



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP

Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 235-252

Santiago de Compostela, 2020

<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4606>

© Hernán Alejandro Olano García

ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287

Recibido: 18/10/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Legalidade e precedentes xurisprudenciais nacionais e interamericanos sobre coronavirus tipo COVID-19 en Colombia



Legalidad y precedentes jurisprudenciales nacionales e interamericanos sobre coronavirus tipo COVID-19 en Colombia

Legality and national and inter-American jurisprudential precedents on COVID-19 type coronavirus in Colombia

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA

Director do Grupo de Investigación en *Historia das Institucións e*

DDHH “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmeque”

Colexio Xurídico e de Ciencias Sociais

Institución Universitaria Colexios de Colombia - UNICOC

Investigador sénior ante Minciencias

<https://orcid.org/0000-0001-7662-4504>

hernanolano@gmail.com

www.hernanolano.org.co

Resumo: Ante a aparición en Colombia o 6 de marzo de 2020 do primeiro caso de enfermidade polo COVID-19 (coronavirus), as autoridades comezaron a desenvolver protocolos de continxencia de acordo coas tres fases desta pandemia, prevención, contención e mitigación, seguindo as recomendacións da Organización Mundial da Saúde (OMS), así como a remisión a normas legais e xurisprudenciais para o manexo da pandemia en Colombia.

Palabras clave: Pandemia, COVID-19, coronavirus, legalidade, sistema interamericano, Colombia.

Resumen: Ante la aparición en Colombia el 6 de marzo de 2020 del primer caso de enfermedad por el COVID-19 (coronavirus), las autoridades comenzaron a desarrollar protocolos de contingencia de acuerdo con las tres fases de esta pandemia, prevención, contención y mitigación, siguiendo las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), así como la remisión a normas legales y jurisprudenciales para el manejo de la pandemia en Colombia.

Palabras clave: Pandemia, COVID-19, coronavirus, legalidad, sistema interamericano, Colombia.

Abstract: Given the appearance in Colombia on March 6, 2020 of the first case of COVID-19 disease (coronavirus), the authorities begin to develop contingency protocols in accordance with the three phases of this pandemic, prevention, containment and mitigation, following the recommendations of the World Health Organization (WHO), as well as the referral to legal and jurisprudential norms for the management of the pandemic in Colombia.

Key words: Pandemic, COVID-19, coronavirus, legality, inter-american system, Colombia.

SUMARIO: 1 Desenvolvemento. 2 Medidas económicas. 3 Precedente xurisprudencial. 4 A pandemia no sistema interamericano. 5 Bibliografía.

1 DESENVOLVEMENTO

As implicacións xurídicas do coronavirus levaron, primeiro, a que o Ministerio de Saúde e Protección Social ditase a Resolución 0380 do 10 de marzo, tomando en consideración o artigo 49 da Constitución; os artigos 5 e 10 da Lei 1751 de 2015 que regula o dereito fundamental á saúde; a Lei 9 de 1979 ou Código Sanitario, que dita medidas sanitarias, así como as disposicións necesarias para asegurar a axeitada situación de hixiene e seguridade en todas as actividades para asegurar o seu cumprimento a través das autoridades de saúde; seguidos do Decreto Único Regulamentario 780 de 2016 do Sector Saúde e Protección Social, así como a Sentenza do 6 de abril de 2000, radicación número 5397 da sección primeira do Consello de Estado, acerca da posibilidade de adoptar medidas preventivas, sancionadoras e de seguridade cando se presentan situacións de vulnerabilidade coa transmisión de enfermidades.

Nesa primeira Resolución 0380 do 10 de marzo, fíxose un claro chamamento a non desobedecer as recomendacións do ministro de Saúde e Protección Social, o cal, para o efecto, actúa en Colombia como autoridade de policía, dentro do que concirne á policía administrativa, establecendo como medida correctiva a aplicación do artigo 368 do Código Penal, que establece: “quen viole a medida sanitaria adoptada pola autoridade competente para impedir a introdución ou propagación dunha epidemia incorrerá en prisión de catro a oito anos”, tipo penal que causou polémica neste país, sumado ás citacións aos que non observaron a reclusión, así como ante a primeira medida policial que se estableceu en Colombia, a obrigatoria autorreclusión, á súa custa, durante 14 días, de toda persoa que chegase a Colombia, proveniente de países como a República Popular China, Italia, Francia e España.

Por outra banda, en Bogotá, a alcaldesa, como primeira autoridade de Policía do Distrito, podendo ditar os regulamentos, impartir as ordes, adoptar as medidas e utilizar os medios de policía necesarios para manter a orde pública, así como para garantir a seguridade, salubridade e tranquilidade cidadás, regulou inicialmente a alerta amarela polo coronavirus, ao teor do Código Nacional de Policía e Convivencia, Lei 1801 de 2016 e do Acordo 079 de 2003 - Código de Policía de Bogotá, onde se lle asignan deberes no artigo 5, así como a observancia, segundo o título III, de comportamentos

que favorecen a saúde pública das persoas, así como o título IV sobre a protección da poboación vulnerable.

A nivel nacional, o presidente da República, Iván Duque Márquez, o primeiro que fixo foi anunciar medidas económicas para os sectores afectados pola pandemia do coronavirus, pero logo virían outras medidas máis graves que, a teor da Constitución Política de Colombia, son alteracións da orde que o Constituínte de 1991 considerou que debían ser conxuradas por medio do estado de emerxencia (art. 215 superior), que regula tres tipos de estados de excepción: (i) guerra exterior; (ii) conmoción interior e (iii) emerxencia na súa orde: a económica, a social, a ecolóxica e a grave calamidade pública, na cal se axusta a pandemia e, ao declararse o dito estado, as facultades do presidente serán excepciónais por un prazo calendario non superior a 90 días durante o ano, malia que a situación indica que o virus permanecerá no ambiente mesmo durante anos.

