habilidades y valores, y a incentivar la curiosidad por conocer lo diferente y por estimar la diversidad, incluyendo aquella de naturaleza cultural; propósito que sería realizable con la incorporación de las TIC en la educación, siempre que a través de estas se tenga en cuenta la realidad cultural de los estudiantes, se respete su diversidad y promueva el reconocimiento de su identidad cultural.

Los objetivos expuestos requieren de un escenario que permita diseñar espacios efectivos de interacción entre los actores del proceso educativo virtual o mediado por TIC, que garantice la cobertura y calidad educativa, la resiliencia del sistema educativo ante las variables económicas, políticas y sociales, y el mejoramiento de las condiciones de existencia de las personas que participan de este modelo educativo, siendo el Espacio Virtual de Aprendizaje (EVA) uno de los indicados para la materialización de estos propósitos.

² Los actores competentes interculturalmente serán aquellos que tengan la habilidad de interactuar con los demás, aceptando otras perspectivas y percepciones del mundo, de mediar entre diferentes perspectivas y de ser conscientes de sus propias valoraciones sobre la diversidad. La competencia intercultural se compondría de conocimientos, habilidades y actitudes, complementados por los valores que cada uno tiene por su pertenencia a una sociedad y a unos grupos sociales determinados. Las actitudes (apertura, voluntad de flexibilizar las propias creencias y comportamientos, empatía, entre otros) constituirían la base de esta competencia. (Leiva, 2015, p. 10).

⁵ Para ello, es necesario que la escuela transforme su orientación hacia la valoración y aceptación de la diversidad cultural como un elemento positivo para todas las personas que en ella interactúan. De igual manera, es necesaria la formación de profesores para la interculturalidad, que apliquen metodologías en el aula y en el clima escolar, que tiendan al intercambio de valores culturales que posean todos los actores. Esto se complementa con la extensión de la propuesta educativa a todos los ámbitos sociales y no solo al educativo. (Leiva, 2015, p. 20).

En efecto, un EVA facilita la comunicación entre los participantes del proceso educativo, independiente de la modalidad a emplear –presencial o virtual o mediada por TIC– gracias al empleo de estrategias pedagógicas, tales como debates en línea, materiales educativos en formato digital y la integración contenidos relevantes de la red para posibilitar la participación de profesionales externos a través de foros interactivos. Sobre este aspecto menciona Silva:

Un Entorno Virtual de Aprendizaje es un espacio diseñado con finalidades formativas: debe diferenciarse de un espacio web bien estructurado, pues éste no garantiza aprendizaje. El diseño debe nutrirse principalmente de las investigaciones relacionadas con la estructuración y representación de la información y cómo puede ser utilizada en actividades de aprendizaje e interacción. (2005, p. 63)

CONCLUSIONES

La pandemia generada por el COVID-19 ha permitido evidenciar las carencias tecnológicas que poseen las instituciones de educación para aplicar procesos educativos virtuales o mediados por TIC, situación que ha dificultado garantizar la continuidad de la comunicación de saberes y, no en pocas ocasiones, la calidad de estos, no por las herramientas tecnológicas *per se*, sino por la resistencia de algunos actores del proceso educativo a su inclusión en los procesos de enseñanza y aprendizaje, el desconocimiento del uso apropiado de estas y el pensamiento tradicional que desacredita la educación basada en TIC frente a las modalidades educativas presenciales.

De la misma manera, el confinamiento preventivo obligatorio también ha demostrado que la mayoría de las instituciones que prestan el servicio público de educación –tanto las públicas como privadas– no se encontraban preparadas para ofrecer y garantizar este derecho fundamental a través del uso de herramientas tecnológicas, ni contaban con un personal capacitado para comunicar técnicamente los contenidos de las áreas del saber; y aunque en Colombia existen instituciones especializadas en educación virtual, estas poseen un número escaso de estudiantes, pues aún se cuestiona la calidad educativa de estas,

presunción que ha empezado a cuestionarse como consecuencia del cambio que esta pandemia está generando en la mentalidad de los diferentes actores del proceso educativo.

Igualmente, otras de las realidades que ha expuesto esta anómala situación es la falta de capacidad de reacción del Estado para garantizar el derecho fundamental a la educación. En efecto, los servicios educativos que se brindan a la población que cursa básica primaria, básica secundaria y medio vocacional –estos deben ser garantizados por el Estado, pues integran el núcleo esencial del derecho fundamental a la educación– en las instituciones de educación pública se han visto afectados, porque la mayor parte de la población carece de instrumentos tecnológicos idóneos para la mediación sincrónica (computadores, laptops, tabletas, etc.), softwares apropiados para los trabajos asincrónicos y cobertura de internet banda ancha o fibra óptica que garantice la conectividad e interacción entre los actores del proceso educativo.

Por lo anterior, la realidad que ha surgido como consecuencia del aislamiento obligatorio ordenado por la presencia del COVID-19, si bien demuestra un panorama desalentador, este no impide que se diseñen políticas públicas que contribuyan a fortalecer los procesos educativos que permitan no solo ampliar la cobertura educativa al mayor número de actores, sino el mejoramiento de las condiciones de existencia de estos. Este propósito puede verse materializado gracias al uso de las TIC en los procesos educativos mediante una apertura –así sea moderada– a la virtualidad, pues esta implica realizar un grado de inversión en infraestructura que implicaría la vinculación de mano de obra local en el corto plazo (incorporación de redes de conexión), en el mediano plazo (capacitación por parte de los operadores a personal de mercadeo para los procesos de adquisición de servicios) y largo plazo (técnicos que se encarguen de la instalación, mantenimiento y extensión de redes).

Adicionalmente, los procesos educativos que implementen TIC podrían contribuir a la reducción de la pobreza y de la brecha educativa entre aquellos sectores que tienen acceso a la tecnología y quienes no la poseen. En efecto, el hecho de que la población que se encuentra en el índice de pobreza pueda acceder a productos tecnológicos y servicios de internet (digital o banda ancha) les facilitaría acceder a contenidos educativos

similares a los de aquellos que pueden adquirir este servicio público. Esta reducción tendría un mayor impacto cualitativo y cuantitativo si se extiende a la población rural. Inclusive, las TIC podrían ayudar a reducir el índice de migración que este sector realiza a las áreas urbanas, pues podrían contar con educación de calidad sin tener que desplazarse de su entorno físico y cultural. Estas condiciones del servicio también podrían aplicarse a procesos de capacitación *en terreno* a un sector no escolarizado, y que estén relacionadas con las diferentes actividades productivas del sector rural y atiendan a la realidad geográfica, social y cultural de esta población.

En concordancia con lo expuesto previamente, los actores del proceso educativo deberían comprender las bondades que tiene la implementación de las TIC en las diferentes estrategias de enseñanza-aprendizaje tales como: el desarrollo de nuevas habilidades para la búsqueda y transmisión de información tanto de estudiantes como de docentes, la posibilidad de diseñar nuevos procesos de enseñanza y aprendizaje para el aprovechamiento de las funcionalidades que ofrecen las TIC y garantizar la creciente demanda de un nuevo sistema educativo que incluya herramientas tecnológicas que aseguren una formación holística del proceso de acceso y construcción del conocimiento en el que participen interactivamente los actores. Por ello, la comprensión de estos beneficios tanto por las autoridades como por la sociedad permitiría visualizar las potencialidades que estas tienen para fortalecer los contextos de enseñanza-aprendizaje; “Estos nuevos escenarios en los que se enmarca la educación ponen de manifiesto la necesidad de reorientar y llevar a cabo cambios sustanciales en el paradigma educativo que permitan hacer frente a las nuevas demandas sociales” (Díaz, 2012, p.155). Por lo tanto, los métodos de enseñanza de la post pandemia deberían diseñarse pensando en la introducción de la tecnología en la educación⁴. Sobre el particular, Cassany menciona:

⁴ Las TIC no eliminan los objetivos de los procesos de aprendizaje; por el contrario, los expande al crear nuevos soportes, formatos de almacenamiento y procesamiento de textos y funcionalidades, aportando novedosos modos de expresión, acceso a la información y vías para adquirir y compartir conocimiento (Lamarca, 2009). Así, la tecnología de los medios se pone al servicio de la didáctica, sus avances hacen prever un cambio en el trabajo docente. La preparación de softwares educativos se ha convertido en uno de los escenarios de trabajo de los egresados de las facultades de educación; las salas multimediales resultan ser un laboratorio de primer orden para el trabajo del futuro

Conviene destacar que la escuela difícilmente puede seguir el ritmo frenético con que se está operando esta transformación. Aunque queden ya pocas personas y menos instituciones que todavía escriban a mano o con máquina mecánica o eléctrica, la escuela todavía sigue enseñando a escribir a escribir de modo analógico, con lápiz y sacapuntas, con todas las implicaciones que tiene: énfasis en cuestiones caligráficas y ortográficas, menos posibilidad de reformulación, etc. Indudablemente, este hecho debe resultar desmotivador para el aprendiz que –tenga o no ordenador en su casa- ve que en el centro escolar siguen enseñando a escribir de una manera que ya nadie usa en la comunidad. (1999, p. 96)
(negritas fuera del texto original)

El acceso y el uso estratégico de las TIC permite promover el desarrollo económico, la reducción de la pobreza y la eficacia de derechos fundamentales como la libertad de expresión, derechos a la educación e información, control político-ciudadano y defensa de los derechos humanos (Leiva, Jiménez y Meneses, 2019). Por esta razón, el rol que estas desempeñarían en la sociedad colombiana post pandemia sería fundamental, siempre que ocupen un lugar central en la cooperación para el desarrollo de aquellas acciones orientadas al avance de estos fines estatales, pues el mayor acceso a la educación no solo garantiza un mejoramiento del capital humano y económico, sino que permite una consolidación paulatina, sólida y eficaz del Estado social de Derecho. Sobre el particular, menciona la UNESCO:

Los niños de familias de bajos ingresos pueden beneficiarse del acceso a una enseñanza asistida por computadora que comprenda programas informáticos interactivos bien concebidos que propicien la adquisición de cualificaciones y de las competencias previstas en el plan de estudios. Un estudio a pequeña escala realizado en escuelas en zonas de bajos ingresos de Tel Aviv (Israel) mostró que los alumnos de quinto grado que utilizaban un programa de actividades didácticas interactivas asistidas por computadora, impartido mediante computadoras portátiles

docente. Es por ello que el docente de hoy debe ser consciente de que los procesos educativos se están desarrollando a través del uso de las TIC, herramienta didáctica acorde con los nuevos sujetos educativos provenientes de la cultura de la imagen (Gómez, 2002, p. 58).

individuales, habían logrado mejoras en el aprendizaje mucho más importantes que los alumnos que recibían la enseñanza en un entorno tradicional. El programa informático especialmente diseñado, ajustado al plan de estudios nacional, permitió a los docentes proporcionar distintos materiales a los alumnos con diferentes niveles de rendimiento y dejarlos trabajar según sus propias capacidades. (Rosen y Manny-Ikan, 2011). (2014, p. 501)

Si bien las TIC no son una solución milagrosa a las problemáticas que tiene el sistema educativo colombiano, y que fueron expuestas al inicio de estas conclusiones⁵, la inclusión de estas en los diferentes modelos pedagógicos permitiría garantizar eficazmente el derecho fundamental a la educación de los actores que intervienen en los procesos educativos, especialmente cuando para el desarrollo de estos se diseñan Entornos Virtuales de Aprendizaje (EVA) que permitan desarrollar todas las potencialidades que tiene una educación basada o mediada por TIC; generar espacios para la interacción y el intercambio, favorecer la puesta en práctica de valores como la solidaridad y el respeto a la diversidad y promover estrategias de comunicación, colaboración y diálogo entre los participantes en los procesos de enseñanza-aprendizaje que se realizan y habrán de realizar en la sociedad colombiana de las post pandemia COVID -19.

REFERENCIAS

Barysch, B. (2014). *La falsa promesa de la democracia digital*. Disponible en: http://www.eltiempo.com/tecnologia/internet/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-13719955.html. Consultado el 30 de marzo de 2018.

⁵ Sobre el particular menciona Barysch (2014):

“En sus inicios, los más entusiastas soñaban con que el mero acceso a internet ayudaría a difundir la democracia. No fue así. A fines de los años 90, un 4 por ciento de la población mundial usaba la red: hoy la cifra alcanza casi al 40 por ciento. Sin embargo, la proporción de países calificados como “no libres” o “parcialmente libres” por el observatorio de la democracia Freedom House apenas ha cambiado en ese periodo. En la batalla entre redes y jerarquías, la mayoría de las veces ganan estas últimas.”

- Cassany, D. (1999). *Construir la escritura*. Barcelona. Editorial Paidós.
- Díaz, T. (2012). *La función de las TIC en la transformación de la sociedad y de la educación*. En: Carneiro, R.; Toscano, J. y Díaz, T. *Los desafíos de las TIC para el cambio educativo*. [155-163]. Madrid. Organización de Estados Iberoamericanos (OEI) y Fundación Santillana.
- Eltiempo.com (2020, 8 de mayo). ¿De qué depende el regreso a clases presenciales en el país? <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/coronavirus-en-colombia-de-que-depende-el-regreso-a-clases-presenciales-492916> Consultado el 8 de mayo de 2020.
- Gómez, B. (2002). *El Hipertexto como herramienta didáctica*. En: *El Oficio de Investigar - Educación y pedagogía frente a nuevos retos* [58:63]. Colección: Desarrollos en Investigación en Educación No 3. Bogotá D.C. Universidad Pedagógica Nacional.
- Lamarca, M. (2009) *Lectura y escritura digitales*. Disponible en: <http://artesanadigital.blogspot.com/2009/01/lectura-y-escritura-digitales.html>. Consultado el 15 de septiembre de 2017.
- Leiva, E. (2015). La influencia de las TIC y la educación cívica en los procesos deliberativos de las sociedades pluralistas. *Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*, 14: 5-10
- Leiva Ramírez, E. (2015). Las paradojas de las políticas centralistas en relación con la autonomía de las entidades territoriales en Colombia. *Revista Derecho Del Estado*, (35), 41-63. <https://doi.org/10.18601/01229893.n35.03>
- Leiva Ramírez, E., Jiménez, W., & Meneses Quintana, O. (2018). Los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo. *Revista Derecho Del Estado*, (42), 149-180. <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.06>
- Martínez, F. y Amador, L. (2010). *Educación y desarrollo socio – económico*. Revista contextos educativos, 13: 83-97.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (2014). *Enseñanza y aprendizaje: lograr la*

calidad para todos - Informe de Seguimiento de la EPT en el mundo.
París. UNESCO.

Ortiz, A. (2009) *Pedagogía y docencia universitaria: Hacia una Didáctica de la Educación Superior*. Tomo 1. Ediciones CEPEDID.

Said, E. (2009). *TIC y periodismo digital en el contexto escolar*. En: Said, E. et al. *La educación como espacio de desarrollo para Barranquilla* [80:81]. Barranquilla. Alcaldía de Barranquilla – Universidad del Norte.

Silva, J. (2011). *Diseño y moderación de Entornos Virtuales de Aprendizaje (EVA)*. Barcelona. Editorial UOC.



WALTER PÉREZ NIÑO¹

La enfermedad COVID-19 se ha propagado rápidamente por el globo, convirtiéndose en un desafío para los Estados, incluyendo el colombiano; el Gobierno ha tomado medidas urgentes para poder lidiar con la pandemia. Quizá la más importante en el ámbito educativo fue la suspensión de clases presenciales, debido al justificado riesgo que podrían presentar. Poco menos de doce millones de estudiantes en Colombia se han visto afectados por esta decisión, incluyendo todos los niveles de enseñanza (UNESCO, 2020).

Frente a estas circunstancias, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha advertido que los países deben hacer un esfuerzo por continuar con la enseñanza en línea, con el fin de mitigar el impacto en el derecho a la educación, haciendo la salvedad de que estas circunstancias corren el riesgo de profundizar en las inequidades entre alumnos ricos y pobres, debido al acceso de equipos o a conexiones de internet (CDESC, 2020, para. 7). En esa línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha advertido que, para que los Estados cumplan con el deber de asegurar la educación en este contexto de aislamiento, deben proveer las herramientas necesarias para realizar las actividades, en especial propendiendo por la educación en línea para los niños en situación de discapacidad (CADH, 2020, para. 64)².

¹ Doctor en Derecho Universidad Autónoma de Chile. Docente investigador Universidad Libre – Sede Candelaria. walter.perez@unilibre.edu.co. El autor elabora este aporte como resultado de investigación del proyecto “Trabajadores de la cultura: Entre maestros, artistas, artesanos y deportistas. Garantía de los derechos sociales en Colombia”. <https://orcid.org/0000-0002-5924-235X>

² La Corte Interamericana emitió un comunicado, pero no se hace alguna declaración explícita sobre el derecho a la educación. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>

La OCDE ha realizado algunas sugerencias de políticas públicas educativas para la pandemia. Dentro de estas se encuentran: establecer mecanismos de coordinación con las autoridades de salud; revisar las prioridades en relación con las metas del currículo; estudiar opciones para recuperar tiempo; examinar que todas las personas tengan acceso al aprendizaje online, y buscar alternativas para quienes no tienen; implementar otras estrategias a través de la televisión, la radio, podcast o paquetes en papel o medios digitales si las personas no tienen acceso a internet; tratar de identificar y dar soporte a los estudiantes más vulnerables; proveer servicios sociales que prestaba en la normalidad como alimentación escolar o servicios de salud mental, (Reimers & Schleicher, 2020, pp. 5–6).

El Laboratorio de Economía de la Educación (LEE) de la Universidad Javeriana, en un reciente trabajo, también ha realizado algunas sugerencias interesantes para esta época, como: ajustar el calendario escolar; establecer estrategias de nivelación académica; dotar de accesos y herramientas tecnológicas; crear y adaptar plataformas virtuales; capacitar y crear incentivos para los docentes; difundir el material educativo; establecer estrategias de prevención en salud; cuidar la nutrición y la salud mental y emocional de los estudiantes; vincular a los padres y cuidadores en los procesos de aprendizaje de sus hijos; crear alianzas y encuentros territoriales; y crear recursos adicionales (Abadía et al., 2020, pp. 1–13).

Para contrarrestar los impactos del aislamiento en el sector educativo, el gobierno ha anunciado otras medidas, como la disposición de un portal móvil de navegación gratuita para acceder a contenidos educativos; llegar a los territorios con un plan de programas de televisión; establecer un plan para llevar internet a los estratos 1 y 2; promover el nombramiento de docentes; permitir que los programas de alimentación escolar sean consumidos en casa; suspender la presentación del examen de Estado, y a su vez permitir que este no sea un requisito para ingresar a la educación superior³; y un plan de auxilios educativos para beneficiarios de créditos con el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos (ICETEX) (Ministerio de Educación, 2020).

³ Examen que funciona para que los estudiantes puedan ingresar a instituciones de educación superior.

Ahora bien, antes de dar un vistazo al impacto del COVID-19 y las políticas públicas aplicadas por el Estado para mitigar sus efectos negativos en el ejercicio del derecho a la educación, es necesario realizar una reflexión sobre el contexto en el que se presenta esta nueva problemática. Por ello es oportuno examinar, en primer lugar, las obligaciones educativas del Estado colombiano y, en segundo, algunas cifras que describen el estado del derecho.

Respecto a las obligaciones estatales, existen varias disposiciones de la mayor relevancia que amparan el núcleo esencial del derecho, como los artículos 44, 67 y 68 de la Carta Política, el artículo 13 del Protocolo de San Salvador y artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (art. 13), entre muchas otras. En ese sentido, es de resaltar lo establecido en la Observación General No 13 del CDESC⁴, ya que condensa las condiciones exigidas por el PIDESC para los sistemas educativos; estas son: **i) disponibilidad**, es decir que deben existir la cantidad de instituciones y programas suficientes en cada uno de los Estados, conjuntamente con condiciones básicas como instalaciones sanitarias, agua potable, docentes capacitados, materiales de enseñanza, bibliotecas, servicios de informática, tecnologías de la información, etc.; **ii) accesibilidad**, por lo que las instituciones y programas de enseñanza tienen que ser accesibles a todos sin discriminación. La accesibilidad contiene tres dimensiones: la relativa a la no discriminación de grupos vulnerables, la accesibilidad material que tiene que ver con su localización geográfica o mecanismos tecnológicos y la accesibilidad económica, es decir, los costos de esta; **iii) aceptabilidad**, que implica que la educación tiene que ser admisible, por ejemplo los contenidos deben ser pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad para la estudiantes e incluso para los padres; y **iv) adaptabilidad**, según la cual la educación debe tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a los requerimientos de las sociedades y las comunidades, para responder a las necesidades de los estudiantes en los diversos contextos culturales y sociales (CDESC, 1999, para. 6)⁵.

⁴ El CDESC es el encargado de dar interpretación al PIDESC.

⁵ La Corte Constitucional ha acogido y aplicado estos parámetros como criterio para verificar el cumplimiento del derecho a la educación en su jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia T-434 de 18

En cuanto a la materialización del derecho a la educación en Colombia, en especial en épocas de pandemia, es necesario indicar que, según el DANE (2019a, p. 4.32), para 2018:

- El 52.7% de los hogares poseía conexión a internet.
- El 42.9% de las personas manifestó tener vivienda propia totalmente pagada.
- El 41.6% de los hogares manifestaron tener al menos un computador de escritorio, portátil o tableta⁶.
- El 90.7% de los hogares posee televisor.

Además de lo anterior, el LEE de la Universidad Javeriana (Abadía et al., 2020, pp. 1-13) ha señalado que:

- En Colombia el 81% de los chicos y chicas estudian en colegios oficiales.
- Los estudiantes de colegios oficiales tienen menores puntajes que los colegios no oficiales en el examen de ingreso a la educación superior.
- El 63% de los estudiantes educación media en colegios oficiales no tiene acceso a internet.
- En el 96% de los municipios, más del 50% de los estudiantes no cuentan con acceso a internet ni computador.
- El 76% de los directivos de colegios oficiales manifiestan que los dispositivos digitales disponibles para la enseñanza eran insuficientes y el 24% de ellos indicó que cuentan con una plataforma efectiva de apoyo al aprendizaje.
- El 48% de los rectores de colegios oficiales considera que sus docentes no tienen las habilidades técnicas ni pedagógicas necesarias para integrar los dispositivos digitales, en contraste con el 12% de rectores de colegios no oficiales que piensan lo mismo.
- El programa de alimentación PAE tuvo una cobertura de 4.9 millones de estudiantes para 2016, año en el que 6.2 millones de estudiantes de estratos 0, 1 y 2 pertenecían a colegios oficiales.
- En los departamentos del suroriente del país la cobertura máxima del PAE es del 37% de los estudiantes.

⁶ Cabe destacar que según el mismo DANE uno de los motivos determinantes para no poseer computador o tener conexión a internet reside en el costo del servicio.

- El 50% de los estudiantes reportó haberse sentido triste a veces o siempre.
- El 89% de los estudiantes consideran que sus padres apoyan sus esfuerzos.

Recientemente, la OCDE ha publicado un informe (Radinger et al., 2018, pp. 16–27) en el que, respecto a la educación en Colombia, indica que:

- Aunque la educación se ha priorizado, su financiación es insuficiente para lograr los objetivos en educación.
- En teoría, la política pública soporta una visión a largo tiempo; no obstante, el trabajo institucional para ello es débil.
- El sistema de financiamiento no toma en consideración las desigualdades entre territorios, escuelas y estudiantes.
- Existen problemas para monitorear el correcto gasto de los recursos en educación.
- La red educativa facilita el acceso a zonas rurales, pero crea desafíos y potenciales inequidades.
- La provisión por parte de privados, si bien puede tener unos beneficios, deja preocupaciones sobre el aseguramiento de la calidad.
- Pese a que el sistema escolar proporciona espacio para enfoques pedagógicos con el fin de atender las necesidades de los estudiantes, se necesita hacer más para ayudar a los estudiantes vulnerables a tener éxito.
- Si bien la jornada única es una iniciativa importante, se deben asegurar los recursos para su sostenimiento y planear lo que se hará con los estudiantes el tiempo extra en las escuelas.
- Son necesarios mayores esfuerzos para la profesionalización docente.
- La capacitación brindada a los profesores no es suficiente para prepararlos.
- Hay muchos docentes provisionales, lo que impacta su moral y su estatus profesional.

Sumado a que estos se concentran en zonas rurales y se contratan tarde en el año escolar y muchas veces renuncian antes de que el año escolar acabe.

Si bien la principal medida de aislamiento de los estudiantes se presenta como necesaria y oportuna, debido los posibles riesgos, lo cierto es que el Estado no estaba preparado para asumir la pandemia (De Zubiría,

2020), y de hecho esta ha vuelto más visibles las profundas desigualdades sociales que se presentan en el país. Se podría decir que, así como el COVID-19 es una enfermedad que actúa con más dureza cuando el paciente que lo padece tiene preexistencia de otras enfermedades, lo mismo sucede con la pandemia y la educación. El impacto en el sistema educativo es mayor cuando se le suman condiciones previas que la venían afectando.

Una de las principales apuestas de política educativa en la pandemia se concentra en la realización de clases por intermedio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). No obstante, como lo muestran las cifras, muchos chicos y chicas no cuentan con equipos o acceso a internet y los esfuerzos gubernamentales se muestran insuficientes en comparación con al gran número de alumnos y alumnas que lo necesitan, por lo que la educación no va a llegar para buen número. Además, en cuantiosos hogares donde se tiene un computador, este no necesariamente atiende a los requerimientos necesarios en la actualidad para atender la educación virtual o no cuentan con servicios de internet. Ahora bien, aunque exista computador en los hogares, este tiene que servir para todos los miembros del hogar que igualmente lo requieren para estudiar o trabajar.

Teniendo en cuenta los problemas descritos, el gobierno muestra como una estrategia el uso de otras herramientas como la radio y la televisión. Sin embargo, hay reparos. Primero porque, como lo muestran las cifras traídas, no todas las personas, por ejemplo, tienen acceso a un televisor; segundo, porque los contenidos dictados por estos medios no pueden corresponder a todos los niveles y necesidades educativas de los estudiantes.

El acceso a la tecnología acentúa las desigualdades. Quienes pueden ingresar a internet tendrán una mejor posibilidad de desarrollar sus conocimientos, mientras que muchos sin los medios económicos para hacerlo quedarán rezagados. Si bien después de la etapa de confinamiento se pueden hacer cursos de nivelación, también es una carga mayor injusta provocada por su situación socioeconómica. Adicionalmente, no sobra traer a colación que no toda la educación puede ser virtual, porque son necesarias las prácticas.

En educación superior, pese a que la falta de acceso a la educación virtual sería menor, puede tener impacto sobre las personas más débiles

y causar daños importantes. Generalmente los y las estudiantes de bajos recursos que acceden a la educación superior se valen de créditos condonables o becas que les exigen cierto rendimiento académico. De esa manera, los estudiantes, ya sometidos a la presión de tener un buen rendimiento, por falta de esos recursos no podrían acceder a la educación necesaria que necesitan para conservar los beneficios.

Sobre el entorno, hay que reconocer algunos esfuerzos gubernamentales para llevarle la alimentación escolar a los estudiantes y, a través de los distintos programas de focalización, dar algunos subsidios para poder tener la alimentación disponible; pero no se debe perder de vista que las familias y los estudiantes se encuentran en un momento de mucha presión, donde están viendo que tal vez lo que tienen no es suficiente para sobrevivir, que las deudas se acumulan y sus padres perdieron el empleo o no pueden salir a trabajar o que desgraciadamente sus familiares más cercanos se encuentran enfermos. Muchas veces la convivencia familiar es difícil, y más en entornos donde la violencia intrafamiliar aumenta. En todo ese entorno problemático se le exige al estudiante que estudie y esté preparado para la evaluación (Rosa, 2020).

En cuanto al personal docente, queda claro que estos no poseen los medios tecnológicos o la capacitación para afrontar esta época y, de igual forma, están bajo la presión de tener que planear sus clases teniendo en cuenta los requerimientos especiales de los estudiantes, atender sus situaciones como el cuidado doméstico de sus hijos y vivir en un ambiente de incertidumbre sobre el futuro.

Frente a los beneficios ante los créditos educativos ofrecidos por el gobierno: periodo de gracia en cuotas de créditos vigentes; reducción transitoria del interés al valor del IPC; ampliación de los plazos en los planes de amortización; y otorgamiento de nuevos créditos para el segundo semestre de 2020 sin deudor solidario, contemplados en el Decreto 467 de 2020, no parecen resolver de fondo los problemas de las personas. Muchos estudiantes o sus acudientes dependen de sus salarios como empleados o de sus ingresos como trabajadores informales⁷. Es claro que, por una parte,

⁷ El 47.9% de los trabajadores del país son informales (DANE, 2019b, p. 2)

la pandemia está impactando negativamente en empleo acrecentándolo y que los trabajadores informales no pueden ejercer su labor debido al aislamiento. La pandemia traerá una recesión económica que impactará la economía de los hogares y muy probablemente sus efectos serán a largo plazo. En ese sentido, las opciones ofrecidas por el gobierno no atienden a esa permanencia en las consecuencias que deje la pandemia.

Ante la medida de aplazar los exámenes Saber 11, esta puede ayudar a estudiantes a acceder a la educación superior privada; no obstante, queda la incertidumbre sobre los estudiantes que quieren acceder a universidades públicas y cuyo criterio de ingreso es el puntaje en dichas pruebas. No se ofrece una solución frente a esto.

Finalmente, parece que las políticas presentadas no tienen un contenido, por lo menos relevante, en relación con: **i)** niños migrantes o hijos de migrantes; **ii)** servicios de salud mental; y **iii)** la forma en que se asegurará la educación para las personas discapacitadas. Esto realmente es preocupante, porque son personas que presentan una debilidad manifiesta que necesita una mayor protección por parte del Estado.

Poder materializar el derecho a la educación en el contexto del COVID-19 se convierte en un reto cuando la misma educación no se venía materializando con las garantías básicas y mínimas necesarias, presentándose problemas estructurales que son difíciles de remediar en lapsos cortos. La OCDE ya había recomendado con anterioridad a la pandemia el aumento de recursos para asegurar la continuidad de las políticas y construir capacidad local; mejorar los sistemas de transparencia para verificar el destino de los recursos; la reorganización de las redes de educación, considerando el número de estudiantes y la distancia a la escuela; fomentar el liderazgo escolar; iniciar un proceso a largo plazo de participación para desarrollar un currículo nacional con marco para las adaptaciones locales; promover una nueva visión de la profesión docente; hacer el proceso de contratación docente más efectivo; y garantizar condiciones adecuadas para los docentes en escuelas rurales (Radinger et al., 2018, pp. 28-31).

No obstante, esta época, más que ayudar a plantear pañitos de agua tibia para intentar remediar todos los malestares de la educación, puede ser una oportunidad de pensar un nuevo modelo educativo que sea asequible

y de calidad para todos, y que contribuya a la construcción de ciudadanos y al progreso científico y tecnológico. Colombia ha quedado atrás en educación. Ha asumido un papel de proveedor de materias primas (Pérez-Rincón, 2016, pp. 6–9) y, por lo tanto, no ha apuntado a una educación que desarrolle ciencia y tecnología y que sirva para establecer valores relacionados con los derechos humanos y la participación democrática. El modelo educativo está desactualizado, desfinanciado y no existe la voluntad política necesaria para dar el salto necesario para superar las barreras descritas. Las consecuencias de este modelo saltan a la vista. Existe una dependencia de tecnología que, por ejemplo, en estas épocas de pandemia, implica que se tengan que esperar de otros países las máquinas y demás elementos médicos para atender la crisis con potenciales costos económicos y de vidas.

En la actualidad la educación es un producto que se entrega y se recibe bajo las reglas del mercado (Bauman, 2005, pp. 20-30). Pero la mercantilización no solo comprende el acceso a establecimientos educativos, que ha servido como un sistema de segregación donde se reproducen las relaciones de la élite (Tomasevski, 2004, pp. 57-161); el conocimiento se ha convertido en un producto excluyente. Esto se puede ver, por ejemplo, en el valor de los libros y los artículos, el internet, los equipos de cómputo, la propiedad intelectual y las patentes. El saber, como producto, no tiene una función social y de progreso colectivo, solo un ánimo de lucro. En una sociedad tan desigual como lo colombiana, su acceso es un privilegio de unos pocos.

