

COORDENADORES
Pietro de Jesús Lora Alarcón
Walter Claudius Rothenburg

COVID-19: CRISE SANITÁRIA E CRISE DE DIREITOS?

**PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE A
PANDEMIA NO BRASIL, MEXICO E COLÔMBIA**



tirant
lo blanch

Coordenadores Pietro de Jesús Lora Alarcón
Pietro de Jesús Lora Alarcón
Walter Claudius Rothenburg

COVID-19: CRISE SANITÁRIA E CRISE DE DIREITOS?

**PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE A PANDEMIA
NO BRASIL – MEXICO - COLÔMBIA**



tirant
lo blanch

São Paulo
2020



Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Capa e diagramação: Natália Carrascoza Vasco

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Derechos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

C914 Covid-19 [livro eletrônico] : crise sanitária e crise de direitos? : perspectivas jurídicas sobre a pandemia no Brasil, Mexico e Colômbia
Coordenadores Pietro de Jesús Lora Alarcón,
Walter Claudius Rothenburg. – 1.ed. – São Paulo :
Tirant lo Blanch, 2020.
1Kb; livro digital

ISBN: 978-65-5908-057-1

1. Direito. 2. Covid - 19. I. Título

CDU: 340 (7/8)

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empòrio do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com

www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

Coordenadores
Pietro de Jesús Lora Alarcón
Walter Claudius Rothenburg

COVID-19: CRISE SANITÁRIA E CRISE DE DIREITOS?

PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE A PANDEMIA
NO BRASIL, MÉXICO E COLÔMBIA



tirant
lo blanch

São Paulo
2020

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
PREFÁCIO.....	8
COVID-19 PARA TODAS E TODOS: PANDEMIA, IGUALDADE E DEMOCRACIA.....	15
PENSAR, JUZGAR, ACTUAR. EL PÚBLICO EN UNA REPÚBLICA BAJO AMENAZA.....	26
O DIREITO PÚBLICO NAS PANDEMIAS: RESTRIÇÕES DE ACESSO POR TERRA E AR.....	40
A CRISE PANDEMIKA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	56
LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DURANTE LA PANDEMIA EN COLOMBIA	66
LA EMERGENCIA POR LA SALUD Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN TIEMPOS DE PANDEMIAS ...	79
LA PONDERACIÓN ENTRE DERECHOS ECONÓMICOS Y EL DERECHO A LA SALUD FÍSICA NO RESUELVE LAS INCERTIDUMBRES CREADAS EN TIEMPOS DE PANDEMIA	87
O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: REFLEXÕES SOBRE AS ATUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS DO PODER EXECUTIVO FEDERAL.....	113
POSFÁCIO	120

APRESENTAÇÃO

Tempos difíceis. Talvez, daqui a 20 ou 30 anos, pouco relevo se dê ao momento pelo qual passamos hoje. Vivemos uma crise sanitária, com muitas mortes e infinitos prejuízos. A Covid-19 - e hoje já podemos falar em “ondas” - tem provocado uma verdadeira mudança de hábitos, ritos, procedimentos. O álcool gel setenta por cento passou a ser um companheiro de todos nós. Isso para quem pode comprá-lo. Logo surge um primeiro problema. E se não puder comprar? O Estado deve me fornecer? Contratos adiados, cancelados; renegociações em curso, com tolerância das partes. Bancas examinadoras (se olharmos o mundo acadêmico) on line.

O Direito, com seu formalismo tradicional, deparou-se com esse tema e com essa realidade. Como manter a relação locatícia de caráter comercial, diante da ausência integral de clientes em determinadas atividades? Reservas de hotéis pagas serão canceladas? Haverá reembolso? Podem ser adiadas? Em caso positivo, até quando?

Cuidados básicos dos empregados, higiene pessoal, regras sanitárias novas, novos custos.

Seria adequado exigir do empregado que se submeta a um ambiente sem os cuidados devidos? Os Sindicatos sentem-se empoderados para discutir questões de higiene ou devem lutar pela manutenção dos postos de trabalho, mesmo estando sob uma crise assustadora?

De outro lado, encontramos pessoas que ainda não se conscientizaram da gravidade do tema. Praias lotadas, bares com muita gente, bem distante dos protocolos estabelecidos. Não estamos falando só da angústia dos idosos, que se sentem ameaçados por esse quase totalmente desconhecido vírus.

Tantos desafios durante toda a vida para, agora, permanecer em casa, cercado de todos os cuidados da família, impedido de ver seus amigos e familiares no pouco tempo que nos resta. E gel, muito gel. Gel para limpar, gel para proteger, gel para desinfetar. Enfim, o mundo passou a ser limpo pelo gel.

Todas essas situações geram relações jurídicas diferentes, complexas. Há uma angústia de todos nós. E uma certa apreensão para tomarmos conhecimento dos resultados. E esperamos poder esperar os resultados... caso alguma fatalidade

não nos retire do cenário. Com o aumento das internações (não só no Brasil, mas em todo o mundo...), temos que redobrar os cuidados. Situação angustiante essa!

Mas como escrever sobre pandemia, sobre efeitos da pandemia, enquanto estamos no meio dela? Esse é o mérito do trabalho. Os autores conseguem prever regras, anunciar critérios, projetar situações para, então, sugerir comportamentos. Ou seja, é viver a angústia do desconhecido a partir da angústia da situação. Devo confessar, para mim seria difícil fazer previsões de como deveria se comportar a parte em determinada situação. De quem exigir sacrifício? Como lidar com tudo isso?

Por tal razão, podemos explicar a minha dificuldade em aceitar participar desta instigante coletânea. Sabia que o tema me tocava pessoalmente, que compunho um grupo de risco, que estou vivendo confinado e que percebo uma grande angústia por trás e dentro dessa epidemia. Ainda por tal razão, porque o tema é angustiante, porque não tenho respostas claras, porque tudo ainda está um pouco movediço, que preferi não aceitar escrever sobre os temas de fundo. Mas não me sinto inseguro de afirmar que estamos inseguros. Não deixei de aceitar o convite para falar a respeito do tema. E, para falar disso, é preciso reconhecer que estamos completamente desorientados.

Mas como escrever sobre o direito a ser aplicado, como deve se comportar a jurisprudência, como sugerir a aplicação de determinado critério. Melhor deixar para os que estão mais seguros das situações. Tenho certeza de que os trabalhos se não trouxerem soluções impecáveis, ajudarão a compreender a aplicação do direito em tempos de pandemia. A mim, ficou apenas reservada a construção do cenário. Cenário, aliás, que não precisaria ser construído. Basta olhar as pessoas com máscara na rua; as pessoas sem máscara na rua. E procurar razões para comportamentos diversos. Gente nas praias, comemorando, sem qualquer cuidado; gente se precavendo e procurando se cuidar. Como o Direito se comporta diante de tudo isso? Eu não sei e não escondo a minha dificuldade. Mas me parece claro que o ambiente onde isso vai se desenvolver, quer seja aqui, no Brasil, no México ou na Colômbia, será o mesmo: tristeza, apreensão e incerteza. E que os trabalhos que se seguirão tratarão da forma mais firme e sincera, darão os vetores que hoje são possíveis oferecer.

Preferi apenas realçar o esforço dos autores, porque trabalham diante de fatos ainda não vistos. Dirigindo-se para a frente, não para trás. Para trás, há uma época sem pandemias (ao menos, em passado recente). Os autores merecem toda a nossa atenção, por estarem tateando e procurando nos dar vetores para com-

preender melhor a situação. Isso não nos retira a angústia, mas nos conforta, ao saber que estamos todos juntos, com o mesmo problema, independentemente de fronteiras e de qualquer barreira. Vamos lê-los e respeitá-los, porque trabalharam sem uma jurisprudência que os guiaram, sem uma doutrina que os instruíram. Criaram direito e isso é muito bom.

Luiz Alberto David Araujo

PREFÁCIO

Se diz regularmente que um prefácio é um resumo da obra, uma espécie de indução à leitura ou algo propositalmente pensado para chamar a atenção dos futuros leitores. Presentemente, no meio do isolamento forçado, porém necessário e inquestionável, tais dizeres me pareceram dispensáveis.

Digo isso porque, primeiro, os artigos realizados no marco do Convênio de pesquisa entre as Universidades ITE de Bauru em São Paulo/Brasil, Unilibre e Gran Colombia - naquele querido país – e da Universidade de Guadalajara no México, são oferecidos por pesquisadores que estão imbuídos das urgências e preocupações do momento, em cenários diferentes, mas com a visão compartilhada e o interesse de semear o terreno científico dos direitos para colher dignidade. Falar de cada um me pareceu carente de sentido e até certo ponto atrevido pois cada autor tem uma energia que fala por si.

Em segundo lugar, porque cada contribuição chama a atenção não apenas por estarmos numa época em que a ciência demonstra sua imprescindibilidade, mas porque constituem um leque destinado a tentar compreendê-la. As reflexões são valiosas e não se reduzem a apontar as cifras lamentáveis de falecimentos por causa do COVID-19, senão que relevam exclusões, motivações, realidades históricas, vontades e abandonos da Constituição, riscos jurídicos, decisões de tribunais e posicionamentos doutrinários.

Por isso este é talvez um “raro” prefácio, em que pedimos vênias para extrapolar fronteiras protocolares e redacionais.

Há que reconhecer que desde o começo o tratamento da pandemia foi uma polêmica social e jurídica porque produziu uma cambalhota nas formas mais elementares dos relacionamentos humanos, atingindo em cheio as finalidades essenciais e os valores primários que alicerçam qualquer comunidade política. A crise resultou num teste de governabilidade e um desafio para as resistências e oposições. E logicamente, obrigou a repensar sobre o proibido, permitido e obrigatório com o força do Direito.

De maneira geral há, de fato e inegavelmente, uma crise sistêmica e civilizatória caminhando há tempos, que se projetou à maneira de crise sanitária e humanitária nos últimos meses diante da emergência ocasionada pela dissemi-

nação do vírus. Crise que no Brasil se transporta e se reflete continuamente em termos políticos, especialmente e de maneira localizada no âmbito do Executivo federal. O realmente importante para a sociedade, acima de qualquer confronto, consistia - e ainda consiste - em estabelecer as condições para reduzir os conflitos sociais preservando a paz e a segurança, bem como criar um cenário de respeito pelas liberdades públicas e um tratamento isonômico, destinado a preservar vidas. Este é o desafio cotidiano.

Na América Latina, manter condições de vida digna foi a tarefa anunciada por mais de um governante. Contudo, isso significa, necessariamente a nosso parecer, mexer com as bases estruturais do sistema ou, por outras palavras, entender que a pandemia tinha (e tem) um pano de fundo deteriorado. Esse estrago foi ocasionado por medidas como cerceamentos orçamentários aos sistemas de saúde públicos e pela carência de alternativas nos lugares em que praticamente todo e qualquer tratamento médico foi mercantilizado. Infelizmente, tal agenda de retrocesso, como no caso colombiano, foi acentuada utilizando-se forma jurídicas excepcionais nesta etapa.

Não exageramos ao dizer que a precarização dos serviços de saúde pública e a incapacidade do setor privado ficou exposta quando a adversidade afetou a segurança das pessoas que prestam serviços no próprio sistema. Os apertos incluíram escassez de equipamentos e materiais para médicos e demais servidores e funcionários, de ambulâncias, testes, respiradores, máscaras e oxigênio. Ficou escancarado que tudo passa por um entrelaçado de preços, números e opções de compra e venda, enquanto os grandes laboratórios privados iniciavam a caça pela vacina. Por isso, urge declarar a saúde um direito não susceptível de apropriação e monopolização.

No campo jurídico as dúvidas e os dilemas envolvendo as já conhecidas “escolhas trágicas” proporcionaram também elementos importantes de análise. Ressurgiu, dentre outros conceitos, o de cidadania sanitária, alicerçando a necessidade de reconhecer com firmeza os mecanismos de prevenção, tratamento e recuperação de toda e qualquer pessoa que habite o território, com independência de ser nacional ou estrangeira, bastando, apenas, que sua vida transcorra na cidade, a nossa contemporânea pólis. Esta questão é premente, especialmente porque no modelo atual há quem possa fazer opções, enquanto para outros as condições vedam essa possibilidade. Além de que minorias, grupos étnicos, refugiados, apátridas, viajantes em férias, ficaram em condições de desproteção repentinas e graves.

Outra questão inquietante é a definição de grupo de risco e seu impacto na efetividade do princípio da igualdade. Certamente, do ponto de vista médico este grupo está conformado pelos maiores de 65 anos ou aqueles com maior risco de serem afetados por padecer de doenças preexistentes. Tais pessoas teriam, com justiça, uma atenção redobrada. Entretanto, no subcontinente as desigualdades fáticas tornaram evidente que os mais vulneráveis econômico-socialmente, com independência da idade ou das doenças que padeçam, são os mais atingidos. É dizer, o tratamento prioritário deve ser para a população mais carente, vitimizada ao longo do tempo pela concentração absurda da renda produzida e sem acesso à saúde como direito humano.

Sirva este prefácio para comentar uma experiência neste panorama sombrio. É que temos escutado com bastante frequência que o mundo não será mais o mesmo. Alguns mais otimistas alegam que atravessamos a hora mais escura e que a esperança consiste em que, precisamente por isso, o amanhecer será de luz e renovação. O day after parece ser o ponto número 1 das reflexões. E é precisamente neste demarcador de época que ficam expostos os projetos divergentes de sociedade. Entre indignado e surpreso assistimos na televisão espanhola as opiniões de examinadores do momento. Tratava-se de um debate sobre o futuro o a pós-pandemia. Um dos expoentes reconhecia a crise, porém insistia em ocultar, consciente ou inconscientemente, suas origens e a tragédia a que leva o predomínio do capital. Defendia o mercado regulado; ao mesmo tempo se referia a Inglaterra e mencionava o Brasil, colocando-os como exemplo de funcionamento do Sistema Único de Saúde, que no seu entendimento, embora estivesse em dificuldades, impedia que, como acontecia infelizmente na Espanha, o drama fosse muito maior. Entretanto, nosso amigo não encontrava a conexão entre mercado e destruição dos direitos sociais.

O seu interlocutor tem um discurso enfadonho e schumpeteriano. Afirmava que sairíamos fortalecidos da crise porque as alternativas surgiam a cada passo. Sustentava que, na verdade atravessamos uma etapa criativa, semelhante a aquela que atravessaram os Estados Unidos entre o final da secessão e a primeira guerra mundial quando os trens substituíram os cavalos e o aço ao ferro. Nada menciona sobre o fechamento das fábricas e o desemprego que se alastrou naquela época. Já no seguinte bloco a minha suspeita sobre o fundamento teórico se confirmou quando Schumpeter apareceu no molde clássico ao falar de democracia: “A democracia se fortalece nestes períodos porque a unidade das nações se constrói nas dificuldades”; “nesta hora precisamos de lideranças”; “não existem governos populares mas governos eleitos pelo povo”; “o povo não poderia governar em

circunstâncias tão difíceis, tem que se proteger e as lideranças tomar decisões”; “precisamos mais empresários na política porque ao cidadão real não lhe interessa a política e se todos se interessaram não haveria governabilidade”.

Terminou o programa e comecei a pensar nos resultados do debate. Lembrei de David Harvey, que ao iniciar sua obra sobre as contradições do capitalismo afirma que as crises são determinantes para a reprodução do capital. É precisamente no interior delas, diz Harvey, que as instabilidades são confrontadas e reformuladas, criando uma versão renovada do mesmo sistema. Me pareceram atuais as palavras do geógrafo porque deste lado do pensamento crítico há quem diga que o capitalismo atravessa uma crise fatal sob a forma de uma pandemia. Na verdade, para alguns ingênuos o sistema entrou em colapso e inclusive vozes muito autorizadas fizeram eco em algum momento à esperança de uma espécie de capitalismo ético, exigindo e aguardando providências de lideranças que hoje, supostamente, demonstrariam algo de humanismo para convocar juntos uma caminhada momentânea e na qual todos seríamos “irmãos no destino”. Como diz Harvey, há que tente modificar o mundo sem consultar à classe plutocrática que domina várias esferas da economia, incluindo a relação que esta tem com a saúde.

Depois lembrei de uma reflexão do filósofo argentino Atilio Borón, em artigo que comenta posicionamento de Zizek e que nos alerta que as mudanças sistêmicas somente acontecem quando existem forças que a provoquem. Acho que precisamente por isso temos que prestar atenção à forma como a ideologia dominante conceptualiza a “emergência” e como a pandemia transforma as concepções de mundo. É necessário estar atento às subjetividades, tentando compreender as mudanças drásticas na forma de pensar e de entender das pessoas sobre a sua própria situação. Esclarecer como funcionam as instituições e o poder público e as relações entre as várias vertentes do capital – financeiro, comercial e industrial – e sua procura de fórmulas que lhe garantissem as menores perdas possíveis, especialmente a utilização do Estado como ente de transferência de recursos para o sistema bancário e exigir dos trabalhadores uma cota inaceitável de sacrifício com a renúncia de contratos e salários, que por sinal no Brasil contou com a declaração de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Em tudo isto tal vez o mais complicado seja reconhecer que no debate assistido algo de razão há nisso de que o capital pode acumular sob a pandemia e se reprogramar. É o chamado “capitalismo do desastre” estudado por Naomi Klein. No caso da saúde, misturada ao funcionamento geral do sistema, a concepção

mercadológica desse direito colide de frente com a vida humana, com o direito a existir. É dizer: o conceito de saúde como direito humano se revelou, porque de fato é, como tudo direito humano, profundamente anticapitalista.

A pergunta que agora se coloca é: que tipo de Direito se necessita hoje para avançar a um mundo mais humano e de respeito pela vida em grau superlativo? Na reflexão que se realize há um acumulado de temas a serem abordados, especialmente sobre as consequências exógenas, por denominá-las de alguma maneira, da pandemia. Por exemplo, as novas modalidades de trabalho e seus impactos nas relações laborais; os aspectos econômicos e a importância de ligar a saúde às condições de vida in concreto de cada pessoa e de famílias inteiras nas grandes urbes e no setor rural, incluindo o direito ao meio ambiente e ao tratamento das águas residuais; os efeitos colaterais do confinamento ou nas restrições às liberdades, que problematizam a relação entre homem e Estado. Estes temas alimentam a percepção jurídica a partir de um horizonte que se inter-relaciona com a antropologia, a sociologia ou a psicologia. Porém existe também a visão endógena, que supõe enxergar os direitos de acesso à justiça, o processo e os prazos suspensos, a concessão de tutelas, as políticas públicas adequadas, as inovações aos ordenamentos e a jurisprudência.