Como é sabido, en Colombia, a autoridade competente para declarar e expedir os decretos de desenvolvemento do estado de emerxencia económica, social e ecolóxica, ou de grave calamidade pública, é o presidente da República, coa sinatura de todos os ministros. En canto ao ámbito temporal, o artigo 215 da Constitución sinala que a declaración do estado de emerxencia é por períodos de ata 30 días, en cada caso, que sumados non poderán exceder os 90 días no ano calendario. E, respecto ao ámbito territorial, a Corte utilizou de maneira analóxica a regra sobre a súa aplicación en todo o territorio ou parte del, pero na pandemia as medidas mesmo transcenden case ao ámbito internacional, xa que se pecharon fronteiras terrestres, marítimas, fluviais e aéreas para evitar que entre o virus.

Así, os presupostos para a declaración do estado de emerxencia económica, social e ecolóxica, ou de grave calamidade pública, establecidos no artigo 215 da Constitución, en concordancia coa Lei estatutaria dos estados de excepción, que adiante citarei, son os seguintes: (i) O presuposto fáctico alude a feitos que xurdan distintos dos previstos nos artigos 212 e 213 da Constitución, que alteren a orde económica, social e ecolóxica, ou que constitúan grave calamidade pública. Ademais, deben ser de carácter extraordinario. (ii) O presuposto valorativo refírese á perturbación ou a ameaza de perturbación en forma grave e inminente da orde económica, social e ecolóxica, ou de grave calamidade pública. (iii) O xuízo sobre a suficiencia dos medios ordinarios de que dispón o Estado para conxurar a perturbación ou ameaza da orde económica, social e ecolóxica, ou de grave calamidade pública.

Ademais das normas constitucionais sobre os estados de excepción, Colombia ten unha Lei estatutaria, a 137 de 1994, que regula as ditas medidas, buscando a prevalencia dos tratados internacionais, os dereitos intanxibles, garantindo a prohibición de suspender os dereitos (arts. 1 ao 22); normas particulares para o estado de guerra exterior (arts. 22 ao 33); disposicións acerca do estado de conmoción interior (arts. 34 a 45); as propiamente aplicables no estado de emerxencia económica, social e ecolóxica (arts. 46 a 50), así como o réxime procedemental e de aplicación do control constitucional por parte da Corte Constitucional (arts. 51 a 58).

Como o que se quixo normativamente é contrarrestar co estado de excepción feitos que non fora posible prever e que o presidente non os poida controlar nas súas funcións ordinarias, as normas deben ser de inmediata e directa aplicación para calmar a emerxencia, e non se pode aproveitar a ocasión para tramitar proxectos de lei de índole distinta ante o Congreso, ou afectar os dereitos fundamentais da cidadanía, tanto os constitucionais como os que integran o bloque de constitucionalidade e no que corresponde ao principio de intanxibilidade dos dereitos.

A Corte Constitucional, na Sentenza C-252 de 2010, expresou sobre ese particular e nun caso que analizou unha declaración de emerxencia segundo a cal:

«O principio de intanxibilidade de dereitos tamén se estende a outros distintos dos consagrados nos artigos 27 da Convención e 4.º do Pacto Internacional, o cal se orixina por tres vías:

- A primeira, cando o contido dos dereitos expresamente excluídos de restrición excepcional implica non un, senón un conxunto de prerrogativas que gardan relación entre si, todas estas quedan amparadas pola salvagarda.

- A segunda, dada a prohibición que teñen os Estados de proferir medidas de excepción incompatibles con outras normas internacionais, amplíase tamén o número de dereitos excluídos, a menos que nos instrumentos subscritos existan previsións sobre a súa suspensión nos mesmos termos dos artigos 27 da Convención e 4.º do Pacto.

- E a terceira, dada a vixencia das garantías xudiciais nos estados de excepción, elas, en especial os recursos de amparo e de *habeas corpus*, tamén están excluídas da restrición do seu exercicio. No que atinxe a este punto, aínda que a Convención Americana, ao enumerar no artigo 27 os dereitos intanxibles durante os estados de excepción, non fixo referencia expresa aos artigos 7.6 e 25.1, o seu exercicio tampouco pode restrinxirse por tratarse de garantías xudiciais indispensables para a protección efectiva dos dereitos. Por último, é igualmente importante anotar como aquelas normas que teñen o carácter de imperativas no dereito internacional, malia non figuraren entre os dereitos e as garantías intanxibles, tampouco poden ser inobservadas en uso das facultades derivadas do estado de excepción. Así sucede co respecto da dignidade humana; a prohibición da tortura, os tratos crueis e degradantes, o secuestro e a toma de reféns e o respecto das normas do dereito internacional humanitario».

O efecto principal da declaración do estado de emerxencia en Colombia consiste en que o presidente da República poida ditar decretos con forza de lei destinados exclusivamente a conxurar a crise e a impedir a extensión dos seus efectos. Cada decreto lexislativo presidencial pasa pola revisión automática de exequibilidade (axuste ou non á Constitución Política) á Corte Constitucional, onde se recibe igualmente, de forma obrigatoria concepto do procurador xeral da nación e se outorga un prazo para as intervencións dos cidadáns, para que así o establecido polo xefe do Estado nas súas normas non atente contra a Carta Política, sexan oportunas coa situación e non se vulneren os dereitos.

E é que da Carta Política de 1991 se infire a competencia da Corte Constitucional para realizar o control de constitucionalidade, tanto formal como material, tanto dos decretos legislativos declaratorios dos estados de excepción como dos decretos legislativos de desenvolvemento. Tal competencia é corroborada ademais polas deliberacións a que tiveron lugar na Asemblea Nacional Constituínte; polo modelo do dereito constitucional de excepción polo que optou o Constituínte de 1991; pola regulación que aquel fixo da natureza, límites e sistema de control do estado de conmoción interior; pola natureza xurídica do decreto declaratorio de tal estado de excepción e pola concepción actual da xurisdición constitucional e da súa función.

Neste tipo de decretos, pódense decretar novos tributos ou modificar os actuais, só de forma transitoria, para axudar no saneamento económico, aliviar as cargas das pequenas, medianas e grandes empresas, así como das débedas dos colombianos. Nestes últimos casos, as medidas deixan de rexer ao termo da seguinte vixencia fiscal (que en Colombia coincide co calendario gregoriano), salvo que o Congreso da República (Senado da República e Cámara de representantes en conxunto), durante o ano seguinte, lles outorgue carácter permanente a esas disposicións se o considera xusto e necesario para o país.