Cuando un paciente se encuentra enfermo y se quiere recuperar le recomiendan cambiar sus hábitos a unos más saludables. Lo mismo se puede decir en materia educativa, priorizar la educación como factor de desarrollo, aumentar la inversión efectiva, mejorar las condiciones de las personas para poder acceder con dignidad, dotar a las escuelas y formar al personal docente es necesario. Los fallos de la política pública son evidentes, como se ha descrito en estas líneas, por lo que es urgente que la educación sea una prioridad, no solo presupuestaria, sino también política.

Incluso deben examinarse soluciones más profundas, como sacar la educación del mercado para garantizarla de manera universal sin discriminación (Atria, 2014, pp. 31–155) y abordar la política educativa como un todo en el que se tengan en cuenta las condiciones materiales

en que se desarrolla⁸, y que esta no solamente sea responsabilidad del sistema escolar, ya que existen otros actores como la familia, los medios de comunicación y los dirigentes sociales (Ospina, 2012, p. 14), y por lo tanto debe estudiar su rol como formadores.

Para pensar una nueva educación debe existir una reflexión y participación de la comunidad educativa sobre el para qué y el porqué de educarnos, revisar sus fines y sentido. La educación como producto se ha centrado en el objetivo de conseguir un diploma, más que en adquirir conocimientos. El sistema se ha vuelto un reflejo de la sociedad individualista y competitiva, en donde se castiga, por ejemplo, aliarse con los otros para responder, cuando esto es muy necesario para la vida (Ospina, 2012, p. 19). Las personas, a través de la educación, deben pensar en qué tipo de sociedad desean para el futuro.

Finalmente, queda como reto la manera en que la educación se transformará y adaptará en relación con el COVID-19 y demás enfermedades contagiosas, básicamente en dos aspectos. El primero, en cuanto a la formación para que las personas tengan hábitos y actitudes que impidan la propagación del virus, como el lavado de manos, uso de tapabocas, limpieza de objetos, etc. El segundo tiene que ver con las condiciones en que se adaptarán los establecimientos educativos para no propagar enfermedades, por lo que habría que examinar la concentración de estudiantes en los distintos espacios como las aulas, el acceso a agua y alcantarillado y los implementos necesarios para la limpieza, entre otros.

Se dice que la educación no debe parar, y con toda razón⁹, pero al tenor de lo expuesto es necesario reflexionar si en verdad la educación va a continuar para todos y en iguales condiciones. Si es mejor ofrecer cualquier educación y no una que cumpla los requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Tal vez sea mejor realizar una pausa para reflexionar y pensar sobre nuestro sistema educativo y, por ende, social.

⁸ Aunque debe reconocerse que algo se ha avanzado con la alimentación escolar, lo cierto es que existen otro tipo de necesidades materiales que afectan el aprendizaje

⁹ Está demostrado que, mediante un periodo de ausencia en el aprendizaje, además de la pausa existe una pérdida del conocimientos y habilidades ganadas (Reimers & Schleicher, 2020, p. 4).

BIBLIOGRAFÍA

- Abadía, L., Bernal, G., Gómez, S., Alonso, S., Astorga, L., Monsalve, D., Vega, C., & Garzón, O. (2020). *Hechos y recomendaciones paa enfrentar los efectos negativos del Covid-19 en la educación colombiana*. (p. 13). Universidad Javeriana.
- Atria, F. (2014). *Derechos Sociales y Educación: un nuevo paradigma de lo público*. LOM.
- Bauman, Z. (2005). *Los retos de la educación en la modernidad líquida*. Gedisa.
- CADH. (2020). *Resolución No 1* (p. 22). CIDH.
- CDESC. (1999). *Observación General 13* (p. 18). ONU.
- CDESC. (2020). *Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights* (p. 5). UN. <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>
- DANE. (2019a). *Indicadores básicos de tenencia y uso de tecnologías de la información y comunicación - TIC en hogares y personas de 5 y más años de edad* (p. 34). DANE.
- DANE. (2019b). *Indicadores de Calidad de Vida Total nacional y para las regiones de Colombia 2018*. DANE.
- De Zubiría, J. (2020, April 6). La educación en tiempos de la cuarentena. *Semana*. <https://www.semana.com/opinion/articulo/la-educacion-en-tiempos-de-cuarentena-columna-de-julian-de-zubiria/661969>
- Ministerio de Educación. (2020). *Especial Covid-19*. https://www.mineducacion.gov.co/portal/#menu_principal
- Ospina, W. (2012). *La lámpara maravillosa*. Mondadori.
- Pérez-Rincón, M. A. (2016). *Caracterizando las injusticias ambientales en Colombia: Estudio para 115 casos de conflictos socio-ambientales*. MA-CA Univalle.
- Radinger, T., Echazarra, A., Guerrero, G., & Valenzuela, J. P. (2018). *OECD Reviews of School Resources: Colombia 2018*. OECD. <https://doi.org/https://doi.org/10.1787/9789264303751-en>

- Reimers, F., & Schleicher, A. (2020). *A framework to guide an education response to the COVID-19 Pandemic of 2020*. OECD. <https://www.educationmagis.org/documents/a-framework-to-guide-an-education-response-to-the-covid-19-pandemic-of-2020/>
- Rosa, I. (2020, April 7). El mundo se derrumba, pero que los chavales no pierdan clase. *Eldiario.Es*. https://www.eldiario.es/zonacritica/que_los_estudiantes_no_pierdan_clase_6_1014258620.html
- Tomasevski, K. (2004). *El asalto a la educación*. Intermón Oxfam.
- UNESCO. (2020). *Seguimiento de cierre de escuelas*. <https://es.unesco.org/covid19/educationresponse>

LA AMENAZA A LA RAZÓN EN TIEMPOS DEL COVID-19



FRANCISCO RAFAEL OSTAU DE LAFOND
ROSALVINA OTÁLORA CORTÉS
ÁNGELA NIÑO CHAVARRO¹

Los efectos que ha generado la declaratoria de pandemia mundial del COVID-19 por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el aislamiento preventivo obligatorio decretado por el Gobierno Nacional nos permiten reflexionar que el virus COVID-19 se asemeja a un umbral que pasa de la luz a la oscuridad. Veamos, en términos de la caverna de Platón, nos encontramos en la oscuridad de todas las políticas económicas y sociales de corte neoliberal, pues es claro que los mayores efectos la Pandemia afectarán negativamente al mundo del trabajo. Hoy, la mayoría de los creadores de opinión se refieren a este tema, generando todo tipo de situaciones y promoviendo temores que nos recuerdan que existen dos cosas infinitas: el universo y la estupidez humana. Esta última ha sobresaturado al individuo con la información proveniente de redes sociales con imágenes, datos y en muchos casos *fakenews*, lo que nos obliga a aislarnos por un momento de la construcción de la realidad de estas redes, para intentar analizar lo que está ocurriendo.

En primer lugar, es posible afirmar que el virus COVID-19 está creando sujetos sociales para quienes el ser humano contempla su vida a partir de la felicidad del consumo, desconociendo su pasado y

¹ Integrantes del Grupo de Investigación Derecho Laboral y Estándares Internacionales del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de Bogotá de la Universidad Libre de Colombia. Estas reflexiones hacen parte de la investigación que se está adelantando dentro del proyecto titulado “Mundo del trabajo, objetivos de desarrollo sostenible e índice global de paz: análisis del caso colombiano”.

desplazando la existencia del otro, construyéndose como un dios para quien la mentira es necesaria para la supervivencia (Lipovetsky, 2016). Por ello se insiste en que la comunicación humana se desarrollará ahora a partir de los instrumentos virtuales, el sujeto humano vivirá en medio de la mentira y de la creación del mundo virtual, con las consecuencias de exclusión que ello conlleva. Veamos; en principio, la virtualidad y la 'educación digital' estaban destinadas al grueso de la población excluida, que no puede asistir a la escuela por razones económicas. Las familias de élite y los ricos del mundo le huyen hoy a la virtualidad y los medios tecnológicos como herramientas de educación, por cuanto está demostrado que la interacción humana es cada vez un bien más apreciable. Los educadores de niños en Silicon Valley privilegian hoy el contacto humano y el juego en materia de educación. La pandemia obligó hoy a la virtualidad a quienes serán el grueso de los trabajadores en el futuro, condenando a una gran masa de estudiantes a los efectos negativos generados por la tecnología (Bowles, 2019).

En los últimos días hemos asistido a un sinnúmero de reuniones virtuales, en la cuales se escuchan frases como "el mundo cambiará totalmente", "es necesario estar afeitado y bien vestido para la clase virtual" e incluso se escuchan argumentos que nos hacen pensar que el pasado o la historia no han existido nunca. De hecho, estamos presenciando un rechazo constante a analizar la historia de las acciones políticas, sociales y económicas, desconociendo que pasar de hacer una clase presencial a una clase virtual implica un esfuerzo de los dos sujetos de la comunicación, así como de su entorno, que cada día está siendo contaminado por las redes sociales, los medios de comunicación que hacen que el pasado no exista y el presente esté virtualizado. Por ello, es posible afirmar que frases como las mencionadas antes no nacen de la razón humana, sino de la estupidez humana: cuando el mundo que conocemos se está desmoronando y transformando, y como consecuencia de la pandemia salen a la luz problemas sociales antes invisibilizados (hambre, desempleo, violencia sexual, salud mental, etc.), no es posible seguir centrándose en temas superficiales.

Por ejemplo, cuando se habla de la pandemia se desconoce qué ha pasado con el sistema de salud o se oculta al negar su historia y la responsabilidad de los actores. No podemos decir que la crisis del sistema de salud comenzó a partir del incremento en el número de casos positivos de COVID-19. La realidad es que existen responsabilidades históricas de

cómo a partir de las teorías y políticas neoliberales se dismanteló todo el sistema de salud en la mayoría de los países de América Latina, incluida Colombia, y estas responsabilidades tienen como consecuencia hoy que el sistema de salud colombiano tenga series deficiencias que no le permiten afrontar en buenas condiciones la crisis de la pandemia. Igualmente, la responsabilidad debe servir para que los Estados y los actores sociales y económicos puedan contribuir a restablecer el sistema público de salud.

Otro aspecto de gran interés es la debilidad de la democracia. Esta debilidad se observa en argumentos como: “Lo general prima sobre lo particular” o “todo es válido para salvar la vida”. Si bien en principio son argumentos que aparentan ser válidos y aceptados, podríamos hasta decir que oponernos a ellos sería estúpido, es necesario señalar la manera absurda en que han ocurrido los acontecimientos, que atenta contra el Estado Social de Derecho. La debilidad de la democracia se observa en la forma como, en medio de un Estado de Social de Derecho –que es el Estado colombiano desde la Constitución de 1991–, el ejecutivo, tanto a nivel nacional como a nivel territorial, ha ejercido en forma dictatorial el confinamiento de la población, sin tener un respaldo normativo constitucional y legal (decreto ley que reglamente el confinamiento) y utilizando un argumento muy importante, pero de carácter subjetivo, como el de preservar la vida ante el COVID-19. Este mismo argumento podría utilizarse, por ejemplo, para que el ejecutivo tomara las decisiones que considere adecuadas, acabando incluso con la división de poderes, si estos se opusieran a las medidas dictadas por él.

Lo anterior pone presente la necesidad de contribuir con preguntas que nos recuerden el pasado y la necesidad de pensar en el futuro, de aplicar el principio latino *primum vivere deinde philosophari*, primero vivir y luego filosofar, pero en este contexto de la pandemia deberíamos ser conscientes de que, si no filosofamos, no viviremos. No es posible afirmar hoy que habrá un futuro o una vuelta a la normalidad. La sociedad de consumo, manejada por los seguidores de la Escuela de Chicago y defensores del futuro de las sociedades capitalistas, se niega a reconocer que lo que se vislumbra es una mayor desigualdad social, una profundización de la desprotección laboral y una globalización de la pobreza en la que el mundo del trabajo se enfrenta a salarios bajos, desempleo, desprotección absoluta y negación misma de la relación laboral. Se sugiere incluso que, en el mundo, por lo

menos cinco países, uno de ellos ubicado en América Latina (Venezuela), se enfrentarán a hambrunas en los próximos años (Beasley, 2020).

Y este es el futuro cuando se niega la responsabilidad histórica² por parte de las élites que han manejado al país. Por ello, nos atrevemos a interrogarnos sobre el futuro del trabajo en el contexto de un capitalismo global y electrónico, de una sociedad globalizada en la que las herramientas de la inteligencia artificial (IA) y las nuevas tecnologías entrarán a profundizar el desplazamiento de la mano de obra, sin que el Estado haga absolutamente nada para proteger el trabajo humano.

Si no generamos nuevos interrogantes en el mundo del trabajo, los escritores del futuro y los libros de historia dirán que el ser humano, luego de la pandemia del COVID-19, no aprendió nada de la sociedad y su papel en el planeta; que el ser humano continuó inmerso en la sociedad de consumo con un mayor grado de profundización de la pobreza y la desigualdad social; que la estupidez humana se convirtió en la naturaleza de la sociedad, que al no ser comprendida nos convertirá en un rebaño.

Es por ello que pensar en términos de prospectiva sobre el mundo del trabajo equivale a intentar despojar la creciente tendencia de la sociedad contemporánea alogismo y la atomización de la sociedad que hace encoger de forma radical los espacios para la acción común e impide con ello la formación de un poder contrario, que pudiera cuestionar al orden capitalista (Han B. , 2018). Hoy ese mundo, caracterizado por los desarrollos tecnológicos y los modelos económicos que tienen como objetivo la dominación del mercado en contra de la dignidad humana, permite establecer una prospectiva de la sociedad, respecto de la cual podemos realizar las siguientes reflexiones:

1. Los límites entre ficción y realidad desaparecen cuando, a partir de la prospectiva, se analizan algunas de las situaciones complejas de la irrupción de la tecnología a comienzos del siglo XXI y su proyección

² Entendemos la historia como la ciencia del tiempo, de las acciones del ser humano con efectos en el presente y en el futuro de las sociedades humanas.

para finales de este siglo. Lo anterior implica necesariamente analizar los elementos históricos del mundo del trabajo, entender cómo la sociedad humana establece la esclavitud, la servidumbre o la consideración de sujetos sin alma, y pasar de ellos al reconocimiento de un sujeto pleno, libre, pero que cada día está siendo negado como sujeto social. Ello a partir de la construcción de unas realidades, para eludir otras realidades. Este es el caso de los trabajadores de las plataformas digitales, quienes hoy son sujetos libres, pero a los que se les desconoce todo el proteccionismo laboral.

2. La norma laboral producto de las luchas colectivas del nuevo sujeto que nace en el siglo XIX, como lo es la clase trabajadora, origina el proteccionismo del trabajo, generando una protección a ese nuevo sujeto jurídico, ya que el dogmatismo del iuscivilismo o el iusprivatismo fue incapaz de crear un nuevo sujeto social protegido, permitiéndole la creación de una nueva cultura jurídica como es el iuslaboralismo, que será capaz de comprender y crear un nuevo sujeto social, como fue la clase trabajadora. Por ello, nos atrevemos a concluir que es ese mismo iuslaboralismo el que protegerá y creará un nuevo sujeto, esta vez no orgánico, como parte del mercado del trabajo del futuro.

El trabajo hoy, de acuerdo con Berardi, sigue nuevas tendencias, trans-formando el concepto de trabajo intercambiable por un salario a aquel que se concibe como una relación entre concepción y ejecución, en el que hay una relación estrecha entre el contenido intelectual y su ejecución manual (Berardi, 2003). Es importante señalar que el crecimiento económico y el progreso son muerte y miseria, pobreza, miedo del futuro de los jóvenes precarios. La solución está en que el avance tecnológico⁵ pueda desplazar el trabajo del ser orgánico para que nazcan unas nuevas relaciones sociales económicas en el mundo del trabajo; como dice Franco Berardi, nuestro futuro no depende de la voluntad política, sino más bien de la inteligencia social (Gigena, 2019).

⁵ El progreso del siglo XXI, en palabras de Umberto Eco, “no consiste necesariamente en ir hacia adelante a toda costa. He pedido que me devuelvan mi retro proyector”; en otras palabras, el progreso actúa a paso de cangrejo. ECO, Umberto. De la estupidez a la locura. Bogotá: PenguinRandomHouse, 2016. p. 20

3. Uno de los componentes más difíciles para la generación de un nuevo sujeto social inorgánico es el significado de libre albedrio como parte de la naturaleza humana y hasta qué punto la inteligencia artificial podrá tomar decisiones o convivir en la sociedad; con ese libre albedrio solamente, el ser humano tiene la capacidad de decidir si hace el bien o el mal, de decidir sus actitudes éticas y morales siempre en el marco de la libertad que ese ser humano tiene en la sociedad actual. Sin embargo, este concepto de libre albedrio se ha ido convirtiendo paulatinamente en un mito, en la medida del desarrollo de la sociedad de consumo, el desarrollo del proteccionismo de control del Estado o de la propia sociedad. Está demostrando que el libre albedrio del ser humano está siendo construido y controlado por esa propia sociedad desde que el niño ingresa al sistema educativo y posteriormente al sistema de producción. Entonces se puede decir que hay una construcción del ser humano por parte de intereses sociales y económicos, y más ahora que, con la construcción del big data, la tecnología ubicua (Martínez, 2017) y la inteligencia artificial, se está generando un control de opinión y de comportamiento social. Por lo tanto, si el libre albedrio no es más que una construcción social, las IA (Boti, 2019) también poseerán libre albedrio y las fronteras entre los seres orgánicos e inorgánicos desaparecerán.

4. Los avances tecnológicos que se producirán a finales del siglo XXI, desplazando en parte la mano de obra humana, deberán ser la solución al trabajo decente, entendido este como la capacidad del mundo del trabajo de proteger la dignidad del ser humano, así como de los nuevos sujetos sociales que surgirán producto de la tecnología. El derecho laboral tendrá la capacidad de prolongar el proteccionismo a la vida humana a otros seres no humanos. Será como el dios Jano, el mercado del trabajo tendrá dos caras. Desde comienzos del siglo XIX la sociedad humana ha venido produciendo a altas velocidades el cambio y la transformación en el mundo tecnológico y científico. La historia misma hoy se está acelerando, y se mueve a una velocidad sin precedentes (Pérez Salazar, 2020).

Como consecuencia de esta velocidad se producen múltiples efectos, uno de ellos en el campo de la producción de alimentos. Basta con preguntarnos cómo el ser humano construyó el prototipo actual de

un animal que es parte de la alimentación del hombre, como son los pollos (comercializados); ellos no existen en la naturaleza, sino que son resultado de la construcción del hombre para seleccionar artificialmente animales más grandes, que gustarán al consumidor y que hoy nos parece normal. De esa manera el ser humano construirá, y en este caso tendrán su papel social en el mercado del trabajo. Por esto, el concepto de trabajo hacia el futuro no podrá estar circunscrito al trabajo humano, sino también a otros tipos de seres inorgánicos que serán parte de ese mercado (Oppenheimer, 2018).

5. En un reportaje de Rolando Murgas (Recagno, 2017) el autor afirma que el análisis del trabajo no puede producir la desaparición del mismo, es decir, el ser humano seguirá trabajando para siempre, lo que cambia es la intensidad del trabajo y otras características del trabajo, y que, en este caso, uniríamos las relaciones laborales. Sin embargo, el *Homo sapiens*, como parte de su estructura mental, le teme al futuro; por eso no es extraño que ese temor nos haga rechazar las utopías transhumanistas que superaran a los humanos. Basta mirar la realidad de hoy, con trabajos en las plataformas digitales, el caso de Uber o Rappi, y cómo los operadores judiciales han comenzado a pronunciarse sobre el concepto del trabajo diferente como parte de estas plataformas, en donde interfiere el ser humano. De aquí que surjan preguntas como ¿Las actuales ciencias sociales podrían generar un nuevo criterio sobre el mundo del trabajo? o ¿Es necesario profundizar en el trabajo interdisciplinar de las ciencias sociales y otras ciencias que nos permitirán entonces una ampliación y participación de una nueva epistemología para poder abordar la complejidad de un mundo social globalizado e integrado?

6. Finalmente, si en el siglo V la sociedad vivía bajo los parámetros de la comunicación oral, hoy vivimos bajo la comunicación informática, sin saber el abismo que pueda surgir y los efectos que pueda producir este elemento comunicativo. Pero lo cierto es que las instituciones sociales, políticas, sistemas de gobierno, gobernanza, concepto de trabajo, fueron creadas en un mundo que ya no existe, por eso es necesario una reforma de la sociedad que pueda hacer frente a los efectos que producirá la robótica y la inteligencia artificial etc. El sistema de gobierno democrático creado antes de la Revolución

Industrial del siglo XIX se ve destinado a ser transformado en otro sistema que pueda controlar el futuro del mundo de la inteligencia artificial, lo que al final generará una serie de retos en las industrias a nivel global, de acuerdo con las investigaciones del MIT (Press, 2019). Lo contrario es que la economía⁴ dirija el mundo que se vislumbra en el futuro, derrotando cualquier planteamiento ético que conduciría a la desaparición de la dignidad humana. Se hace necesario desde ya producir normas jurídicas que nazcan a partir de la ética y que tengan como objetivo la protección del ser humano frente al nacimiento de un nuevo sujeto laboral, y que este no esté supeditado a los elementos de una nueva economía de mercado tal como sucedió en la Revolución Industrial del siglo XIX.

Finalmente, Latorre (Latorre, 2019) tiene razón cuando manifiesta que el futuro tecnológico es un abismo insondable, pero resalta en sus reflexiones que los criterios éticos serán el elemento necesario para que los humanos decidamos qué uso haremos de la tecnología: de la importancia que le demos al respeto y la defensa de la dignidad humana, dependerá la sostenibilidad social del mundo del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Lipovetsky, G. (2016). *De la ligereza*. Barcelona: Anagrama.

Bowles, N. (23 de marzo de 2019). Human contact is now a luxury good. *The New York Times*.

⁴ Un ejemplo de ello es la alerta del Premio Nobel de Economía de 2018, Paul Roemer, quien considera que, en el contexto actual de la pandemia, las respuestas económicas convencionales para una recesión no van a funcionar hasta que los gobiernos tomen medidas que permitan que las personas puedan volver a trabajar con seguridad, y vaticina que la crisis puede ser peor que la de la Gran depresión. Entrevista a Paul Roemer. En: BBC News Brasil, 2020. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-52305183?at_custom2=facebook_page&at_custom1=%5Bpost+type%5D&at_custom4=46A8F7D6-8643-11EA-86DF-05DCFCA12A29&at_campaign=64&at_medium=custom7&at_custom3=BBC+News+Mundo&fbclid=IwAR1D5iT5eBkkNqtuATYdCpMGdoTi6rE30dk0S_P3Lqnp5wrNFgPnJY0fIo

- Beasley, D. (24 de abril de 2020). Programa Mundial de Alimentos. *BBC News*.
- Han, B. (2018). *En el enjambre*. Madrid: Herder.
- Marx, C. (1981). *El Capital. Crítica de la economía política* (Vol. I). (W. Roces, Trans.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Diario El País. (14 de noviembre de 2018). *El País*. Recuperado el 18 de abril de 2020 de El País: https://elpais.com/elpais/2018/11/13/ciencia/1542126469_433670.html
- Gigena, D. (28 de julio de 2019). Entrevista a Franco Berardi. *El Tiempo*, p. 2.5.
- Altares, G. (16 de agosto de 2019). Fascinación por Japón. *El País*, pp. 24-26.
- Pereda, R. M. (27 de febrero de 1994). La sociedad del ocio podría cumplir los viejos sueños. *El País*, pp. 20-21.
- Lafargue, P. (1998). *El derecho a la pereza*. Madrid: Fundamentos.
- Berardi, B. (2003). *La fábrica de la infelicidad: nuevas formas de trabajo y movimiento global*. Madrid: Traficante de sueños.
- Martínez, M. (10 de abril de 2017). *noBBOT tecnología para las personas*. Recuperado el 5 de abril de 2020 from noBBOT tecnología para las personas: <https://www.nobbot.com/redes/tecnologia-ubicua/>
- Boti, V. (1 de agosto de 2019). Una inteligencia artificial responsable. *El País*, pp. 23-24.
- Pérez Salazar, J. C. (22 de abril de 2020). Coronavirus: ¿qué significa que “la Historia se esté acelerando” por la crisis provocada por la pandemia? *BBC News*.
- Oppenheimer, A. (2018). *Sálvese quien pueda*. Madrid: Debate.
- Recagno, V. (17 de agosto de 2017). *la diaria*. Retrieved 22 de Abril de 2020 from la diaria: <https://ladiaria.com.uy/articulo/2017/8/volver-al-pasado/>
- Press, E. (19 de octubre de 2019). Robotización traerá mejoras en la economía, pero mayor desigualdad: MIT. *El Tiempo*, p. 2.5.

Latorre, J. I. (15 de diciembre de 2019). Hacia un mundo cuántico. *El Tiempo*, p. 5.1.

Barrero-Berardinelli, J. A. (2012). El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el fallo Lüth de 1958. *International Law*, 213-246.

Sentencia T-629/10, T-629 (Corte Constitucional 13 de agosto de 2010).

Han, B.-C. (2020). La emergencia viral y el mundo del mañana. In B.-C. Han, & e. al., *Sopa de Wuhan* (pp. 97-112). ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).



CRISTHIAN MARTÍN LAITON¹
OSCAR ANDRÉS LÓPEZ²

EL TRABAJO Y EL VIRUS

El fin del trabajo escrito por Jeremy Rifkin trataba de vaticinar cuál sería el futuro del trabajo tras la expansión del neoliberalismo. Según el autor, el sector servicios mitigaría el desempleo ocasionado por las reformas neoliberales y los cambios tecnológicos. Adicionalmente, la combinación entre políticas de reparto del trabajo y la desaparición de muchos empleos de baja calificación permitiría a las personas dedicar menos tiempo a trabajos extenuantes y dedicar más tiempo libre a labores comunitarias, recreativas, formativas, familiares y a la adquisición de nuevas habilidades. El fin del trabajo aludía especialmente al de tipo subordinado, al que sumía a las personas en la rutina y les impedía desarrollar su creatividad, liberándolos para el mundo del pos empleo.

El futuro no llegó como el autor esperaba. Efectivamente, el cambio tecnológico dejó a millones de personas en el mundo sin trabajos dignos, tanto en países desarrollados como en los países más empobrecidos. Finalmente, el desempleo generado no fue absorbido por el sector servicios; por el contrario, los efectos se profundizaron con la crisis financiera y económica de 1998, de la cual dan testimonio millones de trabajadores alrededor del mundo, ya sea en el sector automotriz en Estados Unidos o los trabajadores ferroviarios en Inglaterra, como muy bien lo muestra la película “The Navigators”, de Ken Loach.

¹ Abogado de la Universidad Libre.

² Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en derecho del trabajo y magister en derecho de la Universidad Nacional. Doctor en Antropología de la Universidad del Cauca. Docente e investigador en Universidad Libre.

The Navigators cuenta la historia de los trabajadores del mantenimiento de las vías férreas en Inglaterra durante el gobierno de Margaret Thatcher. Un día cualquiera los trabajadores llegan a las dependencias administrativas donde les asignan las labores de campo que deben realizar diariamente, y encuentran que ya no trabajan para la empresa a la cual habían servido por años, que ya ni siquiera son trabajadores ferroviarios, sino contratistas de un ambiguo sector que se ubica entre la construcción y los servicios. Ahora son trabajadores contratados por empresas privadas del sector de obras civiles que actúan como contratistas e intermediarios. Si bien en principio esto no parece significar un gran cambio en la forma de hacer su trabajo, con el paso de los días se dan cuenta que nada será igual que antes. Muchos comienzan a renunciar a su condición de subcontratados para constituirse como contratistas independientes, alterándose así por completo la forma del trabajo, los horarios, las relaciones entre los trabajadores y la identidad de ellos mismos. Rápidamente van desapareciendo los lazos interpersonales y la solidaridad a causa del nuevo ritmo de trabajo marcado por el distanciamiento y el desinterés por los otros. Las cuadrillas, antes conformadas por un número de trabajadores suficientes para hacer las tareas de forma eficiente y segura, ahora deben ser de un número más reducido para ejecutar la misma tarea, de forma que sea rentable. Esto desencadena la tragedia que se advertía en el aire desde la primera escena. Con el fin de cumplir la meta, las cuadrillas se ven forzadas a prescindir de un trabajador que cumple la función de alertar a los demás sobre la aproximación de los trenes. El desenlace resulta fatal, luego de que un tren arrolla en la oscuridad de la noche a un miembro de la cuadrilla que, aún a esa hora, se encontraba trabajando para cumplir la meta. Conscientes de que la empresa les atribuiría la culpa del accidente al haber incumplido la regla de seguridad, sus propios compañeros cargan al hombre agonizante fuera de las vías férreas para poder sostener una coartada que los exonere de la responsabilidad por el accidente, y poder así conservar sus precarios contratos; permitir que otro muera para mantener sus trabajos.

No hay metáfora alguna en *The Navigators*; ojalá fuera solo eso. Admitimos, incluso promovemos, que otros se jueguen la vida, literalmente, para mantener nuestros trabajos un día, un año, quizás –para los más afortunados– una generación más; pero en realidad lo que estamos sosteniendo no son nuestros empleos, sino una economía que ha provocado la expansión de la pobreza y la acumulación de la riqueza.

Gobiernos como el de Colombia, por no mencionar las hipérbolas en este campo representadas por los de Estados Unidos o Brasil, están más enfocados en salvar la economía que la vida, que no significa nada distinto a obligar a los más pobres a trabajar para que los más ricos conserven sus privilegios. Sin embargo, existe entre estos tres modelos una diferencia profunda: la ambigüedad en el mensaje del gobierno colombiano contrasta notablemente con el mensaje descarnado de un Trump o un Bolsonaro.

El carácter contradictorio de los mensajes emitidos por el gobierno colombiano resulta manifiesto. El 17 de marzo de 2020, a través de la circular 021, el Ejecutivo anunciaba medidas de protección al empleo, entre ellas: trabajo en casa, teletrabajo, vacaciones anticipadas, permisos remunerados, salario sin prestación del servicio... una circular llena de propuestas altruistas, pero, al fin y al cabo, una circular, una proclama de buenas intenciones sin ningún poder coactivo, sin carácter vinculante. Los empresarios pueden cumplirla o ignorarla, finalmente no dice nada que la ley no previera antes como simples posibilidades: ¿cuántos empresarios estarán dispuestos a pagar a sus trabajadores, aunque estos no presten sus servicios? Y si están dispuestos a hacerlo ¿por cuánto tiempo lo podrán sostener?

Luego de haber insistido en que los empresarios no podrán usar como argumento para despedir a sus trabajadores la crisis provocada por la pandemia, y de decir ante los medios de comunicación que el Gobierno Nacional estaba comprometido en proteger los empleos, se publica un decreto que indica otra intención por parte del Ejecutivo. Mediante el Decreto 803 de 19 de marzo, el Ministerio de Trabajo hace uso del ejercicio oficioso del poder preferente en cabeza de la Unidad de Investigaciones especiales, con el fin de asumir el conocimiento de todos los trámites de las solicitudes radicadas en las territoriales por los empresarios para obtener autorizaciones de suspensión de actividades hasta por 120 días o autorizaciones de despido colectivo ocasionado por la clausura de labores. Uno es el discurso ante los medios de comunicación, otro el discurso plasmado en las normas. ¿Cuál será entonces el discurso que terminará materializándose en el contexto del trabajo en Colombia? O, para plantearlo al estilo de los best seller, ¿cuál será el futuro del trabajo en Colombia?

EL CONTEXTO COLOMBIANO: ¿LA TORMENTA PERFECTA?