Os campos estão entrelaçados e a nosso parecer, a pandemia colocou em questão as críticas ao Constitucionalismo Social, mostrando que a intensidade da ação estatal é fundamental em tempos de crise. Supostamente haveria uma contradição entre a atendimento à saúde e as liberdades públicas, especialmente as liberdades de comunicação, associação, reunião e locomoção. Veja-se que a maior parte dos governos apelaram à excepcionalidade própria dos sistemas constitucionais de atendimento das crises ou emergências. De fato, as constituições estabelecem as atribuições dos executivos nestes casos e a própria disposição do artigo 22. 3 da Convenção Americana dos Direitos Humanos considera a possibilidade de restrição da liberdade de circulação para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem pública, a moral ou a saúde pública, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Não há contradição se do que se trata é de estabelecer as bases para a proteção da vida humana. Não há direitos absolutos. Porém, se cada direito pode ser restringido para atender a finalidades concretas relacionadas com a pandemia, a questão central consiste na medida certa da restrição. É dizer, definir quais os limites do Estado. Ao final, também o constitucionalismo é a limitação do poder absoluto, isto é, a antítese da arbitrariedade, o que significa a condução e o ge-

renciamento controlado do exercício das atribuições, especialmente nas situações de excepcionalidade.

Por isso afirmávamos que a pandemia é um autêntico teste para o legislador, para o Executivo, para a Magistratura e para todos os agentes públicos. Fazemos leitura com especial interesse de um texto do professor Roberto Gargarella, que analisando o Decreto de Necesidad y Urgencia Número 297/2020 de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO), apesar de considerar compreensível a adoção de medidas restritivas dos direitos individuais, alerta que não basta com proclamar que “el derecho a la salud exige restringir otros derechos” porque muitas vezes o Estado atuou com pretextos como a “segurança nacional” com consequências gravíssimas para as liberdades; tampouco serve gritar “es que estamos em emergencia!”, diz o professor, porque é na emergência que os abusos são mais fáceis de acontecer.

Também tivemos notícias de que na Colômbia o presidente não enviou projetos de lei ao Congresso senão que ordenou, a partir de decretos, o isolamento preventivo das pessoas. Por isso com razão Rodrigo Uprimny se insurge argumentando que medidas drásticas à liberdade de circulação não podem ser resultado de atos administrativos.

Veja-se que a alerta dos professores é não cair numa espécie de legalidade marginal e paralela, exigindo que sejam respeitadas as diretrizes constitucionais para a excepcionalidade e não a criação de um estado de anormalidade inconstitucional.

No Brasil, por sua vez, há várias ações que merecem atenção, especialmente a ADI 6341/DF Rel. Min. Marco Aurelio no STF, que selou o entendimento de que no marco da repartição de competências federativas é concorrente e não exclusiva da União. Ainda que já houvesse manifestação da Corte nesse sentido na ADIN 2303/RS no ano 2018 apontando as diretrizes do federalismo cooperativo.

Já concluindo estas linhas, recebemos duas notícias importantes: a publicação pelo Supremo Tribunal Federal da obra *Case Law Compilation – Covid 19* que reúne a versão em inglês de 18 decisões proferidas pela Corte e relacionadas à pandemia e as decisões das ADPF 690, 691 e 692, que impede que o Executivo utilize metodologia que possa arriscar o conhecimento real do número de óbitos ocasionados pelo COVID19.

Pois bem, como advertimos ao começo, isto não é propriamente um prefá-

cio tradicional, nem poderia ser. Na verdade estamos desde o terreno da cientificidade tentando avançar à intempérie, com a tempestade acontecendo. Valiosos aprofundamentos serão encontrados na obra sobre estes e outros pontos. As reflexões deverão continuar, ao final, sendo otimistas, há muito de errado, mas ainda acho que merecemos uma segunda oportunidade sobre a terra.

Pietro Lora Alarcón

COVID-19 PARA TODAS E TODOS: PANDEMIA, IGUALDADE E DEMOCRACIA

Walter Claudius Rothenburg¹

1. INTRODUÇÃO

Tem-se afirmado que o Coronavírus (Covid-19) é perversamente democrático, pois atinge as pessoas indiscriminadamente, provocando medo, doença e morte sem ver rostos, cores ou bens. Isso não é inteiramente verdade. Embora pessoas de todos os jeitos e de todos os lugares tenham sido e possam ser infectadas – todas e todos podemos ser convidados para essa dança macabra (figura abaixo) –, o vírus contamina mais e de modo mais impactante pessoas de grupos socialmente vulneráveis. A terrível desigualdade crônica das sociedades em geral e da maioria das sociedades latino-americanas em especial projeta-se na pandemia. Esse quadro precisa ser devidamente considerado no retrato dos efeitos provocados pelo Covid-19, bem como nas medidas de enfrentamento.



(<https://pensandoemarte.wordpress.com/2009/07/29/a-danca-macabra/>; autoria não identificada.)

O Direito não pode ficar alheio a tal desigualdade, visto que tratar todos os sujeitos como livres e iguais é uma injunção jurídica em âmbito internacional e em âmbito nacional (DONNELLY, 2013, p. 62-65). Para exemplificar, veja-se o

¹ Professor da Instituição Toledo de Ensino - ITE. Livre-docente em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II. Procurador Regional da República

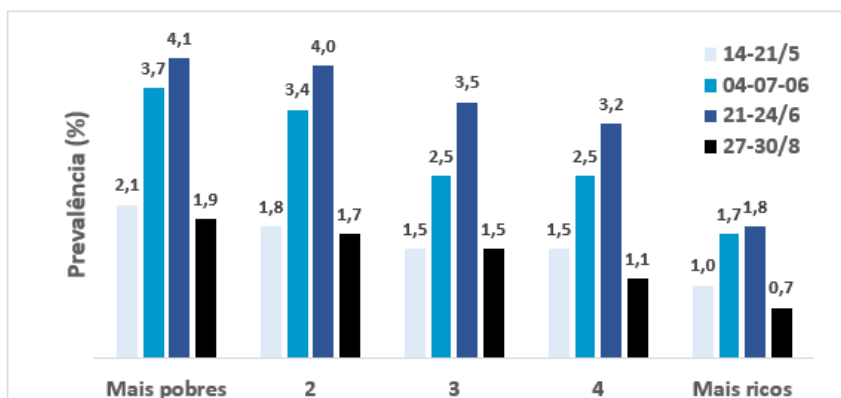
Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Organização das Nações Unidas – ONU, datado de 1966 (devidamente internalizado no Brasil por meio do Decreto Legislativo 226/1991 e do Decreto 591/1992), que estabelece o compromisso de “garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação” (art. 2º.2). No sistema interamericano, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), da Organização dos Estados Americanos – OEA, datado de 1988 (aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 56/1995 e promulgado pelo Decreto 3.321/1999), contém dispositivo semelhante no art. 3º. A Constituição brasileira de 1988 estabelece como objetivo fundamental de nossa república “eradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).

2. POBREZA

A pobreza (como diz a Constituição brasileira), ou a situação econômica (como diz o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da ONU), ou a posição econômica (como diz o Protocolo de San Salvador, da OEA) é largamente reconhecida como fator de *discrímen*. Trata-se de uma condição mais objetiva, porque baseada nos índices que a economia aponta, e menos controversa do ponto de vista moral, pois se constata que nem sempre (ou quase nunca) as pessoas são responsáveis pela própria vulnerabilidade econômica.

Assim, verificar a repercussão da pandemia de Covid-19 em relação à pobreza é um modo de perceber o quanto a igualdade é desafiada.

“Pessoas cujas famílias se encontram entre as 20% mais pobres da população, em todas as fases do estudo, apresentam prevalência mais de duas vezes superior à observada entre os 20% mais ricos.” – revela pesquisa da Universidade Federal de Pelotas (EPICOV19), ilustrada a seguir (com indicação, por cores, dos diversos períodos a que os dados se referem):



Pode-se afirmar, por conseguinte, que mais do que o dobro de pessoas pobres são contaminadas em comparação com as pessoas ricas. O vírus ataca de modo desigual.

No período em que este texto está sendo escrito, um economista argentino, Alberto Cavallo, ligado à Universidade Harvard, nos Estados Unidos, sustenta que a inflação, no período da pandemia, prejudica mais as pessoas de menor renda. O distanciamento social faz com que as pessoas consumam mais alimentos, cujos preços sobem mais, e, dado que essa despesa tem um peso maior no orçamento de quem ganha menos, o resultado é óbvio e não surpreende: os pobres são mais atingidos economicamente (FOLHA DE S. PAULO, 21/09/2020). Esse é o âmbito dos efeitos do Covid-19.

No plano das medidas sanitárias de enfrentamento, também é altamente provável que os pobres tenham ficado menos protegidos. O trabalho remoto (teletrabalho) pressupõe espécies de trabalho e condições de execução que dificilmente correspondem às atividades das pessoas de menor renda. A construção civil, por exemplo, em que a presença do trabalhador é indispensável, foi incluída entre as atividades essenciais pelo Decreto 10.342, de 7 de maio de 2020 – que alterou a regulamentação da Lei 13.979/2020 (“sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”), ou seja, atividades que não estariam sujeitas a restrições devidas ao enfrentamento da pandemia. Para quem vive em periferias, mora com diversas pessoas em habitações pequenas e precisa de transporte público, o distanciamento social tem capacidade muito limitada de evitar o contágio.

Há um evidente efeito reflexivo da pandemia em relação aos pobres: eles são os mais – e mais severamente – atingidos pelo Covid-19, que impacta duramente a economia e acaba por provocar um aumento da pobreza.

Não é somente no plano individual que a pobreza se manifesta, mas também na dimensão nacional. O professor Cavallo aponta que o Brasil é o país que apresentou a maior disparidade entre a inflação oficial apurada pelo método tradicional e a inflação real produzida pela pandemia. Basicamente, a inflação oficial não confere o peso devido a itens que assumem maior importância nestes tempos sombrios, como é o caso dos alimentos, que conheceram uma alta forte de preços. Os índices oficiais não retratam as “mudanças nas tendências de consumo”. Conclusão: o Brasil aparece na ponta, à frente do Uruguai, dos Estados Unidos, da Coreia do Sul, do Chile e de diversos outros países, entre aqueles cujos “índices oficiais de inflação subestimam o aumento de custos amargado pelas famílias na crise atual” (FOLHA DE S. PAULO, 21/09/2020).

Podemos nos indignar, porém não surpreender com o fato de que a pobreza tenha aumentado por conta da pandemia de Covid-19. Onde há uma indignação tão grande quanto, e talvez alguma surpresa, é na evidência de que a pandemia de Covid-19 provoca também o aumento da concentração da riqueza. Levantamento realizado pela organização Oxfam Brasil e publicado em julho de 2020 no relatório “Quem Paga a Conta? – Taxar a Riqueza para Enfrentar a Crise da Covid-19 na América Latina e Caribe”, aponta que 73 bilionários da região, considerados a partir da lista atualizada da revista Forbes, “aumentaram suas fortunas em US\$ 48,2 bilhões entre março (início da pandemia) e junho deste ano. Isso equivale a um terço do total de recursos previstos em pacotes de estímulos econômicos adotados por todos os países da região”. Em função do tempo, “oito novos bilionários surgiram na região – um a cada duas semanas. Enquanto isso, estima-se que 40 milhões perderão seus empregos e 52 milhões de pessoas entrarão na faixa de pobreza na América Latina e Caribe em 2020” (OXFAM, 2020).

A desigualdade material suscitada pelo Covid-19 interpela o Direito a adotar mecanismos efetivos de redistribuição de renda, que haverão de incluir o asseguração de uma renda básica e a tributação das grandes fortunas.

RENDA BÁSICA

O direito à assistência social – ou seja, a condições de vida digna – é afirmado no plano internacional (veja-se, por exemplo, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, no art. 34.3) e no plano na-

cional (veja-se que a Constituição brasileira assegura o direito fundamental social à “assistência aos desamparados” no art. 6º e o detalha como sistema de assistência social nos arts. 203 e 204). Configura-se assim uma proteção jurídica de compensação às incongruências do capitalismo, pois é preciso que as pessoas alijadas do mercado de trabalho pelos mais diversos fatores (desemprego, precariedade da saúde, preconceitos...) mantenham seu estatuto de cidadania.

Na medida em que a pandemia do Covid-19 atinge severamente as condições de subsistência digna, impõe-se garantir aos economicamente hipossuficientes os bens de que necessitam. O oferecimento de uma renda básica, de modo mais amplo (podendo chegar a uma renda universal) e irrestrito (podendo chegar a uma renda incondicionada), vem sendo apontado como uma alternativa prática e eficaz.

Em sede constitucional, temos no Brasil a previsão do “Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza” (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 79), para “viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida”; sua regulamentação é dada pela Lei Complementar 111/2001. Em sede legal, temos o benefício de prestação continuada (Lei 8.742/1993, que regulamenta o art. 203, V, da Constituição), assim como o Programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004).

Para enfrentar as dificuldades econômicas decorrentes da pandemia de Covid-19, foi instituído um “auxílio emergencial” e temporário por meio da Lei 13.982/2020 – prorrogado pela Medida Provisória 1.000, de 02/09/2020 – e que era pago, em agosto de 2020, a 66,2 milhões de pessoas (VALOR ECONÔMICO, 03/08/2020), num país com mais de 212 milhões de habitantes (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE, 2020).

Todas essas medidas estabelecem a prestação de renda, mas nenhuma delas propõe uma renda básica universal e incondicionada. Dado o enorme contingente de pessoas pobres no Brasil, bem como as dificuldades burocráticas para implementar e fiscalizar condições de acesso a essas prestações, é altamente recomendável que o direito fundamental de assistência social assuma, no contexto da crise sanitária devida ao Covid-19, a forma de uma renda básica, periódica, universal e incondicionada.

TRIBUTAÇÃO DAS GRANDES FORTUNAS

A contribuição equitativa para os gastos públicos, na medida das possibilidades dos contribuintes, é uma necessidade traduzida em comandos jurídicos internacionais e nacionais. Merece ser referida a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, da OEA, datada de 1948, que preceitua o dever de todos pagarem impostos “para a manutenção dos serviços públicos” (art. 26). Conquanto se trate de uma declaração e não de uma convenção, seus efeitos jurídicos são reconhecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como “interpretação autêntica dos dispositivos genéricos de proteção de direitos humanos da Carta da OEA”, conforme explica André da Carvalho RAMOS (2018, p. 314).

No Brasil, a Constituição alude à capacidade contributiva (art. 145, § 1º) e, mais especificamente, prevê a instituição do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII), até hoje vergonhosamente não regulamentado (ROTHENBURG, 2014, p. 130). Numa tentativa de fazer cumprir o comando constitucional, foi interposta perante o Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Constituição) pelo Governador do Maranhão em face do Congresso Nacional, mas que veio a ser extinta sem julgamento de mérito em 2017, por falta de legitimidade ativa (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 31/DF).

Mesmo teóricos liberais como John Rawls admitem mecanismos de desigualação econômica, desde que respeitadas as “liberdades” básicas e desde que as medidas “se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos” (RAWLS, 2008, p. 376). Portanto, não há como justificar, juridicamente, que os impactos adversos da pandemia de Covid-19 na economia, que agravam a situação dos mais pobres, deixem de ser suportados por aqueles que têm melhores condições de contribuir em termos tributários e que, paradoxalmente, se tenham beneficiado – voluntariamente ou não – da crise sanitária.

QUANDO A VACINA CHEGAR

Pensem um pouco à frente e com otimismo. Quando chegarem as vacinas de combate ao Covid-19, será preciso adotar estratégias de distribuição equitativas e eficazes. Os critérios que presidirão a aplicação das vacinas, nos primeiros momentos, devem levar em consideração justamente as desigualdades e vulnerabilidades associadas. Conseguirão determinações jurídicas assegurar que os potencialmente mais afetados e com menos recursos de tratamento para os

quadros de doença derivados do vírus, tais como pobres, idosos e profissionais de saúde pública, sejam os primeiros a serem protegidos? Ou o Direito imunizará antes os poderosos e seus privilégios?

Além do influxo do princípio jurídico da igualdade em relação aos efeitos da pandemia de Covid-19, tanto no âmbito dos indivíduos, quanto no âmbito dos países, merece referência o direito ao desenvolvimento (ANJOS FILHO, 2013). Articulado sobretudo no plano do Direito Internacional, o direito ao desenvolvimento visa assegurar que os Estados – e, de modo reflexo, aos indivíduos e grupos – tenham condições efetivas de participar do desenvolvimento atingido pela humanidade nos mais diversos setores (social, econômico, tecnológico, sanitário...), assim como possam criar suas próprias formas de desenvolvimento. Uma dimensão de solidariedade entre as nações está implicada no direito ao desenvolvimento.

Portanto, o desenvolvimento de modos de tratamento e prevenção da infecção pelo Covid-19, em especial a pesquisa, produção e dispensação de vacinas, haverá de contemplar não apenas os Estados e empresas que têm condições de produzi-las, mas todos eles e principalmente os Estados e populações mais vulneráveis, impondo-se – sob a perspectiva do Direito Internacional – uma dissociação entre aqueles que envidaram recursos e esforços para obter tratamentos e vacinas e aqueles que mais precisam deles atualmente.

Episódios internacionais de desvio e aquisição de máscaras de proteção e equipamentos hospitalares de ventilação artificial (respiradores) pelos Estados Unidos, dificultando e retardando sua distribuição pelo mundo, foram qualificados de “pirataria moderna” (BBC, 2020) e revelam uma pretensão de preferência incompatível com o princípio da igualdade entre as nações. Episódios internos de “egoísmo federativo”, em que Municípios e Estados tentaram requisitar tais aparelhos para atender sua população em detrimento de uma distribuição justa em escala nacional, são outra triste ilustração de desrespeito à igualdade e ao direito de todos ao desenvolvimento. Judicializada a questão no Brasil, o Supremo Tribunal Federal entendeu que todos os entes da federação têm a inerente competência para realizar requisições administrativas (Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341/DF). Essa competência deve pautar-se por evidências científicas, estar devidamente motivada e não pode desprezar a coordenação entre os diversos níveis da federação brasileira (federalismo cooperativo).