A declaración de emerxencia deuse, posto que o presidente da República considerou que as autoridades estatais non contaban coas atribucións suficientes para facer fronte ás circunstancias imprevistas e detonantes da crise económica e social xerada pola pandemia do novo coronavirus COVID-19.

Non é de pouca importancia o coronavirus tipo COVID-19 e cómpre observar obrigatoriamente as disposicións dos decretos legislativos, case 80 nun mes, xunto coas disposicións do Regulamento Sanitario Internacional, así como as da Organización Mundial da Saúde, que forman parte do noso *soft law* e integran con tal categoría o noso bloque de constitucionalidade.

As primeiras medidas do Goberno nacional foron, loxicamente, as restritivas, ou de corentena, despois de que a alcaldesa de Bogotá e outros alcaldes e gobernadores suxerisen unha reclusión pedagóxica voluntaria do 19 ao 23 de marzo; non obstante, o xefe do Estado, nesa condición superior, anunciou o 17 de marzo a declaración do estado de emerxencia económica e social, mediante o Decreto 417, polo termo de 30 días calendario e unha corentena, inicialmente das cero horas (00.00 a.m.) do 25 de marzo (o 24 foi un día de transición entre a xornada pedagóxica local e a corentena nacional) ata as cero horas (00.00 a.m.) do día 13 de abril; logo, con ese rango, do 13 de abril ao 27 de abril e, ante a gravidade das circunstancias, do día 27 de abril ata as cero horas (00.00 a.m.) do día 11 de maio, manifestando o presidente as medidas de “distanciamento social”, polas que reunións de máis de vinte persoas, unha vez que remate a corentena, non poderán celebrarse no país, polo menos ata que remate o ano 2020, incluídos partidos de fútbol, espectáculos artísticos, manifestacións populares ou o exercicio da liberdade de cultos.

2 MEDIDAS ECONÓMICAS

O presidente da República de Colombia, avogado Iván Duque Márquez, anunciou a diario, cun programa institucional de televisión, as medidas económicas, sanitarias e sociais para enfrontar a pandemia do coronavirus (COVID-19) no país, que resumimos nalgunhas como as seguintes:

- Adopción de medidas extraordinarias que permitan descapitalizar entidades financeiras con participación accionaria estatal.

- Adoptar as accións necesarias para garantir o permanente funcionamento do sistema de abastecemento e seguridade alimentaria en todo o territorio nacional.

- Adopción de liñas especiais de crédito por parte da Comisión Nacional de Crédito Agropecuario para os produtores agropecuarios afectados polas causas que orixinaron a declaración de emerxencia económica; poderán cubrir os custos e gastos financeiros asociados ás operacións de crédito agropecuario.

- Adopción de medidas laborais encamiñadas a promover a conservación do emprego e brindar alternativas a traballadores e empregadores dentro da emerxencia económica, aplicables a “empregadores e traballadores, pensionistas connacionais fóra do país, administradoras de riscos laborais (ARL) de orde privada, administradoras de fondos de pensións e de cesantías de carácter privado que administren cesantías e caixas de compensación familiar”.

- Ampliación dos prazos para prorrogar as concesións portuarias, e os portos privados poden habilitarse para recibir carga que teña como propósito “garantir o abastecemento de bens de primeira necesidade ás poboacións que se atopen dentro da área da zona portuaria correspondente, independentemente do tipo de carga autorizada”.

- Análise de todas as medidas tributarias que procedan.

- Autorizacións loxísticas: “Durante o estado de emerxencia económica, social e ecolóxica, as empresas que prestan servizos de comercio electrónico, envíos e os operadores loxísticos deberán dar prioridade ao envío de produtos e servizos solicitados en liña que sexan de alimentación, de bebidas, de produtos e bens de primeira necesidade, de produtos farmacéuticos e médicos, ópticas, de produtos ortopédicos, de produtos de aseo e hixiene, de alimentos e medicinas para mascotas, e de terminais que permitan o acceso ás telecomunicacións (teléfonos, computadores, tabletas, televisores)”.

- Buscar os mecanismos legais para facilitar e axilizar os procesos de reorganización e insolvencia empresarial.

- Creación de patrimonio autónomo para atender efectos xerados pola pandemia.

- Declarar como servizos públicos esenciais os de telecomunicacións, incluídos os servizos de radiodifusión sonora, os de televisión e os servizos postais. Polo tanto, non se suspenderá a súa prestación durante o estado de emerxencia. Os provedores de redes e servizos de telecomunicacións e postais non poderán suspender os labores de instalación, mantemento e adecuación das redes requiridas para a operación do servizo.

- Dispor dos recursos que estean a cargo da nación e das entidades territoriais.

- O Goberno nacional ofrecerá garantías, a través do Fondo Nacional de Garantías, para que as pequenas e medianas empresas teñan facilidade de acceso a distintas liñas de créditos co sistema financeiro.

- Expedir normas de orde legal que flexibilicen a obriga de atención personalizada ao usuario e que permitan mesmo a suspensión de termos legais nas actuacións administrativas e xurisdicionais.

- Facultades aos gobernadores e alcaldes para que reorienten as rendas de destino específico das súas entidades territoriais co fin de levar a cabo as accións necesarias para facer fronte ás causas que motivaron a declaración do estado de emerxencia, sen necesidade de autorización previa de asembleas ou concellos. Igualmente, poderán sumar, modificar ou facer traslados e operacións orzamentarias con ese fin. Tamén se lles faculta para reducir as tarifas dos impostos territoriais. Estas facultades só se outorgan para o termo de duración da emerxencia sanitaria.

- Flexibilización do réxime laboral en canto aos requisitos dos traballadores a contratar.

- Fortalecemento do Fondo Nacional de Garantías (FNG).

- Garantir o servizo de transporte de carga no territorio nacional, que sexa estritamente necesario para previr, mitigar e atender a emerxencia sanitaria.