El panorama colombiano es particularmente desalentador. Antes de las restricciones de operación impuestas a la mayor parte de sectores económicos como consecuencia de las medidas de aislamiento social decretadas por el Gobierno Nacional, el país ya presentaba un mercado laboral endeble, con una tasa de desempleo (12,16%, febrero/2020) en tendencia ascendente, aunada a la elevadísima tasa de informalidad –para el trimestre móvil diciembre 2019/febrero 2020, fue de 47,9% en las 23 principales ciudades del país–. En marzo, el desempleo presentó un aumento asociado más a la propensión incremental de los últimos periodos que a las consecuencias producidas por la restricción operativa, ubicándose en 12,6%, con un incremento porcentual de 1,8% respecto al mismo periodo de 2019; no parece derivarse exclusivamente³ de los diez días de cese de actividades económicas que hubo durante este periodo⁴. Sin embargo, los verdaderos efectos en el mercado laboral generados por las medidas de aislamiento obligatorio no son difíciles de determinar, serán tanto más severos cuanto menor sea la financiación estatal de las nóminas durante la cuarentena⁵; en este sentido, los escenarios posibles de deterioro

³ Como lo adujeron medios de comunicación, gremios y el mismo director del DANE, y quedó plasmado en las consideraciones jurídicas del Decreto 637/20 que declaró un segundo Estado de Emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Al respecto ver: (Mouthón, 2020) y (El Espectador, 2020)

⁴ Si bien algunas de las actividades económicas en las cuales se perdieron más empleos coinciden con las más vulnerables ante una restricción operativa: Comercio y reparación de vehículos -1,4 puntos porcentuales-, así como actividades artísticas, de entretenimiento, recreación y otras actividades de servicios -0,8 p.p.- (particularmente servicios domésticos 11,7 p.p. al total de la rama), otras menos vulnerables, esto es, sin mayores afectaciones a su dinamismo operativo, como Agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca, estuvieron dentro de las ramas que más contribuyeron en la pérdida del empleo con 0,7 puntos porcentuales. En el mismo sentido, algunas actividades que en lo inmediato podrían haberse visto afectadas, como alojamiento y servicios de comida, presentaron un aumento de 6 p.p. respecto al mismo periodo del año anterior. Como se ve, la variación del número de personas ocupadas durante este periodo con relación al mismo de 2019 (-1,6 millones) puede estar menos asociada a las medidas de confinamiento que a un mercado laboral deteriorado de tiempo atrás. Así aparecía palmario en el comportamiento creciente de la tasa de desempleo mensual de los periodos anteriores. (DANE, 2020)

⁵ A través del Decreto Legislativo 639 de 2020 el Gobierno Nacional creó el Programa de apoyo al empleo formal PAEF, que establece aportes monetarios estatales hasta por el 40% del valor del salario mínimo legal mensual vigente por 3 meses para las personas jurídicas que cumplan con los requisitos del artículo 2, particularmente, acreditar la necesidad por disminución de los ingresos

en los meses venideros son alarmantes. Algunos estudios económicos auguran que, de no tomar acciones audaces de política pública, la tasa de desempleo anual podría superar el 20% (Corficolombiana, 2020) y no sería inferior al 19,5% (Fedesarrollo, 2020). En términos simples, por lo menos 20 de cada 100 personas podrían quedar desempleadas, con todos los costos socio-económicos y psicosociales que tal coyuntura comporta (Sen, 1997). Lo más parecido que hemos vivido fue la recesión económica del 99, causada por la crisis financiera asiática y la moratoria rusa de 1998, y profundizada más por el excesivo endeudamiento del sector privado como consecuencia de la apertura económica que, por el relativo aumento del gasto público derivado de los compromisos adquiridos por el Estado con la promulgación de la Constitución Política de 1991 (Ocampo, 2005), constituyó la más grande desaceleración económica de la historia reciente del país en términos de disminución de la demanda agregada, contracción del PIB anual y crecimiento del desempleo, cuya tasa alcanzó niveles cercanos al 20% (Kalmanovitz, 2004).

Si los efectos de la crisis sanitaria serán tan adversos para el mercado laboral, debemos preguntarnos no solo dónde se perderán más empleos, sino cuál será la estrategia para la recuperación del mercado laboral, esto es, en qué condiciones y a qué costo las personas más vulnerables recuperaran sus trabajos⁶.

del 20% o más. Si bien la medida representa un alivio económico en esta coyuntura compleja, es ciertamente tardía por cuanto, según la Encuesta de la ANDI a corte de 30 marzo, la mayor parte de las empresas que continuaron pagando nóminas durante las medidas de aislamiento agotaron su flujo de caja sufragando este y otros gastos (seguridad social, proveedores, sector financiero, contratos y DIAN) en los últimos meses, de modo que no cuentan con liquidez para asumir el 60% del valor de las nóminas. Pero además, es poco eficiente en el uso de los recursos públicos, toda vez que no adopta criterios diferenciales para proteger los empleos más vulnerables por sectores, número de ocupados y tamaño de las empresas. Una propuesta que atiende a estos criterios y racionaliza el costo fiscal a través de un programa de subsidios y préstamos condonables hasta por el 100% puede ser consultada en Corficolombiana, 2020.

⁶ Como es bien sabido, históricamente, las reanimaciones del empleo se han intentado a costa de reducciones en los costos laborales (Sánchez, Duque & Ruiz, 2009). La inveterada estrategia es simple: si se quieren reducir las cifras de desempleo e informalidad, se requieren recortes sociales significativos. Como es obvio, una medida regresiva pero también miope en contextos de grandes contracciones de la demanda agregada.

Algunos análisis señalan que los sectores más afectados serán aquellos en los cuales existe una interacción física directa entre las personas⁷. Desde esta perspectiva, las actividades más vulnerables a la restricción operativa con el mayor número de ocupados son: Alojamiento y restaurantes, comercio al por menor de bienes y servicios no básicos, construcción y transporte.

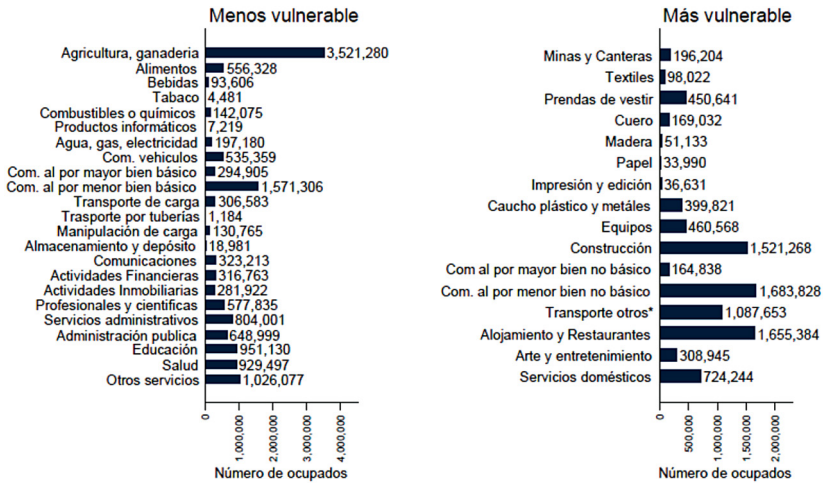


Figura 1. Número de ocupados.

Fuente: Observatorio de coyuntura económica y social de la Facultad de Economía de la Universidad de Los Andes. A partir de los datos de la GEIH realizada por el DANE en 2019.

Como se ve, de los más de 22 millones de personas ocupadas en Colombia para 2019, cerca del 41% están ubicadas en los sectores que, conforme al criterio mencionado, son más vulnerables a la restricción. Aún si se consideran otras variables que podrían reducir la vulnerabilidad de ciertas actividades donde es dable el trabajo remoto o ciertamente plausible el retorno paulatino de la operación cumpliendo estrictos protocolos sanitarios como los contemplados en el Decreto 457 de 2020, cerca del 30% del total de los ocupados del país están en alto riesgo, especialmente los pertenecientes a sectores con un gran número de trabajadores informales como alojamiento y servicios de comida, comercio y entretenimiento. Así lo demuestra el estudio desarrollado por Corficolombiana (2020), con base en la Gran Encuesta Integrada de Hogares realizada por el DANE en 2019:

⁷ Así lo establece el Observatorio de coyuntura económica y social de la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes, al clasificar los sectores según el nivel de vulnerabilidad a las restricciones operativas impuestas.

Escala de vulnerabilidad					
Alta	Media				Baja
Sector	Índice de vulnerabilidad del empleo	(i) Empleos micro y pequeña	(ii) Exposición a COVID-19	(iii) Trabajo presencial	(iv) Informalidad
Hoteles y Restaurantes	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Comercio	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Entretenimiento	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Construcción	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Industria	Alta	texto	Alta	Alta	Alta
Agropecuario	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
TOTAL	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Inmobiliario	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Minero-energético	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Transporte	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Act. profesionales	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Comunicaciones	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Servicios públicos	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Financiero	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
Administración pública	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta

Figura 2. Tabla “Índice de vulnerabilidad de empleo sectorial”.

Fuente: (Corficolombiana, 2020), cálculos realizado con base en la GEIH realizada por el DANE en 2019.

Otro sector que se verá afectado a más largo plazo con esta nueva forma de relacionamiento social, que se nos impone como una asepsia del distanciamiento, es la educación. De acuerdo con un estudio publicado en el Espectador, el 20% de las IES en Colombia están en riesgo de desaparecer como consecuencia de la crisis generada por el COVID-19. Es necesario señalar que antes de la crisis el descenso de matrículas ya amenazaba las finanzas de las universidades colombianas, y esto tiene directa relación con la precariedad del trabajo que aqueja desde hace décadas al mundo. Es bien conocida la relación que existe entre la educación y el trabajo; no es este el lugar para profundizar en ella. Ya suficientes estudios muestran la incertidumbre que experimentan los estudiantes universitarios frente a un mundo del trabajo que no les ofrece posibilidades de ocupación coherentes con la inversión de dinero y tiempo que demandó su formación (Sepúlveda Valenzuela & Valdebenito, 2019; Rubilar & Domínguez-Amorós, 2019), a lo cual se sumará ahora el desasosiego global.

Podríamos seguir enumerando actividades que se verán afectadas por la pandemia hasta terminar con una larguísima lista, en la cual seguramente quedarían incluidos todos los sectores económicos del país, porque lo cierto es que ninguna persona que se pueda reconocer como

perteneciente a la *clase que vive del trabajo* podrá decir que esta crisis no lo afectará. La razón parece simple: la vulnerabilidad no permanecerá inmóvil y la pérdida de tantos empleos acabará socavando la demanda agregada, esto significa que el consumo se va a deprimir y, por ende, a pesar de la premura para reabrir la producción, la oferta tendrá que contraerse. Ahora bien, este efecto en el largo plazo puede generar una limitación del consumo en aquello que no es realmente indispensable para el buen vivir, pero eso depende de cambios culturales, que a su vez demandan cambios profundos de conciencia y transformaciones permanentes en los hábitos. Sin embargo, es muy temprano aún para saber si esto ocurrirá, y aquí probablemente se expresa más nuestro deseo que nuestra razón.

Con la información disponible, una de las consecuencias que se pueden vaticinar en el largo plazo configura un escenario desesperanzador. Los colegios, especialmente los públicos, han tenido las mayores dificultades para continuar las clases a través de las TIC. En el ámbito rural esta dificultad se acentúa. ¿Qué producirá esto a largo plazo? Ampliación de las desigualdades. La desescolarización se puede sumar a la pérdida de interés en el proceso formativo que para algunos ya genera la educación virtual.

Sin duda parece prematuro intentar comprender los efectos que traerá la educación virtual o mediada por las TIC en las futuras generaciones. La intermediación de las pantallas puede profundizar la concepción existente que reduce los procesos formativos a la transmisión automatizada de datos, teorías, cifras, acontecimientos y lugares que deben memorizarse. La ausencia de interacción humana y de contacto con el mundo exterior, aunada a la falta de movimiento, limita las posibilidades del pensamiento y del aprendizaje del cuerpo; algunos saberes, acaso los más significativos, se fundan menos en el desarrollo de acartonadas e inagotables guías académicas virtuales que en el arte de la aprehensión corporal del entorno o el conocimiento interactivo de los otros, al decir de Robert Browning:

*Saber consiste más en abrirse camino
Por donde pueda huir nuestra luz prisionera
Que en abrir una puerta para los resplandores
Que imaginamos desde afuera*

Ahora más que nunca es necesario cuestionar el paradigma de la transformación digital como vía para la construcción de sociedades menos desiguales. La educación virtual, otrora ensalzada por la personalización de la enseñanza, la reducción de costos y la variedad de recursos ofrecidos, no parece tener tales potencialidades igualadoras en un mundo donde la proximidad humana aparece como un “servicio” deseable, capturado por la racionalidad del mercado en tanto consumible por quien pueda pagarlo. Evitar las consecuencias que se siguen para el desarrollo cognitivo de los niños por la exposición constante a las pantallas y acceder a entornos no virtuales de aprendizaje se convirtieron en privilegios dignos de ostentación, al punto que la enseñanza sin interacción humana es considerada por algunos como educación para pobres (Bowles, 2019). ¿Y si es cierto que los trabajos del futuro dependen de la educación del presente?

Finalmente, es necesario cuestionarnos por las condiciones laborales de las personas vulnerables durante la emergencia sanitaria. El país nunca superó *“las estructuras económicas heredadas de la colonia [ni] tampoco el espíritu señorial que las acompañaba; a las profundas asimetrías socioeconómicas hay que sumar el arribismo indolente incitado por el espíritu nobiliario de las élites locales y su convicción de que, cuando pagan a los humildes por sus servicios, están haciendo un acto de caridad, más que cumpliendo con una obligación legal. Ante la oferta casi incondicional de fuerza de trabajo –de pobres–, los ricos se sienten superiores”* (García Villegas, 2017, pág.118). Hoy en Colombia hay muchas relaciones laborales mediadas por estos resabios coloniales; la pretendida aristocracia criolla continúa introyectando aquellos excesos con la esperanza de adquirir estatus a fuerza de atropellar a la clase trabajadora, se solazan dando órdenes a su “servidumbre” y no les importa que la base de sus privilegios sea la ignominia. Nada más revelador para ejemplificar el precario poder igualador del derecho laboral colombiano que la aberrante situación vivida por una mujer de 51 años que prestaba sus servicios como vigilante en un edificio del barrio Rosales en Bogotá y, ante los recortes de personal derivados de la crisis por COVID-19, fue amenazada con el despido y obligada a trabajar sin descanso durante 28 días, padeciendo todo tipo de maltratos laborales y tortura psicológica que le ocasionaron una parálisis facial y un alto riesgo de caer en un coma diabético.

El contexto laboral colombiano constituye entonces la tormenta perfecta para que se propague el desempleo, la pobreza, la discriminación y la educación de baja calidad. La pandemia no solo está poniendo en evidencia las profundas inequidades en la distribución del ingreso, en el acceso al sistema de salud y educación, también las de la baja calidad del empleo que el capital genera en Colombia. Si nuestro contexto laboral es de cuidados intensivos, lo que se espera del gobierno es que no escatime esfuerzos para redistribuir la riqueza, para garantizar la salud y para proteger el trabajo. Antes señalamos que la ambigüedad del gobierno en esta materia es evidente; que el discurso en medios no se compadece con las medidas tomadas a través de los decretos de excepción. Es necesario entonces profundizar este aspecto, pues, finalmente, en el ascenso de incertidumbre y especulación en el cual vivimos, parece útil volver al análisis de los datos.

CUANDO HAY SANGRE EN LAS CALLES, COMPRA PROPIEDADES

Si bien esta frase es atribuida al Barón de Rothschild y empleada originalmente para ilustrar la avaricia de los banqueros que se aprovecharon de las guerras para aumentar sus fortunas producto de la especulación que acompaña a la violencia, hoy le puede ser atribuida al gobierno colombiano y sus medidas de estado de excepción.

Antes del inicio de la pandemia la agitación social en el mundo estaba en alza. Colombia no era la excepción, y si bien las manifestaciones en las calles parecían languidecer con el nuevo año, los motivos de inconformidad se incrementaban. Con anuncios de reformas al sistema pensional y a los derechos laborales contestaba el gobierno nacional a los movimientos que reclamaban mejores condiciones. El aumento del desempleo y la informalidad ya mencionados constituían el marco necesario para volver a las calles a protestar por las reformas anunciadas. Pero se adelantó la pandemia y se impuso el aislamiento: no solo el parapeto indicado para impedir las movilizaciones, las protestas y las huelgas, sino la excusa perfecta para escamotear la discusión democrática y adoptar las pretendidas reformas, unas veces bajo el antifaz del Estado de emergencia

económica, social y ecológica⁸ (reforma del sistema pensional, Decreto Legislativo 558/20), y otras amparándose en circulares del Ministerio del trabajo que carecen de sustento normativo y flexibilizan el sistema laboral colombiano (Jaramillo, 2020).

Con la declaratoria del estado de emergencia social y económico por la crisis de salud, el Gobierno nacional encontró por fin el ambiente ideal para restringir, inicialmente de forma temporal, el derecho de huelga. La primera investida de esta serie de recortes se hará en el sector de telecomunicaciones. A través del Decreto 464 el Gobierno prohibió la suspensión de actividades a los trabajadores de *las* telecomunicaciones, lo que incluye los servicios de radiodifusión sonora, televisión y los servicios postales, argumentando que estos sectores son *servicios públicos esenciales*.

Pero ¿se puede considerar que estos servicios contemplados en el Decreto 464 son servicios públicos esenciales? De acuerdo con los criterios de la OIT, las únicas restricciones razonables al derecho de huelga se presentan en los siguientes casos:

- a. En los servicios esenciales en sentido estricto del término.
- b. A los funcionarios públicos que ejercen autoridad en nombre del Estado (Decisión 541).
- c. En situaciones de crisis nacional aguda (Decisión 570).

En los casos previstos en los literales a y c, la OIT ha contemplado la posibilidad de establecer un servicio mínimo (Decisión 606), entendido por la OIT como una solución sustitutiva para garantizar el derecho de

⁸ Esta situación es particularmente grave por cuanto los decretos legislativos adoptados durante un estado de emergencia económica *“pueden reformar o derogar la legislación preexistente y tienen vigencia indefinida, hasta tanto el poder legislativo proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trata de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes.”* (Corte Constitucional, Sentencia C-179, 1994). La relación entre excepcionalidad jurídica y flexibilización laboral en Colombia no es nueva, sobre este punto, Jaramillo (2020) señala: *“El sistema de intervención legal laboral en Colombia, hijo de un estado de sitio en 1950, conoce bien la historia de medidas transitorias (emergencia económica, social y ecológica) que llegan para quedarse y formar parte de las medidas permanentes que gobiernan el sistema de relaciones laborales en el país”.*

los trabajadores, y al mismo tiempo satisfacer “las necesidades básicas de los usuarios” (Decisión 607).

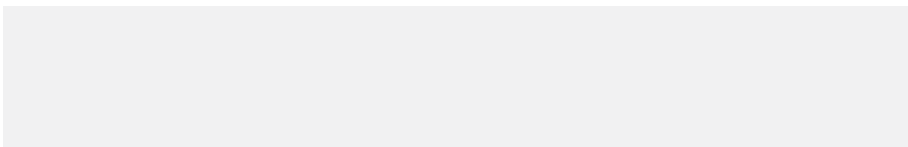
Pero el servicio mínimo no siempre se puede imponer a los trabajadores, solo en:

1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales. (Decisión 606)

Aunque es cierto que un eventual cese de actividades de los trabajadores del sector de las telecomunicaciones y los envíos postales puede afectar el acceso de los usuarios a servicios cuya necesidad resulta apremiante en tiempos de aislamiento, es necesario tener en cuenta las condiciones concretas del contexto en el cual se prestan estos servicios actualmente.

¿Cuáles son las condiciones de mercado del sector de las telecomunicaciones y servicios postales en Colombia? De acuerdo con la información disponible en la página del Ministerio de las TIC se trata de un mercado plural y abierto que garantiza la desconcentración y la inexistencia de monopolios.

Para el cuarto trimestre de 2019 la participación de las empresas en el servicio de envíos individuales, el que por ejemplo usa una empresa de comercio electrónico para enviar un libro, una prenda de vestir o cualquier otro artículo adquirido por un cliente que ha comprado a través del comercio electrónico, es el siguiente:



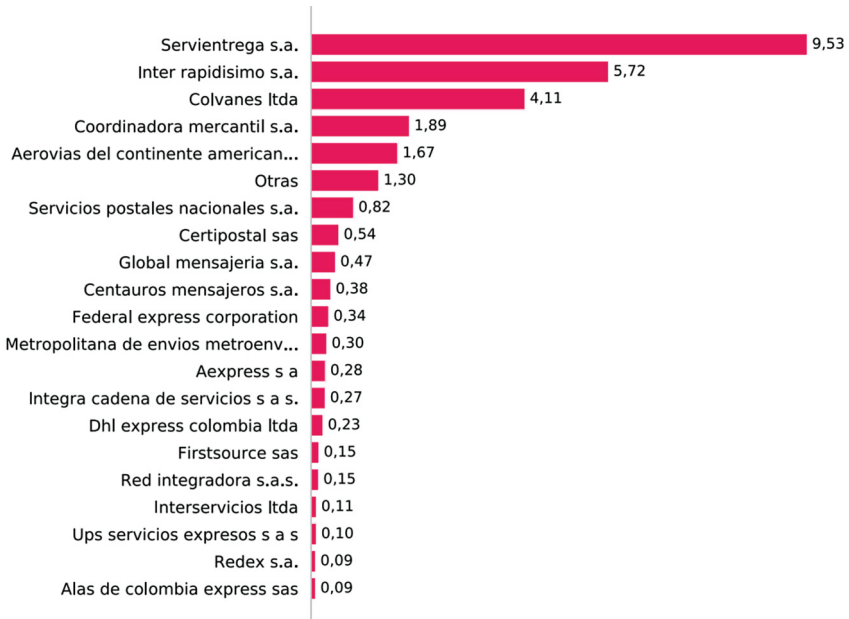


Figura 3. Principales empresas de mensajería según número de envíos individuales en el trimestre (millones)

Fuente: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Boletín Trimestral del Sector Postal. 4.º Trimestre Año 2019, p. 62. Disponible en: https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-126221_archivo_pdf.pdf

En el mismo servicio de mensajería, según el número de envíos masivos, donde por ejemplo se transportan insumos médicos, mascarillas, autopartes para vehículos, entre tantas otras mercancías, los datos revelan las condiciones de un mercado aún más abierto que en el de mensajería individual:

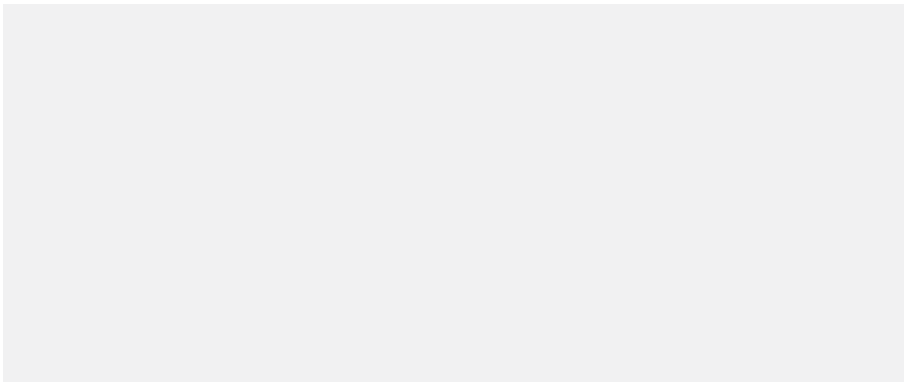




Figura 4. Principales empresas de mensajería según número de envíos masivos en el trimestre (millones)

Fuente: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Boletín Trimestral del Sector Postal. 4To Trimestre Año 2019. Página 65. Disponible en: https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-126221_archivo_pdf.pdf

En Colombia operan más de 30 empresas de servicios postales de mensajería, ninguna de las cuales posee una proporción superior al 50% del mercado, por lo que la huelga dentro de una estas empresas, o incluso en varias de ellas, difícilmente pondría en riesgo la prestación del servicio de mensajería. Una huelga de semejante magnitud requiere de una forma asociativa dentro de este sector que opere como un gran sindicato de industria o de gremio, que reúna a trabajadores de todas las empresas de este sector, o al menos a la mayoría de ellos. En Colombia un sindicato así, en este sector, no existe.

Algo semejante ocurre con el sector de telecomunicaciones, que reúne los servicios de telefonía, acceso a internet, servicios fijos y móviles.

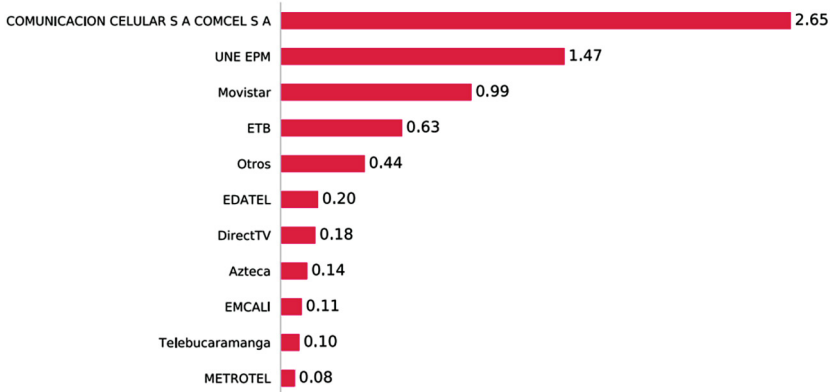


Figura 5. Proveedores según número de accesos fijos a internet (millones)

Fuente: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Boletín Trimestral de las TIC. Cifras Tercer Trimestre de 2019. Página 11

Aunque Comcel tiene una elevada participación en el mercado, el servicio de internet fijo es ofertado por más de diez proveedores, lo que evidencia que allí tampoco existe monopolio. Esta tendencia se mantiene en el acceso a internet móvil:

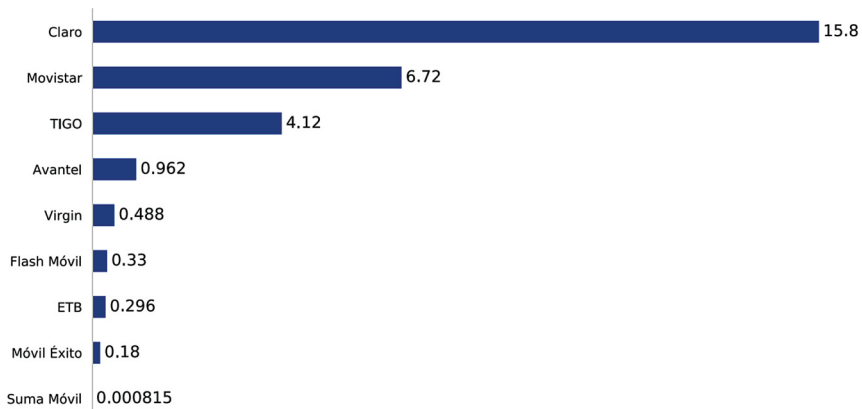


Figura 6. Número de accesos a internet móvil por proveedor (millones).

Fuente: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Boletín Trimestral de las TIC. Cifras Tercer Trimestre de 2019, página 22.

Nuevamente, para que se dé una huelga en este sector se requiere de un sindicato de industria o de gremio que reúna a los trabajadores de todas estas empresas o una parte importante de ellas, especialmente de las tres primeras. Y aun si una organización de esa dimensión existiera, los asociados tendrían aún un inconveniente adicional: la modalidad

de vinculación más frecuente en el sector de las telecomunicaciones es tercerizada, como muestra un estudio realizado en el 2015 por la Escuela Nacional Sindical; lo que hace prácticamente inviable la sindicalización, por no hablar ya de los derechos de negociación colectiva y huelga.

Otro ejemplo a destacar lo encontramos en el caso de los trabajadores estatales. Mediante *Decreto Legislativo 491 de 2020* el Gobierno adoptó “medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas”, al tiempo que tomó “medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Pero nada parece estar más lejos de la intención de proteger los derechos laborales que el parágrafo del artículo 3 de este Decreto, el cual impide a servidores públicos y contratistas la suspensión de actividades. Así, el Gobierno Nacional excedió las facultades conferidas por la Constitución en estados de excepción. La redacción de la norma apela a una adjetivación de las actividades estatales como “indispensables”, forma de generalización excesiva que impide distinguir entre aquellos servicios donde se justifican las restricciones al derecho de huelga y aquellos donde este no se puede limitar. Es indispensable todo aquello que “es necesario o muy aconsejable que suceda” (RAE), luego todos los servicios del Estado son indispensables, pues de no serlo no tendría justificación el gasto del presupuesto público en su ejecución. Tanto en tiempos de emergencia como en la normalidad todos los servicios prestados por el Estado son indispensables. El Ejecutivo nuevamente excedió los límites que implica la legislación en estado de excepción, al coartar el ejercicio de un derecho fundamental.

Al respecto, la OIT plantea que la limitación de la huelga a los servidores públicos se rige por una regla estricta: la huelga solo se puede restringir a los funcionarios que ejercen autoridad en nombre del Estado. Ahora bien ¿cuáles son los funcionarios con semejante facultad? La definición de la OIT es muy amplia, por lo que depende de la ley nacional en cada país precisar su alcance.

En Colombia, el artículo 188 de la Ley 136 de 1994 define como autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado

oficial para ejercer el poder en función de mando que debe ser acatada por los particulares y, en caso de desobediencia, el funcionario puede ejercer el poder coactivo por medio de la fuerza pública. En virtud de la autoridad, también puede el funcionario nombrar y remover empleados bajo su dependencia, así como hacer uso del poder sancionatorio. El criterio legal ha sido recogido por el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante Concepto 71721 de 2019, en el cual se retoma la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al respecto se señala:

La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas (...).

El ejercicio efectivo de la autoridad exige un poder de mando que no puede atribuirse a todos los empleados públicos, menos aún a los contratistas; al menos no sin aceptar de manera tácita que el Estado ha vinculado a través de contratos de prestación de servicios a personas que deben realizar actividades reservadas para funcionarios públicos, violando así la ley de contratación y varios principios constitucionales, como el de estabilidad laboral, el de primacía de la realidad sobre las formas, entre otros.

Para ejercer la autoridad es necesario otorgar facultades que pueden resultar amenazantes para los derechos fundamentales, lo que requiere de unos límites estrictos previstos, entre otros, en códigos disciplinarios, los cuales no pueden ser aplicados a los contratistas. El Decreto 491 de 2020 extiende facultades a contratistas bajo un criterio por demás vago:

... aquellos servidores públicos y contratistas cuyas actividades sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del coronavirus y para garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado.

La norma abarca un extenso rango de tareas y personas vinculadas con la administración pública a través de diferentes modalidades jurídicas,

lo que impide precisar cuáles de ellas efectivamente ejercen autoridad en nombre del Estado. De nuevo, se trata de una opacidad generalizada en el sector público, causada por la proliferación de contratos de prestación de servicios que el Estado ha realizado para la ejecución de tareas misionales y permanentes que solo deberían ser realizadas por funcionarios públicos vinculados a través de una relación laboral. La situación de crisis que atravesamos pone al descubierto la irregularidad en la contratación dentro del sector público; es probable que aumenten las demandas laborales contra el Estado, que con este Decreto ha dejado en evidencia la costosa irregularidad en la contratación que todos terminaremos pagando.

El último ejemplo de las medidas adoptadas por el gobierno en perjuicio de los derechos laborales lo encontramos en el Decreto 516 de 2020, mediante el cual se reduce el porcentaje de participación en la cuota de pantalla nacional.

De esta forma resumen las consecuencias de estos decretos la intervención de *ACTORES Sociedad Colombiana de Gestión*, dentro del proceso de control de constitucionalidad del Decreto 516 que se adelanta ante la Corte Constitucional. De acuerdo con ACTORES, la expedición de estos decretos

permite a los operadores de televisión abierta nacional reducir en un 63,63% la emisión de producción nacional en su canal, afectando principalmente la hora prime, la cual disminuyó de un 70% a un 20%, y les permite a los operadores de televisión abierta regional, reducir en un 60% la emisión de producción nacional, lo que, en general, les otorga la oportunidad de incrementar la emisión de contenidos audiovisuales extranjeros en la parrilla de programación diaria de todos los canales, específicamente, en los horarios de mayor audiencia.