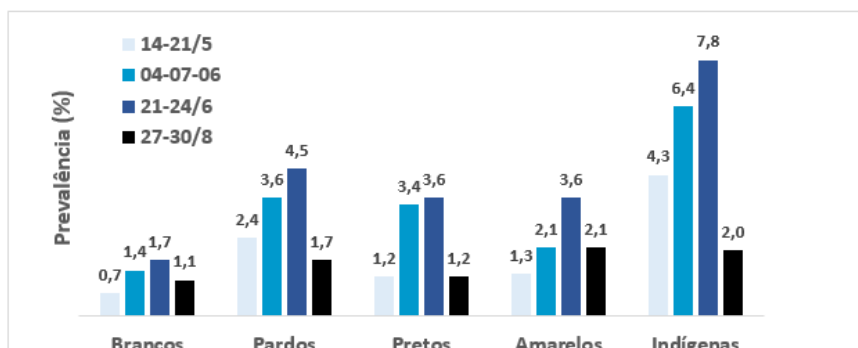
Uma das principais reivindicações das teorias da justiça costuma ser a distribuição equitativa de bens materiais (RAWLS, 2008) ou redistribuição (FRA-

SER, 2008). O Direito é um dos principais instrumentos de implementação das teorias da justiça, com a qualificação de ser o mais impositivo. Modos de enfrentamento da pandemia de Covid-19 que não se pautem pela igualdade e não atendam às expectativas normativas das teorias de justiça não devem ser consideradas lícitas.

RAÇA

Muito embora o coronavírus seja cego às discriminações humanas, seus efeitos fazem-se sentir mais fortemente em relação à população negra no Brasil (incluindo as diversas classificações de intensidade de cor da pele, que abrangem os pardos). Percebe-se a interferência de diversos fatores de discriminação no contágio do Covid-19, no impacto da doença, nas modalidades de prevenção e no tratamento dispensado. Muitos fatores aparecem com frequência sobrepostos. Alguns talvez sejam de mais difícil demonstração, embora quase intuitivos, como é provável que ocorra em relação às mulheres, que, se não forem as mais atingidas diretamente pelo Covid-19, certamente sofrem com mais intensidade os efeitos da pandemia, notadamente quanto à sobrecarga dos afazeres domésticos num contexto de distanciamento social. Outros fatores são evidentes, como se dá com os idosos, mais suscetíveis à contaminação com efeitos graves. Mulheres pobres, negras e idosas formam a “tempestade perfeita”.

Um recorte racial tem sido realizado pelo estudo EPICOV19, da Universidade Federal de Pelotas, cuja 4ª etapa, de setembro de 2020, confirma “a maior chance de infecção nos pretos e pardos, já identificada nas fases anteriores”. Para um percentual de contaminação de 1,1% da população branca, há 2,9% de contaminação da população preta e parda, ou seja, mais que o dobro:



Será preciso que o sistema de saúde pública brasileiro leve em consideração

o fator “raça” (etnia) não apenas para compreender a incidência do Covid-19 na população e para realizar os tratamentos mais adequados, mas também para elaborar estratégias de prevenção que não ignorem a racialidade. Da mesma forma, as medidas sociais de enfrentamento dos efeitos da crise sanitária não deverão deixar de levar em conta o recorte étnico.

Não atentar – sem perceber ou de propósito – para o impacto desproporcional da pandemia na população negra caracteriza mais uma manifestação de racismo estrutural (MOREIRA, 2019). Sob o aspecto normativo, são violados compromissos internacionais, como dá mostras a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a ONU, datada de 1965 (aprovada pelo Decreto 65.810/1969) e a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, da OEA, datada de 2013 (que, infelizmente, ainda não foi aprovada pelo Brasil). Internamente, a Constituição veda a discriminação racial no art. 3º, IV, e impõe a criminalização do racismo no art. 5º, XLII (GONÇALVES, 2007; VECCHIATTI, 2019); além disso, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) estabelece, no tocante ao direito à saúde, o objetivo de “promoção da saúde integral da população negra, priorizando a redução das desigualdades étnicas e o combate à discriminação nas instituições e serviços do SUS” (art. 8º, I).

CONCLUSÃO

Cidadania pressupõe igualdade e é a condição jurídica do sujeito em uma democracia. Como assevera Pietro de Jesús LORA ALARCÓN (2020, p. 172), a percepção contemporânea de cidadania “não é redutível aos processos eleitorais, senão à reprodução de uma forma de organização que permita usufruir do direito a ter direitos”. Vai daí que as pessoas precisam ser consideradas, em face da pandemia de Covid-19, não apenas como vítimas em potencial, mas antes como cidadãos, livres e iguais. As exigências da democracia precisam ser afirmadas nos tempos sombrios de uma atualidade assolada pelo coronavírus. Os fardos devem ser divididos e as pessoas mais vulneráveis precisam ser especialmente protegidas. Se o Covid-19 não é democrático, seu enfrentamento tem de sê-lo.

As pessoas pobres e as pessoas negras têm sido as mais atingidas pela pandemia e as que mais sentem seus efeitos deletérios. Isso caracteriza uma violação ao princípio da igualdade e compromete o Estado Democrático de Direito. Deverão ser instituídas medidas de combate e superação da crise sanitária, como a prestação de renda básica e a taxação das grandes fortunas, com o objetivo de uma redistribuição mais equitativa. Também a aplicação das vacinas que vierem a

surgir deverá levar em consideração tais fatores de discriminação.

REFERÊNCIAS

- ANJOS FILHO, R. N. Direito ao desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BBC News Brasil (2020). Coronavírus: EUA são acusados de ‘pirataria’ e ‘desvio’ de equipamentos que iriam para Alemanha, França e Brasil. 4 abr. 2020. Disponibilidade: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52166245>. Acesso em 28 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.362/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 2 de setembro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=450880&tip=UN>. Acesso em: 26 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 31/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 18 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344890>. Acesso em: 28 set. 2020.
- DONNELLY, Jack. Universal human rights in theory and practice. 3. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2013.
- FRAGA, E. (2020). Brasileiro é dos que mais sentem a ‘inflação da Covid’, aponta estudo. Folha de S. Paulo, 21 set. 2020. Disponibilidade: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/09/brasileiro-e-dos-que-mais-sentem-a-inflacao-da-covid-aponta-estudo.shtml>. Acesso em 25 set. 2020.
- FRASER, N. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 167-189.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandamentos expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE (2020). Disponibilidade: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php. Acesso em 28 set. 2020.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Ciência política, estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- MOREIRA, Adilson. Racismo recreativo. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- OTTA, L. A. (2020). Beneficiários do auxílio emergencial chegam a 66,2 milhões. Valor Econômico, 3 ago. 2020. Disponibilidade: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/08/03/beneficiarios-do-auxilio-emergencial-chegam-a-662-milhoes.ghtml>. Acesso em 28 set. 2020.
- OXFAM Brasil. (2020). Bilionários da América Latina aumentaram fortuna em US\$ 48,2 bilhões durante a pandemia. 27 jul. 2020. Disponibilidade: <https://www.oxfam.org.br/noticias/bilionarios-da-america-latina-e-do-caribe-aumentaram-fortuna-em-us-482-bilhoes-durante>

-a-pandemia-enquanto-maioria-da-populacao-perdeu-emprego-e-renda/. Acesso em 28 set. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2014.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS (2020). 4ª fase do EPICOID19 mostra desaceleração do coronavírus no Brasil. 15 set. 2020. Disponibilidade: http://www.epidemio-ufpel.org.br/site/content/sala_imprensa/4-fase-do-epicovid19-mostra-desaceleracao-do-coronavirus-no-brasil.php?noticia=3149. Acesso em 28 set. 2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constituição dirigente e concretização judicial das imposições constitucionais ao legislativo: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização em particular. Bauru: Spessotto, 2019.

PENSAR, JUZGAR, ACTUAR. EL PÚBLICO EN UNA REPÚBLICA BAJO AMENAZA

Alejandro Sahuí¹

No se puede negar que asistimos a una crisis y desencanto democráticos. En la mayoría de los regímenes caracterizados como democracias constitucionales la gente desconfía cada vez más de la voluntad y la capacidad de sus representantes para garantizar los derechos humanos que sus órdenes normativos consagran, así como de responder y de hacerse cargo de las pretensiones y reclamos populares de su ciudadanía. El estado de ánimo es semejante en diversas latitudes, en Estados Unidos de América o Europa noroccidental; pasando por la Europa del sur y del este; hasta las naciones del sur global poscolonial, nuestra región latinoamericana, y otras más recientes bautizadas como casos de una “primavera árabe”. En todas sus ediciones, sean primera, segunda, tercera o cuarta “olas democratizadoras”, la gente luce bastante insatisfecha y retira su conformidad hacia las formas institucionales hegemónicas de la democracia.

Visto de cerca, empero, hablar de desencanto democrático tout court quizás no sea tan exacto, porque la democracia como un ideal o proyecto público es todavía firme en el imaginario de las sociedades contemporáneas. No parece que las personas quieran renunciar a participar del poder político e influir en las decisiones colectivas. Al menos no a priori, aunque en el mediano y largo plazo no esté claro, ya que a menudo la forma que adoptan muchas nuevas demandas cede a líderes carismáticos o con discursos antisistema un mayor control y más centralizado del gobierno sin apenas rendición de cuentas. Pero en términos generales las ciudadanas y los ciudadanos están interesados en participar; y este es un logro inigualable de las sociedades modernas. Lo que se denuncia más bien en relación con los regímenes democráticos es el elitismo de la clase política, la captura del estado por intereses y poderes oligárquicos, o el vaciamiento de valores éticos sustantivos. Al lado de estos problemas que se imputan al sistema político por parte

¹ Doctor en Derecho, con especialidad en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid; Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Estancia de Investigación en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Northwestern. Se ha desempeñado como Director Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Campeche, y como Director del Centro de Investigaciones Jurídicas de dicha Universidad.

de la ciudadanía, está la incapacidad e ineficacia generalizadas de los gobiernos de abatir las brechas de desigualdad profunda, más allá de la ideología que expresen profesar. En Latinoamérica las transiciones y la alternancia políticas no han dotado de satisfactores, bienestar, desarrollo, oportunidades o capacidades iguales a todas las personas. Esta es la región del planeta con mayor desigualdad y, por tanto, también su desencanto democrático está resultando más grande con todos los riesgos sociales que ello implica.

En la contingencia presente de la pandemia de la COVID-19 la fragilidad institucional de los estados latinoamericanos² se manifiesta con mayor fuerza y crueldad, toda vez que existen dificultades para reaccionar a la crisis sanitaria y la parálisis económica que la acompaña. A diferencia de las democracias con estados sociales de bienestar desarrollados, en América Latina el drama de la pobreza, el desempleo y la indigencia son severos de modo histórico y estructural. Este agravamiento de las condiciones de precariedad permanentes debido al contexto de la pandemia pone ahora en jaque a los regímenes políticos de la región, con independencia de la seriedad y compromiso que sus representantes y gobiernos adopten. En los estados contemporáneos el fracaso de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, todos ellos, causan inevitablemente problemas de legitimidad política que no se pueden eludir. Por eso una comprensión angosta de los fines públicos fracasa.

De modo que la crítica y el malestar social es contra determinadas versiones institucionales de las democracias constitucionales actuales. Construidos principalmente bajo la influencia del liberalismo y el republicanismo de las revoluciones de independencia y la ilustración, los regímenes democráticos adoptaron formas institucionales de un ascendiente individualista que se personifica en la figura de un ciudadano burgués independiente en el plano material, cuya preocupación primordial en el plano público es restringir y acotar el poder estatal. De esta manera se pensó la mayoría de los derechos humanos que las constituciones hubieron de incluir: como derechos y libertades negativas. Así también fue concebida la repartición del poder político, no estrictamente como una cuestión operativa de organizar la actividad del estado eficientemente, sino sobre todo como frenos y contrapesos entre los distintos órganos a través de los que se ejerce la soberanía popular. Pero como ha podido demostrarse, el diseño en gran medida trata de restringir, más que a los poderes públicos en sí, asunto que es misión primordial del republicanismo clásico, principalmente a la participa-

2 Guillermo O'Donnell ha tratado este tema en América Latina de modo magistral. Se puede ver al respecto *Democracia, agencia y estado. Teoría con intención comparativa*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010.

ción popular espontánea, masiva y directa³. En su diseño la división de poderes horizontal-funcional, o sea los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; así como también su división vertical- territorial, entre los ámbitos federal, regional, estatal o municipal, han organizado la participación política de personas y colectivos exclusivamente mediante elecciones regulares y periódicas, en las cuales la fuerza, intensidad y valor intrínseco de las pretensiones populares no se puede juzgar porque se incluyen con idéntico peso individual.

Como en el caso de los derechos humanos mirados bajo el ideario liberal, la democracia así comprendida proyecta una imagen de ciudadanía individualista y atomizada que no solicita estar socialmente integrada y cohesionada alrededor de valores comunes y colectivos que sean exigibles a todos; lo que por ejemplo el republicanismo, socialismo o comunitarismo como ideologías sí promoverían. Las personas necesariamente habitan redes de cooperación y solidaridad que permiten a la especie subsistir. Esto implica la constitución de un proyecto público, y no únicamente la agregación de preferencias particulares. Lo que se dirá es que la crisis de las democracias presentes es una crisis que afecta la comprensión de lo público en las sociedades que ha resultado limitada en sus ideales de derechos humanos y democracia por ser predominantemente liberal-libertaria⁴.

En la primera parte presento una relatoría breve del contexto actual de crisis de legitimidad de las democracias constitucionales de ascendiente liberal cuyas instituciones dan forma de modo genérico a los estados nacionales de la región latinoamericana. Las circunstancias que se cuentan son hasta cierto punto semejantes, como se dijo antes, a la de la mayoría de las democracias en el mundo. Seguramente esto tiene que ver con el entorno de globalidad en el que ocurren las relaciones interestatales. Los problemas de la democracia son enormes para las naciones y los gobiernos locales, pero estas instancias continúan siendo las fuentes de legitimación del poder político. La incapacidad de domesticar esos otros poderes que atraviesan sin control sus territorios y afectan a sus poblaciones, es la causa principal de los déficits de legitimidad que se transforman en falta de cohesión y en desintegración social, inestabilidad y problemas de gobernanza, y violencia.

En la segunda parte se explica brevemente en qué consiste una aproxima-

3 Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.

4 El libertarismo se podría calificar como una versión del liberalismo que asimila las relaciones políticas a las de libre mercado y promueve una concepción limitada de lo público. Entre sus principales exponentes se pueden contar Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE, 1988; o Friedrich A. Hayek, *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza, 2006.

ción normativa no realista a la política: un enfoque que proviene de la filosofía política y es deudor de autores como Hannah Arendt, Jürgen Habermas o John Rawls. Me interesa rescatar su perspectiva acerca de lo público que ofrece un punto de apoyo sólido a las concepciones de democracia constitucional actuales, y que puede trascender aquella concepción de democracia limitada como puramente competitiva. Esta versión limitada insiste en la dimensión de la autonomía privada de las personas, sin apreciar la relevancia de su autonomía pública, que tiene que ver con la cuestión de la agencia social o colectiva. No hay libertades reales si antes no se atienden y revisan las condiciones materiales de su ejercicio, y esto pasa inevitablemente por revisar el tipo de relaciones y estructuras sociales existentes. Los tres filósofos coinciden en el interés de socializar (en el sentido de destrascendentalizar) la filosofía moral de Immanuel Kant, que presumía que la autonomía era inherente a la humanidad y la base última de los imperativos prácticos, sean morales, jurídicos o políticos. Por ende, piensan la autonomía pública como siendo cooriginaria con la privada en el seno de las democracias constitucionales actuales a través de los ideales de los derechos humanos y la democracia.

En la tercera parte, a manera de conclusión o de reflexiones finales se propone fortalecer a través de las constituciones el tipo de instituciones capaces de favorecer y de apuntalar la participación efectiva de la gente, entendiendo por tal aquella que fuerce a una respuesta institucional justificada; es decir, no cualquier respuesta, sino una que sea responsable y se haga cargo de las pretensiones normativas en clave de derechos humanos y democracia que la ciudadanía le impone todos los días. Sobre todo, de favorecer un tipo de instituciones proclives a visibilizar los puntos de vista de las personas peor posicionadas, excluidas y desaventajadas; aquellas que suelen vehicular las oposiciones disidentes, las más críticas y radicales al gobierno y al régimen político. Esto es lo único que podrá ofrecer un muro de contención contra los embates de líderes carismáticos, con venas demagógicas y populistas, que llevan razón al denunciar el alejamiento e insensibilidad de las democracias actuales.

LA CRISIS DE LEGITIMIDAD DE LA DEMOCRACIA LIBERAL Y LA AMENAZA SUPERLATIVA DE LA PANDEMIA DE LA COVID 19.

En este apartado enumero algunos de los principales problemas que aprecio en relación con la crisis de legitimidad de las democracias contemporáneas. Seguro que esta lista no es exhaustiva y se podrían señalar otras causas igualmente importantes. Diferentes reportes sobre la calidad de la democracia en el mundo y en la región acreditan grandes retrocesos en la aprobación ciudadana a los

rendimientos democráticos, que se traduce en una menor afección hacia ella⁵. Menciono algunos de estos retrocesos sin ningún orden de prelación deliberado:

1. La desigualdad. Como se dijo antes, en Latinoamérica estamos en el peor de los mundos posibles a este respecto. La desigualdad se manifiesta de diversas formas; a saber: a) desigualdad socioeconómica, que es del orden de la redistribución de recursos, bienes o servicios; y da pie a las diferencias de clase donde las desventajas se expresan como pobreza, carencias y marginación; b) desigualdad cultural, que se relaciona con la noción de respeto y reconocimiento a las identidades plurales de una sociedad; y refiere diferencias de estatus traducibles a formas de segregación, discriminación y violencia; c) desigualdad política que afecta la representación y la participación política paritaria, que genera que todas las personas tengan el mismo poder e influencia en la deliberación y en la toma de decisiones colectivas, y que se muestra como exclusión. Es la filósofa Nancy Fraser⁶ la que ha hablado de estas tres perspectivas sobre la justicia para ampliar el aspecto redistributivo que prevaleció en las políticas públicas e influyó las metas públicas estatales; lo que sin duda no significa que hayan gozado de mayor éxito. Simple y sencillamente, lo que se quiere destacar es la perspectiva económica, libertaria o utilitarista que acompaña las ideas sobre lo público y lo privado, en donde las relaciones económicas quedan bastante lejos del alcance del poder del derecho y el Estado. En la región, además, como deja claro la Comisión Económica para América Latina y el Caribe⁷, la desigualdad presenta sesgos de género, raza, etnia, región, etcétera. Se requiere de una comprensión de los derechos humanos y la democracia que ofrezcan respuestas multidimensionales y complejas a todos estos asuntos.
2. La captura del Estado. Está relacionada con la privatización de lo público y lo común. A veces expresa la mera dificultad de coordinación de la acción colectiva respecto de cierto tipo de bienes, como en la llamada “tragedia de los bienes comunes”⁸; pero en escenarios perversos tiene que ver con el control de parte de unas pocas élites sociales, de carácter económico, cultural, religioso o político, de acaparar la riqueza y los recursos que las sociedades deben disponer para satisfacer sus necesidades, capacidades y derechos. Luigi Ferrajoli⁹ habla por ejemplo del imperativo de domar los poderes salvajes, que son todos esos intereses particularistas y excluyentes que escapan a la regulación estatal. Pién-

5 PNUD, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, Altea, 2004; PNUD, *Democracia/Estado/Ciudadanía. Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina*, Lima, 2007; PNUD-OEA, *Nuestra democracia*, Ciudad de México, FCE, 2010; Leonardo Morlino, *La calidad de las democracias en América Latina*, San José, IDEA, 2014.