- Habilitar actuacións xudiciais e administrativas mediante a utilización de medios tecnolóxicos.

- Desenvolver medidas de importación e comercialización de combustibles co fin de non afectar ao abastecemento.

- Liberalidade para dispor das cesantías por retiro do emprego, mesmo traballando: “O traballador que presentase unha diminución do seu ingreso mensual, certificada polo seu empregador, poderá retirar cada mes da súa conta de cesantías o importe que lle permita compensar a dita redución, co fin de manter o seu ingreso constante. Esta disposición aplícase unicamente para retiros dos fondos administrados por sociedades administradoras de fondos de pensións e de cesantías de carácter privado”.

- Modificar disposicións normativas do Sistema Xeral de Regalías.

- Permitir que o Goberno nacional acuda ao procedemento de contratación directa seguindo os principios de transparencia e legalidade para que as entidades competentes dos sectores de saúde, prosperidade social, educación, defensa e todos aqueles sectores que requiran para pór atención na poboación afectada adquiren a subministración de bens, a prestación de servizos ou a execución de obras no futuro inmediato.

- Programa de devolución do IVE para a poboación máis vulnerable do país.

- Prover os recursos para o sistema de saúde, de maneira que poida atender os requirimentos en materia hospitalaria, tras a emerxencia provocada polo coronavirus (COVID-19). Con estes recursos e a simplificación de trámites, acelerarase a implementación do programa de Punto Final do Acordo de Paz.

- Reconexión do servizo de acueduto a preto dun millón de persoas (200.000 familias) que o teñen suspendido por falta de pagamento.

- Redución e optimización do capital das entidades financeiras con participación accionaria estatal.
- Poderase solicitar un alivio consistente nun aprazamento do pagamento das cotas de créditos hipotecarios, de consumo, tarxeta de crédito, crédito de vehículo e comerciais.
- Simplificar o proceso administrativo sancionador contido na Lei 9 de 1979 e na Lei 1437 de 2011, garantindo o debido proceso e o dereito á defensa.
- Suspensión do cobramento de peaxes a vehículos que transiten polo territorio nacional, cos cales se realicen as actividades de que trata o Decreto 457 do 22 de marzo de 2020, tales como servizos de saúde, transporte de bens de saúde, de primeira necesidade e de consumo ordinario da poboación; transporte aéreo nos casos autorizados, portos de carga, entre outros.
- Suspensión de contraprestacións aeroportuarias, de arrendamentos de espazos en aeroportos, de cobramentos por infraestrutura aeroportuaria; igualmente, dispónse que, “nos eventos en que as aeroliñas reciban solicitudes de retracto, desistencia e outras circunstancias relacionadas coa solicitude de reembolso, poderán realizar, durante o período que dure a emerxencia e ata por un ano máis, reembolsos aos usuarios en servizos prestados pola mesma aeroliña”.
- E un longo etcétera.

3 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Mentres a Corte Constitucional de Colombia se pronuncia acerca dos decretos expedidos en desenvolvemento do estado de emerxencia pola pandemia, debemos retrotraernos aos precedentes máis próximos, xa cunha década de antigüidade, co anterior estado de emerxencia por situacións de saúde, que levou a que ese corpo constitucional se expresase na Sentenza C-252 de 2010, na cal se estableceu que, en casos como este, cómpre valorar os feitos sobrevidos e extraordinarios (presuposto fáctico), porque cando a situación reviste gravidade resulta inminente (presuposto valorativo) recoñecer o exercicio das funcións do Goberno, que habitualmente, en situacións de normalidade, dispón de medios ordinarios para afrontar a problemática que se expón nunha declaración que busque protexer o dereito á saúde (xuízo de suficiencia).

A Corte, na citada decisión, definiu a “orde pública”, fundamento das medidas que se tomaron, que non se desprenden dun feito interno, senón que corresponden a unha afectación mundial; polo tanto, paga a pena mencionar que “orde pública”, para o alto Tribunal Constitucional colombiano, “se trata dun suceso do mundo fenomenolóxico, dun punto de partida empírico que parte da ocorrencia de feitos concretos, perceptibles e, en consecuencia, verificables, que obxectivamente xeran unha alteración das condicións de seguridade e tranquilidade requiridas para o exercicio dos dereitos”. Nada máis claro que esa definición para axustala á pandemia do COVID-19 e verificar que as normas expedidas non teñen un nesgo político, senón que teñen que ver con esa citada “orde pública”, para procurar a vida e a integridade das persoas.

Ademais, na citada decisión, a Corte sostén que “os estados de excepción non exceptúan a Constitución e non son nin poden ser un Estado *de facto*. A pesar de que a Carta Política lle confire ao presidente da República poderes extraordinarios, estes non revisten un grao absoluto, ao atoparse limitados por diversos tipos de controis que buscan impedir os excesos e á vez garantir os principios fundamentais que soportan o Estado de dereito”.

Así mesmo, paga a pena mencionar o desenvolvemento do denominado “principio democrático”, que rexe as normas expedidas no estado de excepción:

«A Corte denotou a importancia que reviste o principio democrático ao sinalar que constitúe un valor fundamental e fin esencial, o principio de maior transcendencia institucional, a directriz que rexe o ordenamento no seu conxunto e a columna vertebral da Constitución xa que garante e asegura que os individuos e cidadáns poidan participar de xeito permanente nos procesos decisorios e de poder político e social que repercutirán de xeito significativo no rumbo da vida institucional, no desenvolvemento persoal e na propia comunidade».

En consecuencia, o principio democrático é universal e expansivo, que explica esa Corporación así:

«É universal, na medida en que compromete variados escenarios, procesos e lugares tanto públicos como privados e tamén porque a noción de política que o sustenta se nutre de todo o que vitalmente lle poida interesar á persoa, á comunidade e ao Estado e sexa polo tanto susceptible de afectar á distribución, control e asignación do poder social. E é expansivo porque súa dinámica, lonxe de ignorar o conflito social, o canaliza a partir do respecto e constante reivindicación dun mínimo de democracia política e social que, de conformidade co seu ideario, debe ampliarse progresivamente conquistando novos ámbitos e afondando permanentemente a súa vixencia, o que demanda por parte dos principais actores públicos e privados un denodado esforzo para a súa efectiva construción».