Como lo explica la organización gremial, los dineros que perciben los intérpretes depende del éxito de la obra audiovisual, el cual a su vez está determinado por la cantidad de reproducciones que tenga la obra, la hora y el día de la semana en el cual se reproduce, así como el rol que desempeña el intérprete dentro de la obra, entre otros aspectos que determinan los ingresos que percibe una persona que trabaja en la industria cultural que conocemos comúnmente como televisión. Así, retomando el mismo ejemplo que plantea ACTORES en su intervención, en una producción nacional que

se transmite a una hora de alta audiencia (conocida por el neologismo de *prime*), quien desempeña el rol protagónico percibirá unos ingresos superiores a aquellos que recibirá quien tiene un papel secundario en una producción que se transmite en una hora de baja audiencia.

Como bien lo expone ACTORES, el Decreto 516 disminuye el porcentaje de participación en pantalla a los productores nacionales, especialmente en las franjas de alta audiencia. La razón invocada es la imposibilidad de reunir un número plural de personas necesarias para el rodaje de una producción, con el fin del evitar la propagación del virus.

Ya han sido muchas las voces de protesta que ha generado este Decreto, pues el Gobierno no consideró que existe un acervo de producciones televisivas nacionales, algunas de las cuales aún no han sido transmitidas, que podrían emplearse para completar la parrilla televisiva, generando así ingresos para los productores, actores, técnicos y demás personas que trabajan en este sector de la producción cultural. En lugar de consultar la realidad al respecto, la cual indica que la reproducción de una obra televisiva o cinematográfica se realiza meses, incluso años, después de haber sido filmada, el Gobierno salió improvisada y apresuradamente a restringir las emisiones de los productores nacionales.

Resulta ambivalente el mensaje del Gobierno Nacional, según el cual es necesario salvar la economía nacional, pero a la primera oportunidad que tiene afecta los derechos de quienes viven de su trabajo, incluso de aquellos que se supone serían beneficiarios de la economía naranja, la principal –acaso la única– bandera de la presidencia actual.

Estos son apenas algunos ejemplos, a los cuales se puede sumar el trato otorgado por el Gobierno a los trabajadores del sector salud, a quienes obliga a laborar a pesar de no contar con las medidas de bioseguridad adecuadas y del aumento del riesgo psicosocial al cual están expuestos. Lo que ocurre con este gremio y la afectación que a ellos generan las medidas del gobierno, requerirían de un análisis más detallado del que aquí podemos ofrecer ahora.

Todos los ejemplos expuestos tienen en común la capacidad de demostrar el tipo de lógica que está aplicando el Gobierno colombiano en

esta crisis, la cual se aproxima a la del Barón de Rothschild: si hay sangre en las calles, compra propiedades, o lo que es equivalente: si declaras estado de excepción, los derechos sociales no son tu obligación.

¿Y QUIÉN VA PAGAR POR ESTO?

El ex candidato presidencial Germán Vargas Lleras ha dicho que los trabajadores deberán hacer el sacrificio y renunciar a sus derechos presenciales, como la cuota necesaria para sufragar la pérdida que originará a las empresas el aislamiento obligatorio. Su propuesta, por demás injusta e inequitativa, es no obstante coherente con lo que el gobierno nacional ya está imponiendo a través de decretos de estados de excepción.

En el Decreto 488 se toman medidas de orden laboral que permiten al trabajador retirar sus cesantías con el fin de completar el ingreso dejado de percibir a causa de la crisis. Esta medida pone en grave riesgo las condiciones mínimas de seguridad con las cuales debe contar el trabajador y su familia en caso de que este llegue a perder su empleo. Además, afecta notoriamente la equidad al asignar a la clase trabajadora la carga económica más pesada producto de esta crisis, pues serán ellos quienes con sus ahorros deban sufragar las pérdidas. Adicionalmente, gastar el ahorro que los trabajadores pudieron construir con años de trabajo, el cual solo debería ser invertido en educación y vivienda, es una medida que a mediano y largo plazo terminará afectando a las instituciones de educación y al sector de la construcción, uno de los principales generadores de empleo en el país, con lo cual se incrementarán los efectos nocivos de la medida.

Otro tanto ocurre con el artículo 3 del mismo Decreto 488, que permite al empleador enviar a vacaciones anticipadas al trabajador en medio de una situación de cuarentena obligatoria, afectando así su derecho al descanso, en tanto esta garantía no se satisface con la simple parálisis de la labor, pues descanso no es igual a inactividad ni mucho menos a confinamiento. Las vacaciones deben permitir un uso productivo del tiempo libre, productivo en un sentido no económico.

El derecho al descanso está previsto como una garantía asociada a la libertad de la cual debe gozar el trabajador para realizar aquellas

actividades que le permitan recuperar la energía vital requerida para ejecutar su trabajo de forma saludable y segura. Al trabajador le está prohibido trabajar durante las vacaciones, lo que no quiere decir que le esté prohibido salir de su casa, dedicarse a actividades lúdicas al aire libre, viajar, hacer deporte en espacios abiertos, visitar familiares, socializar, en fin, realizar todo aquello que le permita ocupar el cuerpo y la mente en actividades reconstructivas de la salud física y emocional.

Durante las vacaciones el trabajador tiene el derecho de descansar, lo que, por efectos de la pandemia, no se puede garantizar. Una vez regresen las condiciones “normales” de movilidad y productividad, las personas que han sido obligadas por efectos de esta reglamentación a estar encerradas en sus casas durante sus vacaciones, no habrán podido ejercitar su derecho a utilizar el tiempo libre en actividades necesarias para el descanso que demanda el agotamiento producido luego de largos periodos de labores. Así, el gobierno traslada el costo económico de esta crisis a los trabajadores, pues las empresas podrán disponer de la mano de obra una vez se levante el confinamiento y no estarán obligadas a reconocer vacaciones a sus trabajadores que hayan tenido que recibirlas durante la cuarentena.

De los mismos creadores de la Ley 50 de 1990 y la Ley 789 de 2002, ahora llega el Decreto 488 a través del cual se reedita el discurso neoliberal que impone la reducción de los derechos laborales, amparándose en que solo de esa manera se generará más empleo. Sin embargo, no es claro de qué manera sacrificar el ahorro de los trabajadores protegerá el empleo. Por el contrario, la evidencia empírica muestra que las medidas de contracción de los ingresos laborales impuestas por las reformas legales durante los últimos 30 años en Colombia no han mejorado las condiciones de trabajo; el incremento de la informalidad, el aumento de la tercerización laboral y la reducción de la capacidad adquisitiva de los salarios, así como el aumento del coeficiente de Gini, guardan estrecha relación con la disminución de las garantías laborales impuestas en reformas como la prevista en la Ley 50 de 1990 y en la Ley 789 de 2002 (López, 2018).

Nada indica de forma razonable que reducir los derechos laborales por la crisis sanitaria generará más empleo. La motivación del decreto no se corresponde con la evidencia empírica. Por el contrario de lo que supuestamente busca el Decreto 488, será la clase trabajadora colombiana

la que terminará costeadando las pérdidas económicas de la crisis provocada por la pandemia. En un país que antes de la emergencia ya soportaba índices de desempleo superiores a los dos dígitos, con tasas de informalidad que exceden el 40%, imponer a los trabajadores gastar sus ahorros para sobrevivir y sacrificar su derecho al descanso constituye no solamente una medida contraria a la constitución y la ley, sino un verdadero acto criminal.

PARA TERMINAR: TODO CAMBIA PARA QUE TODO SIGA IGUAL

La pregunta por el futuro del trabajo probablemente ha acompañado a la humanidad desde el origen del capitalismo; esta parece ser parte de la incertidumbre propia que lo caracteriza, la misma que siempre se ha disfrazado de oportunidad. Hoy nos preguntamos, como los trabajadores de la cuadrilla, cuál será el futuro del trabajo. Los análisis de sociología del trabajo, como el de Julio Cesar Neffa (no gratuitamente uno de sus libros se titulaba *El trabajo del futuro el futuro del trabajo*), buscaban responder a las hipótesis que dejaba en el aire el best seller de Jeremy Rifkin; sin embargo, sus tesis resultan ser hoy en día más la imagen de sus deseos que el reflejo de la realidad.

La pregunta, ya no solo por el futuro del trabajo, sino de la vida tal y como la conocemos, es quizás el cuestionamiento más formulado durante los últimos meses; tan generalizadas como especulativas son sus posibles respuestas. Es imposible saber qué efectos producirá sobre el trabajo la crisis producida por la pandemia que recorre el mundo, esa misma que se extiende al mismo ritmo y con la misma lógica del capitalismo, imitando incluso la geografía trazada por el flujo de mercancías.

Mientras esto ocurre, el discurso público del gobierno, tanto en medios como en las normas, sí coincide en un solo aspecto: en la reedición de la narrativa épica del héroe individual, propia del neoliberalismo. Ahora el gobierno nacional se regocija en la calificación de los trabajadores de la salud como héroes de bata blanca en tiempos en los que abundan las quejas de quienes trabajan en ese gremio, porque deben laborar sin las mínimas condiciones de bioseguridad. La misma narrativa épica que sustenta la economía naranja, la política del emprendimiento y las

reformas que recortan derechos a los trabajadores para que se sacrifiquen por la economía del país, se exagera en los tiempos de crisis que vivimos.

Algunos teóricos consideran que quienes detentan la riqueza tendrán que movilizar el Estado para rescatar a las clases menos favorecidas si se pretende asegurar la supervivencia del capitalismo. Alain Badiu, refiriéndose a los efectos políticos del COVID-19, ya lo definió bien:

... la coyuntura obliga al Estado a no poder manejar la situación de otra forma que integrando los intereses de clase, de la cual él es representante del poder, en los intereses más generales, y eso debido a la existencia interna de un “enemigo” de suyo general, que puede ser, en tiempos de guerra, el invasor extranjero y que es, en la situación presente, el virus SARS-2. (Badiu, 2020, p.76)

No sería la primera vez que esto ocurre. Imanuel Wallerstein ya señalaba que a finales del Siglo XIX los liberales presionaron por el otorgamiento de derechos civiles (como el sufragio universal) y sociales (como los derechos laborales) a los trabajadores que estaban sublevándose, no como un acto de sincero reconocimiento por ser quienes producen la riqueza, sino como una manera de mantener que el modelo económico del capitalismo siga funcionando. Quizás la diferencia hoy es que la medida que tomaron los países industrializados a finales del siglo XIX deba practicarse ahora a escala global, lo cual dificultaría la externalización de la pobreza hacia los colonizados, que se ha acentuado entonces. ¿A quién se podrá cargar el precio de la recuperación si el mundo entero se encuentra bajo la amenaza de un virus y este puede devastar a la población empobrecida en cualquier zona del planeta?

Si las clases privilegiadas deben presionar al Estado para que a través de prácticas propias de la *biopolítica* asegure la vida de quienes deben seguir laborando para que el sistema económico no se derrumbe ¿cómo se explican medidas como las adoptadas por el gobierno colombiano que expone a los trabajadores? No es posible aún responder a estos interrogantes. Aquí nos arrogamos el derecho de especular, aunque tal actitud no sea muy científica. Por ahora no compartimos la idea de que un “nuevo orden mundial” realmente pueda surgir de esta crisis. Y no creemos que esto ocurra, porque aquello que llamábamos la normalidad

no era más que la profunda dependencia del mercado, el cual ha reinado gracias a que como especie nos gusta reconfortarnos en la facilidad que este nos ofrece. Si al reabrir las ciudades y las puertas de las casas para que la gente retome su rutina, el consumo desmedido que nos caracteriza retorna rápidamente y nos complacemos pensando que la economía se está reactivando, entonces poca esperanza quedará de que realmente algo haya cambiado, o lo que es igual, como en la célebre novela de El Gatopardo de Lampedusa: todo habrá cambiado para que todo siga igual.

REFERENCIAS

- Badiou, A. (2020) Sobre la situación epidémica. En: Sopa de Wuhan.
- Bowles, D. (2019, 26 de marzo). La interacción humana es un lujo en la era de las pantallas. *The New York Times*. Recuperado de: <https://www.nytimes.com/es/2019/03/26/espanol/opinion/tecnologia-pantallas-contacto.html>
- Corficolombiana. (04 de mayo de 2020). Salvaguardar el empleo. [Informe semanal]. *Investigaciones económicas*. Recuperado de: <https://investigaciones.corficolombiana.com/macroeconomia/informe-semanal/informe/231731>
- Fedesarrollo. (26 de marzo de 2020). Choque dual y posibles efectos sobre la economía colombiana. [Editorial]. *Tendencia económica 204*. Recuperado de: <http://dams.fedesarrollo.org.co/tendenciaeconomica/publicaciones/204/>
- García Villegas, M. (2017). *El orden de la libertad*. Bogotá D.C.: Fondo de Cultura Económica.
- Jaramillo, I. (2020, 06 de mayo de 2020). Reforma laboral y pensional en tiempos de pandemia. *Portafolio*. Recuperado de: <https://www.portafolio.co/economia/reforma-laboral-y-pensional-en-tiempos-de-pandemia-colombia-hoy-pesion-colombia-540572>
- Kalmanovitz, S. (2004). Recesión y recuperación de la economía colombiana. *Revista Nueva Sociedad*, 192, 98-116. Recuperado de: https://nuso.org/media/articles/downloads/3211_1.pdf

- López, O. (2018) Reforma al marco jurídico del trabajo en Colombia 1990-2016. Tecnología de la ley. En: Trabajo, Derecho y Subjetividad. Oscar López y Adriana Cuevas (Editores) Universidad Libre.
- Mouthón, L. (2020, 30 de abril). En primeros días del aislamiento se perdieron 1,5 millones de empleos. *El Heraldó*. Recuperado de: <https://www.elheraldo.co/colombia/en-primeros-dias-del-aislamiento-se-perdieron-15-millones-de-empleos-722263>
- Rubilar, G., Muñiz-Terra, L., & Domínguez-Amorós, M. (2019). Sobre el futuro: Narrativas laborales de estudiantes de liceos técnico-profesionales en tres claves de desigualdad. *Psicoperspectivas*, 18(3). <http://dx.doi.org/psicoperspectivas-vol18-issue3-fulltext-1656>
- Redacción económica (2020, 30 de abril). El COVID-19 dispara el desempleo en marzo de 2020: la tasa quedó en 12,6 %. *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/coronavirus/el-covid-19-dispara-el-desempleo-en-marzo-de-2020-la-tasa-queda-en-126-articulo-917267>
- Sánchez, F., Duque, V. & Ruiz, M. (2009). Costos laborales y no laborales y su impacto sobre el desempleo, la duración del desempleo y la informalidad en Colombia, 1980-2007. Recuperado de: https://economia.uniandes.edu.co/assets/archivos/Documentos_CEDE/dcede2009-11.pdf
- Sen, A. (1997). Desigualdad y desempleo en la Europa contemporánea. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116 (2), 169-187. Recuperado de: <http://ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/sen972.pdf>
- Sepúlveda Valenzuela, L., & Valdebenito Infante, M. J. (2019). ¿Estudiar para trabajar? Transición educativa-laboral de los egresados de la Educación Técnico Profesional en Chile. *Psicoperspectivas*, 18(3). <http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol18-issue3-fulltext-1661>

DIMENSIONES DEL ACCESO DE LA INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA EN TIEMPOS DE EMERGENCIA ECONÓMICA Y SOCIAL: REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL COVID-19.



CAROLINA RODRÍGUEZ BEJARANO.¹
KENNETH BURBANO VILLAMARÍN²

La declaración de la COVID-19 como pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud el pasado 11 de marzo de 2020, supone uno de los retos más grandes para la protección efectiva de los derechos humanos por dos principales razones. De un lado, esta declaratoria supone la posibilidad de suspender y limitar el ejercicio de ciertos derechos bajo estrictas condiciones a la luz de las obligaciones contenidas en los diversos tratados internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), pero de otro, implica maximizar esfuerzos de protección al núcleo esencial de los derechos humanos que bajo ninguna circunstancia pueden ser limitados, ni siquiera en medio de estas circunstancias especialísimas que estamos atravesando.

Pese a que la libertad de expresión, en estricto sentido, no hace parte de ese núcleo esencial especialmente protegido en el marco de lo previsto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tampoco son falsos los constantes rumores de censura a publicaciones de estudios sobre el origen del coronavirus denunciados por diferentes medios de comunicación, como el diario británico *The Guardian* (2020), o el presunto ocultamiento de la cifra

¹ Docente Investigadora Universidad Libre. Adscrita al grupo de investigación Derecho Estado y Sociedad. Universidad Libre Seccional Pereira. carolina.rodriquezb@unilibre.edu.co

² Profesor y Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional Universidad Libre. jkbv@hotmail.com

real de muertes por coronavirus en Wuhan reportado por el diario *El Mundo* (2020), donde se daba cuenta de un aumento de hasta un 50% en el número de personas fallecidas como consecuencia de un nuevo recuento en el que se incluyeron personas que perdieron la vida con síntomas de COVID-19, pero sin haber sido diagnosticadas.

Indudablemente, esta situación nos alerta sobre la importancia que revisten las garantías de la libertad de expresión, el acceso de la información y transparencia a propósito del COVID-19, debido a que los mandatos de protección existentes en los diversos tratados internacionales de derechos humanos parecen insuficientes. Por esta razón se hace necesario maximizar esfuerzos ante fenómenos como la censura, ciber-censura, el ocultamiento o la tergiversación de la información que se toma como base para la toma de decisiones oportunas para mitigar el impacto de la propagación del virus, e incluso el uso de los recursos públicos que soportan las medidas adoptadas por un gobierno a propósito de la crisis.

La libertad de expresión ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la piedra angular de una sociedad democrática, y es indispensable para la formación de la opinión pública (Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004, párr. 112). Sin una efectiva libertad de expresión, en palabras de este tribunal, la democracia se desvanece, los mecanismos de control y denuncia se tornan inoperantes y se crea un escenario que propicia que los sistemas autoritarios se arraiguen a la sociedad (Caso Ricardo Canese Vs Paraguay, 2004, párr. 86).

Estas garantías, en contextos de excepcionalidad como las que han sido decretadas por la mayoría de Estados del mundo para hacer frente a esta pandemia, pueden establecer una delgada línea entre el desconocimiento de los derechos humanos y su protección efectiva. El acceso a la información tiene una estrecha relación con derechos como la libertad de expresión en su dimensión colectiva, el cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas (La colegiación obligatoria de periodistas, 1985, párr. 30). Dicha dimensión colectiva o social implica el derecho que tienen todas las personas de conocer opiniones y noticias, es decir, como materialización del derecho al acceso a la información.

El acceso a la información como derecho autónomo está relacionado con la posibilidad de solicitar aquella contenida en bases de datos,

registros públicos o privados bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, 2010, párr. 197). Sobre este aspecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe denominado “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, ha precisado que el conocimiento de la información de interés público en cabeza del Estado permite a los ciudadanos cuestionar, indagar y considerar si se está dando cumplimiento a las funciones públicas. A juicio de la Comisión Interamericana, y de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Kimel vs. Argentina:

El funcionamiento de la democracia exige el mayor nivel posible de discusión pública sobre el funcionamiento de la sociedad y del Estado en todos sus aspectos, esto es, sobre los asuntos de interés público. En un sistema democrático y pluralista, las acciones y omisiones del Estado y de sus funcionarios deben sujetarse a un escrutinio riguroso, no sólo por los órganos internos de control, sino también por la prensa y la opinión pública. La gestión pública y los asuntos de interés común deben ser objeto de control por la sociedad en su conjunto. El control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus actuaciones, y es un medio para lograr el máximo nivel de participación ciudadana. De allí que el adecuado desenvolvimiento de la democracia requiera la mayor circulación de informes, opiniones e ideas sobre asuntos de interés público. (2008, párr. 57)

En este punto se hace necesario reflexionar acerca de la importancia de la veracidad y transparencia de la información en los asuntos de interés público en medio de la emergencia económica y social a raíz de la Pandemia del COVID-19, no solo debido a las manifestaciones hechas por varios medios de comunicación al respecto, sino también a propósito de los diversos informes, declaraciones y pronunciamientos hechos en los últimos días por diversos organismos y órganos de protección a los derechos humanos, donde se advierte la importancia que reviste una garantía efectiva del acceso a la información y la transparencia de la misma, debido a que es posible, a partir de dicha información,:

- Justificar la adopción de medidas para superar la crisis;
- Establecer el pleno cumplimiento de los estándares

de protección de los derechos humanos; c. Garantizar que los ciudadanos puedan ejercer acciones de restablecimiento de derechos en aquellos casos donde dichas medidas transgredan total o parcialmente sus derechos.

Bajo este entendido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas hizo un importante pronunciamiento sobre estos aspectos en la “Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales”, puesto que dejó en evidencia la necesidad de posibilitar el acceso al internet en igualdad de condiciones como una forma de garantizar *per se* el derecho de acceso a la información y a otros derechos, como el derecho a la salud y la educación, al afirmar que resulta

... indispensable disponer de información precisa y accesible sobre la pandemia, tanto para reducir el riesgo de transmisión del virus, como para proteger a la población del peligro que supone la desinformación. Esa información también es crucial para reducir el riesgo de conductas estigmatizantes y perjudiciales contra los grupos vulnerables, incluidas las personas infectadas por el virus causante de la Covid-19. La información debe facilitarse periódicamente, en un formato accesible y en todos los idiomas locales e indígenas. También deben adoptarse medidas para agilizar el acceso a servicios de Internet asequibles y a equipos técnicos básicos para todos los alumnos, en particular los de las comunidades y regiones más pobres, a fin de que puedan beneficiarse por igual de los programas de aprendizaje en línea mientras las escuelas y las instituciones de educación superior estén cerradas a causa de la pandemia.

Entre otras cosas, también se hizo mención de este aspecto al referirse a la importancia de las obligaciones de cooperación que les asisten a los Estados para afrontar amenazas transnacionales. Señala el Comité que ni los virus ni otros patógenos conocen de fronteras y que, por lo tanto,

Si no se adoptan las medidas adecuadas, una epidemia local puede convertirse muy rápidamente en una pandemia de consecuencias devastadoras (...) La intensificación de la cooperación internacional debe aumentar el grado de preparación de los Estados y las organizaciones internacionales, especialmente la OMS, para responder a las pandemias mediante, entre otras cosas, el intercambio de información científica

sobre posibles patógenos. Asimismo, debe mejorar los mecanismos de alerta temprana, basados en información oportuna y transparente proporcionada por los Estados sobre epidemias emergentes que puedan llegar a convertirse en pandemias. Gracias a ello, se podrían llevar a cabo intervenciones tempranas, basadas en los datos científicos más fidedignos, orientadas a controlar esas epidemias y evitar que se conviertan en pandemias.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, también a través de Observación General 25 de 2020 sobre “Ciencia y Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, estableció que el artículo 15.1.b del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce el derecho de todos a “disfrutar de los beneficios” o “Enjoy the benefits” del progreso científico y sus aplicaciones. Este derecho deriva obligaciones de conservación, desarrollo y difusión de la ciencia, las cuales deben ser interpretadas a la luz de la cooperación en el campo científico. El Comité DESC entiende por “beneficios”:

The term, “benefits” refers first to the material results of the applications of scientific research, such as vaccination, fertilizers, technological instruments and the like. Secondly, benefits refer to the scientific knowledge and information directly deriving from scientific activity, as science provides benefits through the development and dissemination of the knowledge itself. Finally, benefits refer also to science’s role in forming critical and responsible citizens who are able to participate fully in a democratic society. (2020, párr.8)

Es decir, el acceso a la información que deriva de la actividad científica proporciona desarrollo y conocimiento, pero al mismo tiempo promueve la formación de ciudadanos críticos y responsables que puedan participar en el ejercicio de la democracia. Bajo este entendido, es posible hablar de la existencia de unos elementos esenciales para el ejercicio de este derecho, como es el caso de la disponibilidad. A juicio del Comité DESC, los Estados deben promover la ciencia abierta y el código abierto a la publicación de investigaciones. Este elemento de disponibilidad tiene tres dimensiones: a) acceso a las aplicaciones de la ciencia; b) informe de riesgos y beneficios de la ciencia; y c) oportunidad de participar en el progreso científico.

De igual manera, en el marco del cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y protección, establece que los Estados deben abstenerse de desinformar deliberadamente a los ciudadanos o imponer obstáculos a la colaboración científica, asegurar que los actores privados no difundan información falsa o engañosa.

En esta misma línea fijada por el Comité DESC, es posible destacar tres referentes complementarios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El primero de ellos, la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTEIDH) 01 de 2020, "Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales".

Afirma la CORTEIDH en dicha declaración (2020) que las medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos, deben cumplir con varios requisitos: a) ser limitadas temporalmente; b) legales; c) ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos; d) razonables; y e) estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

Precisó además que los Estados deben garantizar el acceso a la información veraz y fiable, así como a internet, y, por lo tanto:

Deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus COVID19, sea limitado y proporcional a las necesidades sanitarias y no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales, y a la observancia del principio general de no discriminación.

El reconocimiento del acceso a Internet como un elemento fundamental en la garantía del derecho al acceso a la información es un punto coincidente con lo dispuesto por el Comité DESC y la Corte IDH, el cual fue retomado por la Comisión Interamericana (CIDH) en su Resolución "Pandemia y Derechos Humanos" (2020), en la cual se hacen amplias previsiones en relación con el derecho de acceso a la información. Por

ejemplo, a propósito de Estados de excepción y las restricciones admisibles a las libertades fundamentales en el Estado de Derecho, señaló que los Estados deben:

1. Respetar la prohibición de censura previa y abstenerse de bloquear total o parcialmente sitios de medios de comunicación, plataformas o cuentas particulares en Internet. (numeral 31).
2. Garantizar el acceso más amplio e inmediato al servicio de Internet a toda la población. (numeral 31).
3. Asegurar el derecho de acceso a la información pública en el marco de la emergencia generada por el COVID-19 y no establecer limitaciones generales basadas en razones de seguridad u orden público. (numeral 32).
4. Informar proactivamente, en formatos abiertos y de manera accesible a todos los grupos en situación de vulnerabilidad, de forma desagregada sobre los impactos de la pandemia y los gastos de emergencia, desagregados de acuerdo con las mejores prácticas internacionales. (numeral 32).
5. Asegurar que cualquier responsabilidad ulterior que se pretenda imponer por la difusión de información u opiniones, basada en la protección de los intereses de salud pública. (numeral 33).
6. Observar un especial cuidado en los pronunciamientos y declaraciones de los funcionarios públicos con altas responsabilidades respecto de la evolución de la pandemia. En las actuales circunstancias, constituye un deber que las autoridades estatales informen a la población, y al pronunciarse al respecto, deben actuar con diligencia y contar en forma razonable con base científica pública. (numeral 34).
7. Atender y combatir de forma transparente la desinformación que circula respecto de la pandemia. (numeral 34).
8. Proteger el derecho a la privacidad y los datos personales de la población, especialmente de la información personal sensible de los pacientes y personas sometidas a exámenes durante la pandemia. (numeral 35).
9. Almacenar los datos personales recabados durante la emergencia con el fin limitado de combatir la pandemia, sin compartirlos con fines comerciales o de otra naturaleza. Las personas afectadas y pacientes conservarán el derecho a cancelación de sus datos sensibles. (numeral 35).

10. Asegurar que, en caso de recurrir a herramientas de vigilancia digital para determinar, acompañar o contener la expansión de la epidemia y el seguimiento de personas afectadas, éstas deben ser estrictamente limitadas. (numeral 36).
11. Proporcionar información sobre la pandemia de forma en su idioma tradicional, estableciendo cuando sea posible facilitadores interculturales que les permita comprender de manera clara las medidas adoptadas por el Estado y los efectos de la pandemia. (numeral 54).

Desde la perspectiva de la CIDH, en este tiempo de emergencia no solamente se hace imperativo para los Estados la garantía del derecho de acceso a la información, sino también el hacer seguimiento al uso de la información y la responsabilidad de los pronunciamientos y declaraciones respecto de la evolución de la pandemia, puesto que sus actuaciones deben enmarcarse en el marco de la diligencia debida y contar en forma razonable con base científica. La diligencia debida, no solo desde las obligaciones respecto de las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, sino vista desde las obligaciones extraterritoriales de los Estados.

Los Principios de Maastricht, recogidos en 2011 en una reunión convocada por la Universidad de Maastricht y la Comisión Internacional de Juristas, definen el concepto de obligaciones extraterritoriales como:

- a) obligaciones relativas a las acciones u omisiones de un Estado, llevadas a cabo dentro o fuera de su propio territorio, que afecten el disfrute de los derechos humanos fuera de su territorio; y b) obligaciones de carácter global establecidas en la Carta de las Naciones Unidas y en instrumentos de derechos humanos que requieran la adopción de medidas, por separado y conjuntamente mediante la cooperación internacional, para realizar los derechos humanos de manera universal. (p.6)

El principio de transparencia se hace extensivo a la interpretación de los derechos de acceso a la información y constituye un presupuesto indispensable en el desarrollo de los espacios de cooperación internacional entre Estados, tal y como se reconoció en el Programa Acción de Viena de 1993, donde se reconoció que la cooperación debía basarse en el diálogo y la transparencia. Teniendo en cuenta lo anterior, la CIDH ha insistido

en la necesidad de promover espacios amplios y efectivos de diálogo internacional en medio de la pandemia, con el objeto de intercambiar de manera oportuna saberes, experiencias, buenas prácticas, estrategias, políticas públicas, alentando siempre la participación de personas afectadas, sociedad civil, universidades, entidades de salud pública, entre otros, con el objeto de incentivar el intercambio técnico para el establecimiento de protocolos globales, para el tratamiento de datos, manejos de estadística, tratamientos médicos e incluso la posibilidad de mejorar el acceso a las vacunas a través de transferencia tecnológica en donde las patentes y la propiedad intelectual no se conviertan en un obstáculo para la preservación de la vida.

Sobre la importancia del principio de transparencia, la relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en comunicado de prensa R58/20 del 19 de marzo de 2019, hace una mención de la incidencia que tiene el derecho al acceso a la información en la salud humana, puesto que no solamente en este caso depende de las posibilidades de atención sanitaria. A propósito de lo anterior hace un llamado a que los Estados proporcionen información veraz sobre la naturaleza de la amenaza que supone el coronavirus. Este llamado cobra especial relevancia por cuanto muchos gobiernos han desestimado la gravedad que puede suponer la velocidad de propagación de este virus y los efectos aún desconocidos en quienes lo contrajeron. Jair Bolsonaro, presidente de Brasil, ha señalado que se trata de una “gripecita” y critica las medidas de confinamiento por su lesividad a la Economía de los países (*El Tiempo*, 2020). Aun cuando puede pensarse que esta postura escéptica es aislada, podemos citar varios ejemplos, como el caso de México: el presidente Andrés Manuel López Obrador, quien, en medio de 251 casos confirmados y dos muertes, invitaba a los mexicanos a salir a restaurantes y hacer la vida normal (*Semana*, 2020); esta posición hizo que el Gobierno Nacional tardara en adoptar medidas, razón por la cual los esfuerzos para afrontar la pandemia quedaron en manos de los Gobernadores y Alcaldes, quienes exigen más comunicación y articulación para lograr de manera efectiva hacer frente a la crisis (*El País*, 2020).

En esta misma resolución, la relatoría para la libertad de expresión sostiene que los Estados están obligados a proporcionar información fidedigna, y expresa su preocupación por el impacto que puedan tener falsas

informaciones sobre la pandemia, las cuales pueden provocar pánico y desorden; por ejemplo en Buenaventura - Colombia, luego de que empezara a circular en redes sociales un video de un médico que señalaba que el agua de mar evitaría adquirir el COVID-19, decenas de personas hicieron caso omiso a la medida de distanciamiento social decretada por el gobierno nacional, aumentando el riesgo de propagación (*El Tiempo*, 2020).

La CIDH se anticipa al tema del uso de herramientas tecnológicas para la vigilancia y el rastreo de la propagación del virus, advierte que su uso debe ser limitado tanto en términos de tiempo como de propósito; en todo caso debe procurar la garantía rigurosa de los derechos a la privacidad y la no discriminación, entre otros derechos. Estas herramientas empiezan a ser implementadas por los gobiernos; en Colombia, “CoronApp” es la aplicación promovida por el ejecutivo, pero existen otras, como “ME CUIDO”, una aplicación de uso libre creada por la Universidad Nacional de Colombia (2020) con el objetivo de apoyar la toma de decisiones públicas, pues se trata de un “sistema de monitoreo del movimiento de usuarios del sistema de transporte integrado de Bogotá, para ver cómo influye esta actividad en la evolución y transmisión del virus”. Es urgente analizar el alcance y uso de la información que ya empieza a ser recopilada en dichas aplicaciones, debido a que en los términos y condiciones de uso de la App del Gobierno Nacional existen muchos vacíos en cuanto al propósito y no se hace mención del tiempo durante el cual se recaudará dicha información.