6 Nancy Fraser, *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008.

7 CEPAL, *La hora de la desigualdad: brechas por cerrar, caminos por abrir*, Santiago, 2010; CEPAL, *Cambio estructural para la igualdad: una visión integrada del desarrollo*, Santiago, 2012; CEPAL, *Pactos para la igualdad: hacia un futuro sostenible*, Santiago, 2014; CEPAL, *Horizontes 2030. La igualdad en el centro del desarrollo sostenible*, Santiago, 2016.

8 Elinor Ostrom, *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, México, FCE-UNAM, 2000.

9 Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.

sese en el daño por privatizar salud, educación, seguridad social, agua, recursos energéticos, etcétera, que comprometen a estas y a las generaciones futuras.

3. La transformación estructural de la opinión pública y la invasión de la privacidad. En esto ha influido la enorme concentración de la propiedad de los medios masivos de comunicación, prensa, radio y televisión, lo que afecta negativamente la pluralidad informativa y el acceso a la información que pueda poner en jaque algunos intereses empresariales. Asimismo, la lógica de las redes sociales como canales de información fragmenta al público en infinitos públicos y tiende a polarizar el consumo de noticias por sus destinatarios, como ha expresado Cass Sunstein¹⁰. Además, se ha generado una privatización de lo público, que expone la intimidad proyectando sus asuntos como si fueran de interés general y, además, sugiriendo que cualquiera de las opiniones particulares que circulan en las redes fueran equivalentes en términos de verdad a noticias elaboradas por periodistas y profesionales de la información. Como ha recordado Owen Fiss, no se debe perder de vista el linaje del derecho a la libertad de expresión y a la información desde la perspectiva de la democracia y del control del poder estatal¹¹. En el escenario actual de la pandemia de la COVID-19 las fake news fueron un problema de salud pública al dañar y poner en riesgo a la gente. De igual forma, en todo en el mundo la influencia no regulada de las redes ha tenido grande impacto, como muestran los casos del Brexit en Reino Unido o la elección de Donald Trump en los Estados Unidos de América.
4. La tecnocracia y el gobierno de los expertos. Se asocia con la denuncia popular en contra del elitismo de la clase gobernante y del régimen de partidos, con un divorcio de los intereses más inmediatos y auténticos de las personas. Jürgen Habermas denunció la pretensión de que ciertos individuos considerados “expertos” gocen de autoridad para imponer sus decisiones en forma vinculante. En su perspectiva esta pretensión ha devenido una ideología, y como tal debe ser expuesta a la crítica más abierta¹². En términos del profesor alemán, que a su vez hereda de Immanuel Kant y su ideal del uso público de la razón¹³, a través del principio deliberativo y dialógico de incluir a todos los afectados¹⁴. Como ha venido sucediendo durante la pandemia los gobiernos han apelado a dicha autoridad para imponer determinadas medidas y acciones como si debieran permanecer indisputadas, como si estuvieran blindadas contra toda posibilidad de crítica. A la distancia, el desarrollo de los acontecimientos ha demostrado que los saberes que el sistema de la ciencia genera no son inmunes.

10 Cass Sunstein, *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona Paidós, 2003.

11 Owen Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.

12 Jürgen Habermas, *Ciencia y técnica como ideología*, Madrid, Tecnos, 2002.

13 Immanuel Kant, “¿Qué es la Ilustración?”, en *Filosofía de la historia*, México, FCE, 1997, pp. 15-37. Sobre el tema se puede ver Alejandro Sahú, “La filosofía política de Kant”, en Julieta Marcone, Sergio Ortiz Leroux y Ángel Sermeño (coords.), *Los vértigos de la política: una revisión desde la Modernidad*, México, Ediciones Coyoacán, 2012, pp. 205-228.

14 Alejandro Sahú, “Razonar en público: la filosofía política de Jürgen Habermas”, en Sergio Ortiz Leroux, Julieta Marcone y Ángel Sermeño (coords.), *Metamorfosis de la política. Un diálogo con la teoría política contemporánea*, México, Ediciones Coyoacán, 2015.

La propia Organización Mundial de la Salud y los sistemas sanitarios nacionales han ido y regresado de afirmaciones sobre la enfermedad y las medidas de tratamiento: confinamiento, higiene, uso del cubrebocas, vacunas, etc.

5. La globalización y el quiebre de las soberanías estatales. En el ámbito de la filosofía política Nancy Fraser¹⁵ señala el fin del orden westfaliano para pensar las teorías de la justicia. De manera corriente éstas se han aterrizado en el contexto de los estados nacionales y sus normas están espacialmente acotadas a sus territorios. El problema es que la globalización pone de manifiesto la incapacidad de los estados de sujetar y hacer rendir cuentas a los poderes que circulan allende el ámbito nacional, como ha puesto también de manifiesto Dani Rodrik¹⁶.
6. El hecho del pluralismo cultural, religioso, étnico. Aunque a menudo se lo asocia con los procesos de migración recientes de los países del sur global hacia el norte más desarrollado económicamente, en realidad viene de más atrás y se podría relacionar también con el imperialismo y el colonialismo. En contextos de desigualdad graves, como los que atraviesan en la actualidad la mayoría de los países, el cierre social que se relaciona con la competencia por recursos escasos tiende a alimentar formas de intolerancia, exclusión y segregación, como son el nacionalismo, la xenofobia, etc. La crisis del coronavirus ha expuesto la precariedad de los sistemas de salud en cuanto a su universalidad mostrando el efecto de marginalidad en el que viven las minorías y los grupos de población no hegemónicos: son quienes han sufrido los efectos más nocivos de la enfermedad.
7. Autoritarismos competitivos, democracias iliberales y populismo. El incumplimiento de las promesas de las democracias liberales, de carácter pluralista y representativo, ha generado un malestar general hacia sus instituciones más conocidas; a saber, la forma representativa de gobierno, la división de poderes, los derechos humanos en su versión liberal, etc. La pérdida de legitimidad de las instituciones lleva a la gente a explorar modos de participación política más directa y espontánea, y a descreer de las instancias de mediación institucional ensayadas. En este propósito muchas de las demandas más intensas y radicales pueden llegar a ser capitalizadas por líderes populares, de ideologías diversas, y con un discurso anti-política, con o sin pulsiones autoritarias, pueden comprometer la dinámica del régimen político competitivo. También en relación con la epidemia se ha revelado un impulso que parece connatural a los gobiernos de endurecer su mandato en escenarios de crisis: al lado de varias de las medidas sanitarias se han deslizado otro tipo de acciones y directrices policiales, de vigilancia cibernética y tecnológica, que deben ser supervisadas y discutidas públicamente¹⁷.

15 Nancy Fraser, *Escalas de justicia*, op. cit.

16 Dani Rodrik, *Hablemos claro sobre el comercio mundial*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2018. Asimismo, Dani Rodrik, *Una economía, muchas recetas. La globalización, las instituciones y el crecimiento económico*, México, FCE, 2011.

17 Diversos autores han observado estas tendencias autoritarias. Al respecto, se puede ver AAVV, *Sopa de*

LA DEMOCRACIA, EL PUEBLO Y LO PÚBLICO

Se ha venido criticando la expropiación de lo público por parte de los intereses privados y particulares de élites, poderes fácticos, intereses económicos nacionales o globales, por los sistemas tecnocráticos y científicos, etc. Ante este estado de cosas las personas comunes que forman el llamado pueblo, que es la fuente legítima de la autoridad del sistema político, tienden a mostrar desafección por las formas convencionales de la democracia constitucional. Por definición la idea de lo público remite al interés general, a lo que es de utilidad o uso común, en contra de lo que está cerrado y es excluyente. Todo lo que es público debe ser visible y oponerse a lo secreto, lo oculto y lo que se estima “sagrado”. En las sociedades modernas, en razón de su talante secular y desencantado, todo puede ser discutido y, de modo primordial, cualquiera puede intervenir en los asuntos que le afectan. Immanuel Kant abordó este tema a través de su ideal del “uso público de la razón”. Enfrente de las racionalidades privadas que pretenden estar ajenas al escrutinio y a la supervisión de las personas, Kant protestó que solo en el medio de la deliberación incluyente de las personas se podía lograr la ilustración del pueblo porque incorpora el principio de responsabilidad de los individuos, al que no se puede renunciar sin incurrir en una “culpable minoría de edad”. Aunque es cierto que el relato kantiano resuena algo elitista, en tanto refiere al público “lector”, es posible -como han hecho Hannah Arendt, Jürgen Habermas o John Rawls- destrascendentalizar el proyecto dieciochesco, socializándolo con una narrativa más actual que incorpora los diversos saberes que las ciencias sociales y la filosofía posterior al giro lingüístico de carácter pragmático.

Hannah Arendt destacó el papel del juicio y la reflexión política de las personas como una manera de construir lo político en contra de discursos y acciones gubernamentales y de otro tipo de poderes que se pretenden imponer socialmente como maquinarias necesarias. La amenaza totalitaria, el mal banal, consiste en la ausencia del pensamiento y la deliberación como en el caso de Eichmann¹⁸, el criminal nazi que organizó el sistema ferroviario que condujo a los campos de concentración a los judíos en la Segunda Guerra Mundial. Los males y amenazas a la democracia y lo público que señalamos en el epígrafe anterior tienen que ver con diversas lógicas que se han impuesto a la vida social sin que los regímenes políticos consigan domesticarlas y ponerlas bajo control de las personas. Piénsese en la globalización económica, en los sistemas tecnológicos y científicos, en los

Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias, Editorial ASPO, 2020.

18 Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen, 1999; Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1998.

esquemas de información y comunicación, etc. Todos ellos tienden uniformar a las personas y comprometen la pluralidad social, dificultando la capacidad humana de la imaginación representativa, de pensar mundos nuevos. Para Arendt esta capacidad se lograba en el ejercicio de ver y pensar el mundo desde el lugar de los otros, de poner entre paréntesis el nuestro con sus sistemas de reglas habituales y que nos son familiares¹⁹. Es algo que en un escenario inusitado como la pandemia de la COVID-19 debe aquilatarse como virtud fundamental: pensar sin la ayuda de barandillas; o en palabras de Octavio Paz, pensar a la intemperie.

La obra de Arendt permite visibilizar también los distintos espacios en el que se ejercita la condición humana, que la crisis sanitaria daña más: enfrente del espacio público, que es el de la acción típica de la política, están el espacio de la labor o doméstico en el que ocurre la reproducción de la vida material humana, además del espacio del trabajo, de la producción y del mercado²⁰. El confinamiento reveló la precariedad de la vida doméstica y de la seguridad humana elemental: salud, educación, cuidados; y lo mismo expuso respecto del mundo del trabajo, que se ha desregulado afectando los intereses de las personas.

Jürgen Habermas, por su parte, propone una reconstrucción de la esfera de la opinión pública²¹ similar a la de Kant en su reflexión sobre la ilustración, describiendo procesos de socialización e integración colectiva a través de un espacio de diálogo bajo condiciones de inclusión, simetría y reciprocidad. En relación con los asuntos colectivos y las decisiones que a ellos correspondan, todos los afectados han de tomar parte de un modo autónomo, es decir sin restricciones a priori, sin amenazas y sin violencia. Como en el caso de Arendt, también Habermas da cuenta de escenarios diversos de la acción humana, de la complejidad societal y de los distintos sistemas como son el poder burocrático, el dinero, el de ciencia y tecnología, etc. Estos amenazan con “colonizar” e invadir los espacios de la comunicación de las personas que acontecen cara a cara, y les imponen lógicas severas. A tales racionalidades las nombró Habermas como instrumentales o estratégicas, para oponerlas al tipo de discurso que debe existir en los espacios públicos democráticos: que nadie falte, que todos quienes tengan algo que decir puedan hacerlo, que prevalezcan las mejores razones²².

19 Esta idea la desarrolla en Hannah Arendt, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, Chicago, The Chicago University Press, 1982.

20 Hannah Arendt, *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1998.

21 Jürgen Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1997.

22 Jürgen Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1989; Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa (2vols.)*, Madrid, Taurus, 1999; y Jürgen Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1996.

Para lograr ello, Habermas propone que el Estado constitucional, social y democrático de derecho se erija como una polea de transmisión, mecanismo de traducción o esclusa de los canales informales de la opinión pública hacia una comunicación mediada con intención cooperativa, simétrica, sujeta a pretensiones de validez como inteligibilidad, honestidad, verdad y corrección. Todas las voces pueden participar en la esfera pública, pero cuando aspiren a que sus reclamos se conviertan en imperativos públicos, colectivos, de una forma vinculante y coactiva, entonces deben sujetarse a reglas de diálogo equitativo, simétrico y libre²³.

El enfoque habermasiano es en este aspecto análogo al principio liberal de legitimidad de John Rawls, quien señala: “el poder político es legítimo sólo cuando es ejercido de acuerdo con una constitución (escrita o no escrita), cuyas esencias pueden aceptar todos los ciudadanos, como ciudadanos razonables y racionales que son, a la luz de su común razón humana”²⁴. Una de las cuestiones dignas de destacar del pensamiento rawlsiano tiene que ver con su reconocimiento del valor de la pluralidad como un dato irrecusable de las sociedades contemporáneas. Comprender este punto es primordial para apreciar la singularidad del constitucionalismo liberal²⁵. Cuando esta perspectiva, en la obra del filósofo norteamericano se cruza con todas sus reflexiones acerca de la justicia social²⁶, que sin duda han marcado la conversación pública en torno a la justicia distributiva, al desarrollo y al bienestar de las personas, no solamente desde el punto de vista teórico sino en el diseño de las políticas públicas de los estados nacionales, e incluso de índices de bienestar y calidad de vida globales, se puede poner en su correcta dimensión el significado de su liberalismo como siendo eminentemente político, y no económico. Basta pensar en el trabajo de Amartya Sen, premio nobel de economía que propuso el conocido como enfoque de las capacidades humanas, y la deuda que explícitamente observa. El Índice de Desarrollo Humano (IDH) en el mundo fue elaborado en el contexto de todas estas reflexiones tal vez inauguradas por el igualitarismo rawlsiano²⁷. Para América Latina el constitucionalismo de los derechos es un adelanto comparativo que no se puede despreciar.

23 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.

24 John Rawls, *La justicia como equidad Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 71.

25 John Rawls, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.

26 Quizás la obra más influyente del siglo XX sobre justicia social y distributiva sea John Rawls, *Teoría de la justicia*, Madrid, FCE, 1995.

27 Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, México, Planeta, 2000; y Amartya Sen, *La idea de justicia*, Madrid, Taurus, 2010.

CONSTITUCIONALISMO: LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA COMO VALORES PÚBLICOS PRIMORDIALES

Las constituciones expresan el compromiso de un pueblo con un proyecto normativo que incluye de manera simultánea la autonomía privada de las personas, manifiesta en la idea de derechos humanos, y con su autonomía pública, retratada en la concepción de democracia y soberanía popular. Ambas recogen los espíritus liberal y republicano que históricamente están a la base del constitucionalismo. La dimensión dogmática, sustantiva y nuclear de las constituciones, consiste en las declaraciones y catálogos de derechos; mientras que la dimensión orgánica connota cuestiones de tipo más pragmático y operativo: quién, cómo y qué manda dicho pueblo. Para ello es preciso determinar el reparto y los límites del poder, así como sus fuentes de legitimidad y validez.

Como se dijo antes de la mano de Arendt, Habermas y Rawls, el ideal de lo público a partir de las revoluciones de derechos implica que en las sociedades modernas esta noción es ineludiblemente plural y compleja²⁸. No hay “Pueblo” si por tal se entiende un ente metafísico, unitario, homogéneo; y mucho menos se puede asumir que nadie, ninguna persona, pueda expropiarle su voluntad y retratar sus intereses. Es claro que en estos tres autores resuena el ideal kantiano de la autonomía, y las ideas de uso público de la razón, en contra de sus usos instrumentales y estratégicos.

En el lenguaje de los derechos humanos suele ocurrir en la actualidad la participación y deliberación pública. Los derechos reflejan una concepción potente de justicia que en los estados constitucionales contemporáneos se emplea por una amplia gama de movimientos, incluidos muchos que incorporan causas radicales de grupos excluidos: mujeres, minorías étnicas y religiosas, comunidad LGBTI, personas con discapacidad, ecologistas, campesinos, indigentes urbanos, entre otros²⁹. Desde este enfoque que echa luz sobre las luchas políticas de distintos actores se destaca la función práctica de los derechos como expresión de la idea crítica de que todas las personas importan y que sus voces cuentan enfrente de cualquier forma de poder: dominación, explotación o exclusión.

Con lo anterior no se quiere decir que el discurso de los derechos humanos sea suficiente para abarcar el sentido de todos los movimientos, protestas, resistencias o revueltas que se expresan en el espacio público nacional o global. No

28 He desarrollado esto ampliamente en Alejandro Sahuí, *Razón y espacio público. Arendt, Habermas y Rawls*, México, Ediciones Coyoacán, 2002.