A Corte analizou e serven como criterios para a análise que, con ocasión da norma de declaración da pandemia como ameaza e os seus decretos complementarios, establecen os requisitos formais que deben cumprir os decretos legislativos que se expidan en virtude do estado de emerxencia:

«i) a sinatura polo presidente da República e todos os seus ministros; ii) os motivos que conduciron á súa expedición; e iii) a indicación do ámbito temporal e territorial da declaración. Para o caso dos decretos de desenvolvemento examínase, ademais, se se ditaron dentro do límite temporal previsto.

Estado de emerxencia - Requisitos materiais

A declaración do estado de emerxencia debe fundamentarse substancialmente nos presupostos establecidos polo artigo 215 da Constitución, isto é: i) a ocorrencia de feitos sobrevidos que perturben ou ameacen perturbar a orde económica, social e ecolóxica, ou que constitúan grave calamidade pública; ii) a explicación de por que a perturbación ou a ameaza de perturbación á orde económica, social e ecolóxica é grave e inminente, ou

os feitos constitúen unha grave calamidade pública; e iii) a indicación das razóns polas cales a perturbación ou ameaza de perturbación grave e inminente de orde económica, social e ecolóxica, ou que constitúa grave calamidade pública, non pode ser conxurada mediante o uso das atribucións ordinarias das autoridades estatais.

Estados de excepción - Prohibición de suspensión dos dereitos humanos e as liberdades fundamentais

Dentro dos controis ao exercicio das facultades extraordinarias que exerza o Executivo, o artigo 5.º da Lei estatutaria dos estados de excepción establece a prohibición de suspender os dereitos humanos e as liberdades fundamentais, o cal atopa correspondencia co artigo 214-2 da Constitución, ao sinalar que non poderán suspenderse os dereitos humanos nin as liberdades fundamentais (arts. 212 e 213 C.P.). Os dereitos humanos e as liberdades fundamentais cuxa suspensión se prohibe nos estados de excepción comprenden os establecidos na Constitución Política e os tratados internacionais de dereitos humanos que forman parte do bloque de constitucionalidade (art. 93 superior). Aínda que os dereitos humanos e as liberdades fundamentais non poden ser suspendidos baixo os estados de excepción, algúns deles poden ser restrinxidos na medida en que satisfagan os requirimentos esenciais previstos na Constitución, nos tratados internacionais de dereitos humanos e na Lei estatutaria dos estados de excepción - LEEE».

Polo tanto, entre as regras que delimitan a restrición dos dereitos e liberdades poden sinalarse, de acordo coa xurisprudencia citada:

«i) a limitación debe ser necesaria para alcanzar os fins que deron lugar á declaración do estado de excepción (art. 6, LEEE); ii) non poderá ser afectado o núcleo esencial e débense establecer garantías e controis para o seu exercicio (arts. 6 e 7, LEEE); iii) cómpre xustificar expresamente a restrición dos dereitos para os efectos de demostrar a relación de conexión coas causas da perturbación e os motivos polos cales se fai necesaria (art. 8, LEEE); e iv) a restrición dos dereitos e liberdades só se fará no grao estritamente necesario para buscar o retorno á normalidade (art. 13, LEEE)».

Quedan claras as normas que se deben seguir, pois, segundo a nosa Carta Política, non se permite desmellorar, mediante os decretos lexislativos ditados con fundamento no estado de emerxencia económica, social e ecolóxica, os dereitos fundamentais, nin os sociais que o Estatuto lles confire aos asociados.

4 A PANDEMIA NO SISTEMA INTERAMERICANO

A Comisión Interamericana de Dereitos Humanos (CIDH), co apoio das súas Relatorías Especiais sobre os Dereitos Económicos, Sociais, Culturais e Ambientais e sobre Liberdade de Expresión, en exercicio do seu mandato, adoptou a Resolución 01/2020, do 10 de abril de 2020, denominada “Pandemia e Dereitos Humanos nas Américas”, con estándares, e recomendacións baixo a convicción de que as medidas adoptadas polos Estados na atención e contención da pandemia deben ter como centro o pleno respecto dos dereitos humanos.

En exercicio das funcións que lle son conferidas polo artigo 106 da Carta da Organización dos Estados Americanos e en aplicación do artigo 41.b da Convención Americana sobre Dereitos Humanos e o artigo 18.b do seu Estatuto, a Comisión Interamericana sobre Dereitos Humanos propúxolles 85 recomendacións aos gobernos dos Estados membros, en relación con xeneralidades; estados de excepción, restricións ás liberdades fundamentais e Estado de dereito; grupos en especial situación de vulnerabilidade; persoas maiores; persoas privadas de liberdade; mulleres; pobos indíxenas; persoas migrantes, solicitantes de asilo, persoas refuxiadas, apátridas, vítimas de trata de persoas e persoas desprazadas internas; nenos, nenas e adolescentes; persoas LGBTI; persoas afrodescendentes; persoas con discapacidade; dereitos económicos, sociais, culturais e ambientais e cooperación internacional e intercambio de boas prácticas, xa que a pandemia ten efectos diferenciados nos grupos que se atopan en especial situación de vulnerabilidade.

As medidas de restrición de dereitos humanos que se adoptaron para afrontar a pandemia tiñan que cumprir con certos requisitos, como ser temporais, estritamente necesarias e proporcionais.

En relación cos dereitos económicos, sociais, culturais e ambientais, que é o que nos reúne, a Comisión Interamericana de Dereitos Humanos estableceu nos números 4 ao 19 da citada Resolución 01/2020 o seguinte:

«4. Garantir que as medidas adoptadas para afrontar as pandemias e as súas consecuencias incorporen de xeito prioritario o contido do dereito humano á saúde e os seus determinantes básicos e sociais, os cales se relacionan co contido doutros dereitos humanos, como a vida e a integridade persoal e doutros DESCAs, tales como acceso a auga potable, acceso a alimentación nutritiva, acceso a medios de limpeza, vivenda axeitada, cooperación comunitaria, soporte en saúde mental, e integración de servizos públicos de saúde, así como respostas para a prevención e atención das violencias, asegurando protección social efectiva, incluíndo, entre outros, o outorgamento de subsidios, rendas básicas ou outras medidas de apoio económico.