CONCLUSIONES

Los lineamientos fijados por el Comité DESC, la CIDH y la Corte IDH apuntan a comprender la importancia de los alcances en el cumplimiento del estándar de diligencia debida en un escenario tan complejo como la declaratoria de pandemia mundial. La información difundida y el uso de la información recaudada indudablemente deben ser transparentes, pues de eso depende: 1) la orientación adecuada y oportuna de las políticas creadas por los Estados para mitigar los efectos de la propagación del virus; 2) promover escenarios de prevención que dependen exclusivamente de los comportamientos sociales de los ciudadanos; 3) minimizar los impactos económicos, sociales, políticos y culturales que puedan generar las limitaciones; 4) que las limitaciones a los derechos humanos susceptibles

de ser suspendidos no redunden en el incumplimiento de obligaciones internacionales contenidas en los tratados del DIDH.

Las previsiones hechas por estos organismos internacionales se han concentrado en la difusión de la información, pero apenas de manera somera advierten las grandes dificultades que se presentan en la práctica, con el uso de la información y lo que supone diferenciar entre la libertad de opinión de los más altos funcionarios (como es el caso de los presidentes) y las obligaciones que se derivan del ejercicio de la libertad de expresión en su dimensión social, y cómo estos derechos inciden en el derecho de acceso a la información y la transparencia de la misma. La base científica surge como una forma de salir al paso a este conflicto de derechos; no obstante, seguiremos siendo testigos de cómo las opiniones o las afirmaciones sin fundamento científico ponen en riesgo la vida y la integridad de quienes dependemos de las buenas o malas decisiones que tomen los actuales gobiernos. Donald Trump, en una rueda de prensa, sugería el uso de desinfectante inyectado o el uso de luz ultravioleta en el cuerpo como una forma de combatir el virus (CNN en español, 2020); aunque las afirmaciones hechas fueron “coloquiales”, en los días siguientes se reportaron decenas de intoxicados por consumo de cloro en Estados Unidos, luego de estas declaraciones.

De otro lado, de acuerdo con la experiencia que se ha podido lograr en las últimas semanas sobre el manejo de la crisis en diversos países del mundo, resulta preocupante el reporte de las estadísticas de contagios y fallecidos, la falta de diligencia en la cadena de custodia de la información de los pacientes que perdieron la vida y sobre los cuales no hay certeza del lugar de destino final de sus cuerpos. Tales son los casos de Wuhan o Ecuador, países que han estado en el ojo del huracán, pues sus estadísticas oficiales han sido ampliamente cuestionadas, e incluso el caso de Colombia, donde las estadísticas dan cuenta de un número muy inferior al total de personas realmente infectadas, por cuenta de la poca cobertura tecnológica para el procesamiento de muestras en plazos razonables.

Todas estas preocupaciones aumentan debido a que las posibilidades de una cura se extienden en el tiempo. Resulta aún más desconcertante la eventualidad de que el acceso a la información pueda verse afectado en un futuro no muy lejano por la falta de cooperación científica y, por lo tanto, las

vacunas y tratamientos de este virus sigan siendo el privilegio de unos cuantos países en detrimento de los derechos no solo individuales, sino los DESC.

Esta crisis ha puesto de manifiesto que hoy más que nunca urge una visión holística de los derechos humanos; las cosas no pueden volver a ser como antes, los Estados deben volcarse a la garantía de los DESC, que por muchos años se consideraron un servicio público sin función social, un modelo que le quitó la posibilidad de ser titulares de derechos a las personas y los convirtió en usuarios.

REFERENCIAS

Schutter, O., Eide, A., E., Ashfaq K., Orellana, M., Margot Salomon, M., and Seiderman, I. (2016). Comentario a los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México

China clamping down on coronavirus research, deleted pages suggest. The Guardian (2020, 11 de abril). <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/11/china-clamping-down-on-coronavirus-research-deleted-pages-suggest>

De Cal. L(2020, 17 de abril) El mundo desconfía de China: la cifra de muertos por coronavirus en Wuhan sube un 50%. <https://www.elmundo.es/internacional/2020/04/17/5e995b3921efa095458b45d3.html>

Bolsonaro dice que Covid-19 es una 'gripecita' y critica confinamiento. El Tiempo. (2020, 25 de marzo) <https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/bolsonaro-dice-que-coronavirus-es-una-gripecita-y-critica-confinamiento-476758>

Falsa cura de Covid-19 llevó a decenas de personas a bañarse en el mar. El Tiempo (2020, 13 de abril) <https://www.eltiempo.com/colombia/cal/en-buenaventura-rompieron-cuarentena-para-banarse-en-el-mar-483532>

McCuido, app para monitorear el COVID-19 en Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. (2020, 16 de abril) <http://agenciadenoticias>.

unal.edu.co/detalle/article/mecuido-app-para-monitorear-el-covid-19-en-bogota.html

“No dejen de salir”: el cuestionable mensaje de AMLO a los mexicanos. (2020, 23 de marzo) Semana. <https://www.semana.com/mundo/articulo/no-dejen-de-salir-el-cuestionable-mensaje-de-amlo-a-los-mexicanos/658656>

Comisión interamericana de Derechos humanos. (2009, 30 de diciembre) Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09 <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>

Corte Interamericana de Derechos humanos. (2004, 2 de julio) Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 107. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos humanos. (2008, 2 de mayo) Caso Kimel Vs. Argentina. Serie C No177. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos humanos. (1985, 13 de noviembre) Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo16.pdf>

Corte Interamericana de Derechos humanos (2004, 31 de agosto) Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 111 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos humanos (2010, 24 de noviembre) Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 219 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf

Relatoría para la Libertad de Expresión. COVID-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia - Expertos internacionales. (2020, 19 de marzo). Comunicado de Prensa 58/20 <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1170&IID=2>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. (2020, 9 de abril). Declaración 1/20 http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pandemia y Derechos Humanos. Resolución 1 de 2020. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Términos y Condiciones de uso de CORONAPP. Instituto Nacional de Salud. <https://www.ins.gov.co/Te%CC%81rminos%20y%20condiciones%20CoronApp%20Colombia.pdf>

Committee on Economic, Social and Cultural Rights General. Comment No. 25 (2020) on Science and economic, social and cultural rights Art. 15.1.b, 15.2, 15.3 and 15.4^{5*}

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. 17 de abril de 2020. <https://undocs.org/es/E/C.12/2020/1>

Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) Comentario a los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A/CONF.157/23 https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON “DISCAPACIDAD” EN TIEMPOS DEL COVID-19¹



DANIEL A. VELASQUEZ-MANTILLA²
CARLOS ARTURO DUARTE-CUADROS³
MABEL BONILLA-CORREA⁴
CARLOS EMILIO ALARCÓN-LAVERDE⁵

*(...) Oh cuánto cuánto
costará la muerte
ahora que no hay divisas
ni perdón
y no hay repuestos para la conciencia
ni ganas de morir
ni afán
ni nada.*

Fragmento poema: La crisis, (Benedetti, 2015)

La sociedad en riesgo sobre la cual Beck (2002) llamó la atención, hoy muestra su cara más trágica, ante la incertidumbre que viven

¹ Los autores son integrantes del Grupo de Investigación Acción Socio-Jurídica Transdisciplinar de la Universidad Libre. Se recomienda visitar la producción del grupo asociada a la protección del derecho a la salud, educación, trabajo y acceso a la información para personas con “discapacidad”. (Páez et al., 2017; Parra et al., 2017, 2018).

² Docente investigador Universidad Libre, Sociólogo, Magíster en Intervención Social, Doctorando en Investigación Transdisciplinar en Educación.

³ Docente investigador Universidad Libre, Abogado, Especialista en Régimen Municipal y Departamental, Magíster en Derecho Administrativo, Doctorando en Derecho.

⁴ Docente investigador Universidad Libre, Abogada, Especialista en Derecho Público y Financiero, Especialista en Docencia Universitaria, Magíster en Ciencias de la Educación con Énfasis en Docencia Universitaria.

⁵ Docente investigador Universidad Libre, Abogado, Conciliador en Derecho, Especialista en Derecho Público Financiero, Especialista en Docencia Universitaria, Especialista en Pedagogía y Docencia.

millones de personas sometidas al confinamiento producto de las medidas urgentes y necesarias que tomaron los estados para enfrentar la pandemia del COVID-19. Hoy corremos el riesgo de dilapidar los grandes esfuerzos alcanzados en materia de derechos humanos, un alarmante panorama que exige detener nuestras miradas y reconocer los caminos transitados en procura de favorecer la vida y la dignidad humana a todos los grupos poblacionales.

El presente texto reflexiona sobre los retos que Colombia enfrenta para sostener, en el marco de la coyuntura del COVID-19, las líneas de acción jurídica que logró posicionar a lo largo de la historia moderna el movimiento de “discapacidad”⁶ en el mundo; estas se materializan en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con “Discapacidad” - CIDPD (2008)⁷, en la medida que algunas acciones descritas a consideración de los autores reafirman lógicas de estigmatización elaboradas históricamente por la sociedad. Recordemos que:

(...) la comprensión de la “discapacidad” y su teorización no es un proceso aislado de la realidad que se sitúa sólo en el plano de las ideas. (...) esta interrelacionado e impulsado por los acontecimientos socio-políticos, culturales y económicos que suceden en cada época histórica. (López, 2016, p. 8)

La sociedad no debe guardar silencio ante la posibilidad de perder un esfuerzo colectivo que movilizó la ciudadanía en clave del reconocimiento a las diversidades humanas. Ha sido una tarea fundamental para movilizar dimensiones éticas y morales acordes a los principios que nos definen como seres humanos; un ejercicio que se viralizó en varios rincones del mundo bajo la consigna principal del movimiento de vida independiente: *Nada sobre nosotros, sin nosotros*, postulado que germina como resultado de los procesos de reflexión en torno a la discriminación que padecen las poblaciones más vulnerables en una sociedad normalizada.

⁶ Las comillas son intencionadas y pretenden resignificar los conceptos que la definen, una apuesta por otorgar nuevos esquemas que permitan fortalecer el reconocimiento de la diferencia y las diversidades humanas.

⁷ Adoptada en Colombia a través de la Ley 1346 de 2009 y reglamentada en la Ley Estatutaria 1618 de 2013.

A través de estos procesos se dinamizó la participación de las personas con “discapacidad” en la formulación de políticas públicas como parte del paisaje diverso que conforma la humanidad. Esta tesis moviliza principalmente el reconocimiento al derecho a la vida y la dignidad humana, vida ilustrada en Colombia como:

(...) un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación “*existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad*”, ya que “*al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable*”, en la medida en que sea posible. (*Sentencia T-395, 1998, p. 13*)

Y sobre la dignidad humana:

(...) entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (...) como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (...) como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). (*Sentencia T-881, 2002, p. 16*)

Algunas expresiones sociales deben llamar la atención. En diversos medios masivos de comunicación circulan expresiones de algunos jefes de estado que consideran legítimo establecer un modelo de atención a la crisis del COVID-19 desde los presupuestos del darwinismo social. Este modelo impone las leyes de la naturaleza en el terreno social, fomentando a través de su postulado sociedades que procuran el bienestar general a través de la selección natural de la especie que moviliza sus intereses aplicando la ley del más fuerte (González, 2020). Es imprescindible recordar que dichos postulados fomentaron en el terreno de la ética y moral pública apuestas políticas que condenaron las diversidades humanas a la supremacía de la “normalidad”, avivando prácticas discriminatorias respecto a la raza, la funcionalidad, el género, la clase, la cultura, lo etario, entre otras.

El modelo de atención eugenésico a la población con “discapacidad” tiene origen en el darwinismo social, considera de base que es una carga al bienestar general la diversidad humana (Miranda & Vallejo, 2005).

Inhabilita la población y la restringe a través de pautas de relacionamiento que procuran la caridad como única medida que aplica ante la “enfermedad”, ante lo “anormal”, ante la “discapacidad”. Tal dimensión opera en el terreno de la vida y la dignidad humana, pues solo los “normales”, no “enfermos” y “más fuertes” son tenidos en cuenta para establecer la organización de las normas e instituciones sociales que movilizan para garantizarse a sí mismos los derechos mencionados.

Estas nociones pueden renacer y legitimarse socialmente a través de la pandemia del COVID-19. Colombia debe diseñar políticas que atiendan la Emergencia Económica, Social y Ecológica, sin abandonar los fundamentos que procuran el reconocimiento de los derechos de las personas con “discapacidad”. Se deben fomentar en el marco de la implementación acciones diferenciadoras, no tenemos en la actualidad estudios que logren identificar los efectos del COVID-19 en las personas con “discapacidad”, pero, con las morbilidades asociadas a sus condiciones de salud, se pueden diseñar modelos de prevención que atiendan diferencialmente las necesidades de esta población.

Así lo resalta Mariana Morales, quien llama la atención sobre algunas situaciones que pueden poner en riesgo las personas con discapacidad. En el caso del síndrome Down, considera que “(...) del 40 al 50% de este grupo de pacientes padece malformaciones cardíacas, muchas de ellas no intervenidas. (...) algunos presentan enfermedad pulmonar crónica u otras complicaciones como hipertensión arterial o diabetes lo que los hace más vulnerables a esta infección.” (Morales, 2020, párr. 3). De igual manera, señala los riesgos que pueden vivir personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA), al resaltar que:

(...) se han identificado alteraciones tanto en la inmunidad innata que es la primera línea de defensa cuando ocurre una infección; como en la inmunidad adaptativa, la defensa específica para un antígeno, que es duradera; haciéndolos de igual forma más vulnerables ante la infección. (Morales, 2020, párr. 5).

Estos ejemplos ilustran las formas como pueden ser atendidos por el sistema de salud colombiano. Es preciso fomentar modelos de acompañamiento diferencial que garanticen la vida y la dignidad humana de

las personas con “discapacidad”. Situaciones como lo vivido en la clínica psiquiátrica Nuestra Señora de la Paz en Bogotá deben poner en alerta a los sistemas sanitarios del país y diseñar modelos de atención oportuna que comprendan sus necesidades:

(...) este diario conoció una carta que envió la clínica a las autoridades de salud de Bogotá para que agilicen la entrega de resultados de unas muestras tomadas el pasado 16 de abril en pacientes hospitalizados y sospechosos. Por las demoras “no hemos podido dar salida a pacientes catalogados como sospechosos, a pesar de estar estables en los síntomas mentales, teniendo por esta razón tres servicios aislados y unidades de cuidados agudos sobreocupadas”, (...). (*El Tiempo*, 2020, párr. 8-9).

La situación descrita por el diario de circulación nacional narra la crisis que viven las personas usuarias del centro médico; sumado a su “discapacidad” psicosocial, tienen que padecer las incertidumbres propias de la coyuntura del COVID-19, angustias que pueden afectar negativamente sus procesos de atención. Los modelos de acompañamiento a la emergencia deben establecer rutas que consideren las diversidades físicas, psicosociales, emocionales, culturales, entre otros diferenciadores de la persona humana, que permitan tomar decisiones que coadyuven a superar la emergencia salvaguardando los derechos alcanzados en el Estado Social de Derecho.

Entre el diecisiete (17) de marzo de dos mil veinte (2020) a la fecha⁸, y dentro de la declaratoria de la Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, el Estado colombiano ha expedido más de noventa (90) Decretos para mitigar la crisis por el COVID-19. Solo veintisiete (27) de ellos versan sobre temas de carácter social y de salud para soportar la crisis sanitaria y social de los ciudadanos, desde el diagnóstico de la enfermedad hasta las ayudas para las familias en estado de vulnerabilidad; así como de los alivios y excepciones tributarias a los empresarios del país.

Sobre las normas, podemos dejar en consideración que se expiden en cumplimiento de la declaratoria de emergencia Económica, Social y

⁸ Revisión realizada hasta el 23 de abril de 2020.

Ecológica, promulgada mediante el Decreto Ley 417 (2020), al amparo del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia (1991), cuando sobrevengan hechos distintos de los señalados en los artículos 212 y 213 del ordenamiento jurídico de Colombia. Decretos que deben solamente versar en los temas relacionados a la crisis ocasionada por la pandemia, en protección y salvaguarda de la vida y de la dignidad humana. A la luz de los mismos, se desprende que no hay distinción alguna para las personas con “discapacidad”, previniendo las contempladas en forma enunciativa en la Ley Estatutaria 1618 (2013), por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con “discapacidad”, en su Título III, como son las obligaciones del Estado y la sociedad:

Artículo 5°. Garantía del ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión. Las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, distrital y local, en el marco del Sistema Nacional de Discapacidad, son responsables de la inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad, debiendo asegurar que todas las políticas, planes y programas, garanticen el ejercicio total y efectivo de sus derechos, (...). Para tal fin, las autoridades públicas deberán, entre otras, implementar las siguientes acciones:

(...) Asegurar que, en el diseño, ejecución, seguimiento, monitoreo y evaluación de sus planes, programas y proyectos se incluya un enfoque diferencial que permita garantizar que las personas con discapacidad se beneficien en igualdad de condiciones y en términos de equidad con las demás personas del respectivo plan, programa o proyecto. (...).

Solo en un aparte del Decreto Ley 546 del 14 de abril, 2020 (p. 1), *mediante el cual el Gobierno Nacional en sus facultades extraordinarias determinó que las personas privadas de la libertad con mayor vulnerabilidad frente al COVID-19 tendrán medidas de detención y prisión domiciliarias transitorias, entre otras, las personas con movilidad reducida por “discapacidad” debidamente acreditada, de conformidad con la historia clínica del interno y la certificación expedida por el médico del establecimiento carcelario.* Esta medida fue tomada a raíz de todas las denuncias hechas por los reclusos que hay en los centros carcelarios del país, y con el fin de minimizar el hacinamiento en los establecimientos de

reclusión, mas no como una medida que proteja a dicho grupo poblacional en cuanto su dignidad humana.

Otras medidas son las dadas por el Ministerio de Salud y Protección Social, que presentó a la sociedad unos lineamientos de prevención del contagio por COVID-19 y atención en salud para las personas con “discapacidad”, sus familias, las personas cuidadoras y actores del sector salud en el mes de marzo de 2020. Lo anterior, en concordancia con la Ley 1751 (2015), *Por la cual se regula el Derecho Fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*, artículo 11, el cual precisa:

(...) personas en condición de “discapacidad”, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. (Ley 1751, 2015, Art. 11, p. 6).

Estos lineamientos trazan unos aspectos generales de la discapacidad, orientaciones generales para la prevención del contagio, el acceso a la información y a la comunicación, medidas de prevención en el entorno comunitario y en el entorno institucional; unas orientaciones generales para la atención en salud de las personas con “discapacidad”, sus familias y personas cuidadoras, en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19; orientaciones específicas en atención a la “discapacidad” que presenta la persona, adicionales a las establecidas en los apartados anteriores; y medidas para los centros dedicados a la atención de las personas con “discapacidad”.

No obstante, con anterioridad fue expedida la Ley 1996 (2019), *por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con “discapacidad” mayores de edad*, la cual tiene por objeto establecer medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con “discapacidad” mayores de edad, y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma. Además, la Ley definió, entre otros, el concepto de los apoyos como:

(...) tipos de asistencia que se prestan a la persona con “discapacidad” para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la

asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales. Apoyos formales. Son aquellos apoyos reconocidos por la presente ley, que han sido formalizados por alguno de los procedimientos contemplados en la legislación nacional, por medio de los cuales se facilita y garantiza el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de una voluntad expresada de manera anticipada, por parte del titular del acto jurídico determinado. (Ley 1996, 2019, art. 3, p. 1).

Sin embargo, su cumplimiento ha sido tardío por la ausencia de reglamentación para su implementación, sin establecer mecanismos para el ejercicio de la capacidad legal y para la realización de actos jurídicos y la determinación de los apoyos, lineamientos y protocolos para la realización de valoración de soportes y suscripción de directivas anticipadas. Se ha retardado igualmente la prestación de los servicios de suscripción de apoyos por escritura pública ante notario y ante conciliadores extrajudiciales en derecho, en la medida en que las entidades a las que se les encomiendan los procedimientos no podrán prestar tal servicio y a la fecha no se han autorizado las capacitaciones de jueces, notarios y conciliadores. Todo ello por la ausencia de capacidades estructurales, de conocimiento, de rompimiento de barreras y el acoger a estas personas como iguales. La figura jurídica de la institución de la interdicción, que mucho daño les hizo a las personas con “discapacidad”, no se ha logrado superar para su plena inclusión social.

Así las cosas, las disposiciones existentes hacen parte de la integralidad del servicio y protección a las personas con “discapacidad”. Pero, de acuerdo con el servicio que presenta nuestro sistema sanitario, hace inviable una atención de igualdad, universalidad y progresividad que garantice un servicio eficiente y eficaz con los principios verdaderos a la vida y a la dignidad humana que se merece este grupo poblacional y que nuestro ordenamiento jurídico plasmó en la Constitución.

La gran preocupación es que la protección especial a las personas con “discapacidad” queda en la norma citada, pero al materializarse dicho consenso jurídico no existe diferenciación alguna en la prestación del servicio en la pandemia, dejándola a discrecionalidad de los prestadores

de los servicios sanitarios del país. Es por ello que se debe buscar crear para lo sucesivo normas y su efectivo cumplimiento, en lo que se refiere a la inclusión real y material a la población con “discapacidad” en el marco del COVID-19.

Algunos expertos internacionales han manifestado las indolencias sobre el tema; tal como lo indicó la relatora especial, sobre los derechos de personas con “discapacidad” de la ONU, Catalina Devandas:

(...) las personas con “discapacidad” deben tener la garantía de que su supervivencia es considerada una prioridad y urgió a los Estados a establecer protocolos para emergencias de salud pública a fin de garantizar que, cuando los recursos médicos sean limitados, no se les discrimine en el acceso a la salud, incluyendo las medidas para salvar vidas. (Noticias ONU, 2020, párr. 12).

Así las cosas, frente al tema en cuestión podemos decir que existe una aproximación de la teoría del Estado en la realidad estatal cuando Herman Heller dice:

Pues las teorías del Estado, dejaron sin examinar gran parte de los más importantes problemas teóricos y prácticos, como los de la naturaleza, función y unidad del Estado, el de sus relaciones con la sociedad, la economía e, incluso, con el derecho, los del Estado de clase, de la opinión pública, de los partidos políticos, etc.; o bien, si se ocuparon de ellos, lo hicieron en medida insuficiente. (Heller, 2004, pp. 46-53)

Planteamiento hoy a la fecha, en el marco del COVID-19, que nos lleva a pensar que son las mismas sociedades las que buscan los cambios en el entorno donde se presentan los fenómenos sociales y culturales. Además, son las sociedades las que buscan los retos cuando los escenarios políticos y económicos no comprenden la sociedad, y será la sociedad civil la encargada de cambiar las barreras en el conglomerado de las personas con “discapacidad” en los marcos jurídicos más accesibles en la prestación y decisión de los servicios sanitarios.

Como bien lo manifestaba el jurista italiano Luigi Ferrajoli en entrevista con García (2020):

(...) las crisis del coronavirus evidencian un desajuste entre la realidad del mundo y la forma jurídica y política con la que tratamos de gobernarnos. Los problemas globales no están en las agendas nacionales. Pero de su solución depende la supervivencia de la humanidad. (párr. 1)

Adicionalmente reclama que es imprescindible instituir “(...) una esfera pública internacional a la altura de los desafíos globales y, en particular, funciones e instituciones supranacionales de garantía de los derechos humanos y de la paz.” (párr. 3). Los derechos humanos son de carácter universal; como lo ha plasmado la Convención de las Naciones Unidas, los Estados deben ajustar todas sus normas en búsqueda del garantismo constitucional, protegiendo a las personas con “discapacidad”.

En conclusión, la falta de medidas de protección especial a la población con “discapacidad” en el marco del aislamiento obligatorio puede ocasionar traumatismos al sistema sanitario. Es fundamental elaborar normas que orienten los ajustes razonables requeridos para dar cumplimiento a la normatividad definida hasta la fecha, en procura de la vida y dignidad humana de la población con “discapacidad” en el marco de la coyuntura del COVID-19.

Es prioritario atender las posibles secuelas para la salud de los colombianos presentadas por el confinamiento, que se encuentran citadas en los lineamientos proferidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, como lo son:

(...) el aumento en ansiedad/angustia generada por la incertidumbre, temor a enfermarse o morir, sensación de impotencia por no poder proteger a los seres queridos, temor a acercarse a servicios de salud por riesgo a enfermarse, desesperanza, aburrimiento, soledad, miedo a perder dinero u objetos materiales, miedo a ser socialmente excluido, miedo de revivir la experiencia de una enfermedad previa, insomnio, reducción en la percepción de seguridad, irritabilidad y responsabilizar a terceros, entre otros. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020, p. 4)

Así mismo, las veedurías ciudadanas y entidades de vigilancia y control deben procurar diseñar modelos de seguimiento que permitan prevenir los riesgos a la salud de las personas con “discapacidad” asociada al manejo

de la coyuntura del COVID-19. Es fundamental que las organizaciones sociales, políticas y movimientos ciudadanos asuman un rol protagónico en el manejo de la pandemia; sus lecturas territoriales y poblacionales han sido construidas históricamente y pueden lograr establecer alertas en aquellos sectores donde la acción Estatal no es tan eficiente.

Para finalizar, es preciso resaltar que Colombia, el primero de enero de 2020, cambió por las dinámicas del calendario electoral los gobiernos locales en todos los municipios y departamentos del país. Muchos de los mandatarios locales cambiaron la estructura burocrática para implementar sus planes de gobierno, situación que agrava el manejo que puede darse a la pandemia del COVID-19, pues en muchos casos los nuevos funcionarios públicos desconocen las realidades territoriales y responden a cuotas políticas propias del paisaje clientelar que caracteriza la política nacional. En tal sentido, las lecturas que se pueden hacer sobre las realidades que viven los grupos poblacionales de "discapacidad" debe ser acompañada por el movimiento de "discapacidad" en Colombia, las organizaciones del tercer sector, entidades religiosas, entidades de ayuda humanitaria, universidades, investigadores, juntas de acción comunal y demás escenarios que puedan aportar elementos para superar la crisis sin abandonar los presupuestos éticos y morales relacionados con la protección a la vida y dignidad humana.

REFERENCIAS

Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Paidós Ibérica.

Benedetti, M. (2015). *A título de inventario*.

Constitución Política de Colombia, (1991). <https://tinyurl.com/vyqp3ny>

Ley 1346, Pub. L. No. 1346, 34 (2009). <https://tinyurl.com/y9cy243u>

Ley Estatutaria 1618, Pub. L. No. 1618, 46 (2013). <https://tinyurl.com/y9ertrg3>

Ley 1751, Pub. L. No. 1751, 11 (2015). <https://tinyurl.com/y9nhczgu>

- Ley 1996, Pub. L. No. 1996, 23 (2019). <https://tinyurl.com/y9ylt5m6>
- El Tiempo, C. E. (2020, abril 23). *Clínica en Bogotá llega a 45 casos, y se esperan más pruebas*. El Tiempo. <https://tinyurl.com/y72ej3rl>
- García, B.J. (2020, marzo 27). *Luigi Ferrajoli, filósofo: "Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata"*. El País. <https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html>
- González, J. A. P. (2020). Desde la influencia del darwinismo social hasta el imperio de los derechos humanos. Inmigración en Chile entre 1907 y 2018. *Estudios de Derecho*, 77(169), 323-348. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n169a13>
- Heller, H. (2004). *Teoría del Estado*. Editorial Comares.
- López, M. G. (2016). *Modelos teóricos e investigación en el ámbito de la discapacidad. Hacia la incorporación de la experiencia personal*. <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/8063>
- Sentencia T-395, T-155820 (Corte Constitucional de Colombia 3 de agosto de 1998). <https://tinyurl.com/yb7kqozj>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2020). *Lineamientos de prevención del contagio por covid-19 y atención en salud para las personas con discapacidad, sus familias, las personas cuidadoras y actores del sector salud*. <https://tinyurl.com/y7b3dppy>
- Miranda, M., & Vallejo, G. (Eds.). (2005). *Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino*. Siglo Veintiuno de Argentina Editores.
- Sentencia T-881, T-542060 y T-602073 (Corte Constitucional de Colombia 17 de octubre de 2002). <https://tinyurl.com/y6vllpw1>
- Morales, M. C. C. (2020). Coronavirus y discapacidad: Una población muy vulnerable. *Acta odontológica venezolana*, 58(1), 9-10.
- Noticias ONU. (2020, marzo 17). *Las personas con discapacidad, en riesgo por el coronavirus*. Noticias ONU. <https://tinyurl.com/y8tbkgsd>
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 35 (2008). <https://tinyurl.com/y2ao7qgg>

- Páez, C., Parra, Y., Cely, H., Pulido, G., Trujillo, N., Cediél, Z., Velasquez-Mantilla, D. A., Bonilla, M., Duarte, C., & Navas, J. (2017). *¿Cómo exijo mis derechos? Guía para la inclusión en educación* (D. A. Velasquez-Mantilla, Ed.). Imprenta Nacional para Ciegos del INCI.
- Parra, Y., Cely, H., Beltrán, E., Cortés, S., Velasquez-Mantilla, D. A., Trujillo, N., Cediél, Z., Duarte, C., & Bonilla, M. (2018). *¿Cómo exijo mis derechos? Guía para el acceso a la información* (D. A. Velasquez-Mantilla, Ed.). Imprenta Nacional para Ciegos del INCI.
- Parra, Y., Cely, H., Verdugo, E., Yepes, M. del R., Velasquez-Mantilla, D. A., Trujillo, N., Cediél, Z., Duarte, C., Bonilla, M., & Navas, J. (2017). *¿Cómo exijo mis derechos? Guía para la inclusión en el trabajo* (D. A. Velasquez-Mantilla, Ed.). Imprenta Nacional para Ciegos del INCI.
- Decreto Ley 417, Pub. L. No. 417, 16 (2020). <https://tinyurl.com/y7c3vryc>
- Decreto Ley 546, Pub. L. No. 546, 31 (2020). <https://tinyurl.com/ybtqadme>

LA CONSULTA PREVIA, DERECHO FUNDAMENTAL EN PERMANENTE AMENAZA



ROCÍO CABALLERO CULMA
FERNANDO HERRERA ARENAS¹

SOBRE ESA OTRA COLOMBIA INDÍGENA, MULTIÉTNICA Y PLURICULTURAL

Según el Censo Nacional de Población y Vivienda del año 2018, los pueblos indígenas en Colombia reúnen aproximadamente 1.905.617 personas distribuidas en 115 pueblos ancestrales, diversos en culturas, tradiciones y territorios a lo largo del país; lo que representa un aumento del 36,8% frente a las cifras del Censo Nacional del 2005, debido al incremento de la cobertura del censo en los territorios que habita esta población, y a un mayor auto reconocimiento de su identidad cultural por parte de las comunidades.

Los pueblos indígenas, como población originaria del gran territorio sagrado del Abya Yala, conocido luego como América, han logrado sobrevivir a la invasión, al despojo y al exterminio, desde la mal llamada “Conquista” en 1492 y hasta nuestros días, sin que se logren aún las garantías materiales requeridas para asegurar su pervivencia ante nuevas amenazas, como la llegada de proyectos de industria extractiva a sus territorios, la deforestación y la contaminación de sus cuencas, a pesar de los avances jurídicos del siglo anterior en materia de reconocimiento internacional de sus derechos, y de su inclusión en la Constitución Política de Colombia.

¹ Abogados de la Corporación Comunidad de Juristas Akubadaura.