29 Este es el tema de mi libro Alejandro Sahuí, *Derechos humanos, grupos desaventajados y democracia*, México, Fontamara, 2018.

son pocos los actores que acusan a este discurso de constreñir muchas demandas sentidas de las personas; piénsese las dificultades de la idea de derechos para realizar los derechos sociales, económicos, culturales o ambientales; de dar cauce adecuado a los movimientos decoloniales, altermundistas y antiglobalización; u otras causas revolucionarias y radicales. Dado que en su formulación original los principios y las reglas de derechos humanos representaron sobre todo causas individuales de un sector acomodado y homogéneo, las instituciones del estado constitucional planeadas en estas condiciones han sido bastante insensibles a pretensiones de otras índoles. Si el interés que subyace a un reclamo público no pertenece a un sujeto individual, sino proviene de un colectivo en el que no se puede desagregar ni cuantificar la fracción relativa a cada persona, no se suele concebir ese reclamo como un derecho humano justiciable.

Sin embargo, esto no significa que los derechos abriguen causas conservadoras en sentido puramente burgués y elitista. Carlos Pereyra ha demostrado que los derechos políticos son históricamente más herederos de reclamos y movimientos populares de la clase trabajadora, marginada y excluida, que una elaboración exclusivamente liberal y burguesa³⁰. Tampoco es despreciable la lucha del feminismo y del movimiento anti-racista en la resignificación de los derechos y la democracia en dirección a una inclusión universal.

Con un sentido semejante Kathryn Sikkink ha querido rescatar la idea de derechos humanos de sus interpretaciones reductivas, que juzgan en ellos la voluntad de dominación de las potencias globales³¹. Los derechos serían vehículos de una forma de imperialismo moderno. Sikkink demuestra que es un error histórico atribuir el impulso original de las declaraciones de derechos humanos a los países hegemónicos. Las contribuciones de las delegaciones de América Latina y otros estados “del Sur global” al derecho internacional de los derechos humanos fueron trascendentes y colocaron temas en la agenda, por ejemplo, los derechos sociales, económicos y culturales.

Pero más allá de la disputa por sus orígenes o por sus “correctos” desarrollos institucionales y doctrinales, aquí interesa destacar la función práctica que cumplen los derechos para las personas que luchan por ellos. Esto conduce a la segunda dimensión del constitucionalismo: la autonomía social y pública de las personas, o el régimen político. Las diversas batallas por el reconocimiento de derechos, y por la emancipación de las personas y los grupos, tienen necesariamente

30 Carlos Pereyra, *Sobre la democracia*, México, IEPCEJ, 2012.

31 Kathryn Sikkink, *Razones para la esperanza. La legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018.

sentido político; configuran lo que de hecho entienden los actores cuando hablan de la democracia.

Sobre la noción de la democracia, empero, debe hacerse una aclaración. La democracia no se reduce a las definiciones canónicas de la democracia competitiva y pluralista que subyacen por lo común a los estados constitucionales en la actualidad. Este tipo de definiciones le atribuyen a la democracia determinados principios y reglas que sirven para trazar distinciones entre regímenes democráticos y no-democráticos. Para Joseph Schumpeter: “método democrático es aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo”³². Que existan elecciones libres, limpias, regulares y frecuentes, y nadie controle sus resultados, son supuestos que establecen un estándar mínimo para calificar un régimen político como democrático o no.

Sin embargo, como propuso Robert Dahl para caracterizar a las democracias actuales: lo más importante de un régimen político son dos principios básicos: participación y oposición. Que ninguna persona falte con el mismo poder e influencia en las decisiones colectivas es el componente igualitario de la democracia; y que exista la mayor discusión y crítica, aun la más radical -que pueda expresar oposición al régimen sin amenazas o violencia-, expresa el componente liberal³³. Existen infinidad de diseños institucionales capaces de realizar los principios de participación y oposición en los sistemas políticos visto en su conjunto, más allá del régimen de competencia electoral. Aunque este tipo de régimen fija el estándar por debajo del cual no es posible reconocer una constitución como democrática, muchas otras condiciones son indispensables desde la perspectiva de los actores para que puedan interpretar sus prácticas como legítimas: una opinión pública plural y robusta, un conjunto de libertades políticas garantizadas: expresión, asociación, movimiento, acceso a información, rendición de cuentas, etc. La concepción de “poliarquía” de Dahl no se puede calificar de minimalista o determinista porque admite múltiples esquemas de organización, pero sobre todo porque no se satisface como un “check list” de requisitos formales.

En tal sentido, la democracia es sobre todo un régimen “oposicional” en el sentido de John Medearis³⁴; porque su interés práctico es conducir y controlar las instituciones y fuerzas que inciden en la vida social. La democracia apunta a

32 Joseph A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia* (2 vol.), Barcelona, Folio, 1996, p. 343. La definición de Norberto Bobbio es bastante cercana REFERENCIA.

33 Robert Dahl, *La poliarquía. Participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 1989.

34 John Medearis, *Why Democracy is Oppositional*, Harvard University Press, 2015.

que tales fuerzas no sean alienantes; o sea, no eclipsen las capacidades de las personas para actuar. La democracia es un proceso activo y permanente de llegar a ser. También la idea de “contrademocracia” de Pierre Rosanvallon va en la misma dirección³⁵.

Si se toma en serio el ideal pluralista, se estaría de acuerdo con Roberto Mangabeira Unger, quien invita a adoptar una actitud “experimentalista democrática”. Esta actitud previene de caer en el “fetichismo” de las instituciones³⁶. Unger reflexiona en torno a las condiciones del progreso práctico y las exigencias de la emancipación individual. En ambos casos se trata de juzgar las capacidades de las personas para actuar en el mundo sin ser coaccionado por el entorno material o por las divisiones y jerarquías sociales heredadas.

La crisis sanitaria actual ha subrayado la profundidad de la crisis social debida a la desigualdad y falta de cohesión; de la crisis política, debida a la ineficiencia de las instituciones, el déficit de legitimidad de los gobiernos y la captura del estado por poderes fácticos; y de la crisis económica, derivada sobre todo de la precariedad y desregulación de los sistemas de reproducción (doméstico, del orden de los cuidados y de la seguridad social), de la producción y el intercambio (mundo laboral, de la fabricación y el mercado). Estas circunstancias solo podrán ser subvertidas a través de la participación abierta e incluyente de las personas³⁷. Desde nuestro punto de vista ello significa que debemos volver a juzgar, pensar y actuar en público, unos con otros, tratándonos recíprocamente con la misma consideración y respeto.

35 Pierre Rosanvallon, *Contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2007; y Pierre Rosanvallon, *La sociedad de iguales*, Buenos Aires, Manantial, 2014.

36 Roberto Mangabeira Unger, *La democracia realizada. La alternativa progresista*, Buenos Aires, Manantial, 1999.

37 Este tema lo desarrolló en Alejandro Sahuí, *Igualdad y calidad de la democracia*, Ciudad de México, Fontamara, 2018.

O DIREITO PÚBLICO NAS PANDEMIAS: RESTRIÇÕES DE ACESSO POR TERRA E AR

Georghio Alessandro Tomelin³⁸

1. INTRODUÇÃO: O CENÁRIO GERAL DA COVID-19

O vírus da ignorância em certa medida nos atinge a todos. E todos vamos morrer. Alguns de nós de alguma virose real até.

Eu, provavelmente, devo morrer de infarto, de câncer ou de acidente automobilístico (se não houver intercorrências fora da estatística média). Perdoem-me a “premeditatio malorum” e a inoportuna “melete thanatou”: posturas estoicas talvez estejam longe de ajudar a resolver a crise pela qual estamos passando. O fato inegável é que a pandemia, que há 100 anos não voltava, parece estar abalando interpretações e compreensões sobre o funcionamento dos sistemas médico e jurídico.

Os poderes públicos fazem a gestão da vida e da morte de seus “súditos”. Controlam acessos e mitigam riscos para fins de diminuir o custo de manutenção do próprio Estado. E, por vezes, eliminam em definitivo os “desincluídos” da economia (para diminuir gastos públicos com julgamentos ou execução de pena). Não sem razão discursos autoritários têm servido para, subliminarmente (ou expressamente até), fundar a posição de que a limpeza “étnica” pode ser o lado bom da crise (inacreditável!).

Claro que tudo isso acaba tendo um aspecto mais estocástico do que estatístico. Os poderes constituídos agem por faixas e não micrometricamente. Uma decisão sobre parar o comércio e grande parte dos serviços dirigidos ao público pode não ter o mesmo efeito em todos os lugares e estamentos sociais ao mesmo tempo. A opinião consultiva das comissões técnicas não vincula a atuação do administrador público, e aí reside o busílis das interpretações sobre fatos e dados.

As prerrogativas administrativas, de ordinário, não podem eliminar por completo a liberdade dos indivíduos. Existe um meio-termo aí a ser buscado, que acaba desequilibrado nas situações extraordinárias. As situações de emergência pública apertam um pouco mais as tais cláusulas torniquete das constrições estatais. Restrições de circulação acabam impostas, por não se saber exatamente o que

38 Doutor em Direito do Estado pela USP. Professor dos programas de Pós-Graduação da Unisa e da ITE. Advocat-conseil auprès du Consulat Général de France à São Paulo. Integra a Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB/SP. Advogado e parecerista em direito público.

fazer ou como implementar soluções outras que possam conduzir a solucionar ou minorar problemas.

A depender da relação que um dado administrado tiver com a administração, pode este acabar mais ou menos “enclausurado” pelas normativas e restrições impostas. Daí falarmos em direito administrativo em relações de supremacia geral (para todos os cidadãos isonomicamente) e relações de sujeição especial (para servidores concursados, para fomentados, para autorizados, para licitantes contratados etc.).

Já houve um tempo em que o suicídio era crime. Isso ao argumento de que a vida de todos pertencia ao imperador, e ainda de que somente ele poderia assim dispor das existências fracionárias que compõem o grande Leviatã. Esse tempo passou. Hoje as pessoas têm a liberdade de se matarem no varejo e no atacado.

As pessoas hoje, em regra geral, possuem autonomia para correr seus próprios riscos. Para se manusear um veículo de modo imprudente, por exemplo, não se exige a titularidade de um plano privado de saúde, mas apenas que os exames de habilidade e de aptidão física e mental para conduzir sejam atendidos. De posse da carteira de motorista, o condutor pode se matar sozinho ou até eliminar alguém junto, gerando custos, por exemplo, para o sistema público de saúde. A sanção que pode sofrer pela infração penal praticada pode até vir a servir para o ressarcimento, desde que ele possua condições de arcar com o que vier a ser decidido (caso sobreviva). Na maioria das vezes, infelizmente, é o Estado que arca com os prejuízos. A imprudência de alguns gera custos para todos. Na pandemia Covid-19 é igual: são vários os relatos de pessoas que deliberadamente se locomovem em multidões, gerando risco de contaminação (alguns até ocupantes de importantes cargos públicos).

Há, sim, muita gente que vai morrer da pandemia Covid-19, seja porque fumou a vida toda, seja porque se alimenta mal ou faz pouco exercício (ou simplesmente porque teve a má sorte de ter uma alguma doença congênita que se agrava com o coronavírus). Difícil prever o impacto da concausa no evento morte, mas é fácil admitir que o uso do cigarro, em um dado caso, ajudou sim a tornar o sujeito mais suscetível ao impacto do coronavírus, por suas várias cepas e apresentações sindrômicas. Existe um componente do equipamento pessoal de cada um para enfrentar a doença, e o poder público não tem como interferir nisso. Poderíamos, por exemplo, tornar infração ou delito o uso do tabaco. Ou não? Mas o combate atual ao tabagismo tem sido promovido via extrafiscalidade e campanhas educativas.

O problema começa a ser estatal quando as medições comprovam que além das pessoas que já iriam morrer mesmo (por que optaram por um estilo de vida que piora seu condicionamento pessoal ou porque possuem alguma outra doença concomitante ou congênita), outras irão também sofrer com o funcionamento a menor do sistema de saúde (abarroto de usuários atípicos), pessoas estas que normalmente passariam incólumes por alguma vicissitude relacionada à doença (desde que alguns cuidados médicos mais acentuados tivessem tido ocasião de serem prestados). Ou seja, o poder público precisa (e pode, e deve) intervir mais nas decisões pessoais de cada um, especialmente quando a atitude individual puder levar a uma doença no coração do próprio sistema de saúde (gerando custos adicionais para toda a sociedade, que sofrerá com atendimento global deficitário).

Nestas situações, medidas restritivas de direitos mais abrangentes terão cabimento. Há locais em que o sistema de saúde já está subdimensionado (desde muito antes da pandemia), por uma série de fatores. Em outros, pode até estar superdimensionado. O que é mais relevante, entretanto, é que a medição da situação excepcional, do caso fortuito e da força maior, seja avaliada com rigor, para que se saiba por quanto tempo teremos que ampliar as restrições à liberdade individual, como contraface do desafogamento do sistema de saúde.

2. SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA O ENFRENTAMENTO DESTA SÍNDROME

Medidas excepcionais precisam ser tomadas, quando problemas fora de qualquer padrão ordinário passam a ter impacto. Os fins não justificam quaisquer meios, como sempre enfatiza Ingo Wolfgang Sarlet. Ao menos não nos Estados democráticos, nos quais a busca de consensos é seu pressuposto de válida existência. O grande tema da pandemia, todavia, é justamente esta situação em que ninguém tem tempo de buscar os necessários consensos. Organismos vivos e órgãos estatais estão tomados pelos impactos, médicos e jurídicos, da virose e da neurose coletivas.

O coronavírus se implanta com diferentes cenários e possibilidades nas distintas pessoas e estruturas. Uma doença de caráter geral ocasiona impactos sistêmicos em vários âmbitos da vida social e política.

De um modo geral, o coronavírus afeta o sistema de suprimento de oxigênio para as células e órgãos do corpo. O evento morte pode ocorrer porque a infecção pelo vírus ou (a) lesa mecanicamente o pulmão; ou (b) se liga no “lo-

cus” da hemoglobina em nível celular; ou (c) confunde o sistema imunológico e facilita mais ainda outras infecções secundárias; ou (d) faz liberação de ferro na corrente sanguínea (piorando o coração, o fígado, o pâncreas, os rins, o que pode ser mais grave para quem já não era 100% saudável, ou possua o desgaste natural pela idade avançada); ou tudo isso junto. Nas síndromes podemos ter várias doenças associadas, e o tratamento de uma das doenças pode ainda piorar a outra (tudo no mesmo indivíduo). Na Covid-19, em muitos casos, temos várias doenças associadas.

Temos, perceba-se, uma síndrome que pode agregar um conjunto de diferentes doenças e sintomas. Como enfrentar, do ponto de vista do direito público, uma doença que acerta em cheio muitos indivíduos e superlota hospitais e socorros públicos? O problema em termos estatais não é o de atender um único indivíduo, mas de repartir os recursos em saúde pública para o maior número possível de pessoas. Tratamentos caríssimos são possíveis, com plasma e imunoglobulina, mas não para todos. A “schumacherização” é para poucos!

Várias soluções estatais são possíveis, e algumas delas permitem até manter a economia em funcionamento (sem necessidade de “lockdown”, por bloqueio total ou confinamento amplo, ou outras restrições menores de acesso, como se deu em Taiwan, por exemplo). Os vários países atingidos pela Covid-19 utilizaram diferentes caminhos, que têm a ver com os níveis de disciplina da população e com a exuberância ou falta de mecanismos públicos de controle e análise de dados produzidos ou coletados.

Neste sentido, desde que existam os meios, nós poderemos: (i) testar 100% da população e isolar a força em hotéis ou ginásios pessoas com sintomas iniciais; (ii) testar percentualmente a população com amostras significativas por região, o que permitirá acompanhar a migração do vírus por área; (iii) fornecer máscaras para toda a população, obrigando a sua utilização, para reduzir a quase zero a taxa de contaminação; (iv) rastrear por “tracking” digital todas as pessoas que tenham passado próximo a áreas de risco; (v) monitorar, via bancos de dados de empresas de celular, nomes e endereços dos que estejam em áreas de risco potencial (sem esquecer todo o problema de lesão à privacidade que o tema poderá gerar); (vi) isolar e confinar as pessoas em suas casas (“lockdown”), solução derradeira para o país que não tenha insumos, métodos, equipamentos ou sistemas, para testar ou rastrear o avanço e o retrocesso da pandemia. Essa é uma lista exemplificativa de possíveis caminhos para o ataque das causas da pandemia. A capacidade de implementar medidas menos restritivas de locomoção aponta para os sistemas

públicos de saúde mais equipados.

As pandemias acabam quando mais da metade da população tenha tido contato com o vírus, e assim já esteja esta naturalmente imunizada. Identificar este momento de descida da curva de contaminação, por algum critério científico sério, é essencial para decidir sobre o momento do desconfinamento de pessoas (ou o fim das restrições de acesso a vias e meios de transporte).

Em alguns locais os governos decidiram por reduzir à metade os veículos de transporte público em circulação, quando o mais correto, em nossa visão, seria dobrar o quantitativo de veículos coletivos, para que as pessoas pudessem transitar com menor taxa interna de ocupação. Perceba-se que, em meio a uma crise, todo tipo de solução tem pró e contra (o “cobertor público” é sempre curto, por definição). Mais veículos: maior possibilidade de circulação de pessoas. Menos unidades de transporte público na rua: mais pessoas com ampla proximidade de contato e conseqüentemente maior risco de contaminação.

Uma coisa é certa: mensurar a curva de casos apenas pelo número de mortos, ou ainda levar semanas para seriamente concluir quem teve e quem não teve a doença, equivale a facilitar o contágio por absoluta desinformação e desorientação dos atingidos. A taxa de contaminação amplia-se com um excessivo número de pessoas circulando assintomáticas ou com sintomas leves, acreditando que possuem outra coisa que não o coronavírus. Quem chega a ter sintomas, já estava contagiando outras pessoas nos dias anteriores, como ocorre também em outras viroses.

Apresentamos as hipóteses acima para obviar nossas conclusões jurídicas, e não para apresentar uma receita do que solucionaria o problema (que nem de longe é nossa área de atuação). Sabemos, pela mídia e publicações, que os casos individuais da doença se apresentam das mais variadas formas. De uma perspectiva do direito público, o importante é perceber que o vírus não é seletivo, mas a desigualdade sim. As mortes estão sim ocorrendo nas regiões mais pobres, onde as condições de atendimento e tratamento são piores (com moradias sem possibilidade de isolamento, nos casos menos graves, ou ainda em razão de postos de saúde menos estruturados na periferia).