5. Protexer os dereitos humanos, e particularmente os DESCAs, das persoas traballadoras en maior situación de risco pola pandemia e as súas consecuencias. É importante tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos e medios de subsistencia de todas as persoas traballadoras, de maneira que teñan igualdade de condicións para cumprir as medidas de contención e protección durante a pandemia, así como condicións de acceso á alimentación e outros dereitos esenciais. As persoas que deban proseguir realizando as súas actividades laborais deben ser protexidas dos riscos de contaxio do virus e, en xeral, débese dar axeitada protección aos traballos, salarios, á liberdade sindical e negociación colectiva, ás pensións e demais dereitos sociais interrelacionados co ámbito laboral e sindical.

6. Asegurar o deseño dun plan de actuación que guíe os procedementos que adecuados para a prevención, detección, tratamento, control e seguimento da pandemia con

base na mellor evidencia científica e no dereito humano á saúde. Estes procedementos deben ser transparentes, independentes, participativos, claros e inclusivos.

7. Instrumentar espazos oportunos de participación social para a avaliación dos impactos e resultados das medidas adoptadas, que permitan xestionar os axustes necesarios desde un enfoque de dereitos humanos. Así mesmo, establecer espazos de diálogo nacionais con participación de persoas expertas independentes, as institucións nacionais de dereitos humanos e o sector privado.

8. Velar por unha distribución e acceso equitativos ás instalacións, bens e servizos de saúde sen discriminación ningunha, sexan públicos ou privados, asegurando a atención das persoas con COVID-19 e os grupos desproporcionalmente afectados pola pandemia, así como persoas con enfermidades preexistentes que as fan especialmente vulnerables ao virus. A escaseza de recursos non xustifica actos de discriminación directos, indirectos, múltiples ou interseccionais.

9. Asegurar o acceso a medicamentos e tecnoloxías sanitarias necesarias para enfrontar os contextos de pandemia, particularmente prestando atención ao uso de estratexias como a aplicación de cláusulas de flexibilidade ou excepción en esquemas de propiedade intelectual, que eviten restricións a medicamentos xenéricos, prezos excesivos de medicamentos e vacinas, abuso de uso de patentes ou protección exclusiva aos datos de proba.

10. Asegurar a dispoñibilidade e provisión oportuna de cantidades suficientes de material de bioseguridade, insumos e suplementos médicos esenciais de uso do persoal de saúde, fortalecer a súa capacitación técnica e profesional para o manexo de pandemias e crises infecciosas, garantir a protección dos seus dereitos, así como a disposición de recursos específicos mínimos destinados a enfrontar este tipo de situacións de emerxencia sanitaria.

11. Mellorar a dispoñibilidade, accesibilidade e calidade dos servizos de saúde mental sen discriminación ante os efectos dos contextos de pandemia e as súas consecuencias, o que inclúe a distribución equitativa de tales servizos e bens na comunidade, particularmente das poboacións que se ven máis expostas ou en maior risco a verse afectadas, tales como persoas profesionais de saúde, persoas maiores ou persoas con condicións médicas que requiren atención específica da súa saúde mental.

12. Garantir o consentimento previo e informado de todas as persoas no seu tratamento de saúde no contexto das pandemias, así como a privacidade e protección dos seus datos persoais, asegurándolles un trato digno e humanizado ás persoas portadoras ou en tratamento por COVID-19. Está prohibido someter as persoas a probas médicas ou científicas experimentais sen o seu libre consentimento.

13. Dispor e mobilizar o máximo dos recursos existentes, incluíndo accións de busca permanente dos ditos recursos a nivel nacional e multilateral, para facer efectivo o dereito á saúde e outros DESCAs co obxecto de previr e mitigar os efectos da pandemia sobre os dereitos humanos, mesmo tomando medidas de política fiscal que permitan

unha redistribución equitativa, incluíndo o deseño de plans e compromisos concretos para aumentar substantivamente o orzamento público para garantir o dereito á saúde.

14. Asegurar que, nos casos excepcionais en que fose inevitable adoptar medidas que limiten algún DESCAs, os Estados deben velar por que tales medidas estean plena e estritamente xustificadas, sexan necesarias e proporcionais, tendo en conta todos os dereitos en xogo e a correcta utilización dos máximos recursos dispoñibles.

15. Integrar medidas de mitigación e atención enfocadas especificamente na protección e garantía dos DESCAs dados os graves impactos directos e indirectos que contextos de pandemia e crises sanitarias infecciosas lles poden xerar. As medidas económicas, políticas ou de calquera índole que sexan adoptadas non deben acentuar as desigualdades existentes na sociedade.

16. Asegurar a existencia de mecanismos de rendición de contas e acceso á xustiza ante posibles violacións dos dereitos humanos, incluídos os DESCAs, no contexto das pandemias e as súas consecuencias, incluídos abusos por parte de actores privados e actos de corrupción ou captura do Estado en prexuízo dos dereitos humanos.

17. Asegurar que as institucións multilaterais de financiamento e investimento de que os Estados forman parte implementen garantías específicas para protexer os dereitos humanos nos seus procesos de avaliación de risco e sistemas de operación relativos a proxectos de investimento ou préstamos monetarios que se dean no contexto de resposta á pandemia e as súas consecuencias sobre os dereitos humanos, en particular dos DESCAs.

18. Suspender ou aliviar a débeda externa e as sancións económicas internacionais que poden ameazar, debilitar ou impedir as respostas dos Estados para protexer os dereitos humanos fronte a contextos de pandemia e as súas consecuencias. Iso co fin de facilitar a adquisición oportuna de insumos e equipo médico esencial e permitir o gasto público de emerxencia prioritario noutros DESCAs, sen pór en maior risco todos os dereitos humanos e os esforzos avanzados por outros Estados nesta conxuntura, dada a natureza transnacional da pandemia.