RECONOCIMIENTO DEL DESPOJO Y LA VICTIMIZACIÓN

En el año 2009 la Corte Constitucional da un paso importante al reconocer a los pueblos indígenas como víctimas históricas y sistemáticas de múltiples violencias políticas, armadas y sociales, exigiendo además su reconocimiento como población vulnerada y en riesgo de extinción, así como su priorización en todo el desarrollo de la agenda pública y la oferta Estatal. Ese mismo año se expidió el Auto 004, que reafirmó la persistencia del desplazamiento forzado en sus comunidades, la falta de una política adecuada para su prevención, atención y reparación, y el riesgo inminente de exterminio físico y cultural por acciones y proyectos no consultados con sus autoridades, situación que persiste hoy día, conforme lo concluye trece años después otro Auto de la misma Corte, el 266 de 2017.

Este exterminio físico que viene desde la denominada *Conquista Española* se ha agudizado con el conflicto armado y la falta de garantías estatales; está relacionado directamente con el Territorio, como lo relata el Primer Informe Nacional de Pueblos Indígenas:

Existe una relación vital entre el territorio y los seres que lo habitan, que no está determinada por una superioridad natural de los seres humanos sobre los naturales y espirituales, sino que tanto los unos como los otros hacen parte de un tejido compartido en Nasa Yuwe, umnisa, una Red Vital en Nam Trik, Wam puré kuchipik que hace posible la existencia, cuyo flujo y reproducción es fundamental para la pervivencia. (CNMH y ONIC, 2019)

LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO PARA LA PERVIVENCIA: ALGUNOS ANTECEDENTES

Los mayores indígenas han dicho en diversos espacios que “la lucha por la Tierra es la lucha por la vida”, y así, desde la autonomía, la cultura y la Unidad como principios orientadores, el Movimiento Indígena Colombiano se ha guiado para seguir defendiendo la herencia de los abuelos. Ha sido muy importante el reconocimiento jurídico a nivel internacional y constitucional, desde el Convenio 107 de 1957; luego, de manera principal, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos

Indígenas y Tribales en países independientes (ratificado por Ley 21 de 1991), donde se incorpora el derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, libre e informado; y luego la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), en la cual se reitera el reconocimiento del derecho a la libre determinación, el autogobierno, el derecho a la participación plena, entre otros.

Para la defensa de los derechos territoriales, la Consulta Previa como Derecho Fundamental ha tenido avance jurisprudencial en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, de manera interna, en la Corte Constitucional colombiana, donde, como se estudió en el Informe sobre el Derecho Fundamental a la Consulta Previa realizado en el año 2018, ha existido un desarrollo jurisprudencial en diferentes momentos, inicialmente reconociendo a los pueblos indígenas como sujetos de derechos fundamentales y como sujetos colectivos autónomos, cuya diversidad étnica y cultural debe ser aceptada y respetada bajo el entendido que de ella depende su subsistencia.

Luego, en la primera década del siglo XXI, la Corte avanzó ya no solo en los derechos territoriales de los pueblos, sino que empezó a reconocer que los demás derechos pueden ser vulnerados por medidas del legislador o del gobierno local y nacional.

De esta forma, la Corte plantea que la búsqueda del consentimiento de las comunidades es una de las finalidades de la Consulta, como lo señaló en las Sentencias T 129 de 2011 y T-485 de 2015, al decir que donde haya una afectación intensa del derecho a la diversidad cultural se deberá obtener el consentimiento previo, libre e informado, y consideró los casos concretos donde es obligatorio el consentimiento.

Es importante precisar que en la Sentencia SU 123 de 2018 la Corte Constitucional unificó, luego de 21 años, la jurisprudencia sobre la Consulta Previa, y reiteró que es un derecho fundamental que nace de la defensa de los pueblos indígenas y tribales y para la eliminación de las exclusiones históricas que han padecido. Tiene carácter de irrenunciable e implica obligaciones del Estado, como de los particulares. Procede siempre que exista la posibilidad de *afectación directa* del grupo étnico. Y es un derecho que se encuentra vinculado a los imperativos de justicia ambiental, es decir

que debe tener presente: i) la justicia distributiva; ii) la justicia participativa; iii) el principio de sostenibilidad; y iv) el principio de precaución.

VISIÓN INDÍGENA DE LA CONSULTA PREVIA

Muchos de nuestros pueblos indígenas asumen la consulta previa como un derecho natural del que dependen para su pervivencia y para el cuidado de los bosques, páramos y cuencas hídricas del país; la reafirmación jurídica que de ella hacen diversas instancias nacionales e internacionales es justamente esa, el reconocimiento de una facultad que ya existe ancestralmente desde la ley de origen y derecho propio de muchos de ellos: la de gobernar sus territorios desde su propia cosmovisión, cosmología y cosmogonía, y darse su propio ordenamiento territorial y plan de vida.

En este sentido, ninguna decisión pública o privada, local o global, que genere riesgo de afectación física o cultural, se puede tomar sin el consentimiento de sus Asambleas de Autoridades, sin dialogo horizontal, directo y presencial, “gobierno a gobierno”, sin la debida valoración de riesgos y/o beneficios, y sin el respeto considerado a sus calendarios ancestrales, buen vivir y sitios sagrados.

La transparencia en el acceso a información sobre los proyectos a consultar y sus riesgos; las garantías presupuestales para contar con equipos técnicos de apoyo y desarrollar las rutas de cada consulta; la claridad en los lenguajes; el acceso documental; y la prohibición de prácticas de estigmatización, división y desinformación durante los diálogos, son principios que los pueblos indígenas defienden constantemente, así como el principio de NO CONSULTA de cualquier actividad que amenace con enfermarlos, empobrecerlos o despojarlos de la autonomía sobre sus territorios y los bienes naturales de los mismos, visión además acorde a la jurisprudencia nacional y a varias de las normas e instrumentos internacionales citados antes.

Por la importancia de este derecho para su futuro, y al igual que en países como México, Perú y Brasil, pueblos indígenas de varias partes de Colombia vienen adecuando culturalmente la legislación vigente sobre la materia a su cosmovisión, planes de vida y de salvaguarda, armonizándola

a su Derecho Propio y Ley de Origen, mediante instrumentos de gobierno propio conocidos como *Protocolos Propios de Consulta Previa*.

VISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA DESDE LOS GREMIOS ECONÓMICOS Y EL GOBIERNO NACIONAL

El Proyecto de Ley para reglamentar el Derecho a la Consulta Previa, radicado ante el Congreso de la República por el Partido Cambio Radical en el 2018; el Proyecto de Ley Estatutaria que elaboró el gobierno nacional con ese mismo objetivo a finales del 2019, y aún sin consulta con los pueblos indígenas; la aprobación del Decreto 2353 de 2019, que crea la Autoridad de la Dirección Nacional de Consultas Previas del Ministerio del Interior, dotándola de facultades para definir los lineamientos de las mismas sin consulta con los Pueblos étnicos; la carta enviada en abril de este año por varios gremios del país para pedir al gobierno nacional la flexibilización y virtualización de las consultas previas y trámites de Licencias Ambientales durante la emergencia económica y social decretada por el COVID-19; y la Circular de marzo de este año de la Ministra del Interior Alicia Arango para permitir dicha virtualización de las Consultas, tienen varios aspectos en común:

- a. Reducen el dialogo intercultural que implica cualquier Consulta, a un mero requisito de forma para facilitar la entrada de proyectos industriales a territorios ancestrales.
- b. En el mejor de los casos, asume los procesos de consulta previa como un derecho residual, que no puede estar por encima de la seguridad jurídica del sector privado.
- c. Desconoce el protagonismo de los pueblos étnicos en la definición de sus lineamientos y alcances, otorgando una discrecionalidad excesiva al Ministerio del Interior para determinarlos.
- d. Desconoce el principio de adecuación cultural de las consultas previas, que exige adaptar sus procedimientos a los calendarios, Ley de Origen y Derecho Propio de los Pueblos, así como a sus costumbres y arquitectura territorial, Planes de Vida, de Salvaguarda y Etnodesarrollo (estos últimos de los Pueblos Afrocolombianos).

De esta manera, desde las entidades encargadas de garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada y de la salvaguarda de los

pueblos étnicos, se viene promoviendo un discurso que convierte a este derecho en un trámite, el cual opera de manera desgastante y costosa; esto sumado a un contexto de gravosas decisiones unilaterales del gobierno, como son la delimitación de polígonos mineros, bloques petroleros y proyectos hidroeléctricos o agroquímicos en territorios ancestrales y ecosistemas frágiles del país.

DIFICULTADES DE LAS CONSULTAS EN LOS TERRITORIOS Y ALGUNAS AFECTACIONES

En el año 2019 la Organización Nacional Indígena de Colombia documentó al menos trece dificultades en el comportamiento reciente de las Consultas Previas del país, sobre una caracterización realizada con resguardos y comunidades pertenecientes a veintitrés (23) pueblos indígenas de diversas regiones del país entre los años 2018 y 2019, que son:

- *Primero:* los procesos de Consulta Previa son inusuales en los territorios ancestrales, a pesar de la cantidad de proyectos, programas y estrategias que el gobierno y sector empresarial intenta desarrollar en los mismos.
- *Segundo:* no se asume la Consulta Previa como Derecho fundamental de los pueblos indígenas, sino como trámite administrativo necesario para legalizar el despojo territorial y la entrada de proyectos contaminantes a sus territorios ancestrales.
- *Tercero:* el Ministerio del Interior aplica procedimientos de Consulta Previa regulados por normas como las Directivas Presidenciales 01 de 2010 y 10 de 2013, que no fueron consultadas con los pueblos indígenas, y contrarían el Convenio 169 de la OIT al reducir la Consulta a tramites rápidos que no propician la búsqueda de la concertación.
- *Cuarto:* el Ministerio del Interior al que corresponde garantizar el derecho fundamental a la Consulta Previa de los pueblos indígenas en Colombia, se presenta con frecuencia ante las comunidades como mero veedor u observador del “diálogo privado” entre empresas y comunidades.
- *Quinto:* no se concertan los Estudios de Impacto Ambiental ni los Planes de Manejo Ambiental, de los proyectos que los exigen para obtener la Licencia Ambiental en territorios ancestrales, por lo

que se carece de diagnósticos conjuntos para detectar, evitar y/o mitigar el daño ambiental, y en dado caso para determinar las compensaciones necesarias.

- *Sexto:* las empresas acuden, bajo el silencio del gobierno, a prácticas contra la ética como desinformar a las comunidades sobre los alcances de su derecho a la consulta previa, negar el acceso total y oportuno a documentos de los proyectos a consultar, tratar de sobornar o dividir a los líderes de las comunidades o estigmatizar los ejercicios de movilización y protesta contra sus proyectos.
- *Séptimo:* no se valora la Ley de Origen, Planes de Vida y de Salvaguarda de las comunidades consultadas al momento de realizar las consultas.
- *Octavo:* no se respetan las estructuras colectivas de gobierno propio indígena como las Asambleas de Autoridades, al momento de buscar acercamientos con las comunidades, ni se reconoce la labor del médico tradicional, el guardia indígena y los abuelos y abuelas en el proceso. Empresas y gobierno tratan de interlocutar solo con el representante legal de cada comunidad.
- *Noveno:* no se respetan los calendarios propios de la comunidad, sus tiempos de caza y pesca, de sembrado y recogida, o de armonización y dialogo interno comunitario. Se tiende a asimilar los tiempos de la consulta a los ritmos de las empresas e instituciones públicas.
- *Decimo:* no se garantizan los presupuestos necesarios para realizar consultas amplias y participativas, ni para que las comunidades dispongan de equipos propios para evaluar los aspectos científicos de los proyectos a consultar.
- *Décimo primero:* se asumen procesos de consulta previa como mecanismos para validar procesos de contaminación y despojo territorial, así como para restringir la autonomía de las comunidades sobre el ordenamiento y manejo sagrado y ambiental de sus territorios, como en el caso de proyectos minero energéticos y de delimitación de áreas protegidas.
- *Décimo segundo:* en la mayoría de los casos se realizan talleres o charlas informativas sobre proyectos ya aprobados a nivel nacional o internacional y se validan como procesos de consulta previa.
- *Décimo tercero:* el gobierno nacional elabora proyectos de ley que en materia agraria y ambiental afectan los territorios ancestrales, sin consultar con los pueblos indígenas, como proyectos relacionados con explotación no convencional de hidrocarburos (*fracking*), gestión

de paramos, reforma a la ley de tierras, leyes contra la deforestación, política pública en materia de protección de saberes tradicionales y diversidad genética, y uso de glifosato en la lucha contra el narcotráfico.

Denunciando que, a consecuencia de las mismas, se

... amenaza el futuro de los bosques y pueblos ancestrales, burlando sus planes de vida y salvaguarda, envenenando y privatizando las cuencas, tierras y semillas, así como empobreciendo, enfermando y desarraigando a las comunidades indígenas, en nombre de un desarrollo sin beneficios para la vida.

La renuencia del gobierno en el apoyo a procesos comunitarios para medir y cuantificar los daños ambientales, económicos y socioculturales, de políticas y proyectos no consultados con los pueblos indígenas son hoy una amenaza para su pervivencia y la integridad de sus territorios.

LA CONSULTA PREVIA EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA POR EL COVID-19

En virtud de la Circular 2020 –DMI – 1000 expedida el pasado 27 de marzo por la Ministra del Interior, Dra. Alicia Arango Hoyos, y por medio de la cual “se recomienda, promueve y permite, el uso de medios virtuales para la realización de la consulta previa de medidas legislativas y administrativas, para la prevención de los contagios del COVID-19”, el gobierno se fue contra las normas que le obligan a respetar los derechos fundamentales en el marco de los Estados de Excepción, lo que constituye una amenaza vigente para la garantía de las Consultas Previas, dado que:

I. El artículo 125 de la Constitución Política (sobre Estados de Emergencia Económica, Social y Ecológica) en que se justificó, no autoriza la emisión de disposiciones que suspendan los derechos humanos y libertades fundamentales, o limiten la aplicación y vigencia de los Tratados y Convenios Internacionales en que se basan:

Sentencia C252 -2010: ...si bien la carta Política le confiere al presidente de la República poderes extraordinarios, no revisten un grado absoluto, al

encontrarse limitados por diversos tipos de controles (políticos y jurídicos) que buscan impedir los excesos y a la vez garantizar los principios fundamentales del Estado. En esa medida, las facultades excepcionales son restrictivas, no pueden suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales...

Ley 137 de 1994 (Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia), artículo 3°: *“Prevalencia de tratados internacionales.* De conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política, los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Congreso de Colombia, prevalecen en el orden interno. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario, como lo establece el numeral 2° del artículo 214 de la Constitución. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

II. El Decreto 417 de 2020 (por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional), tampoco autorizó (ni lo puede hacer) disposiciones que modifiquen el alcance de derechos fundamentales como el de la consulta previa, libre e informada, sobre lo contemplado en el Convenio 169 de 1989, la norma que lo ratifica (Ley 21 de 1991) y jurisprudencia de la materia:

“ARTÍCULO 3 [del mismo Decreto]. El Gobierno nacional adoptará **mediante Decretos Legislativos**, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este Decreto, **todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos**, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo”.

La decisión de la Ministra del Interior de permitir, de forma inconsulta y por vía de circular, desarrollar consultas previas por medios virtuales, desconoce las realidades y circunstancias de los pueblos indígenas de Colombia frente a sus límites en el acceso universal y efectivo a tecnologías de la información y comunicación, y frente a sus formas tradicionales de comunicación y decisión, en desacato del principio de adecuación cultural de las consultas y del enfoque diferencial de las medidas administrativas,

del que tratan fallos judiciales como la Sentencia T025 de 2004 y los Autos 004 de 2009 y 277 de 2017 de la Corte Constitucional, restringiendo la vigencia y acceso a este derecho por parte de los mismos, en términos de lo establecido en el Convenio 169 -89 de la OIT y normas derivadas.

Convenio 169 - 89 de la OIT:

Art. 7 num. 2: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Art. 8 num. 1: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

III. La Circular en cuestión desborda su naturaleza legal, en tanto no se limita a orientar o expresar el pensamiento de un funcionario con respecto a alguna norma existente, sino que busca flexibilizar el acceso y goce de un derecho fundamental como la consulta previa, “recomendando, promoviendo y **permitiendo**” mecanismos y canales de materialización de este derecho, no dispuestos en la norma ni concertados con los pueblos étnicos:

Sentencia 2556 de 2012 del Consejo de Estado (Sala Plena): ha precisado esta corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial. Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en

presencia de simples actos de servicio. Conforme a lo señalado, se parte de la premisa de que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados.

No obstante, puede ocurrir que, por extralimitación de funciones o por invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se tomen decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.

IV. Que este desbordamiento de facultades administrativas (acto administrativo disfrazado de Circular) constituye una extralimitación de funciones con implicaciones judiciales, tanto para el funcionario emisor de la Circular, como para la vigencia de la disposición contemplada en la misma:

Ley 137 de 1994 (por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia)

Artículo 20. Control de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.

Artículo 52. Responsabilidad. Cuando se declaren los Estados de Excepción sin haber ocurrido los casos de Guerra Exterior, Conmoción

Interior, o Emergencia Económica, Social y Ecológica, serán responsables el Presidente de la República y los Ministros. También lo serán los demás funcionarios y agentes del Gobierno por los abusos y extralimitaciones que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades y en la aplicación de las medidas de que tratan estas materias.

Para tal efecto, durante estos Estados, también regirán las disposiciones constitucionales y legales sobre responsabilidad política, civil, administrativa y penal. En los decretos respectivos serán establecidas las medidas, sistemas y procedimientos que impidan o eviten excesos en la función que corresponde cumplir a los representantes o agentes gubernamentales.

Cuarta parte

¿HAY LUZ
AL FINAL DEL TÚNEL?

¿UNA JUSTICIA TRANSICIONAL POSPANDEMIA? REORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS



JULIÁN DARÍO BONILLA MONTENEGRO¹
YUDY ALEJANDRA GUARÍN SALAZAR²

Resumen. Este ensayo académico propone identificar si, debido a la crisis que se está presentando en el momento histórico actual, será necesario el diseño de un modelo judicial encaminado a construir mecanismos de reparación para las víctimas de la pandemia del SARS-CoV-2. La ineficiencia estatal en diversos aspectos ha quedado al descubierto en la gran mayoría de Estados del sistema internacional, y esto ha generado condiciones propias de expansión del virus y su afectación a uno sectores sociales más que a otros. Así, tomando como referencia los elementos establecidos en la conformación de mecanismos de Justicia Transicional, se propone la estructuración de un mecanismo de diseño institucional que busque garantizar mejores condiciones pospandemia para la población más afectada por el virus. La revisión metodológica se dividirá en una revisión de prensa que analiza el desarrollo y la pandemia, y las acciones que han sido tomadas por los Estados, para posteriormente analizar la necesidad de la reforma institucional referida.

Palabras clave: Justicia Transicional, Pandemia, Reparación, Virus.

¹ Abogado, Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Ciudadanía y Derechos Humanos, Universidad de Barcelona. Becario Colciencias Convenio 728-2015. Docente Investigador Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico: juliand.bonillam@unilibre.edu.co

² Licenciada en Educación, mención en Ciencias Sociales, Universidad Pedagógica Nacional. Magíster en Desarrollo Educativo y Social, Universidad Pedagógica Nacional. Correo electrónico: mfed_yaguarins678@pedagogica.edu.co

INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2019 se presentó en China, en la región de Wuhan, una nueva enfermedad respiratoria aguda que comenzó un proceso de contagio porcentualmente elevado. Ya para enero de 2020 se había identificado la secuencia genómica de ese virus y se ubicó dentro de la familia de los coronavirus, que corresponde a un grupo extenso de virus que generan diversas afecciones de carácter respiratorio (BBC, 2020, abril 6). De ahí se logró identificar el virus como SARS-CoV-2 y la enfermedad que genera como COVID-19. Dentro de sus síntomas se encuentra un amplio espectro de enfermedades respiratorias que pueden ir desde tos persistente hasta neumonías, que tienen más probabilidades de causar la muerte a sectores de la población. Estos sectores incluyen la población del rango de la tercera edad y quienes tengan determinadas preexistencias y patologías (Cambio 16, 2020, abril 20).

La acción viral comenzó a extenderse dentro de China, y posteriormente hacia otros Estados. A mediados de enero de 2020 se detectaron los primeros casos en Estados vecinos de China Continental, como Tailandia, Japón o Corea del Sur. A partir de ese momento se detectó una característica particular del virus: este tenía una gran capacidad de expansión, debido a que tarda entre 7-14 días en aparecer los primeros síntomas (El Espectador, 2020, abril 15). Esto fue uno de los factores que permitió su expansión más allá de la región de Asia oriental y se comenzó a detectar la presencia de casos en Estados Unidos (enero 21), Francia (enero 24) o Australia (enero 25) (Noticias ONU, 2020, abril 15).

El primer caso de América Latina se detectó en Brasil (25 de febrero), y posteriormente en México (28 de febrero). Ya en ese momento la Organización Mundial de la Salud (OMS) había declarado la emergencia de salud global por COVID-19, pero todavía varios Estados no habían tomado medidas necesarias enfocadas en frenar la expansión del contagio (La Sexta, 2020, abril 16). Colombia comenzó unas medidas tímidas de distanciamiento social, pero no se enfocó en tomar un mayor control en relación con la llegada de las personas que provenían de focos de infección. De ahí que el primer caso se haya detectado el seis de marzo (Semana, 2020, marzo 6).

El 11 de marzo fue declarada la pandemia debido a la expansión del SARS-CoV-2 por parte de la OMS (BBC Mundo, 2020, marzo 11). Después de esa declaración siguió el aumento de casos de contagiados y fallecidos en varios Estados. Al momento de escribir este texto los cinco Estados con mayor cantidad de casos son:

Tabla. Total de casos y fallecidos a causa del COVID-19.

Estado	Total de casos	Muertes
Estados Unidos de América	937 746	53 843
Italia	195 351	26 834
España	223 759	22 902
Francia	122 577	22 245
Reino Unido	20 319	20 319

Fuente: (BBC Mundo, 2020, abril 22).

Ahora, a pesar de que la mayor cantidad de casos se observan en países que se consideran del primer mundo, una situación que en estos momentos está saliendo a flote tiene que ver con la segregación que se presenta en cuanto a quiénes son los grupos más vulnerables (BBC Mundo, 2020, abril 9); algo que también se puede observar en los Estados periféricos que representan el sur global: “la ONU advierte que la pandemia puede destruir las frágiles economías de los países pobres, así como debilitarlos en materia de seguridad alimentaria, educación y derechos humanos” (Democracy Now, 2020, abril 2). Otro elemento que no se puede desconocer corresponde a que en varios Estados se han detectado casos de subregistros o registros anómalos, lo que reduce la validez de muchos de estos resultados sobre la relación entre casos y personas fallecidas.

Así, este texto busca ofrecer una propuesta que plantee la posibilidad de construir un modelo de justicia transicional encaminado a garantizar los criterios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición frente a los acontecimientos que se han vivido en los últimos meses como consecuencia de la expansión del coronavirus y, en varios casos, de la negligencia estatal. La revisión documental para este trabajo se hará tomando como referencia las fuentes de prensa que han desarrollado

la cobertura de estos acontecimientos. Alrededor de la exposición de ideas se comenzarán a ofrecer algunos de los criterios teóricos alrededor de la justicia transicional, para así demostrar la relación que existe entre lo que significa este modelo de justicia con las condiciones de transformación cuando hay violaciones a los derechos humanos a gran escala. Adicionalmente, el trabajo propondrá una revisión de tipo prospectiva que determine cómo se podrá pensar en un proceso transicional, coordinado entre actores nacionales e internacionales, frente a las consecuencias de la pandemia.

UNA TRAGEDIA QUE EXCEDIÓ LA CAPACIDAD ESTATAL

A diferencia de otras pandemias, un elemento favorable sobre lo que ha sucedido en relación con la expansión del SARS-CoV-2 y el COVID-19 tiene que ver con los avances tecnológicos que existen y que permitieron una rápida identificación: “los primeros casos de neumonía severa se notificaron en China el 31 de diciembre de 2019 y para el día 7 de enero ya se había identificado el virus” (López-Goñi, 2020, marzo 3. Negrillas en el original). Asimismo, ya existen varios proyectos para poder desarrollar una vacuna que se combine con otras estrategias de prevención para evitar una mayor expansión del virus (López-Goñi, 2020, marzo 3).

Aquí el inconveniente que se presenta corresponde entonces al manejo que le han dado diversos Estados a la crisis. Las críticas son diversas y se extienden por diversas causas. La mayoría son razones válidas.

Uno de los primeros en comenzar un proceso judicial encaminado a declarar la responsabilidad del Estado en el manejo de la crisis fue Italia; este Estado tuvo durante varias semanas la mayor cantidad de contagiados y fallecidos. También se demostró la fragilidad de su sistema de salud, que se vio desbordado debido a la gran cantidad de pacientes que comenzaron a asistir a los hospitales y centros de salud. En la región de Bérgamo, norte de Italia, ya se dio inicio por parte del órgano estatal a cargo de las investigaciones penales un proceso por “epidemia culposa”, esto es, “por considerar que pueden haberse realizado actos u omisiones por imprudencia o negligencia” (ABC, 2020, abril 25).

La gestión de la mayoría de los Estados se puede calificar como ineficiente, debido a que no lograron tomar medidas lo suficientemente fuertes para lograr la detección del virus y establecer el aislamiento de los contagiados –con excepción, tal vez, del caso de Corea del Sur (La Vanguardia, 2020, marzo 19), en donde se logró poner en marcha un sistema altamente eficiente de detección, aislamiento y desinfección–. Siendo así, se puede comenzar a construir una perspectiva prospectiva sobre cuáles serían las condiciones que podrán generarse una vez finalice el escenario de pandemia que actualmente vivimos y que requerirá medidas judiciales a favor de quienes se vieron afectados como consecuencia de la inactividad estatal para la contención del COVID-19.

Es importante aclarar lo siguiente: las medidas judiciales también podrán suponerse para el sector privado, en el entendido que hayan obligado a determinados trabajadores a seguir con sus actividades o porque hayan suspendido contratos debido al aislamiento obligatorio que llevaron a cabo varios Estados. Adicionalmente, dada la complejidad del asunto, no se puede considerar que exista un mecanismo de gobernanza global que genere los criterios o estándares internacionales por medio de los cuales se puedan establecer las condiciones de reparación para los afectados por la pandemia. Así, el interés más que todo se enfoca frente a aquellos que fueron afectados por decisiones de salud pública por parte de los Estados: ausencia de medidas de contención y expansión del virus, deficiencia en la infraestructura hospitalaria, fallas en relación con la detección temprana, entre otras circunstancias cercanas.

Es aquí donde se presenta la necesidad de retomar las medidas judiciales derivadas de las experiencias de justicia transicional. Este campo de estudio ha tenido una influencia muy fuerte en los últimos años como consecuencia de los procesos de transición de escenarios en donde se hayan presentado graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos. Los casos sobre los cuales se ha establecido la necesidad de generar modelos de justicia transicional corresponden a

³ El proceso conceptual y teórico que se ha construido sobre la justicia transicional es extenso. Se toma este modelo definicional como referente, sin desconocer la importancia de otras aportaciones tanto de parte de la academia como de organizaciones encargadas de la vigilancia y protección de los derechos humanos.

la finalización de regímenes políticos represivos -sistemas autocráticos o dictatoriales- o a consecuencia de conflictos armados. No obstante, si se sigue con atención la definición que ofrece⁵ la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se conceptualiza la justicia transicional de la siguiente manera: “*transitional justice is the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempt to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation*” (ONU, 2010, p.2).

De la definición anteriormente expuesta es posible extraer un elemento particularmente relevante: el referente para tomar en consideración la necesidad de implementar los procesos y mecanismos de justicia transicional corresponden a la existencia de abusos de gran escala, no se ofrece una revisión específica vinculada a las formas de gobierno o a la existencia de condiciones de conflicto armado. Esto, entonces, es muy importante para la propuesta que sostiene este documento.

UNA JUSTICIA TRANSICIONAL POSPANDEMIA

No existe una fecha definida respecto a cuándo terminarán formalmente las acciones a nivel nacional e internacional contra el COVID-19. Existen posturas que manejan espacios temporales que van entre los 18 y los 24 meses (BBC, 2020, marzo 20); esto no significa que el virus desaparezca, sino que se podrán encontrar algunos mecanismos para lograr la contención de este o la disminución de la curva de contagio.

Lo que sí existe hoy, y se puede demostrar, son la gran cantidad de acontecimientos que han afectado a la población. El número de fallecidos, problemas de acceso a servicios hospitalarios, afectaciones psicológicas debido al aislamiento obligatorio o por la pérdida de empleos... Esta gran cantidad de categorías han servido para que ya existan grupos de abogados dedicados a estudiar los casos de forma más específica y recopilar el material probatorio necesario para “eventuales procesos judiciales o compensación por daños” (ABC, 2020, abril 25). Una acción de reparación que involucre un número elevado de personas afectadas podrá desestabilizar aún más el funcionamiento de la rama judicial e incluso afectar las finanzas públicas como consecuencia de las reparaciones.

Por esta razón, es importante retomar los criterios de justicia transicional. La “justicia no es barata” (Williams, 2001, julio 3. Versión libre en la traducción). Es una condición que se reconoce de antemano al trabajar sobre justicia transicional, lo que implica que no pueden existir condiciones maximalistas para poder garantizar una reparación general frente a toda la población afectada por el SARS-CoV-2 –este será un ejercicio mental con una especulación agigantada–. Supóngase que toda la población en Colombia afectada por el virus, directamente infectados y sus familiares de manera indirecta, decide presentar diversas demandas contra el Estado para buscar una compensación por daño como consecuencia de la omisión frente a las medidas que era necesario tomar para prevenir la expansión del virus en el territorio nacional.

El último reporte, en sintonía con la redacción de este documento, habla de 5.142 infectados –no hay diferencia en relación con el nivel de asimilación del virus–. También existe una cifra de 233 personas fallecidas⁴, lo cual daría que más de cinco mil personas tendrían legitimación por activa para ser demandantes contra el Estado. Ahora, súmese no solo la cifra de infectados o fallecidos, sino la de sus familiares. Esto aumentaría aún más el porcentaje de personas que podrían demandar al Estado.

A pesar de lo que se considere, es necesario aceptar que esta cantidad puede doblarse, llegando a más de 10.000 personas con capacidad de legitimación para demandar. En una circunstancia así la capacidad estatal, que estaría de por sí gravemente afectada por otra serie de motivos ampliamente conocidos, podría tener graves implicaciones para poder resolver los casos y establecer la tasación de la compensación. El alcance de esos fallos podría afectar tanto el funcionamiento del sistema judicial como las finanzas públicas.

Por este motivo es que se hace necesario pensar en la necesidad de la construcción de un modelo transicional que permita satisfacer las necesidades de reparación de la población que se vea afectada tanto

⁴ En ambos casos, personas infectadas y fallecidas, el ejemplo se basará únicamente en los casos confirmados. No se tomará la posibilidad, real, de la existencia de un subregistro.

por el SARS-CoV-2 como por el COVID-19. Además de pensar el diseño institucional de sistemas de política pública que se relacionen con condiciones de la política económica (Olsen, Payne y Reiter, 2010), se hace necesario construir mecanismos de reparación que beneficien a las personas afectadas por la pandemia. Estos mecanismos se ven reflejados en la conformación de marcos de carácter constitucional y legal que permitan la construcción de políticas públicas que garanticen una transición adecuada (Matías, 2019), entendida como el cese o minimización de las prácticas y procesos que generaron la vulneración de los derechos humanos subjetiva y colectivamente considerados.

El contexto italiano es representativo. Quienes iniciaron la convocatoria para dar inicio con las acciones penales lo manifiestan de la siguiente manera:

... nosotros solo queremos justicia por los 30.000 muertos, no nos interesan las compensaciones económicas, solamente queremos que quien ha cometido errores y es responsable, quien no ha querido ver lo que está sucediendo, responda con responsabilidad (...) Lo que nosotros pretendemos es que haya un sistema que funcione, para evitar que se repita otra situación parecida. Queremos la verdad. Y que se busquen las eventuales responsabilidades de las autoridades. (ABC, abril 25)

Con la anterior cita es posible retomar algunos de los elementos que conforman la justicia transicional. Los procesos transicionales se construyen con la finalidad de identificar el reconocimiento de las violaciones a los derechos humanos. También sirven para que se configuren las condiciones de no repetición de los acontecimientos que llevaron a la vulneración de los derechos. Igualmente, se encaminan a garantizar la verdad de lo acontecido, de lo que generó las graves violaciones a los modelos de protección en materia de derechos humanos (Polack y Bonilla, 2018). La necesidad de establecer las condiciones de verdad, justicia y reparación comenzaron a gestarse desde que se estableció en la academia el campo teórico de la justicia transicional (Teitel, 2002). Posteriormente, bajo solicitud de la Asamblea General de la ONU, se presentó el informe que incluía el apartado de las garantías de no repetición, propuesta desarrollada por el jurista francés Louis Joinet en 1997 (Laplante y Theidon, 2006).