As escolas públicas foram ótimas nos anos 50, até que os filhos da classe pobre puderam se matricular (contra a vontade dos mais ricos que dominavam sozinhos este espaço público, é claro). Com a entrada dos mais humildes no ensino universal, os “dinheiros” do Estado voaram para outros setores (pois quem decide o destino das verbas não são os desvalidos). O mesmo se dá na área da

saúde, e a pandemia de coronavírus é apenas uma lente de aumento que clarifica a falta de isonomia no tratamento de casos e situações.

Em matéria de cultura, ensino e saúde, sempre houve desigualdade de tratamento por parte do Estado: a diferença agora é que um caminho mal traçado na pandemia pode ser irreversível. Excluir deliberadamente os pobres do ensino de qualidade beneficia os mais abastados: que serão chefes e patrões dos menos qualificados (que não tiveram acesso ao bom ensino). Já a exclusão de um estudante mais humilde do acesso ao sistema de saúde de qualidade vai manter vivas as ondas secundária e terciária da pandemia: atingindo a todos. A proteção que pode existir para o “vírus da ignorância” não é factível para além da metáfora.

3. AS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE

A defesa da saúde está prevista, como competência legislativa, no art. 24, inc. XII, da Constituição Brasileira, como competência concorrente da União e Estados. Os parágrafos do art. 24 são claros ao estabelecer que: (a) a União produzirá normas gerais; (b) não se excluindo a competência complementar dos Estados nesta matéria; (c) nem a competência transitória plena dos Estados quando houver inércia da União. Os tribunais irão debater o que prestigia mais a federação: força ou castração a estados e municípios?

No que se refere às atribuições materiais para a proteção à saúde, estamos diante de competência comum das três esferas. Perceba-se que somente a proteção do regime, das instituições e do patrimônio público precedem topograficamente a proteção da saúde e das pessoas:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

O inc. VII, do art. 30, da CF, diz ainda que compete aos municípios “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”. Ou seja, materialmente todos os entes de direito público estão envolvidos, ainda que a normativa geral tenha que advir da União, com a atividade supletiva dos demais nas omissões. A União regula e todos executam, e se a União não regular a situação de emergência, vale a supletiva

atuação de Estados e Municípios na regulação e na busca material de soluções.

No que se conecta ao mérito das ações de saúde, é claro o texto da Constituição ao determinar que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196, CF).

Disso resulta todo um regime orçamentário público e de benefícios tributários para os privados que atuam no setor de saúde. A depender da maior ou menor proximidade com fomento estatal, teremos ainda um maior ou menor dirigismo público em cada caso. Existem normativas para hospitais públicos e privados, que advêm das esferas federal, estadual ou municipal. Todos devem ser respeitados e podem gerar entraves ou obrigações pontuais. Este sistema amplia-se nas pandemias e situações de emergência, quando uma maior regulamentação será necessária.

4. CÍRCULOS PÚBLICOS DE INTERVENÇÃO ECONÔMICA

Um momento de crise na área da saúde leva ao desejo de que os profissionais e empresas envolvidos no combate à pandemia recebam algum incentivo. Se o fomento estatal não puder ser automático, ou se enfrentar restrições orçamentárias, que ao menos ocorra algum tipo de facilitação na regulamentação do setor. Tal facilitação jamais poderia ser utilizada para fins de fabricar superfaturamento ou destruir a rastreabilidade dos atos para posterior responsabilização em caso de abuso.

Partamos de uma abordagem constitucional:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

A nova Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, denominada lei da liberdade econômica, pretende regular o tema e lança uma principiologia expressa:

Art. 2º. São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

- II - a boa-fé do particular perante o poder público;
- III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e
- IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

É que os entes estatais, frequentemente, agem “como irmão mais velho” de quem financia as campanhas eleitorais (antes pagas pela pessoa jurídica e agora pela física dos empresários), e acabam beneficiando assim os grandes em detrimentos dos pequenos. Por isso a nova lei vem e remarca o impedimento de criar obstáculos para a entrada de novos integrantes dos mercados, para além da função social dos contratos.

A nova lei pretende também criar um rótulo para atividades mais simples, sem a necessidade de fiscalização municipal. Esta lei federal, entretanto, não pode interferir na autonomia municipal sob pena de inconstitucionalidade. A ideia da lei seria acelerar a economia evitando entraves municipais. Mas em relação a atividades em que licenças e autorizações são requeridas, pela legislação local, não há como evitar “interferências” de outros entes da federação. A nova lei de liberdade econômica pretende facilitar, mas não pode bulir na competência local para regular acessos ou normatizar produção e consumo. A pandemia nos coloca, portanto, na situação de desejar ver os empresários do ramo de saúde com a vida “facilitada” (com a coletividade toda lucrando e não apenas eles, por evidente), mas não é certo que isso vá ocorrer automaticamente em uma federação de largo espectro como a brasileira (na qual uma espécie de diarreia normativa desarranja competências e cria conflitos e superposição de atribuições).

O art. 174 da Constituição Federal de 1988 deve ser interpretado à luz da livre iniciativa e da livre concorrência também consagradas no texto da Lei Maior. Os poderes estatais têm duas formas de atuação: (i) como agente normativo ou (ii) como agente regulador. E o fará mediante o exercício de três funções: (a) fiscalização; (b) incentivo; e (c) planejamento. E nestas três funções poderemos ter sanções penais (interdições, multas etc.) ou premiaias (fomento, linhas de crédito, ou até compras cativas sem licitação como ocorre nas PDPs).

Todos estes instrumentos se prestam a garantir uma formação de preços para o desenvolvimento nacional equilibrado (art. 174, §1º, CF) e a proteção do mercado nacional (art. 219, CF). Isto porque, sem um mínimo de planificação econômica não se realiza o Estado do Bem Estar Social. Em matéria de direito à saúde, temos ainda a necessidade de obtenção de todas as licenças e autorizações de funcionamento exigidas pela legislação local. A lei de liberdade econômica

regula o art. 174 da Constituição, mas não interfere neste regime local de licenças e autorizações (o que pode equivaler a “*flatus vocis*”).

5. A RESTRIÇÃO DE CIRCULAÇÃO COMO MÉTODO DE BLOQUEIO DO AVANÇO VIRAL

A legislação especial para a regulação da pandemia Covid-19 (que vem sendo alterada por medida provisória e regulada por atos administrativos) trouxe uma série de possibilidades de restrição de circulação. São elas: restrição excepcional e temporária em portos ou aeroportos, para entrada e saída do País, e locomoção interestadual e intermunicipal. A normativa promove delegação a fatos, e irroga à Anvisa e às “evidências científicas” o fundamento para a prática do ato de autoridade excepcional.

Tais atos, certamente, ainda irão prejudicar muitas pessoas, que terão grande dificuldade de comprovar o prejuízo e receber alguma indenização. A regra na teoria geral dos seguros, por exemplo, é a da repartição simples. Se todos sofrem dano não existe muito de onde tirar o valor da indenização: cada um acaba por suportar sua carga de prejuízo individual. Situações excepcionais terão tratamento diferenciado, mas o tempo se encarregará de matar o direito que eventualmente tenham. Pior ainda quando se pretenda uma indenização dos cofres públicos, que passa a ser visto como o segurador universal.

Nessa linha de restrições, ao que tudo indica, o confinamento e a restrição de acesso a vias públicas parece ser um método eficaz para diminuir o coeficiente de infecção pelo coronavírus. Na França, por exemplo, a taxa de infecção na Covid-19 caiu de 2,3 para 0,5 com as medidas restritivas de isolamento social (conforme divulgado pela mídia francesa em maio de 2020). Ou seja, no início da pandemia cada pessoa contaminava duas, o que, em uma escala de dez contaminações em sequência, levava a mil pessoas contaminadas a partir de cada indivíduo (dois elevado a dez).

Com o confinamento por isolamento social, as restrições de circulação por terra e por ar e o fechamento do comércio não-essencial, achatou-se a curva de contágios e assim a contaminação diminuiu (segundo notoriamente vem sendo divulgado). Após o pico da pandemia, no momento em que se decide na França pela abertura parcial de vias públicas e serviços (em maio de 2020), a taxa de contaminação estava 0,5 (e com 0,5 é como se a cada duas pessoas infectadas estas contaminam mais uma). Com isso, o sistema de saúde francês foi capaz de não deixar sem atendimento os seus usuários (o que infelizmente não ocorreu

na Itália e em outros países, nos quais pessoas morreram sem atendimento, por Covid-19 e por outras doenças).

A medição de tais dados e o seu registro em um sistema nacional é função da União, sem o que estamos olhando para a pandemia à luz de velas. Medição esta que não vem sendo feita pelo Governo Federal brasileiro (que deveria coordenar a federação neste momento, suprindo insumos nas desigualdades regionais).

As restrições de circulação em rodovias e aeroportos parecem alternativa eficaz, sobretudo para o Brasil que não tem acesso a kits de exames, nem a um sistema de saúde robusto com muitas vagas de UTI, ainda que seja universal. O maior problema que enfrenta o Brasil, em tais situações, é, portanto, a falta de coordenação entre as unidades federadas. E se estamos à deriva, sem dados e sem um sistema público de prevenção operativo, só nos resta a clausura individual (o que só funciona para os que tenham reservas e não dependam do dia-a-dia para a obtenção do sustento familiar).

6. PARALISIA ADMINISTRATIVA NA COVID-19

As pandemias paralisam as administrações. Sempre foi assim. A ciência existe para prever e curar: nossa fome de ciência deriva do medo do desconhecido que o futuro nos reserva. Para impedir que sejamos pegos de inopino pelos imprevistos, estudamos, aprofundamos e ensaiamos previsões. Quando temos uma situação de catástrofe, todavia, não há protocolos pré-estabelecidos. Caso contrário não seriam catástrofes excepcionais.

Situações excepcionais travam o funcionamento administrativo em um primeiro momento:

Conforme alerta Stefan Cunha Ujvari em sua “História das Epidemias”: “no início das epidemias, os membros dos conselhos administrativos municipais tentavam de todas as formas conter o pânico da população com falsas conclusões” [cf. “A história e suas epidemias”, de Stefan Cunha Ujvari, p. 60]. Esta tem sido a reação comum da administração pública ao longo dos milênios nas pandemias: negar fatos e tirar da catástrofe alguma vantagem política. Sempre que a administração pública é constrangida a agir rápido, porque uma pane geral no sistema público se avizinha, negam-se os fatos e se torce por um milagre. Quando o milagre não vem, temos uma pandemia, uma catástrofe natural ou simplesmente o impacto da carência ordinária de recursos vivenciais agravada pela falta de previdência estatal. A administração acaba por atender mais os seus titulares em primeiro lugar do que os cidadãos em geral, e precisa, assim, reorganizar gastos, o que vai envolver fatalmente

cortes internos pesados. A resistência dos titulares da administração é automática.³⁹

E sempre que não há solução, só nos resta fazer pensamento positivo orando para uma solução “deus ex machina”. O tema dos milagres ou dos sacrifícios é antigo. Ficou na cultura do “acender uma vela”. No Banquete (201d) já relembra Platão que “os atenienses ofereceram sacrifícios para conjurar a peste”. Refere-se ele à peste que assolou Atenas no começo da guerra do Peloponeso, a mesma que foi registrada por Tucídides e que hoje acreditamos tratar-se de febre tifoide (que pode ter levado embora mais de um quinto do exército de Atenas). A peste foi talvez o elemento catalisador para a derrocada final de Atenas.

Foi apenas a partir do século XVIII que a medicina iniciou sua cruzada contra as doenças infecciosas, passando a tornar-se objeto de gestão pública. Desde então o tema dos custos econômicos estatais, repartidos com o todo social, é ponto de regulamentação jurídica constantemente em crise orçamentária. Ou seja, a crise da medicina é antiga, e foi assim que Michel Foucault caracterizou o tema em 1974 em Conferência proferida no Centro Biomédico no Rio de Janeiro, quando debate o momento do surgimento de tecnologias e o nascimento dos grandes sistemas de seguridade social:

« La crise est apparue à partir de ce moment, avec la manifestation simultanée de deux phénomènes : d’une part, l’avance technologique qui signifiait un progrès capital dans la lutte contre les maladies ; d’autre part, le nouveau fonctionnement économique et politique de la médecine. Ces deux phénomènes n’ont pas produit l’amélioration du bien-être sanitaire que l’on pouvait attendre, mais plutôt une curieuse stagnation des bienfaits pouvant résulter de la médecine et de la santé publique. »⁴⁰

Ou seja, se havia chances de um potencial ganho de qualidade pelo aprimoramento tecnológico dos mecanismos de tratamento, este foi apropriado pela economia e não para o aprimoramento da saúde pública coletiva. E conclui mais adiante no mesmo texto Michel Foucault:

« Par conséquent, le niveau de consommation médicale et le niveau de santé ne sont pas en relation directe, ce que révèle le paradoxe économique d’une croissance de la consommation qui n’est suivie d’aucun phénomène positif du côté de la santé, de la morbidité ou de la mortalité. »⁴¹

Está correto Foucault quando enfatiza que o consumo médico aumentou,

39 Cf. Georgio Tomelin, “Escassez geral nas catástrofes: cidadãos sufocados pelas prerrogativas da administração pública”, na obra coletiva “As consequências da Covid-19 no Direito Brasileiro”, coord. Walfrido Warde e Rafael Valim, editora ContraCorrente, no prelo, 2020.

40 Cf. Michel Foucault, “Crise de la médecine ou crise de la l’antimédecine”, Dits et Écrits, vol. II, Paris: Éditions Gallimard, 2001, p. 43.

41 Ob. cit., p. 55.

sem que isso viesse acompanhado de um fenômeno positivo em termos de diminuição da mortalidade. Quando o problema se torna coletivo, com a certeza visual de que atingirá a todos, apesar da ampla qualidade da medicina privada brasileira, é que o sistema entra em colapso. O “pânico generalizado” faz com que cada administração pública opte por soluções “ad hoc”. Soluções que nem sempre são pautadas em critérios técnicos verificados com rigor, o que se agrava ainda mais quando nem mesmo os cientistas tiveram como produzir seus “consensos”. Até porque não houve ainda tempo para construir a “disciplina” da pandemia:

“Para que haja disciplina é preciso, pois, que haja possibilidade de formular, e de formular indefinidamente, proposições novas.

“Mas há mais; e há mais, sem dúvida, para que haja menos: uma disciplina não é a soma de tudo o que pode ser dito de verdadeiro sobre alguma coisa; não é nem mesmo o conjunto de tudo o que pode ser aceito, a propósito de um mesmo dado, em virtude de um princípio de coerência ou de sistematicidade. A medicina não é constituída de tudo o que se pode dizer de verdadeiro sobre a doença; a botânica não pode ser definida pela soma de todas as verdades que concernem às plantas. Há, para isso, duas razões: primeiro, a botânica ou a medicina, como qualquer outra disciplina, são feitas tanto de erros como de verdades, erros que não são resíduos ou corpos estranhos, mas que têm funções positivas, um eficácia histórica, um papel muitas vezes indissociável daquele das verdades.”⁴²

Estamos em crise (do grego “krino”, julgar, escolher, separar, decidir). Crise é a falta de critério para decidir. Existe uma luta entre CNPJs e CPFs em curso na pandemia da Covid-19. Não sabemos se o acirramento das contradições poderá levar a uma emancipação social mais rápida, como pretende Alysson Mascaro. Mas é certo que as “crises operam sob as formas do capital: assim sendo, sua tendência é de resolução pelos próprios termos que as ensejam.”⁴³ Ainda que não concordemos com tal atitude, posto descompassada com a própria normativa da Covid-19, ao pretender acelerar contaminações (fabricando mortes por as acreditar inevitáveis), a chefia do Governo Federal pode sim acabar dando um fim rápido a vários impactos da pandemia (o que contraria a confiança legítima que se espera dos órgãos de poder, que deveria estar lutando pela preservação dos indivíduos e não o contrário)⁴⁴.

42 Cf. Michel Foucault, “A ordem do discurso – aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970”, 24.ed., trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio, São Paulo: Edições Loyola, 2014, pp. 29/30.

43 Cf. Mascaro, Alysson Leandro. “Crise e pandemia [recurso eletrônico]”. 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2020, p. 20.

44 “Em quaisquer de seus atos, o Estado – tanto mais porque cumpre a função de ordenador da vida social – tem de emergir como interlocutor sério, veraz, responsável, leal e obrigado aos ditames da boa fé. De seu turno, os administrados podem agir fiados na seriedade, responsabilidade, lealdade e boa fé do Poder Público, maiormente porque a situação dos particulares é, em larguíssima medida, condicionada por decisões estatais, ora genéricas, ora provenientes de atos concretos.” Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, em artigo no livro “Direitos Humanos, Democracia e República – Homenagem a Fábio Konder Comparato”, Editora Quartier Latin do Brasil, verão de 2009, p. 219).

Tanto o que precipita quanto o que arrefece o combate elimina a crise (por aceleração ou invisibilidade). O tema é saber qual medida facilita a retomada econômica quando a pandemia acabar (previdência e providência são o fim prospectivo do Estado). Difícil nesta situação, como em quaisquer outras matérias que envolvam uma mudança de postura dos sujeitos, dizer o que é “a” verdade:

“Do dizer a verdade, a modernidade migrou para o dizer uma verdade. E não são poucas... Vivemos bombardeados por muitas verdades.” (p. 2)

“Pensar a verdade como acontecimento, em um jogo relacional, significa pensar um sujeito e um objeto desde uma relação mútua, de uma experiência ou de uma prática entre eles, que tanto os antecede quanto os modela.” (p. 12).⁴⁵

As afirmações acima estão corretas como pressuposto da educação infantil, e mais ainda na imposição de normatividade que precisa atingir o mundo dos adultos (hoje no Brasil coordenado por um consenso político infantilizado). O direito cria suas próprias realidades e é seu papel filtrar as contingências humanas: o verdadeiro jurista deve ser um filtro isento e de largo espectro da cognoscibilidade jurídica.⁴⁶ Isto porque o direito recorta a realidade, e seleciona os fatos que serão o pressuposto de aplicação das normas (e quem parte da “verdade” de que a pandemia não é nada, pouco obrigado se sente em cumprir suas próprias medidas provisórias). E se o problema é a proteção dos próprios filhos, este mesmo gestor não terá a coragem de Manlio Torquato.⁴⁷

7. IMPACTOS NO SISTEMA AEROPORTUÁRIO

O sistema aeroportuário possui um conjunto enorme de atividades acessórias sem as quais este não pode operar em voo de cruzeiro. Os gestores do sistema aeroportuário público enfrentaram duas situações graves em continuidade.