19. Exixir e vixiar que as empresas respecten os dereitos humanos, adopten procesos de debida dilixencia en materia de dereitos humanos e rendan contas ante posibles abusos e impactos negativos sobre os dereitos humanos, particularmente polos efectos que os contextos de pandemia e crises sanitarias infecciosas adoitan xerar sobre os DESCAs das poboacións e grupos en maior situación de vulnerabilidade e, en xeral, sobre as persoas que traballan, as persoas con condicións médicas sensibles e as comunidades locais. As empresas teñen un rol clave que desempeñar nestes contextos e a súa conduta debe guiarse polos principios e regras de dereitos humanos aplicables».

Paga a pena indicar que estas medidas recomendadas pola Comisión Interamericana de Dereitos Humanos, malia non seren obrigatorias, forman parte do noso *soft law*, entendido como tal *soft law* o termo acuñado por Lord McNair e coñecido como “dereito suave”, polo que eu entendo e defino o numeroso conxunto de instrumentos, resolucións ou recomendacións, códigos de conduta, declaracións, catálogos ou orientacións non obrigatorios ou non vinculantes de diferentes organismos internacionais.

Noutro nivel do Sistema Interamericano, a Corte Interamericana de Dereitos Humanos, como órgano de protección dos dereitos humanos, consciente dos problemas e desafíos extraordinarios que os Estados americanos, a sociedade no seu conxunto, e cada persoa e familia están a afrontar como consecuencia da pandemia global causada polo coronavirus COVID-19, emitiu unha declaración o 9 de abril de 2020, co fin de instar á adopción e á posta en marcha de medidas, dentro da estratexia e esforzos que os Estados parte da Convención Americana sobre Dereitos Humanos realizaron para abordar e conter a pandemia do coronavirus, no marco do Estado de dereito, co pleno respecto aos instrumentos interamericanos de protección dos dereitos humanos e os estándares desenvolvidos na xurisprudencia dese tribunal.

O diálogo xurisprudencial da CIDH cos xuíces dos Estados parte resalta a importancia que para as obrigas internacionais dos Estados posúe o control de convencionalidade. Mesmo as constitucións nacionais son susceptibles do control de convencionalidade, pois ao referirse a CIDH ás “leis internas” aplicaríanse tamén esas decisións sobre a propia Norma de Normas, como o indicou na Opinión Consultiva O.C.-4/84 do 11 de xaneiro de 1984.

Algo importante para ter en conta é que en Colombia se falou dun estado de cousas inconstitucional e, desa forma, a Corte mencionou os seguintes parámetros como determinantes da procedencia dun estado de cousas inconstitucional:

1) A vulneración masiva e xeneralizada de varios dereitos constitucionais que afecta a un número significativo de persoas.

2) A prolongada omisión das autoridades no cumprimento das súas obrigas para garantir estes dereitos.

3) A adopción de prácticas inconstitucionais, como a exigencia de incorporar a acción de tutela como parte do procedemento para garantir o dereito conculcado.

4) A non expedición de medidas legislativas, administrativas ou orzamentarias necesarias para evitar a vulneración dos dereitos.

5) A existencia dun problema social cuxa solución compromete a intervención de varias entidades, para a adopción mancomunada dun conxunto de medidas multisectoriais que [...] exige un nivel de recursos que demanda un esforzo orzamentario adicional importante.

6) Se todas as persoas afectadas polo mesmo problema acudisen á acción de tutela para obter a protección dos seus dereitos, produciríase unha maior conxestión xudicial.

A presidenta da Corte Interamericana, a xuíza Elizabeth Odio Benito, sinalou que esta declaración ten por obxecto que “os Estados teñan presente e non esquezan as súas obrigas internacionais e a xurisprudencia da Corte para asegurar a efectiva vixencia e protección dos dereitos humanos na resposta e contención ante a pandemia”.

En particular, a Corte Interamericana considerou nesa declaración que:

«- Os problemas e desafíos extraordinarios que ocasiona esta pandemia deben ser abordados a través do diálogo e a cooperación internacional e rexional conxunta, solidaria

e transparente entre todos os Estados. O multilateralismo é esencial para coordinar os esforzos rexionais para conter a pandemia.

- Os organismos multilaterais, calquera que sexa a súa natureza, deben axudar e cooperar de xeito conxunto cos Estados, baixo un enfoque de dereitos humanos, para buscar solucións aos problemas e desafíos presentes e futuros que está a ocasionar e ocasionará esta pandemia.

- Todas aquelas medidas que os Estados adopten para facer fronte a esta pandemia e poidan afectar ou restrinxir o desfrute e exercicio de dereitos humanos deben ser limitadas temporalmente, legais, axustadas aos obxectivos definidos conforme criterios científicos, razoables, estritamente necesarias e proporcionais, e acordos cos demais requisitos desenvolvidos no dereito interamericano dos dereitos humanos.

- Debe coidarse que o uso da forza para desenvolver as medidas de contención por parte dos funcionarios encargados do cumprimento da lei se axuste aos principios de absoluta necesidade, proporcionalidade e precaución de acordo coa xurisprudencia da Corte Interamericana.

- Dada a natureza da pandemia, os dereitos económicos, sociais, culturais e ambientais deben ser garantidos sen discriminación a toda persoa baixo a xurisdición do Estado e, en especial, a aqueles grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se atopan en situación de maior vulnerabilidade, como son as persoas maiores, as nenas e os nenos, as persoas con discapacidade, as persoas migrantes, os refuxiados, os apátridas, as persoas privadas da liberdade, as persoas LGBTI, as mulleres embarazadas ou en período de posparto, as comunidades indíxenas, as persoas afrodescendentes, as persoas que viven do traballo informal, a poboación de barrios ou zonas de habitación precaria, as persoas que están na rúa, as persoas en situación de pobreza, e o persoal dos servizos de saúde que atenden esta emerxencia.

- Nestes momentos, especial fincapé adquire garantir de xeito oportuno e apropiado os dereitos á vida e á saúde de todas as persoas baixo a xurisdición do Estado sen discriminación ningunha, incluíndo os adultos maiores, as persoas migrantes, refuxiadas e apátridas, e os membros das comunidades indíxenas.