De esta manera, es necesario proyectar la necesidad que los Estados, tanto en mecanismos de carácter interno como de tipo internacional, busquen los mecanismos que se consideren necesarios para garantizar la reparación a las víctimas de la pandemia del coronavirus. En este contexto, además de las condiciones sobre la salud pública, se encuentra el inconveniente respecto a la afectación de las economías nacionales. Las medidas de confinamiento implementadas por la mayoría de los Estados, que incluyen otras medidas como el cierre de fronteras o el cierre del espacio aéreo y marítimo (Rey, 2020 abril 26), también han afectado la economía, razón por la cual no sería conveniente pensar en medidas de reparación de carácter esencialmente económico, sino más bien en las acciones de reparación simbólica y la identificación de los agentes que permitieron, por activa o pasiva, las fallas estatales que expandieron el virus.

Adicionalmente, es importante considerar que el mismo Estado debe estar a cargo de tomar medidas para prevenir nuevos picos de ascenso de la epidemia. Igualmente, le corresponde la responsabilidad de aumentar las condiciones hospitalarias y sanitarias, junto con algunos mecanismos de intervención que permitan la recuperación económica (Público, 2020, marzo 26). Las experiencias de otros Estados, incluido Colombia, sobre los procesos transicionales podrían servir como referente para identificar cuáles son los mecanismos más convenientes para poder lograr la reivindicación de las víctimas y las garantías para la justicia y reparación más convenientes.

CONCLUSIONES

El presente ejercicio académico ha permitido demostrar que uno de los factores que facilitó la expansión del virus y la afectación de la población correspondió a la negligencia estatal. Varios gobernantes han descreído del impacto del coronavirus en la población y están más preocupados por el desempeño económico. En otros casos no hubo una suficiente previsión sobre las formas de expansión del virus y el hecho de que nos encontramos en un escenario de interacción global mucho más dinámico que en otros momentos de la historia.

Así, se puede identificar que existen violaciones a los derechos humanos por medidas particularmente de omisión. Esto generó que aumentaran los niveles de contagio, junto con los de infectados y fallecidos, razón por la que se comenzó a trabajar, en algunos casos tarde, para evitar una mayor expansión de la pandemia.

La posibilidad de construir marcos normativos de justicia transicional encaminados a garantizar el reconocimiento de la verdad, reparación y justicia a todo el conglomerado de víctimas es una necesidad prioritaria, que igualmente evitaría una mayor carga estatal en caso de que se establecieran acciones legales contra las decisiones, o ausencia de estas, por parte de los Estados. Esto también permitirá reconocer que el discurso de los derechos humanos ahora abarca mucho más que la simple vulneración en casos de conflictos y que son un grupo de derechos sobre los cuales el Estado tiene una mayor responsabilidad para su protección (Moyn, 2015).

No se debe, entonces, desconocer que uno de los grandes cambios que se vivirán en un futuro inmediato no será solo alrededor de las víctimas, sino que es una condición que ha afectado a toda la población. Por esto, pensar en cómo construir la transición pospandemia se hace una tarea necesaria para un futuro inmediato y proyectándose a un corto y mediano plazo.

REFERENCIAS

Coronavirus: ¿cuándo terminará el brote y volverá todo a la normalidad? (2020, marzo 20). BBC Mundo. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51978887>

Coronavirus: el mapa que muestra el número de infectados, muertos y recuperados en el mundo por Covid-19. (2020, abril 22). BBC Mundo. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51705060>

Coronavirus: qué significa que la OMS haya declarado al covid-19 como pandemia. (2020, marzo 11). BBC Mundo. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51842708>

- Coronavirus en Colombia: primer caso confirmado. (2020, marzo 6). Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/coronavirus-en-colombia-primer-caso-confirmado/655252>
- COVID-19: crece la pandemia y el sur global se prepara para lo peor. (2020, abril 2). Democracy Now. Recuperado de: https://www.democracynow.org/es/2020/4/2/yanis_ben_amor_developing_countries_coronavirus
- Cronología de la pandemia del coronavirus y la actuación de la Organización Mundial de la Salud. (2020, abril 15). Noticias ONU. Recuperado de: <https://news.un.org/es/story/2020/04/1472862>
- Cronología de una pandemia: así han ido cambiando las indicaciones de la OMS ante el coronavirus. (2020, abril 16). La Sexta. Recuperado de: https://www.lasexta.com/noticias/internacional/cronologia-pandemia-asi-han-ido-cambiando-indicaciones-oms-coronavirus_202004165e985d75ea9fed0001c13f9f.html
- “El coronavirus es mucho más duro si eres pobre”: el contundente mensaje de una periodista de la BBC sobre la pandemia. (2020, abril 9). BBC Mundo. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52234405>
- Keynesianismo contra el virus: seis billones para rescatar la economía planetaria. (2020, marzo 26). Público. Recuperado de: <https://www.publico.es/economia/emergencia-coronavirus-keynesianismo-virus-seis-billones-rescatar-economia-planetaria.html>
- La guerra contra el coronavirus la gana Corea del Sur. (2020, marzo 18). La Vanguardia. Recuperado de: <https://www.lavanguardia.com/vida/20200318/474240444562/guerra-coronavirus-corea-del-sur.html>
- Laplante, L. y Theidon, K. (2006). Transitional justice in times of conflict. Colombia's *Ley de Justicia y Paz*. *Michigan Journal of International Law*. 28(1). 49 - 108. Recuperado de: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1158&context=mjil>
- Los hombres y los fumadores entre los grupos más vulnerables al coronavirus. (2020, abril 20). Cambio 16. Recuperado de: <https://www.cambio16.com/vulnerables-a-la-covid-19/>

- López-Goñi, I. (2020, marzo 3). Coronavirus: 10 buenas noticias sobre la epidemia (como que ya hay 8 proyectos de vacuna). *BBC Mundo*. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51721014>
- Matías, S. (2019). La Justicia Especial para la Paz -JEP-, sus avances y sus obstáculos. *Diálogo de saberes*. (50). 27 – 37. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.50.2019.5403>
- Miles de italianos piden justicia por la muerte de sus familiares y se abre una investigación por “epidemia culposa”. (2020, abril 25). ABC. Recuperado de: https://www.abc.es/internacional/abci-miles-italianos-piden-justicia-muerte-familiares-abre-investigacion-judicial-epidemia-culposa-202004251800_noticia.html
- Moyn, S. (2015). *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- “No es una creación de laboratorio”: cómo un grupo de científicos logró demostrar el origen natural del virus que causa covid-19. (2020, abril, 6). BBC Mundo. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52140543>
- Olsen, T.; Payne, L. y Reiter, G. (2010). *Transitional justice in balance. Comparing processes, weighing efficacy*. Washington: United States Institute of Peace.
- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (2010). *Guidance note of the Secretary-General. United Nations Approach to Transitional Justice*. Recuperado de: https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf
- Pacientes con COVID-19 pueden contagiar 3 días antes de mostrar síntomas. (2020, abril 15). El Espectador. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/coronavirus/pacientes-con-covid-19-pueden-contagiar-3-dias-antes-de-mostrar-sintomas-articulo-914696>
- Polack, A. y Bonilla, J. (2018). Las negociaciones entre el Gobierno colombiano y las FARC: consideraciones constitutivas de reforma constitucional de carácter transicional. En. Estupiñán, L. (Ed.).

Constitutionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica. (pp. 117 - 144). Bogotá: Universidad Libre de Colombia. DOI: <https://doi.org/10.18041/9789585466678>

Rey, F. (2020, abril 26). La crisis económica del coronavirus y la vuelta de la intervención estatal. *El Orden Mundial*. Recuperado de: <https://elordenmundial.com/crisis-economica-coronavirus/>

Teitel, R. (2002). Transitional justice in a new era. *Fordham International Law Journal*. 26(4). 893 – 906. Recuperado de: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1887&context=ilj>

Williams, C. (2001, julio 3). Prosecutor is fired up for trial of Milosevic. *Los Angeles Times*. Recuperado de: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2001-jul-03-mn-18098-story.html>



Clave en la mitigación de la emergencia sanitaria
causada por el coronavirus COVID-19

JOSÉ RORY FORERO SALCEDO¹

INTRODUCCIÓN

Las siguientes líneas, cuyo contenido en esencia representa una aproximación al título desde la óptica del Derecho constitucional sancionador, son corolario de una serie de reflexiones propiciadas en nuestro lugar de confinamiento, en estricto cumplimiento de la cuarentena decretada a raíz de la crisis sanitaria global originada en esta época de pandemia². Representa también una protesta desde la Academia ante los despilfarros, irregularidades e indelicadezas que se están cometiendo principalmente en materia de contratación y abuso de autoridad por parte de algunos servidores públicos y particulares en ejercicio de funciones públicas, conductas que demandan no solo responsabilidad política, fiscal o penal, sino también disciplinaria, a fin de que no se consoliden tales conductas como factores reales de poder (Lasalle, 1984).

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España) Ph.D. Estudios avanzados en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especializado en Derecho Público: Constitucional y Administrativo y diplomado en Derecho Disciplinario de la misma Institución. Director del Grupo de Derecho Disciplinario y Derechos Humanos de la Universidad Libre de Colombia, categoría "A" de Conciencias. Servidor Público de la Personería de Bogotá en donde se desempeñó como Asesor Jurídico, jefe de la Oficina Jurídica y Personero Delegado para la Segunda Instancia. En la Rama Judicial como Magistrado Auxiliar en el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. Conferencista, catedrático y tratadista en la materia.

² Los comentarios y planteamientos esbozados por el autor han sido respetados, sin comprometer con la publicación posiciones institucionales.

Evidentemente, la atención, control y contención de la pandemia por parte del Estado colombiano no autoriza a los servidores estatales a despilfarrar los recursos públicos o utilizarlos con fines distintos a la primacía del interés general, ni mucho menos a abusar de los poderes que les otorgan la Constitución y las leyes.

Y es que resulta preocupante que en sociedades en transición como la colombiana, y la emergencia sanitaria así lo ha demostrado, la constante sea, de una parte, la improvisación, el desfase temporal y la falta de coordinación entre las autoridades nacionales y territoriales para tomar las medidas, en algunos casos desproporcionadas y divergentes; y de otra, la indisciplina de las personas para acatarlas, agravada en ocasiones por la irresponsabilidad de algunos medios de comunicación y redes sociales al divulgar la información, olvidando que, si bien es cierto que se prohíbe la censura, también lo es que tal información debe ser veraz e imparcial, y de ahí que se garantice el derecho a la rectificación en condiciones de equidad.

En este escenario de crisis pandémica en el que se observan muchos casos de corrupción, ineficacia, ineficiencia, falta de operatividad, impunidad, irresponsabilidad en el ejercicio de la función pública por parte de algunos servidores estatales y particulares (principalmente contratistas y servidores que administran recursos públicos) (Nieto G., 2005), más que nunca juegan un papel determinante el Derecho Constitucional (Hesse, 2002) y el Derecho Disciplinario, que hace parte del Derecho Sancionador, como un instrumento clave en la lucha contra tales flagelos. Con las características anotadas, se proyecta como Derecho de singular importancia ante el desafío que se nos plantea, y que gracias a su naturaleza jurídica autónoma exige de sus destinatarios un pleno acatamiento, pero que también demanda un conocimiento de la comunidad en general como fundamento para denunciar ante los órganos de control externo e interno estas conductas irregulares constitutivas de delitos, infracciones administrativas y faltas disciplinarias.

Estas consideraciones previas nos llevan a pasar revista en primer término al deber ser constitucional y disciplinario, luego esbozaremos las sombras en sede del ser o realidad, para culminar con algunas propuestas desde la óptica de esta nueva área del conocimiento jurídico.

1. EL DEBER SER CONSTITUCIONAL Y DISCIPLINARIO

1.1 Derecho constitucional

Evidentemente, el Presidente de la República de Colombia, mediante decreto 417 de 2020, de marzo 17, declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, basado en las facultades otorgadas constitucional y legalmente, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política y en la ley 137 de 1994. Esto considerando que, de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 del ordenamiento superior que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, declarar el estado de emergencia por periodos hasta de treinta (30) días, que sumados no podrán exceder noventa (90) días calendario. Esta declaratoria de emergencia autoriza al Jefe de Gobierno, 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.

1.1.1 Fundamento constitucional

En el decreto presidencial con fuerza de ley se trae a colación el artículo 2 de la Constitución Política, según el cual “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”; el numeral 4 del artículo 189 de la Constitución política de Colombia, que faculta al Presidente de la República como jefe de gobierno para conservar en todo el territorio el orden público y reestablecerlo donde fuere turbado; el artículo 24 de la Constitución Política, que establece el derecho fundamental a circular libremente por el territorio nacional, aduciendo que no es un derecho absoluto y que puede tener limitaciones, argumentando que la Corte Constitucional, en sentencia T-483 del 8 de julio de 1999, estableció:

El derecho fundamental de circulación puede ser limitado, en virtud de la ley, pero sólo en la medida necesaria e indispensable en una sociedad democrática, con miras a prevenir la comisión de infracciones penales, proteger el interés público, la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas, o los derechos y libertades de las demás personas, y en cuanto a la restricción sea igualmente compatible con el ejercicio de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Pero, como lo ha sostenido la Corte, toda restricción de dicho derecho debe estar acorde con los criterios de necesidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad; no son admisibles, por lo tanto, las limitaciones que imponga el legislador arbitrariamente, esto es, sin que tengan la debida justificación, a la luz de los principios, valores, derechos y deberes constitucionales.

Se aduce en el decreto presidencial que los artículos 44 y 45 superiores consagran que son derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, y el Estado tiene la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. También expresa que el artículo 46 de la Constitución Política contempla que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y les garantizarán los servicios de seguridad social integral; y que de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 95 de la Constitución Política, toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad, y de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

1.2 Derecho disciplinario constitucionalizado

Pues bien, ante esta declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica que busca conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, juega un papel determinante el Derecho Disciplinario plenamente constitucionalizado, que hace parte del Derecho Sancionador (Gómez P., 2002), como un instrumento clave en la lucha contra tales flagelos, por lo que conviene recordar cuál es su razón de ser. En efecto, se presenta esta área del conocimiento jurídico como una disciplina

autónoma, cuya finalidad es garantizar la eficacia administrativa, así como la legalidad, responsabilidad e imparcialidad de los servidores públicos y particulares en ejercicio de funciones públicas, en aras de cristalizar el servicio a los ciudadanos, materializando el interés general. Busca ante todo mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración, principalmente en época de crisis como la que está padeciendo la humanidad, y de ahí la necesidad de conocer preventivamente y aplicar en tanto derecho-deber un sistema sustancial y procedimental que establece, de una parte, las faltas disciplinarias, las personas responsables, las sanciones disciplinarias y la extinción de su responsabilidad, y de otra, las reglas de juego necesarias para la debida tramitación del expediente disciplinario, a fin de que el instructor u operador disciplinario, una vez tenga certeza sobre la comisión o no de la falta, emita el correspondiente juicio valorativo, previa actividad probatoria (Forero, 2011), sancionando o exonerando.

1.2.1 Control disciplinario

Así las cosas, surge el control disciplinario (Forero, 2007), que desempeña un papel fundamental en el Estado Constitucional, pues conlleva una actividad necesaria para el cumplimiento de sus fines esenciales y es desarrollado en Colombia por la Procuraduría General de la Nación y las personerías distritales y municipales, actividad que se conoce como control externo disciplinario y se ejerce de manera preferente; y directamente por la Administración, bajo la modalidad de control disciplinario interno. De esta manera el pueblo colombiano, al aprobar y ratificar la Carta Política y constituir a Colombia en un *Estado social y democrático de Derecho* que defiende como valores superiores de su ordenamiento jurídico *la vida, la convivencia, el trabajo, el conocimiento, la libertad, la justicia, la igualdad y la paz*, está determinando una serie de principios que constituyen la guía permanente en el actuar de los servidores estatales como *conditio sine qua non* para materializar los objetivos propios de la Administración Pública (García de Enterría, 1997), traducidos en servir con objetividad los *intereses generales* y actuar de acuerdo con los principios de *eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación*, con sometimiento pleno a la *Ley y al Derecho*, conforme a la Constitución de 1991.

1.2.2 Potestad disciplinaria

Emerge la potestad disciplinaria como realización del control disciplinario y capacidad otorgada a la Administración Pública en sus diferentes órdenes, que la faculta para investigar las conductas generadoras de faltas disciplinarias y para aplicar las sanciones o correctivos a los servidores responsables de infringir el estatuto disciplinario, ostentando un doble carácter: *preventivo y ejecutivo o correctivo* (Forero, 2009).

La fase preventiva se concreta dando a conocer las reglas de juego que existen dentro del binomio *servidor público-administración*, actividad en la que la propia Administración juega un papel fundamental para que estos tengan conocimiento, tomen conciencia de lo que implica el ejercicio de la función pública y de la ilicitud disciplinaria y entiendan que la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones genera la falta disciplinaria, derivada del incumplimiento de unos deberes especiales que asume el servidor público, dada la especial relación de sujeción (Forero, 2007) que lo une con la Administración Pública y que ha de cristalizar, en tanto representa el deber genérico superior de materializar los fines esenciales del Estado colombiano, detallados en el artículo 2° superior; recordemos:

Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; máxime que las autoridades de la República por mandato suprallegal, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El carácter ejecutivo o correctivo de dicha potestad se materializa en el proceso o expediente disciplinario, actividad que, al limitar derechos fundamentales (Forero, 2002), hace que se tramite previo el agotamiento de las etapas consagradas en los citados estatutos disciplinarios, respetando las garantías constitucionales vistas (Forero, 2010).

1.2.3 Debido proceso disciplinario

Estas garantías procesales constitucionalizadas se traducen en no ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Juez o Tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio; a que se le aplique la Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior respecto de la restrictiva o desfavorable; a que se presuma su inocencia mientras no se le haya declarado judicialmente culpable; al derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria; y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, siendo nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso (Forero, 2013).

A fin de que las sanciones o correctivos disciplinarios, que van desde la destitución e inhabilidad general hasta la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, la suspensión, la multa y la amonestación escrita, impuestas una vez que se compruebe la existencia de la falta disciplinaria, se entiendan no como una represalia del Estado colombiano, sino como una expresión de la justicia disciplinaria, ya en sentido formal o material, pero en todo caso bien administrada.

1.2.4 Responsabilidad disciplinaria

Por último, es preciso articular estos comentarios con la categoría de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, de claro raigambre constitucional, por resultar consustancial a la función de control disciplinario del Estado; es por tal razón que al ostentar dicha calidad, la Constitución, fundamento del *Estado social y democrático de Derecho* que rige a Colombia, impone a los servidores públicos el deber especial reforzado de cumplir con honestidad, diligencia, transparencia, eficacia, igualdad e imparcialidad la función pública encomendada, dada la relación especial en que se encuentran.

El concepto tiene una nítida lectura desde el prisma constitucional; tanto así, que el Constituyente de 1991, en los artículos 123 y 124

superiores, establece que la ley determinará la responsabilidad de los particulares en ejercicio de funciones públicas y la de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, de donde se desprende la garantía de reserva de Ley en materia disciplinaria, que representa otro de los fundamentos constitucionales para la formulación de un Código Único Disciplinario en nuestro País. Este busca combatir los grandes flagelos que truncan el camino hacia una Administración Pública en busca de la excelencia, aun en circunstancias de crisis como la que estamos padeciendo (Forero, 2018).

Normativamente, estos ideales se encuentran consagrados supralegalmente en la Constitución de 1991, fundamento de la Ley 734/02 de febrero 5, Código Único Disciplinario y de la Ley 1952 de 2019 de enero 28, Código General Disciplinario. Son estas normativas en el Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho colombiano las que permiten que se ejerza el control disciplinario, basado dogmáticamente en la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción (Forero, 2014).

2. EL SER O REALIDAD

2.1 Corrupción

Recordemos que la corrupción administrativa se define como el fenómeno por el cual un servidor estatal, léase servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas, actúa de manera diferente al ordenamiento jurídico establecido para favorecer intereses particulares, a cambio de una recompensa, desconociendo con su actuar el principio fundamental del *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, según el cual la conducta del servidor debe estar encaminada siempre hacia la realización del interés general.

En efecto, cuando tal fenómeno se verifica por parte de los servidores estatales, como viene aconteciendo por parte de algunos de ellos en esta época de pandemia, bien sea por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, nos encontramos en presencia de la falta disciplinaria originada en los flagelos como la corrupción (Forero, 2016), ineficacia, irresponsabilidad administrativa e impunidad, que traduce

ausencia en la *excelencia* que ha de caracterizar a la función pública (García de Enterría, 1996), y obliga a que la Administración demande la responsabilidad disciplinaria del servidor público sometido a la especial relación de sujeción por el incumplimiento de su deber funcional. Basta con observar en los procesos de contratación los sobrecostos por alimentos y artículos de protección para contener la crisis sanitaria, así como la sobrefacturación.

2.2 Responsabilidad por acción, por omisión o por extralimitación en el ejercicio de funciones

Se establece en Colombia la obligación para los ciudadanos y los poderes públicos de estar sujetos al ordenamiento jurídico, garantizando los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, bajo el principio de responsabilidad.

Basta con observar el contenido del artículo 6 superior, génesis de tan importante instrumento dogmático, según el cual los particulares sometidos a una relación general de sujeción solo son responsables por infringir la Constitución y las leyes, en tanto que los servidores públicos insertos en una relación especial de sujeción lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, no obstante los mandatos superiores vistos y los que determinan el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de *mérito y capacidad*, y a pesar de que existan unos estatutos disciplinarios que regulan el sistema de derechos, deberes, prohibiciones, impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades, conflictos de intereses y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, la Administración Pública, en el engranaje propio que la caracteriza, entraña la verificación de una serie de procesos que en ocasiones desencadenan en fases de descontrol o anormalidad por desconocimiento e infracción de la Constitución, la Ley y los reglamentos, con un *plus* de responsabilidad en situaciones de emergencia económica, social y ecológica como la que estamos viviendo.

3. EL QUEHACER

En los anteriores planteamientos se encuentra la justificación de un Derecho disciplinario constitucionalizado que viene propugnando por lograr la excelencia al interior de la Administración Pública, y que hoy más que nunca juega un papel determinante como un instrumento clave en la lucha contra los flagelos ampliamente descritos; por lo que proponemos, desde esta óptica, la materialización de tres grandes controles, el de constitucionalidad, el sancionador y el ciudadano (Forero, 2019).

3.1 Control de constitucionalidad

El Jefe de Estado, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, los artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016, mediante decreto 457 de marzo 22 de 2020, impartió instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19 y del mantenimiento del orden público, con base en que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el 11 de marzo del presente año al COVID-19 como pandemia, esencialmente por la velocidad de su propagación, instando a los estados a tomar acciones urgentes y decididas para la identificación, confirmación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los posibles casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas con fin de insistir en la mitigación del contagio.

En tal virtud fueron dictados un buen número de decretos con fuerza de ley, por lo que es urgente que la Corte Constitucional, Tribunal al que se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución de acuerdo con el artículo 241 superior, cumpla con la función de decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que ha venido dictando el gobierno con fundamento en el artículo 215 constitucional, para determinar su exequibilidad o inexecuibilidad, a fin de no caer en una pandemia constitucional.

3.2 Control disciplinario fiscal, penal y político por parte del Congreso de la República

La potestad sancionadora de la Administración Pública no se puede ejercer de manera arbitraria, y es así como se prohíbe la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En este contexto adquiere su máxima importancia la categoría de los derechos fundamentales, (De Cabo y P., 2001), verbi gracia la dignidad humana, como punto de equilibrio, límite y control ante la extralimitación en el ejercicio de la función disciplinaria en cuanto garantías constitucionales en el ámbito disciplinario, que emergen ante la tensión constitucional permanente y a que se enfrentan los operadores disciplinarios, entre la *potestad sancionadora de la Administración Pública* que conlleva *per se* unos fines precisos, su buena marcha, y de otro lado el debido proceso del disciplinado o expedientado, en tanto valor supralegal (Garrido F., 1994).

En consecuencia, no se debe hacer uso irracional en el marco del Estado Constitucional, Social y Democrático del Derecho constitucional y del Derecho sancionador y sus especies, esto es el Derecho disciplinario, el Derecho penal, el Derecho administrativo sancionador y el Derecho de Policía.

Sin embargo, como quiera que los gobernantes juegan un papel protagónico en la restauración de los valores, deben mostrar resultados concretos de su gestión, ya que el compromiso y la responsabilidad por el momento coyuntural que vive el País resultan de una enorme trascendencia, especialmente para los servidores estatales. En la medida en que logren hacer efectivos los controles vistos *sobre la gestión pública*, acorde con la estrategia constitucional planteada, se estarán manteniendo las bases jurídicas de un Estado participativo y pluralista, en donde impere la democracia real o sustancial, y de unas instituciones que se proyectan pos pandemia y que se justificarán y tendrán razón de ser si propugnan por una Administración Pública honesta, eficiente y garante de los derechos humanos y del interés público, donde la conducta de los servidores estatales consulte siempre la idea de justicia social como único camino para lograr la paz, enmarcada naturalmente dentro de los valores constitucionales de libertad, igualdad, solidaridad, justicia, participación y dignidad humana como presupuestos básicos para llegar a la Colombia que todos anhelamos en época de post pandemia.

Pensar y actuar en contravía de lo manifestado equivale a patrocinar la situación que, en forma directa o indirecta, afecta a su población, y que de no solucionarse más temprano que tarde y con el concurso de todos, inexorablemente llevará a la incertidumbre de un mejor futuro del pueblo colombiano, quedando la corrupción y la violencia como únicos legados para las generaciones venideras (Nieto G., 1998).

3.3 Control ciudadano

Ante la emergencia sanitaria decretada, sin duda se requiere hacer efectiva la disciplina social derivada de la responsabilidad social que tenemos, materializando el deber de las personas y de los ciudadanos de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas y ejerciendo un control ciudadano sobre la gestión pública en tanto alternativa fundamental en la lucha contra la corrupción administrativa y los abusos de la autoridad.

En efecto, la calidad de colombianos debe enaltecer a todos los miembros de la comunidad nacional, hoy más que nunca estamos en el deber de engrandecerla y dignificarla, acorde con el mandato contenido en el artículo 95 superior, razón suficiente para entender que la lucha contra los flagelos descritos es una tarea que nos compromete a todos.

En consecuencia, la mayor aspiración de la población colombiana, dentro del equilibrio que debe lograr entre interés general y dignidad humana, debe traducirse en la materialización de la honestidad como valor fundamental de toda sociedad civilizada y de toda organización política que aspire obtener el calificativo de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, en su realidad constitucional.

En este sentido, las asociaciones profesionales, culturales, cívicas, sindicales, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, comunitarias y juveniles constituyen verdaderos instrumentos democráticos de representación en la vigilancia de la gestión pública en estos tiempos de pandemia; y se erigen en mecanismos de control por parte de la ciudadanía, fruto de las bondades que en materia de participación ciudadana ofrece la

Carta Política y que tiene su génesis, particularmente en el contenido de los artículos 3, 40 y 103 superiores.

Hoy más que nunca el Estado debe contribuir a su organización, promoción y capacitación, acorde con el mandato contenido en los artículos 103 y 270 del ordenamiento supremo.

CONCLUSIONES

1. Es urgente que la Corte Constitucional, Tribunal al que se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución de acuerdo con el artículo 241 superior, cumpla con la función de decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que ha venido dictando el gobierno con fundamento en el artículo 215 constitucional, para determinar su exequibilidad o inexecutable, en aras de lograr el punto de equilibrio que debe existir en el marco de un Estado Social de Derecho entre la autoridad y la libertad, a raíz de las tensiones constitucionales derivadas del COVID-19.
2. A fin de que por efecto de la crisis sanitaria no se genere y fortalezca un Estado autoritario, en desmedro del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho consagrado en la Carta Política de 1991, lo inteligente y sensato en estos momentos, desde la óptica del Derecho constitucional, es mantener el equilibrio descrito entre la autoridad y la libertad, materializando los límites para no caer en el autoritarismo (Gómez O., 2000) o en el libertinaje, aplicando con rigor los principios constitucionales de la función pública y administrativa. No hay que olvidar que las actuaciones de los servidores estatales en el marco de un Estado Social de Derecho deben estar al servicio de los intereses generales y se deben desarrollar aún en estados de excepción con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, a fin de que los servidores estatales no vean comprometida su responsabilidad, materializada en el futuro en un sinnúmero de sanciones disciplinarias.
3. En este escenario de crisis, más que nunca juega un papel determinante el Derecho disciplinario, que hace parte del Derecho sancionador,

como un instrumento clave en la lucha contra tales flagelos, que, con las características anotadas, se proyecta como Derecho de singular importancia ante el desafío que se nos plantea, y que gracias a su naturaleza jurídica autónoma exige de sus destinatarios un pleno acatamiento; pero también demanda conocimiento de la comunidad en general para denunciar estas conductas irregulares, constitutivas de faltas disciplinarias, ante los órganos de control externo e interno.

El control disciplinario externo es ejercido por el Ministerio Público, representado a su turno por la Procuraduría General de la Nación y las Personerías Distritales y Municipales en el orden territorial. Y el control disciplinario interno es desarrollado por la propia Administración, a través de las unidades de control interno disciplinario. El Consejo Superior de la Judicatura, como máximo ente de la jurisdicción disciplinaria, ejerce de manera exclusiva el control disciplinario respecto de los funcionarios de la Rama Judicial sin fuero constitucional, y los abogados en el ejercicio de su profesión (Forero, 2018), entidades a las que se debe acudir así sea virtualmente para poner en conocimiento las conductas presuntamente irregulares.

4. Como quiera que los gobernantes en el orden nacional y territorial juegan un papel protagónico en la restauración de la normalidad, deben mostrar resultados concretos de su gestión al aplicar estos controles, pues el compromiso y la responsabilidad por el momento coyuntural que vive el País resultan de una enorme trascendencia. En consecuencia, no deben limitarse a hacer manifestaciones protagónicas anunciando que se van a realizar exhaustivas investigaciones que no se tiene certeza en qué van a terminar, o simplemente publicando que se abrieron las correspondientes indagaciones. En nuestro sentir, la justicia va mucho más allá, pues lo que la sociedad reclama son decisiones de fondo, sancionando o exonerando, pero naturalmente dentro de las garantías del debido proceso penal, administrativo y disciplinario ampliamente descrito.
5. Ante la emergencia sanitaria decretada, sin duda se requiere hacer efectiva la disciplina social, materializando el deber de las personas y de los ciudadanos de obrar conforme al principio de solidaridad

social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas y ejerciendo un control ciudadano sobre la gestión pública, en tanto alternativa fundamental en la lucha contra la corrupción administrativa y los abusos de poder. A esto ayudaría sin duda la transparencia, objetividad e imparcialidad de los medios de comunicación y redes sociales cuando divulgan la información derivada de la pandemia. En efecto, pensamos que deben dar estricto cumplimiento al artículo 20 superior, que garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e informal y la de fundar medios de comunicación masiva; sin duda medios libres, pero con responsabilidad social.

BIBLIOGRAFÍA

Referencia legislativa

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 1952/19, de 28 de enero, Código General Disciplinario

Ley 734/02, de febrero 5, Código Disciplinario Único.

Ley Estatutaria 250/96, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

Ley 1123/07, Código Disciplinario del Abogado.

Ley 1474/11, Estatuto Anticorrupción.

Ley 1862/17, Código Disciplinario de las Fuerzas Militares.

Ley 1015/06, Régimen Disciplinario de la Policía Nacional.

Ley 65 de 1993, Régimen Disciplinario en el Ámbito Penitenciario y Carcelario.