Em um primeiro momento, há o bloqueio de acesso a voos e terminais determinado por autoridades estaduais e municipais. Tais autoridades não possuem gestão sobre o sistema aéreo (que é federal), mas são capazes de impor medidas de restrição local, com efeitos reais sobre os usuários e sobre o entorno da infraestrutura aeroportuária. Em um segundo momento, temos o impacto do “novo normal” em termos de transporte aéreo, substituídos por conferências via sistemas de informática.

45 Cf. Luiz Guilherme Augsburger, Celso Kraemer e Helena Almeida e Silva Sampaio, no artigo “Entre dois nêlismos: uma arte acrobática para potencializar a invenção na pesquisa sobre infância”, *Conjectura: Filos. Educ.*, Caxias do Sul, RS, v. 25, e020002, 2020 (DOI: 10.18226/21784612.v25.e020002).

46 Cf. Georgio Alessandro Tomelin, em “Bandeira de Mello: vontade ligada pelo espírito público”, homenagem publicada na obra “Direito Administrativo Sancionador”, coordenada por José Roberto Pimenta Oliveira, Malheiros Editores, 2019, p. 43.

47 O general Manlius Torquatus mandou executar o próprio filho que descumpria sua lei. É dele a célebre frase “suporta a regra que tu mesmo fizeste”. Neste sentido, ver “O Estado Jurislador”, p. 166.

Em recente pesquisa formulada na França, no início de maio de 2020 quando se preparava para sair do confinamento estrito, concluiu-se que a primeira necessidade declarada dos seus cidadãos era “ir ao barbeiro” e a última “entrar em aeronaves”. O sistema internacional de transporte de passageiros sofreu um impacto nunca antes visto na história da aviação. A retomada dos voos (com os naturais riscos do confinamento conjunto de pessoas em um mesmo sistema de ventilação) irá demorar a voltar aos padrões originais.

Os contratos secundários da atividade aeroportuária, públicos ou privados, ficaram todos desequilibrados (alimentação, serviços, manutenção, estacionamento etc.). O inadimplemento de obrigações foi inevitável, e a regra base do Código Civil é o preceito geral que antecipa essa disfuncionalidade social:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Na legislação de direito público, caso fortuito e força maior são hipóteses de rescisão do contrato administrativo por solicitação do contratado, pois este não terá qualquer responsabilidade pela impossibilidade de prosseguir. O tema fica ainda muito mais grave nos aeroportos, nos quais as margens de lucro dos serviços são irreais, se comparadas com o que ocorre do outro lado da rua. Nossa Infraero cobra valores estratosféricos de quem quer voar pelos ares, ou trabalhar anexo a quem voa. Em um sistema econômico acelerado, tais vendas cativas têm seu custo diluído. Mas basta a mínima paralisação para apontar imediatamente e em negritos para o absurdo da composição de preços ali utilizada.

Espaços em aeroportos custam mais do que nos grandes centros comerciais, pois grande parte das vendas em aeroportos são sim cativas e forçadas em face de quem preferiria não estar ali (em um país no qual os poucos ramais ferroviários e rodoviários que havia foram desativados ou estão em péssimas condições). Este sistema de gestão aeroportuária exorbitante agora fracassa também pela realidade paralela que criou para si mesmo. Não raras vezes os custos com alimentação nos aeroportos brasileiros, para quem adquire passagens baratas com conexão, supera o valor do bilhete.

Os gestores aeroportuários têm optado por aditivos contratuais com a adscrição de descontos em porcentagens arbitrariamente definidas (e prorrogadas no tempo). Isto tem rompido com o princípio do contrato-realidade e da conservação dos contratos, pois na maioria dos casos os descontos precisariam de fato chegar próximo a 100% (o importante aeroporto de Congonhas em São Paulo,

por exemplo, chegou a ficar sem quaisquer voos em maio de 2020). Com serviços paralisados por decisão governamental das várias esferas (e às vezes até por decisão judicial obtida por associações ou pelo Ministério Público) não existe número suficiente para honrar salários, custos de manutenção e ainda os altíssimos valores cobrados pela Infraero.

É digno de nota que alguns gestores aeroportuários públicos têm optado mesmo por apostilar⁴⁸ suas decisões (em vez de abrir ampla negociação para um aditamento contratual consensual), dadas as dificuldades de negociação e aceite durante a pandemia. A solução unilateral de utilizar a figura da apostila, prevista no art. 65, §8º, da Lei Federal nº 8.666/93, merece até elogios, em um momento no qual valores contratuais precisam ser reajustados e postergados em suas datas de pagamento. A onerosidade excessiva regulada pelos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil (tema da importante obra de Paulo Magalhães Nasser: “Onerosidade Excessiva no Contrato Civil”, em fase de reedição) combina-se com as hipóteses da alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/93. Tudo isso irá exigir, em um momento posterior, o reequilíbrio contratual, com a rediscussão dos valores reais e impactos decorrentes dos prejuízos efetivamente causados pela Covid-19. Não basta prorrogar vencimentos e outorgar um desconto padrão, por exemplo, de cinquenta por cento. É necessário verificar o que efetivamente ocorreu e foi medido na realidade contratual.

Tudo isto para dizer, em poucas palavras, que a cláusula “rebus”, implícita em todas as relações de trato sucessivo, terá sua presença requisitada por algum tempo no reequacionamento das relações públicas pós-Covid-19.

8. CONCLUSÕES

A pandemia Covid-19 desestruturou a matriz contratual de todas as atividades, públicas ou privadas, que possuíam como pressuposto o amplo contato social.

Estamos diante de uma síndrome que terá impactos mesmo após o fim da pandemia. Os cenários de guerra se encerram com um beijo na capa dos jornais, e até podemos “sonhar” que todos vão se abraçar para a reconstrução pós-Covid-19. Mas isto não deve acontecer de imediato, pois o distanciamento social irá prosseguir mesmo com a descida do pico da epidemia viral.

48 Apostila é o ato declaratório da administração para certificar situação de fato incontroversas, como por exemplo alterações de nomes ou impactos de índices econômicos previamente estabelecidos. Em matéria de contratos administrativos diz o art. 65 da Lei Federal da Licitação: “§8º. A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.”

O Estado como agente normativo e regulador da economia precisa reorganizar os seus contratos e impor novos padrões estáveis, que sirvam de modelo para as empreitadas integralmente privadas.

As restrições de locomoção e acesso, por terra e ar, promovidas pelos entes governamentais terão efeitos prorrogados no tempo. Certas ou erradas, foram estas as medidas que utilizamos com a finalidade de diminuir a curva de contágio. Tenham ou não sido efetivas para sua finalidade principal, é inegável seu impacto deletério nas relações comerciais.

Quem sofreu prejuízos excepcionais em decorrência de tais medidas não terá opção diversa senão a de reequilibrar a relação compensando prejuízos com ingressos futuros ou ajuizando medidas de reparação.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUGSBURGER, Luiz Guilherme; KRAEMER, Celso; SAMPAIO, Helena Almeida e Silva. Entre dois niilismos: uma arte acrobática para repotencializar a invenção na pesquisa sobre infância. DOI: 10.18226/21784612.v25.e020002. Conjectura: Filos. Educ., Caxias do Sul, RS, v. 25, e020002, 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança Jurídica, Boa Fé e Confiança Legítima. No Livro “Direitos Humanos, Democracia e República – Homenagem a Fábio Konder Comparato”. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso – aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 24.ed. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

_____. Crise de la médecine ou crise de la l’antimédecine. Dits et Écrits, vol. II, Paris: Éditions Gallimard, 2001.

MASCARO, Alysson Leandro. Crise e pandemia [recurso eletrônico]. 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2020.

TOMELIN, Georghio Alessandro. O Estado Jurislador. 1.ed. São Paulo: Editora Forum, 2018.

_____. Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro. RDA 226, out. dez. 2001. Rio de Janeiro: FGV-Renovar, 2001.

_____. Bandeira de Mello: vontade ligada pelo espírito público. Em “Direito Administrativo Sancionador”. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

_____. Escassez geral nas catástrofes: cidadãos sufocados pelas prerrogativas da administração pública. In “As consequências da Covid-19 no Direito Brasileiro”. Coord. Walfrido Warde e Rafael Valim. São Paulo: editora ContraCorrente, no prelo, 2020.

JVARI, Stefan Cunha. A história e suas epidemias - a convivência do homem com os microorganismos organismos. 2.ed. Rio de Janeiro: Senac, 2003.

A CRISE PANDÊMICA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

THE PANDEMIC CRISIS OF DOMESTIC VIOLENCE

Karine Cordazzo⁴⁹

1. INTRODUÇÃO

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (2020), Covid-19 é uma doença causada por um novo coronavírus denominado SARS-CoV-2. A OMS tomou conhecimento deste novo vírus em 31 de dezembro de 2019, após um relatório de um grupo de casos de pneumonia viral em Wuhan, na China.

Trata-se de uma doença respiratória de alto potencial de contágio, de modo que diante deste quadro ameaçador à saúde, foram indicadas diversas medidas a serem tomadas pelos governos no mundo todo, dentre elas o isolamento social como uma das estratégias mais eficazes na contenção da propagação viral.

Em números, a situação global de casos confirmados pelo Covid-19 é de 53.164.803, contabilizadas 1,300,576 mortes. No Brasil constam 5,781,582 casos confirmados com 164.281 mortes, ressaltando que estes dados se referem ao período de 3 de janeiro a 14 de novembro de 2020. (OMS, 2020)

Atinente a este colapso sanitário que afeta toda sorte de pessoas, encontramos uma outra crise pandêmica paralela e silenciosa, qual seja, a da violência doméstica contra a mulher. A ONU Mulheres (2020) denuncia que ainda no começo do período de isolamento social, países como Argentina, Canadá, França, Alemanha, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos, registraram aumento nas denúncias de violência doméstica durante a crise e aumento da demanda para abrigo de emergência. Além disso, segundo dados das Nações Unidas (2020) apenas “um em cada oito países do mundo adotou um amplo leque de medidas para proteger mulheres dos impactos da pandemia de coronavírus”.

O Brasil é destacado por ter lançado medidas que abordaram o gênero durante a pandemia, como por exemplo, a cartilha preparada pela Secretaria Na-

49 Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Docente no curso de Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). E-mail: karine.cordazzo@hotmail.com.

cional de Políticas para mulheres com informações relevantes sobre a violência contra as mulheres nesse momento de pandemia. O país também se destaca pelo pagamento de auxílio emergencial em dobro para mães responsáveis pelo sustento da família, no entanto, tal medida é considerada insuficiente, uma vez que as políticas governamentais não chegam às trabalhadoras não remuneradas, o que possibilita a permanência das mesmas em lares abusivos, tendo em vista a dependência econômica para com seus parceiros.

Diante disso, a ONU Mulheres Brasil lançou Diretrizes para Atendimento em Casos de Violência de Gênero contra Meninas e Mulheres em Tempos da Pandemia Covid-19, a fim de garantir que os serviços de atendimento e combate à violência contra mulheres sejam considerados serviços essenciais, sobretudo, com a facilitação para o contato de mulheres vítimas de violência doméstica para denúncias por meios alternativos, como por exemplo, dispositivos eletrônicos (ONU, 2020, p. 6).

Contudo, é sabido que no Brasil, 1 a cada 4 brasileiros não tem acesso à internet (IBGE, 2020), o que dificulta sobremaneira tais pretensões de salvaguardar os direitos das mulheres que sofrem violência doméstica e que se encontram isoladas com seus agressores. Ademais, “as políticas públicas adotadas podem não ter o mesmo alcance para as mulheres sem os recursos que lhe possibilitem pedir ajuda, devendo ser consideradas a distribuição desigual das redes de apoio no território de um país e a exclusão digital” (IPEA, 2020, p. 11). Ou seja, “enquanto no continente europeu a taxa de acesso à internet chega a 100% em algumas regiões, no Brasil 71% dos domicílios possuem esse recurso” (IPEA, 2020, p. 14).

Desta forma, inseridas neste contexto de emergência sanitária, evidencia-se que as medidas indicadas para conter a doença – como por exemplo, o isolamento social – aumentam de forma exponencial os riscos de violência doméstica contra mulheres e seus dependentes. Restrição à circulação – na qual impossibilita o contato com centros especializados de atendimento à mulher; dificuldade de obter assistência médica; e mais, a dependência econômica faz com que muitas mulheres permaneçam em relacionamentos abusivos, especialmente diante da incerteza e instabilidade vivenciadas pelo período pandêmico.

2. DADOS DE UMA PANDEMIA PARALELA E SILENCIOSA: A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Segundo dados do Fórum Nacional de Segurança Pública (FBSP), em 2019, no Brasil, fora constatada 1 agressão física a cada 2 minutos, totalizando

266.310 registros de lesão corporal dolosa em decorrência da violência doméstica, um crescimento de 5,2%. Ademais, houve 1 estupro a cada 8 minutos, sendo 66.123 vítimas de estupro e estupro de vulnerável; 57,9% das vítimas tinham no máximo 13 anos, 85,7% eram do sexo feminino. Em relação ao crime de feminicídio, evidencia-se um total de 1.326 casos, crescimento de 7,1%. Sendo que 66,6% das mulheres vítimas eram negras, 56,2% tinham entre 20 e 39 anos e 89,9% foram mortas pelo companheiro ou ex-companheiro. (FBSP, 2020, p. 13a)

Já em 2020, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020, p. 3b), em nota técnica emitida em 24 de julho divulgou dados coletados entre os meses de março e maio sobre a violência doméstica durante a pandemia de covid-19. Constatou-se que houve redução nos registros de lesão corporal dolosa em comparação com o mesmo período no ano anterior, com queda de 27,2% no período acumulado; as maiores reduções foram nos estados do Maranhão (84,6%), Rio de Janeiro (40,2%) e Ceará (26%).

No que diz respeito ao crime de feminicídio houve leve aumento de 2,2% nos casos registrados em comparação com o mesmo período de 2019, 189 casos, contra 185 no ano passado. No entanto, há um ponto de atenção: em março de 2019, 27,9% dos casos de homicídio com vítimas mulheres foram considerados feminicídios, contra 34,3% no mesmo mês de 2020. De maneira similar, em abril de 2019, 26,6% dos homicídios foram classificados como feminicídios, passando para 31,7% em abril de 2020. Já em maio, essa tendência de aumento na proporção de homicídios femininos classificados como feminicídios se inverte, passando de 33,9% em maio de 2019 para 24,4% em maio de 2020. Notadamente, essa inversão aponta patente diminuição no registro inicial dos feminicídios no mês de maio de 2020. (FBSP, 2020, p. 6b)

Quanto à violência sexual, em maio de 2020 os registros caíram 31,6%, passando de 2.116 em 2019 para 1.447 em 2020. No período acumulado entre março e maio de 2020, houve uma redução de 50,5% nos registros de estupro e estupro de vulnerável com vítimas mulheres em relação ao mesmo período de 2019. (FBSP, 2020, p. 7b)

Também os registros de ameaça contra mulheres vêm caindo desde o início do período de isolamento, com redução de 26,4% nos registros de ameaça em maio de 2020, em comparação com o mesmo período do ano passado. Entre março e maio de 2020, observou-se uma redução acumulada de 32,7% em relação a 2019. (FBSP, 2020, p. 7b)

Por derradeiro, houveram reduções no número de medidas protetivas de urgência concedidas no período entre março e maio de 2020, em comparação com o mesmo período do ano passado. Em São Paulo, houve uma queda de 11,6% na concessão de medidas, que passaram de 17.539 em 2019 para 15.502 em 2020. No Pará, o número de medidas concedidas foi de 1.965 em 2019 para 1.719 em 2020 – uma queda de 12,5%. Já no Rio de Janeiro o total de medidas protetivas concedidas caiu 30,1%, passando de 7.706 em 2019 para 5.385 em 2020. Por fim, o Acre apresentou uma redução no de 30,7% na concessão de medidas do período acumulado, indo de 434 medidas concedidas entre março e maio de 2019 para 289 em 2020. (FBSP, 2020, p. 8b)

Quanto ao número ligações para a emergência da Polícia Militar sobre situações relacionadas com violência doméstica, cresceram 3,8%. Apesar disso, outros registros de crimes, como lesão corporal dolosa e ameaça contra vítimas do sexo feminino apresentaram redução, de 9,9% e 15,8%, respectivamente. Registros de estupro e estupro de vulnerável, que não têm como vítimas apenas pessoas do sexo feminino, recuaram 11,8% e 22,5%. (FBSP, 2020, p. 28b)

É certo, pois, que a diminuição do registro de algumas ocorrências neste período representa menos uma redução de casos de violência contra a mulher e mais as dificuldades e obstáculos que as mulheres encontraram na pandemia para denunciar a situação de abuso a que estão submetidas. Afinal, as medidas de distanciamento social exigem uma maior permanência em casa, impedindo as mesmas de se apresentarem em delegacias de polícia para comunicar eventuais ocorrências. Além disso, é certo que o constrangimento efetivado por parte do agressor impossibilita que a vítima de violência doméstica possa entrar em contato com as autoridades, seja por meio de ligação telefônica ao 180 ou a qualquer outro meio de comunicação.

Sendo assim, o Fórum Nacional de Segurança Pública (2020, p. 40a), evidencia a insuficiência de políticas públicas governamentais de emergência em tempo de pandemia para casos de violência doméstica, quando comparado com outros países, que criaram, por exemplo, abrigos temporários e serviços de alerta de emergência em estabelecimentos (supermercados, farmácias etc.). No Brasil, fora constatada timidamente a criação ou adaptação de aplicativos online para a realização e denúncias, o que vai ao encontro do disposto na Lei 14.022/2020, na qual uma das medidas previstas é a possibilidade de vítimas solicitarem quaisquer medidas protetivas de urgência à autoridade competente por meio dos dispositivos de comunicação de atendimento on-line.