- O dereito á saúde debe garantirse respectando a dignidade humana e observando os principios fundamentais da bioética, de conformidade cos estándares interamericanos en canto á súa dispoñibilidade, accesibilidade, aceptabilidade e calidade, adecuados ás circunstancias xeradas por esta pandemia. Polo sinalado, as traballadoras e traballadores da saúde deberán ser provistos dos insumos, equipos, materiais e instrumentos que protexan a súa integridade, vida e saúde, e que lles permitan desempeñar o seu labor en termos razoables de seguridade e calidade.

- Ante as medidas de illamento social que poden redundar no aumento exponencial da violencia contra as mulleres e as nenas nos seus fogares, é preciso recalcar o deber estatal de debida dilixencia estrita respecto ao dereito das mulleres a vivir unha vida libre de violencia, polo que deben adoptarse todas as accións necesarias para previr casos

de violencia de xénero e sexual; dispor de mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, e reforzar a atención para as vítimas.

- Dado o alto impacto que o COVID-19 poida ter respecto ás persoas privadas de liberdade nas prisións e outros centros de detención e en atención á posición especial de garante do Estado, tórnase necesario reducir os niveis de sobrepoboación e aglomeración, e dispor en forma racional e ordenada medidas alternativas á privación da liberdade.

- Débese velar por que se preserven as fontes de traballo e se respecten os dereitos laborais de todos os traballadores e traballadoras. Así mesmo, débense adoptar e impulsar medidas para mitigar o posible impacto sobre as fontes de traballo e ingresos de todos os traballadores e traballadoras e asegurar o ingreso necesario para a subsistencia en condicións de dignidade humana. En razón das medidas de illamento social e o impacto que isto xera nas economías persoais e familiares, débense procurar mecanismos para atender a provisión básica de alimentos e medicamentos e outras necesidades elementais aos que non poidan exercer as súas actividades normais, como tamén á poboación que vive na rúa.

- O acceso á información veraz e fiable, así como a Internet, é esencial. Deben disporse as medidas axeitadas para que o uso de tecnoloxía de vixilancia para monitorear e rastrexar a propagación do coronavirus COVID-19 sexa limitado e proporcional ás necesidades sanitarias e non implique unha inxerencia desmedida e lesiva para a privacidade, a protección de datos persoais, e á observancia do principio xeral de non discriminación.

- É indispensable que se garanta o acceso á xustiza e aos mecanismos de denuncia, así como que se protexa particularmente a actividade das e dos xornalistas e as defensoras e defensores de dereitos humanos, co fin de monitorear todas aquelas medidas que se adopten e que leven consigo afectación ou restrición de dereitos humanos, co obxecto de ir avaliando a súa conformidade cos instrumentos e estándares interamericanos, así como as súas consecuencias nas persoas.

- Resulta pertinente pór en alerta os órganos ou dependencias competentes para combater a xenofobia, o racismo e calquera outra forma de discriminación, para que extremen o coidado para os efectos de que, durante a pandemia, ninguén promova gromos desta natureza con noticias falsas ou incitacións á violencia».

A CIDH e a Corte IDH coinciden no impacto que ten o COVID-19 sobre os dereitos económicos, sociais e culturais (DESCA). Nesa liña, sinalan particularmente que o dereito á saúde é o principal compoñente que cómpre garantir, e que se deben asegurar medidas de protección para evitar que o persoal de saúde se contaxie de coronavirus.

En canto aos dereitos vinculados ao traballo, buscou, por unha banda, protexer os ingresos económicos das persoas e, por outra, evitar e minimizar os riscos de contaxio entre os traballadores que continuasen desempeñando labores. A CIDH resaltou a importancia da protección salarial durante a pandemia, pero é unha situación pouco garantida polos empregadores dos Estados parte.

E, acerca do dereito á saúde, paga a pena indicar que, como dereito fundamental, consagrado como tal no Bloque de Constitucionalidade colombiano (PIDESC), é autónomo e como tal foi recoñecido na xurisprudencia constitucional colombiana sen necesidade de acudir á conexidade con outros dereitos, pero principalmente sen acudir á conexidade co dereito á vida. Enténdese por autónomo aquel dereito social acerca do cal existen razóns válidas que o fan fundamental, sen acudir ás que sustentan a existencia doutros dereitos fundamentais liberais ou mesmo sociais. Dada a situación de descoñecemento do carácter fundamental da saúde e a intención de acudir inicialmente á conexidade, desde a perspectiva do grupo, é máis beneficioso para o dereito á saúde que se conecte cos principios de dignidade e liberdade humana.

No Sistema Interamericano estableceuse a responsabilidade internacional do Estado ante a falta da debida inspección, vixilancia e control respecto á prestación de servizos de saúde. Aínda que os casos se relacionan con violacións do dereito á vida ou do dereito de acceso á xustiza, o estándar é útil para entender os alcances do deber de garantía respecto ao dereito á saúde.

5 BIBLIOGRAFÍA

- Colombia, Corte Constitucional. 2010. «Sentenza C-252 de 2010».
- Colombia, Congreso da República. 1994. «Lei 137 de 1994».
- Olano García, H.A. 2019. *Constitución Política de Colombia*, 3ª ed. Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/decretos-2020/decretos-marzo-2020>.
- <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.
- http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf.
- <https://agnprensa.com/trabajo-y-resiliencia-recomendacion-205-de-la-oit-y-pos-pandemia/>.
- https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_492.
- <https://elpreg.org/news/comunidad/el-papa-francisco-ante-la-pandemia-y-pospandemia>.
- <https://ethic.es/2020/04/los-derechos-humanos-en-el-mundo-que-viene/>.
- <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/derechos-humanos-en-tiempos-de-pandemia-recomendaciones-del-sistema-universal-y-del-sistema-interamericano-frente-al-covid-19/>.
- <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/ampnista-internacional-presenta-un-decalogo-de-derechos-humanos-para-afrentar-la-pandemia/>.
- <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/proteger-derechos-humanos-coronavirus>.