Ley 1709 de 2014, Nuevo Código Penitenciario y Carcelario.

Ley 5 de 1992, Reglamento del Congreso de la República (Régimen Disciplinario)

Referencia jurisprudencial

Sentencia C. 1076/02

Sentencia C. 948/02

Referencia doctrinal

Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. (2002). *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. 2ª Edición.

De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta.

García de Enterría, Eduardo y Escalante, José Antonio. (1996). *Código de la función pública (Régimen General)*. Ed. Cívitas, S.A. Madrid.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. (1997). *Curso de Derecho Administrativo I*. Ed. Cívitas, S.A, 8ª Edición. Madrid.

Garrido Falla, Fernando. (1994). *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I, parte general. Ed. Tecnos. Madrid.

Gómez Orfanel, Germán. (2000). Artículo: *Violencia política, racismo y uso de la legalidad por el Nazismo*. Revista Vasca de la Cultura y las ideas. Cuadernos de Alzate.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. (2002). *Dogmática del Derecho disciplinario*. Universidad Externado de Colombia.

Lasalle, Ferdinand. (1984). *¿Qué es una Constitución?* Estudio preliminar del Elíseo Aja. Ariel.

Nieto García, Alejandro. (2005). *Derecho administrativo sancionador*. Ed. Tecnos. Cuarta edición totalmente reformada.

Nieto García, Alejandro. (1998). *La nueva organización del desgobierno*. Ed. Ariel, S.A. Barcelona.

Forero Salcedo, José Rory (2007). *Estado Constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción*. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Número 15. ISBN: 978-958-8295-38-1. 225 páginas. Bogotá-Colombia.

- Forero Salcedo, José Rory (2011). *Fundamentos Constitucionales de la Potestad Disciplinaria de Estado Colombiano. La influencia del Derecho comparado*. Editorial: Departamento de publicaciones de la Universidad Libre. Primera edición. ISBN: 978-958-8534-61-9. 537 páginas. Bogotá D.C., Colombia.
- Forero Salcedo, José Rory (2018). *Configuración del Derecho disciplinario como objeto de estudio particular de la Ciencia Jurídica y como rama independiente en el campo del Derecho Sancionador*. Editorial Universidad Libre. Obra colectiva. Páginas 1-166. ISBN impreso: 978-958-5466-55-5 – ISBN digital: 978958-5466-54-8. Bogotá, Colombia.
- Forero Salcedo, José Rory (2011). *Una mirada Constitucional veinte años después*. Capítulo: *Derechos y Deberes en la Constitución de 1991*. Páginas 97 a 128. Editorial Departamento de publicaciones de la Universidad Libre. Primera edición. ISBN: 978-958-8534-45-9. 251 páginas. Bogotá D.C., Colombia.
- Forero Salcedo, José Rory (2013). *Temas Contemporáneos de Derecho Procesal Administrativo*. Capítulo: *Límites Procesales de la Potestad Disciplinaria del Estado Colombiano*. Páginas 81 a 148. Editorial Departamento de Publicaciones de la Universidad Libre. Primera Edición. 350 páginas. Bogotá D.C., Colombia.
- Forero Salcedo, José Rory (2019). *La representación del servidor público en Colombia*. capítulo de libro: *Sistema de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos en Colombia*-. Editorial Panamericana Formas e Impresos. Obra colectiva titulada *La representación del servidor público en Colombia- perspectivas intradisciplinarias en el Derecho*. Páginas 129-150. – julio. ISBN impreso. 978-958-5578-00 -5 ISBN digital 978-958-5578-01-2. Bogotá, Colombia.
- Forero Salcedo, José Rory (2002). *Alternativas constitucionales para enfrentar la corrupción administrativa*. Revista Nueva Época. Número 16. Corporación Universidad Libre. 2002. Páginas 121-136. ISSN: 0124-0013. 205 páginas. Bogotá, D.C. – Colombia.
- Forero Salcedo, José Rory (2013). *Carácter Utópico de los Derechos Humanos dentro de sociedades en transición*. Páginas 167 A 172.

- Revista Nueva Época. Universidad Libre de Colombia. Número 40. Agosto. ISSN: 0124-0013. 251 páginas. Bogotá-Colombia.
- Forero Salcedo, José Rory (2007). *Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales*: Revista Diálogos de Saberes. Número 25. Corporación Universidad Libre. 2007. Páginas 211-237. ISSN: 0124-0021. 377 páginas. Bogotá – Colombia. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1972>
- Forero Salcedo, José Rory (2009). *El control disciplinario, clave en la construcción del Estado Constitucional colombiano*. Revista de la Facultad de Derecho. “Criterio jurídico garantista”. Universidad Autónoma de Colombia. Número 1. Páginas 114-119. ISSN: 2145-2381. 272 páginas. Bogotá, D.C. – Colombia. DOI: <https://doi.org/10.26564/issn.2145-3381>
- Forero Salcedo, José Rory (2010). *Hacia la excelencia en la Administración Pública colombiana*. Revista de la Facultad de Derecho. Diálogos de saberes. Universidad Libre de Colombia. No. 33, julio – Diciembre. Páginas 13-34. ISSN: 0124-0021. 320 páginas. Bogotá, D.C., Colombia. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/2004>
- Forero Salcedo, José Rory (2014). *El valor superior de la Justicia en la Unión Europea. Especial referencia al Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho Español*. Páginas 91 a 114. Revista Verba Iuris. Universidad Libre de Colombia. ISSN: 0121-3474. Enero-junio. Páginas 244. Bogotá D.C., Colombia. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.31.59>
- Forero Salcedo, José Rory (2016). *La protección constitucional de las víctimas en Colombia, desde la óptica del derecho disciplinario, con énfasis en la garantía consagrada en la ley 1448 de 2011*. Revista Verba Iuris. Universidad Libre. Enero- junio. No. 35. Bogotá D.C., Colombia. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.35.7>
- Forero Salcedo, José Rory (2016). *Control de constitucionalidad como garantía jurisdiccional de la función legislativa. Desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal, desde la perspectiva de derecho constitucional español y colombiano*. Revista Republicana.

Volumen 20. Bogotá D.C., Colombia. <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2016.v20.a5>

Forero Salcedo, José Rory (2019). *Derechos Humanos, enfoque diferencial y construcción de paz. Breves reflexiones desde una visión constitucional*. Universidad Libre. Proyecto Erasmus, 2019. Bogotá-Colombia. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2019v14n1.5204>. Vol. 14 Núm. 1. Revista saber ciencia y libertad. ISSN impreso: 1794-7154 – ISSN electrónico: 2382-3240. Colombia, Cartagena.

PANDEMIA: DESAFÍOS PARA LOS CONSULTORIOS JURÍDICOS Y CENTROS DE CONCILIACIÓN



MABEL BONILLA-CORREA¹

CARLOS EMILIO ALARCÓN-LAVERDE²

DANIEL A. VELÁSQUEZ-MANTILLA³

CARLOS ARTURO DUARTE-CUADROS⁴

*Grupo de Investigación Acción Socio-Jurídica Transdisciplinar,
Universidad Libre*

*El indicador fundamental de un hombre
no es donde se encuentra
en momentos de comodidad y conveniencia
sino donde se encuentra en tiempos de desafío y controversia.
Martin Luther King, Jr.*

El pasado 12 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social declara la Emergencia Sanitaria a través del Decreto Ley 417, de fecha 17 de marzo de 2020, y la Resolución 385 por causa del COVID-19 hasta el 30 de mayo de 2020, y entonces nos preguntamos: ¿Qué es el COVID-19? ¿Por qué nos afecta sanitariamente? ¿Qué consecuencias trae en los entornos económicos, sociales, laborales y familiares en Colombia? Y ¿cómo y por qué impacta en la administración de justicia? recordemos que:

¹ Docente investigador Universidad Libre, Abogada, Especialista en Derecho Público y Financiero, Especialista en Docencia Universitaria, Magíster en Ciencias de la Educación con Énfasis en Docencia Universitaria.

² Docente investigador Universidad Libre, Abogado, Conciliador en Derecho, Especialista en Derecho Público Financiero, Especialista en Docencia Universitaria, Especialista en Pedagogía y Docencia.

³ Docente investigador Universidad Libre, Sociólogo, Magister en Intervención Social, Doctorando en Investigación Transdisciplinar en Educación.

⁴ Docente investigador Universidad Libre, Abogado, Especialista en Régimen Municipal y Departamental, Magíster en Derecho Administrativo, Doctorando en Derecho.

Los coronavirus (CoV) son virus que surgen periódicamente en diferentes áreas del mundo y que causan Infección Respiratoria Aguda (IRA) de leve a grave, en personas y animales. Los virus se transmiten entre animales y de allí podrían infectar a los humanos. A medida que mejoran las capacidades técnicas para detección y la vigilancia de los países, es probable que se identifiquen más coronavirus. (Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, 2020b, p. 1)

Su capacidad de contagio a través del estornudo, tos y el contacto estrecho hace que se convierta en una pandemia que debe ser evitada con medidas de obligatorio cumplimiento en la sociedad, como lo pretende la resolución en mención, debido a que las estadísticas muestran que hasta un 20% de la población se enferma gravemente y un 2% de ese 20% fallece. Eso significaría que, según el Censo del DANE del 2018, aproximadamente 193.033 colombianos de 48.258.494 habitantes perderían la vida en la batalla si no se implementan y aplican las medidas de aislamiento obligatorio (Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, 2020). Económicamente, afecta la producción de bienes y servicios, creando trastornos en la cadena de suministros, y por su impacto financiero en las empresas obligaría a la liquidación inminente. En buena hora el gobierno nacional, en el marco de la emergencia económica social y ecológica, expidió el Decreto Ley 560 (2020), que les permitirá a las empresas hacer acuerdos en tiempos mínimos (inimaginables sin pandemia), que traerán como consecuencia la flexibilización en el pago de pequeños acreedores, mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial, capitalización de pasivos, descargas de pasivos, pactos de deudas sostenible, entre otros.

Desde el punto de vista social, implica la ruptura de paradigmas en las relaciones interpersonales y la modificación de las formas de respuesta a los diferentes estímulos de la convivencia. La importancia de los valores como el respeto, la tolerancia y la solidaridad, que desarrollan consecuentemente el auge de las ciencias humanas, como la psicología y la sociología, son fundamentales ahora e imprescindibles para superar estos tiempos; tales áreas del conocimiento deben estar en los proyectos de vida de la juventud (Redacción Política, 2020). No se puede dejar de hablar de la comunicación como la herramienta que permite salir adelante de esta crisis.

En las relaciones laborales el impacto ha ido considerable, obligando a los empleadores a enviar a sus trabajadores para la casa, que no debe confundirse con el teletrabajo, el cual es definido así:

Es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. (Ley 1221, 2008, art. 2, p. 1)

Así mismo, se han generado bonos de solidaridad, negociaciones, transacciones, vacaciones anticipadas, suspensiones de contratos de trabajo y terminación unilateral de los mismos, a pesar de las medidas de protección al empleo determinadas en algunos decretos como el Decreto ley 488 (2020) y Decreto Ley 500 (2020), entre otros.

En el ámbito familiar, dadas las características del confinamiento, las relaciones familiares de convivencia se han visto afectadas, generando el aumento de la violencia intrafamiliar, congestionando las comisarías de familia por el sinnúmero de solicitudes de medidas de protección. Los resultados de la cuarentena, solo en los 18 primeros días, demuestran las dificultades de la convivencia en las familias; más de 2000 llamadas se recibieron en los canales de comunicación que abrió el gobierno para tal fin, evidenciando que Bogotá es la línea que más ha atendido a mujeres víctimas de la violencia, y, a nivel nacional, los departamentos de Sucre, Caquetá, Bolívar, Meta y Atlántico (Gómez, 2020).

El 28 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 491, *“por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, impactando la administración de justicia y sus instituciones, a las instituciones de educación superior que prestan el servicio público de la educación y las facultades de derecho en la formación de los futuros abogados del país.

RETOS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El desafío que presenta este aislamiento es el acceso a la justicia, su oportunidad de respuesta y la no denegación. Todos estos aspectos circundan en los ámbitos donde los operadores de la justicia tienen su día a día; no es un secreto que los litigantes están sufriendo las consecuencias de esta pandemia, por cuanto no se cuenta con una pronta justicia con expedientes electrónicos, mentalidad abierta del estado, de los funcionarios judiciales y de los abogados frente al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Parece ser que los adagios populares: “Todo lo escrito es de este mundo” y “hasta no ver, no creer” no han permitido la ruptura del paradigma del exceso de ritualidad manifiesto que se presenta como un defecto procedimental, conforme lo ha sostenido la corte Constitucional:

El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y una aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial (*Sentencia T-234, 2017*)

Hay un abuso de formalismo en las actuaciones judiciales y cumplimiento de los deberes de los operadores judiciales y extrajudiciales contemplados en la Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 116:

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

No obstante el advenimiento del estado social y democrático de derecho que flexibilizó la existencia de un incipiente pluralismo jurídico en la práctica, dando lugar a que al lado del sistema tradicional y formal de administración de justicia existieran otros informales e innovadores (como la jurisdicción especial indígena, las facultades jurisdiccionales a autoridades administrativas y administración de justicia por parte de particulares, en forma excepcional y habilitados por las partes en calidad de conciliadores o árbitros), su implementación había sido demasiado lenta; pero esta emergencia sanitaria causada por el COVID-19 permitió acelerar el uso masivo de las tecnologías de la información y comunicación para realizar actuaciones judiciales no presenciales, como notificaciones, envío de documentos en mensaje de datos, audiencias virtuales de arbitraje y conciliación, entre otras.

ASPECTOS SOBRE LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS

La ampliación de los términos para resolver las peticiones de 15 a 30 días es una evidente muestra que evidencia la falta de implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en todas las entidades públicas o privadas. Las peticiones son mecanismos de comunicación privilegiada entre el estado y la ciudadanía para la protección de los derechos fundamentales; la historia confirmará si esta medida de doblar el término para responder las inquietudes, necesidades y derechos de la sociedad fue suficiente para salvaguardar el Estado Social de Derecho. Por otro lado, ampliar los términos para realizar audiencias de conciliación de 3 meses a 5 meses es una medida que poco y nada aporta a la solución de las necesidades jurídicas insatisfechas de la población vulnerable y de especial protección constitucional, porque la brecha digital sigue siendo amplia en el territorio nacional (Alva de la Selva, 2015) el trabajo aborda la problemática de la brecha digital como una expresión de las desigualdades del siglo xxi. Se presentan los antecedentes del auge que comenzó a cobrar ese proceso en los últimos años del siglo xx, así como las propuestas y proyectos formulados por los países latinoamericanos para construir esa nueva organización social. Se hace énfasis en el carácter estructural del problema de la brecha digital, en tanto “nueva desigualdad”. Se señalan las transformaciones fundamentales de dicho concepto para luego, con el apoyo de algunas estadísticas, presentar en un contexto general algunos

puntos de análisis sobre la brecha digital en América Latina y en México.\nIn the context of Information and Knowledge Society (iks).

Una medida favorable es la suspensión de términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa, ordenada en el Decreto Ley 491 (2020). Esta medida se justifica porque se pondera la vida como derecho fundamental sobre el derecho a la administración de justicia, para reconocérsela a quien le corresponde a través de las decisiones judiciales en las instancias respectivas; y es que el derecho a la vida, no solamente por ser un derecho fundamental, sino por ser inherente a la existencia humana, debe ser especialmente protegido, como lo pretende el aislamiento obligatorio.

La suspensión de términos judiciales y sus prórrogas, ordenada por Acuerdo PCSJA20-11521 de 2020, Acuerdo PCSJA20-11532 de 2020 y Acuerdo PCSJA20-11546 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura desde el 19 de marzo hasta el 10 de mayo de 2020, a pesar de ser necesaria, contribuirá a la congestión judicial y el represamiento de las actuaciones en los despachos judiciales que obligan al Consejo Superior de la Judicatura a implementar planes de contingencia innovadores que ofrezcan respuesta no solamente para esta emergencia sanitaria, sino para otras circunstancias adversas que puedan sobrevenir. Esta será la prueba de la audacia y la eficacia que tanto necesita la sociedad y que apresura la implementación del expediente digital y la virtualización de todas las actuaciones judiciales materializadas en plataformas tecnológicas, aplicativos y sistemas de información modernos y de fácil acceso.

Así lo destacan:

Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para derechos, acciones, medios control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, de meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales; los términos procesales de inactividad para el desistimiento tácito previstos en el artículo 317 del Código General del Proceso y en el artículo 178 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo, y los términos de duración del proceso del artículo 121 del Código General del Proceso desde el 16 de marzo de 2020, y se reanudarán un mes después, contado a partir del día siguiente al del levantamiento de la suspensión que disponga el Consejo Superior de la Judicatura ordenada por el decreto legislativo 564 de 2020 del ministerio de Justicia y del Derecho por el cual se adoptan medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. (Decreto Ley 564, 2020, art. 1, p. 10)

Lo anterior era necesario y urgente en tiempos de pandemia, porque garantiza los derechos establecidos en normas sustantivas y el debido proceso, pilar fundamental en un estado social de derecho, sin que la inactividad judicial de las partes sea sancionada, ya que nadie puede ser sometido a lo imposible. Tal vez esta suspensión de términos permita ordenar los despachos judiciales y generar estadísticas confiables que no repercutirán en la evaluación de los togados.

CONTINUIDAD DE SERVICIOS DE ARBITRA Y CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

En buena hora se ordenó la continuidad de los servicios de arbitraje, conciliación y otros mecanismos de resolución de conflictos por medios virtuales. Esta medida se convierte en una solución:

... a fin de mantener la continuidad en la prestación de los servicios de justicia alternativa, los procesos arbitrales y los trámites de conciliación extrajudicial, amigable composición y procedimientos de insolvencia de persona natural no comerciante se adelantarán mediante el uso de tecnologías de la comunicación y la información, de acuerdo con las instrucciones administrativas que impartan los centros de arbitraje y conciliación y las entidades públicas en las que se tramiten, según el caso. (Decreto Ley 491, 2020, art. 10, p. 11)

El desarrollo legislativo de las audiencias virtuales se contempló en los artículos 18 y 19 del Decreto 1829 (2013), pero su uso ha sido relativamente lento: primero, por parte de los operadores de los

Métodos de Resolución de Conflictos, quienes deben adquirir destrezas y habilidades que desarrollen la capacidad de reconstruir relaciones sociales y humanas a través del dominio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones para las prácticas virtuales de conciliación, lo cual se articula de manera activa en las políticas públicas para la construcción de paz y convivencia.

Segundo, por el desconocimiento de su existencia. En el Análisis Conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años se visionó un terreno fértil –de pronto para este momento de pandemia– donde no se pueden dejar de estudiar las características socioculturales de las partes en conflicto para la eficacia de los resultados de la conciliación virtual (Departamento Nacional de Planeación, 2015).

Tercero, la falta de recursos y presupuesto, toda vez que los centros de Conciliación del país no tienen ayudas gubernamentales para su sostenimiento y operación, a pesar de la colaboración con la administración de justicia y la descongestión de los despachos judiciales.

Estas circunstancias de aislamiento servirán para fortalecer experiencias exitosas en la prestación del servicio con apoyo de las tecnologías:

Dichas entidades públicas y centros pondrán a disposición de las partes y apoderados, árbitros, conciliadores, amigables compondores los medios electrónicos y virtuales necesarios para el recibo de documentos y de realización de reuniones y audiencias. (Decreto Ley 491, 2020b, art. 10, p. 11)

Estas prácticas obligarán al cambio actitudinal de las partes y el tercero en las audiencias, pues el decreto faculta a los centros de arbitraje y conciliación así:

Podrán habilitar direcciones electrónicas para el recibo de demandas arbitrales, solicitudes de conciliación extrajudicial, amigable composición, insolvencia de persona natural no comerciante, y cualquier documento relacionado con los procesos o trámites de éstos; también enviar por vía electrónica comunicaciones y notificaciones; y adelantar virtualmente todo tipo de reuniones y audiencias en cualquier etapa

del proceso arbitral, del trámite conciliatorio, de amigable composición o de insolvencia de persona natural no comerciante. (Decreto Ley 491, 2020b, art. 10, p. 11)

El desafío para los centros de conciliación y arbitraje es optimizar las tecnologías y que estas sean suficientes; al respecto, el decreto establece:

En caso de no contar con la tecnología suficiente para hacerlo, el centro o entidad pública podrá celebrar convenios con otros centros o entidades para la realización e impulso de las actuaciones, procesos y trámites. (Decreto Ley 491, 2020b, art. 10, p. 11)

Se experimentarán e institucionalizarán otras formas de expresar el consentimiento en el ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la aceptación de acuerdos, distinta a la firma manuscrita del documento físico con plena validez jurídica, al establecer:

Las partes en los trámites conciliatorios, y los deudores y sus acreedores en los de insolvencia de persona natural no comerciante, podrán manifestar su aceptación a través de cualquier mensaje de datos u otro medio idóneo que permita registrar su voluntad de conformidad con lo establecido en la Ley 527 de 1999. (Decreto Ley 491, 2020b, art. 10, p. 11)

La ampliación de los términos para el desarrollo de los trámites es otra consecuencia del aislamiento, pero permite planeary lograr la concientización de los usuarios de uso de las TIC para la solución de sus conflictos:

El plazo contenido en los artículos 20 y 21 de la Ley 640 de 2001 para el trámite de las conciliaciones extrajudiciales, a cargo de los servidores públicos habilitados para conciliar y de los centros de conciliación públicos y privados autorizados, será de cinco (5) meses. En el arbitraje, el término previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 será de ocho (8) meses; y el término para solicitar la suspensión del proceso previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 no podrá exceder de ciento cincuenta (150) días. (Decreto Ley 491, 2020b, art. 10, p. 11)

En el mismo sentido de la referida disposición, facilita la suscripción de los documentos, resultado de la gestión judicial y extrajudicial, consagra:

De las firmas de los actos, providencias y decisiones. Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, cuando no cuenten con firma digital, podrán válidamente suscribir los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios. Cada autoridad será responsable de adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmen por este medio.(Decreto Ley 491, 2020b, Art. 11, p. 12)

SERVICIO DE LOS CONSULTORIOS JURÍDICOS Y CENTROS DE CONCILIACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES CON FACULTADES DE DERECHO EN COLOMBIA

Dentro del esquema de la educación superior, la función sustantiva de la proyección social en los programas de derecho se visibiliza en el quehacer cotidiano de los consultorios jurídicos y sus centros de conciliación de todo el país, y se cristaliza cuando la población vulnerable y de especial protección constitucional es atendida por los futuros abogados.

El escenario por el cual atraviesan los consultorios jurídicos cuenta con una dinámica de constante innovación y cambio reflejada en: i. proyecto de ley de reforma de los consultorios jurídicos; ii. proyecto de ley de arbitraje social; iii. proyecto de ley del estatuto de la conciliación; iv. la creación de la caja de herramientas de los Métodos de Resolución de Conflictos como desarrollo de la política pública del ministerio de justicia y del derecho, privilegiando a los municipios Pedet⁵; v. la reglamentación de la ley 1996 de 2019; vi. la aplicación del protocolo inclusivo de los consultorios jurídicos; vii. la implementación de la norma técnica de calidad NTC5906 en los centros de Conciliación, entre otros.

Es el contexto ideal para el avance de estas nuevas prácticas a que obligó la situación de aislamiento, que evidencia el grado de preparación de las universidades para proveer a sus consultorios jurídicos y centros

⁵ Municipios piloto de desarrollo territorial.

de conciliación con plataformas tecnológicas, sistemas de información y aplicativos, los cuales ya venían funcionando en la presencialidad como trabajo colaborativo.

Como ejemplo de lo anterior, se ha logrado la conformación de la red de consultorios jurídicos y centros de conciliación de universidades públicas y privadas de Bogotá, que busca reunir todas las experiencias que han permitido la solidaridad institucional, desarrollando buenas prácticas, como convenios interinstitucionales, litigio de alto impacto, consultorio jurídico en su casa, consultorio jurídico virtual, consultorios jurídicos radiales, notas jurídicas en noticieros de televisión nacionales, eventos académicos de debate, encuentros internacionales, entre otros.

La red Tejiendo Justicia se ocupa de fortalecer la gestión institucional y universitaria para aportar a la construcción de un sociedad jurídica que garantice la debida diligencia en el abordaje de los derechos de las personas con discapacidad, la transparencia y el enfoque de género, mediante la articulación de la investigación, la práctica y el conocimiento general alrededor de estos temas enmarcados en los derechos humanos y la justicia inclusiva, a la cual pertenecen más de 70 consultorios jurídicos de las universidades.

En clave de cooperación con el ministerio de justicia y del derecho, los conciliadores extrajudiciales en derecho han desarrollado la Ley 640 (2001), ayudando a la población en la solución de las controversias que la Ley 583 (2000) les permite, de conformidad con las competencias legales, cuando fungen en tal calidad. Las estadísticas que arroja el Sistema de Información de la Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición (SICAAC), demuestran el trabajo en equipo, la descongestión de los despachos judiciales y el reconocimiento social de la población en la solución pacífica de los conflictos a través del diálogo y la reinención de las partes en las estrategias comunicativas cotidianas.

Es cierto que esta situación de aislamiento social produjo reacciones urgentes para continuar ofertando los programas de derecho con presen-cialidad apoyada en las tecnologías y clases a través de plataformas como Microsoft Teams, Meet, Zoom, entre otras. Estas son nuevas prácticas que llegaron para quedarse y establecer un aumento

inversamente proporcional a su uso; es decir, a menor presencialidad física, mayor presencialidad medida por tecnologías, aulas virtuales, equipos de trabajo en telepresencia. Lo anterior invita a repensar las metodologías, didácticas y pedagogías del arte de la enseñanza, la revisión de los currículos, las formas de evaluación y el aprender a conocer a los estudiantes, muchas veces sin poderlos observar, para darles su autenticidad como personas únicas e irrepetibles.

A MANERA DE CIERRE Y RECOMENDACIONES

La reflexión de para dónde vamos como directivos, como docentes de las instituciones de educación superior, nos tiene que llevar a contestar cada día ¿qué enseñamos?, ¿para qué enseñamos?, ¿cómo enseñamos?, ¿dónde enseñamos?, ¿por qué enseñamos?, ¿cuándo enseñamos?

La rama judicial no estaba preparada para continuar prestando el servicio de administración de justicia a través de las TIC, lo cual impone un enorme reto para implementar sistemas de información que respondan a las necesidades jurídicas en pleno siglo XXI. Se debe pensar en mayores proporciones en el trabajo interdisciplinar para el abordaje de la justicia como garantía plena de los derechos de los asociados.

Las instituciones de educación superior deben estar preparadas para responder a los desafíos interculturales de todos los actores en el desarrollo del derecho fundamental a la educación, a las herramientas colaborativas, *e-learning* y *b-learning*, logrando creatividad, innovación, renovación, estrategias esenciales para la vida. Los consultorios jurídicos y centros de conciliación de las universidades continuarán respondiendo como actores de la responsabilidad social universitaria frente a los retos que la administración de justicia exige en los tiempos del COVID-19. La sociedad debe reflexionar sobre si la forma como está llevando la vida es la óptima, si los valores se deben repensar para lograr la calidad de vida que todos esperan. La flexibilidad en todos los escenarios debe ser emblema para los diferentes momentos de convivencia, tanto en los ámbitos familiares, educativos, laborales, sociales y económicos.

REFERENCIAS

- Alva de la Selva, A. R. (2015). Los nuevos rostros de la desigualdad en el siglo xxi: La brecha digital. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 60(223), 265-285. [https://doi.org/10.1016/S0185-1918\(15\)72138-0](https://doi.org/10.1016/S0185-1918(15)72138-0)
- Sentencia T-234, T-5982866 (Corte Constitucional de Colombia 20 de abril de 2017). <https://tinyurl.com/yicy4oqsu>
- Constitución Política de Colombia, (1991). <https://tinyurl.com/vyqp3ny>
- Ley 583, Pub. L. No. 583, 3 (2000). <https://tinyurl.com/ybxem6q>
- Ley 640, Pub. L. No. 640, 11 (2001). <https://tinyurl.com/yao79cjc>
- Ley 1221, Pub. L. No. 1221, 6 (2008). <https://tinyurl.com/ydds5plk>
- Acuerdo PCSJA20-11521, 2 (2020). <https://tinyurl.com/ybhgx9dr>
- Acuerdo PCSJA20-11532, Pub. L. No. PCSJA20-11532, 6 (2020). <https://tinyurl.com/y9ernqk6>
- Acuerdo PCSJA20-11546, Pub. L. No. PCSJA20-11546, 9 (2020). <https://tinyurl.com/yckckdc3l>
- Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Análisis conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro*. <https://tinyurl.com/ya7oo39g>
- Gómez, I. (2020, abril 24). Llamadas de violencia contra la mujer aumentaron en más del 129 % en cuarentena. *Bluradio*. <https://tinyurl.com/yd87gbu8>
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2020a). *ABC NUEVO CORONAVIRUS (COVID 19) DE CHINA* (p. 5) [Descriptivo]. Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. <https://tinyurl.com/y82lwde3>
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2020b). *ABC Nuevo Coronavirus (COVID-19) de China* (p. 5) [Descriptivo]. Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. <https://tinyurl.com/y82lwde3>

Decreto 1829, Pub. L. No. 1829, 25 (2013). <https://tinyurl.com/y9n5n76k>

Decreto Ley 417, Pub. L. No. 417, 16 (2020). <https://tinyurl.com/y7c3vryc>

Decreto ley 488, Pub. L. No. 488, 11 (2020). <https://tinyurl.com/rznur2v>

Decreto Ley 491, Pub. L. No. 491, 19 (2020). <https://tinyurl.com/yx2f3suf>

Decreto Ley 491, Pub. L. No. 491, 19 (2020). <https://tinyurl.com/yx2f3suf>

Decreto Ley 500, Pub. L. No. 500, 9 (2020). <https://tinyurl.com/y87wusg4>

Decreto Ley 560, Pub. L. No. 560, 22 (2020). <https://tinyurl.com/ybr6vvor>

Decreto Ley 564, Pub. L. No. 564, 15 (2020). <https://tinyurl.com/ybus76cv>

Redacción Política. (2020, febrero 14). “Tenemos demasiadas psicólogas y sociólogas”: Marta Lucía Ramírez. *El Espectador*. <https://tinyurl.com/y9t5kdkd>

El derecho en tiempos de pandemia.
Transformaciones globales. Costos
locales

Se terminó de producir en diciembre de 2020.
Las fuentes tipográficas empleadas son Abhaya
Libre Regular en 12 puntos en texto corrido
y Montserrat Semibold en 13 puntos y Abhaya
Libre Bold en 12 puntos en títulos.



IMÁGEN DE CARÁTULA



“Se repulen”
Serie “Los caprichos”, n.º 51
Grabado al aguafuerte
1799

FRANCISCO DE GOYA
(1746 - 1828)

Quienes participamos en la escritura de este libro decidimos escribir, a riesgo de equivocarnos, a propósito de las causas y las consecuencias que sobre los derechos, libertades y deberes tendrá la crisis provocada por la pandemia de COVID-19, ya sea para las personas, empresas, movimientos sociales, estado o cualquier otro estamento sobre el cual se pueda enfocar el análisis.

Sabemos que ya abundan las editoriales, columnas, artículos, incluso libros enteros de análisis de las consecuencias que la COVID-19 tendrá sobre el orden político, la movilidad en las ciudades, la economía y miles de aspectos más. Este solo será uno más de esos tantos escritos publicados en medio de esta crisis. Lo cierto es que no sabemos cómo saldremos de esto, y probablemente el derecho y la sociología jurídica revelan parte de su inutilidad ante estas crisis. Haberlo escrito probablemente obedezca más a la necesidad, casi a la compulsión, que tenemos quienes nos dedicamos al trabajo académico de opinar, de escribir, incluso de no quedarnos por fuera del debate. Esto resulta bastante irónico, dado que este confinamiento ha generado la prolongación de nuestras jornadas. Quizás escribir sea una forma de que el alma viaje a donde el cuerpo no puede ir.

OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**
Facultad de Derecho
Centro de Investigaciones Sociojurídicas

ISBN 978-958-5578-54-8