3. PARA ALÉM DA PANDEMIA: A NORMALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

É evidente que o isolamento social em tempos de crise sanitária tem sido salvaguarda à saúde da população em geral, porém, ao mesmo tempo, se tornou instrumento apto a silenciar as vítimas de violência doméstica, tendo em vista que o próprio lar se transformou em uma verdadeira prisão para muitas.

Trata-se, pois, de uma pandemia paralela, cujos danos e até mortes não têm causado sequer comoção, afinal, não há previsão de retorno à normalidade porque ela mesma encontra-se imbricada na normalidade da vida social.

Bem é verdade que essa estrutura colapsada se mantém de pé, em razão do reforço de alguns comportamentos machistas e de privilégios baseados em uma sociedade patriarcal. Além disso, na maioria dos casos a mulher se vê presa numa relação de dependência emocional e financeira, cuja preocupação com a criação dos filhos, falta de redes de apoio no combate à violência doméstica, medo e julgamento social, a mantem no relacionamento abusivo, solapando sua própria dignidade.

Ocorre, no entanto, que os dados de aumento da violência doméstica em tempos de pandemia podem gerar uma compreensão equivocada de que a violência contra a mulher é uma resposta natural para os momentos de crise. Cria-se com isso, o risco da privatização deste fenômeno da violência doméstica, o que é incorreto.

O isolamento social por si só não ocasiona a violência, mas tem a potência de colocar em destaque as opressões vivenciadas pelas mulheres na pós-modernidade ou modernidade tardia, opressões estas que não são fatos novos, pelo contrário, decorrem de um sistema patriarcal estruturado para subjugar as mulheres, fruto de um longo percurso histórico. Da mesma forma, a problematização entre isolamento social e aumento da violência doméstica coloca também em xeque a ideia de igualdade de gênero e de classe social, que no Brasil, não passa de mero argumento retórico.

De acordo com Lynn Hunt (2009, p. 188), em um contexto histórico global, “a própria noção de direitos humanos abriu inadvertidamente a porta para formas mais virulentas de sexismo [...]”. Oferecia-se, “explicações biológicas para o caráter natural da diferença humana”. A partir disso, as mulheres não eram consideradas “menos racionais que os homens por serem menos educadas: a sua biologia as destinava à vida privada e doméstica e as tornava inteiramente

inadequadas para a política, os negócios ou as profissões” (HUNT, 2009, p. 188).

Nesse contexto, o movimento feminista contribui primordialmente para a entender a violência doméstica enquanto fenômeno que evidencia a violência de gênero. Judith Butler, na obra *Problemas de Gênero*, aduz que ser “impossível separar a noção de ‘gênero’ das interseções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida”. (BUTLER, 2018, p. 21). Além do mais, “como repudiado/excluído dentro do sistema, o feminino constitui uma possibilidade de crítica e de ruptura com esse esquema conceitual hegemônico” (BUTLER, 2018, p. 61).

Tudo isso nos leva a crer que, mesmo diante dos avanços da pauta feminista com a ideia de desconstrução da relação única e válida de homem versus mulher, cuja expoente é Judith Butler (2018) com sua categoria performativa; ainda hoje as relações de poder são constituídas a partir desse binário, de modo que o masculino notadamente tem preponderância sob o feminino, apto apenas a figurar num plano subsidiário, inclusive em termos de efetivação de direitos fundamentais e como destinatário primário de políticas públicas.

Diante disso, soa quase que utópica a ideia de uma mulher universal, na qual seria alvo de políticas públicas e/ou pautas para proteção, tendo em vista que essa categoria universalizante não abarca toda a diversidade existente. Trata-se mais de políticas públicas simbólicas, aptas somente a satisfazer a ideia da grande massa de que os órgãos governamentais estariam fazendo algo sobre a violência contra a mulher, quando na verdade, os resultados práticos demonstram que tais medidas não são tão efetivas quanto as propagandas e legislações intermináveis pretendem divulgar.

Possibilita-se, pois, visualizar a falência das propostas governamentais em assistir mulheres vítimas de violência doméstica, mulheres estas vivendo como cadáveres adiados, apenas aguardando o momento deletério da violência máxima que é a sua morte.

Assim, importa trazer à baila Giorgio Agamben (2002, p. 146), sobre a existência de vidas humanas que perderam permanentemente seu valor. Trata-se da compreensão sobre quando a vida não é mais politicamente relevante e é então somente “vida sacra”, podendo ser impunemente eliminada. Como bem esclarece, “a vida indigna de ser vivida não é com toda evidência, um conceito ético, que concerne às expectativas e legítimos interesses do indivíduo: é, sobretudo, um conceito político, no qual está em questão a extrema metamorfose da vida matável e insacrificável do homo sacer, sobre a qual se baseia o poder do sobera-

no”. (AGAMBEN, 2002, p. 148-149).

“Na biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal” (AGAMBEN, 2002, p. 149). Esse poder de decisão sobre o corpo feminino, efetuado em um primeiro plano através do aparato ideológico e repressivo do Estado, tem desfecho quando induz a normalização da violência à grande massa, cujos corpos docificados compactuam com a subjugação, criando, portanto, uma crise pandêmica que parece não ter fim. Trata-se da anuência com a onda de massacres silenciosos, cujo interesse não é proteger os direitos das mulheres, mas sim ser complacente com a perpetuação da violência geradora de cadáveres adiados.

Sem sombras de dúvidas, a cultura de dominação existente hoje, precisa, antes de mais nada, manter esta relação dicotômica, qual seja, a de dominador e de dominado. “A única coisa que o primeiro não pode fazer com o segundo é eliminá-lo, porque assim eliminaria seu próprio poder que se assenta em sua preponderância, na relação estabelecida”. (CÁRCOVA, 1998, p. 167-168)

Como bem destaca Bauman (2013, p. 70), “a incerteza e a vulnerabilidade humanas são alicerces de todo poder político”, deste modo, a naturalização da violência, a normalização da subtração da condição de pessoa – aqui nos referimos às mulheres –; a tendência de manutenção do status quo, coexiste com políticas públicas de proteção à mulher universal, operada através da administração de pequenas doses de assistencialismos, como é o caso da suposta proteção à mulher vítima de violência doméstica, mas que ao mesmo tempo, perpetua a relação binária e hierárquica da sociedade hegemônica.

Por derradeiro, lembra Michel Foucault (1999, p. 29) que “somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros, que trazem consigo efeitos específicos de poder”. Então, necessário se faz atentar-se às necessidades de modificações tanto no nível individual, quanto no nível cultural para a crise pandêmica da violência doméstica, uma crise paralela, silenciosa e que a poucos comove, tenha fim.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O longo caminho trilhado pela conquista dos direitos das mulheres de fato ocorreu na base de suor, luta e muito sangue derramado. De fato, muitos pensariam que em pleno século XXI as mulheres estariam livres para viverem suas próprias vidas, trabalhar, conquistar lugares e espaço de poder e que pudessem

usufruir daquela tão proclamada igualdade material, prevista nos mais variados diplomas normativos.

No entanto, em que pese os movimentos feministas tenham contribuído de maneira exponencial para alavancar a perspectiva de alcance desta suposta igualdade, a realidade na modernidade tardia ou pós-modernidade parece ser outra.

Comportamentos machistas, privilégios baseados em uma sociedade patriarcal, enfoque nas relações de poder e manutenção do status tem o condão de solidificar a posição da mulher num patamar de inferioridade, na qual atos de violência são normalizados e até mesmo incentivados, afinal, se trata de um fenômeno imbricado na própria estrutura social.

Nesse contexto, em meio a uma crise pandêmica do covid-19, medidas de contenção tiverem de ser impostas para diminuir a proliferação deste temido inimigo, a exemplo do isolamento social. Porém, se por um lado esta medida tenha sido considerada uma das mais eficazes para a proteção da saúde, por outro, despertou a discussão sobre a manifestação de outra crise pandêmica em paralelo, a da violência doméstica.

Esta crise pandêmica da violência contra a mulher é global, não se trata de fenômeno isolado. No Brasil, sabe-se que há muito tempo os índices de violência doméstica crescem, porém, quando da ocorrência da pandemia, viu-se uma diminuição nas denúncias às autoridades públicas, uma vez que a mulher teve que permanecer muito mais tempo com seu subjugador, impedindo de contatar as autoridades competentes para eventuais ocorrências.

Porém, é importante ressaltar a violência doméstica não é resultado natural ou resposta à pandemia do covid-19, pelo contrário, provém de um longo percurso histórico e que de tempos em tempos é possível revisita-la sob novas perspectivas, como atualmente, sob o panorama de uma pandemia.

Diante disso, foi possível visualizar a falência das respostas governamentais em assistir as mulheres vítimas de violência doméstica, apesar de bem-intencionadas, as propostas são tímidas e insuficientes, não possuindo o condão de prevenir atos de violência e isso significa dizer a muitas mulheres que viverão como cadáveres adiados, apenas aguardando a próxima violência ou no pior dos cenários, a morte.

Assim como o mundo inteiro hoje se une para a busca de uma vacina para a crise pandêmica do covid-19, a questão que se levanta é sobre os esforços que

estariam sendo tomadas pelas autoridades a fim de conter a crise paralela da violência doméstica que mata diuturnamente mulheres e que por vezes é silenciada.

Será que realmente existe uma disposição hercúlea para buscar meios de prevenção da violência doméstica assim como buscamos a vacina para o covid-19, ou somente se estaria aplicando doses homeopáticas de proteção a fim de aliviar de forma temporária as dores e sofrimento das mulheres?

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRASIL. Portal de Notícias do Governo Federal. No Planalto, ministra Damares apresenta principais ações de enfrentamento ao Covid-19. Disponível em <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/abril/no-planalto-ministra-damares-apresenta-principais-acoes-de-enfrentamento-ao-covid-19>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. *Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres*. Brasília: Ideal Gráfica e Editora, 2011.

BUTLER, Judith. *Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do “pós-modernismo”*. Cadernos Pagu, Campinas, SP, n. 11, p. 11-42, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8634457>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Traduzido por Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

FÓRUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2020*. ISSN 1983-7364, ano 14, 2020a.

FÓRUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Nota técnica: violência doméstica durante a pandemia de covid-19*. 3. ed., 2020b. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos: uma história*. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD*. Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018. ISBN 978-85-240-4527-1, 2020. Disponível: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo>.

pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

IPEA. Nota técnica Políticas públicas e violência baseada no gênero durante a pandemia: ações presentes, ausentes e recomendadas. n. 78, 2020. Disponível em: < https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200624_nt_disoc_78.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MACIEL, Maria Angélica Lacerda et al. Violência doméstica (contra a mulher) no brasil em tempos de pandemia (covid-19). Revista Brasileira de Análise do Comportamento, [S.l.], v. 15, n. 2, maio 2019. ISSN 2526-6551. Disponível em: <<https://periodicos.ufpa.br/index.php/rebac/article/view/8767>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Enfrentando a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/cartilha-auxilia-mulheres-no-enfrentamento-a-violencia/Cartilhaenfrentamento_QRCODE1.pdf>. Acesso em: 15 de nov. 2020.

ONU MULHERES. Violência contra as mulheres e meninas é pandemia invisível, afirma diretora executiva da ONU Mulheres. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>>. Acesso em: 15 de nov. 2020.

WHO. World Health Organization. Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard. Disponível em: <<https://covid19.who.int/>>. Acesso em: 14 de nov. 2020.

LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DURANTE LA PANDEMIA EN COLOMBIA

Juan Guillermo Vergara Márquez ⁵⁰

1. INTRODUCCIÓN

La humanidad nunca se imaginó que estaría en un sendero sin luz, ante un virus extraño que acaba por darle el lado a los gobernantes para aislarnos de todos los derechos, incluso el mas mínimo, el de sobrevivir.

Esta situación recuerda a la frase célebre de Gabriel García Márquez, en El coronel no tiene quién le escriba: “Nosotros ponemos el hambre para que coman los otros. Es la misma historia desde hace cuarenta años.”

Colombia no es la excepción, el Gobierno, asumiendo las recomendaciones de la OMS ante la posible expansión del Covid-19, establece un marco jurídico para limitar y determinar las acciones de los ciudadanos, impone restricciones, aislamiento, cercena la posibilidad de reuniones, la libre locomoción, impide las actividades directas de los ciudadanos; con el fin de poder obtener el aislamiento y el confinamiento de toda la población colombiana, se ocupó de las todas las actividades económicas, distanció a las personas y determinó el trabajo en casa, colegios, universidades, empresas, sector productivo en general dejó de realizar las comunes tareas, para indicar que esa era la manera de afrontar una crisis de la pandemia en general.

Bajo la modalidad del Estado excepcional, el presidente Iván Duque, consideró que la forma mas efectiva de poder enfrentar el posible contagio era implementar órdenes de aislamiento, toque de queda, a toda costa impedir que los ciudadanos pudieran continuar con sus actividades cotidianas.

El poder del Estado suspendió los derechos ciudadanos en todos los aspectos, tanto productivos, asociativos, de libertad de locomoción y de expresión; ante la imposibilidad de ingresos para algunos sectores vulnerables, estableció mediante normas las posibles ayudas para distribuir mercados, ayudas y asistencia humanitarias que permitieron, en algunos casos, disminuir los efectos de

⁵⁰ Miembro integrante del grupo de investigación INCOM, de la Facultad de Derecho Profesor de Derecho Universidad Libre Barranquilla- Colombia, - Magister en Derecho Administrativo.

una sociedad que estaba en cuarentena y ayuno. No obstante, en algunos casos las inseguridades de una población sin trabajo, con opciones limitadas para su sustento, quienes de la noche a la mañana se encontraron con medidas restrictivas que les impedían salir de su casa, estas ayudas gubernamentales resultaron exiguas, pues sus condiciones de vida exigían mayores recursos a los ofrecidos por el Estado.

Todas las medidas fueron en búsqueda de mitigar las consecuencias de la pandemia dentro del marco de atención estatal, donde el ejecutivo central se convertiría en el director exclusivo para una política social y sanitaria requerida por todos los ciudadanos; sin embargo, su centro de atención se desplazó a la población vulnerable, dejando al resto de colombianos sin direccionamiento. Quienes, afectados por las medidas, perdieron sus trabajos y su capacidad de obtener ingresos para sustentar sus familias, lo cual se origina de las medidas plenamente permitidas en el régimen excepcional de emergencia económica, social y ecológica, que dispuso la posibilidad de la flexibilización laboral. Los empleadores optaron por suspensión y/o terminación de contratos, y otras salidas como constituirse, empresas y empleadores, en estado de iliquidez para soportar la carencia absoluta de actividad productiva.

La pregunta que resulta de estas medidas adoptadas en el estado de excepción es: ¿fueron esas medidas vulneratorias de los derechos humanos, o con ella realmente se protegió la vida y la salud de los colombianos, sirviendo de mecanismos acertados para contener la pandemia?

Queda una altísima sensación de desaciertos, y situaciones que generaron mas confusión, ataque a la economía y al ingreso familiar y poca gestión para lograr el punto de equilibrio justo a una sociedad reprimida aislada y desconcertada, ante un ejecutivo legislando, pero sin profundidad en los derroteros sociales que imponen las crisis, para salidas gubernamentales propicias al restablecimiento y protección de los derechos ciudadanos.

2. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

En Colombia en el ordenamiento jurídico se determinan los estados de excepción previstos por la Constitución Política, tres (3) específicamente. así:

- Guerra exterior (estado de guerra exterior). Artículo 212
- Estado de Conmoción Interior y Grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordi-

narias de las autoridades de policía (estado de conmoción interna). Artículo 213

-Estado de Perturbaciones graves e inminentes, del orden económico, social y ecológico del país, o hechos que constituyan grave calamidad pública (estado de emergencia), contemplado en el artículo 215.

Esos estados de anormalidad gubernamental, indican que inclusive en la aplicación y desarrollo de ellos, la normatividad expedida debe estar sujeta al imperio de la Constitución, puesto que su poder exorbitante solo puede ser objeto de un control que le aplique el límite de su ejercicio, para impedir el desbordamiento de la función estatal frente a los derechos de los ciudadanos.

En este entorno ante la alarma mundial de pandemia y la posibilidad de contaminación de la población en Colombia, el gobierno del Presidente Iván Duque, optó por asumir el estado de excepción de la emergencia económica social y ecológica, pronunciamiento que se presentó acorde con el procedimiento requerido en que la declaración se realizó con un Decreto suscrito por el Presidente y los Ministros, esta medida trajo como consecuencia que su expedición envía un mensaje a toda la ciudadanía de estar bajo el amparo del estado excepcional; así mismo, la constitución exige que en su declaratoria debe justificarse la existencia del hecho notorio que habilita al ejecutivo a declarar el estado de excepción, y poder legislar temporalmente mediante la expedición de Decretos-Legislativos, en medidas que logren mitigar el impacto colectivo la situación de anormalidad, bajo el amparo de las normas expedidas se produce la restricción de los derechos ciudadanos.

La tercera consecuencia jurídica, es el hecho de que inmediatamente se activan el control político a través del Congreso de la República, rama del poder que debe analizar las repercusiones materiales de la sociedad colombiana sobre el estado de excepción, y el otro control que se activa en forma inmediata es el Constitucional; por medio de esta medida las normas expedidas por el ejecutivo durante el estado de excepción, deben enviarse de manera inmediata a la Corte Constitucional para determinar su legalidad o inconstitucionalidad, si no las envía el ejecutivo, la Corte tiene la potestad de asumir su control.

En consecuencia, aún en los estados de excepción se mantiene el sistema de los controles constitucional y político para tratar de limitar las facultades especiales que obtiene el Gobierno a partir del momento en que se adopta el estado excepcional. Lo anterior bajo el hecho de que el poder del ejecutivo es una facultad de legislación especial pro tempore.

De manera que la misma constitución confirió un régimen regulatorio de los estados de excepción, mediante estos controles que impiden el ejercicio ilimitado y absoluto que adquiere como facultades el ejecutivo, cuyo objetivo está destinado aun a preservar el Estado de Derecho como garantía del establecimiento de la democracia, de la separación de poderes y en especial de la primacía de los derechos fundamentales.

Significa que la alteración extraordinaria de la normalidad admitida como un poder permitido al gobierno en el constitucionalismo colombiano, establece los frenos que pueden poner límite al accionar ejercido, ahora bien las competencias del legislativo en esta situación excepcional, son una manera especial de requerir a su urgente posición en calidad de órgano de la mayor representatividad popular para acudir a discutir las consecuencias que se producen a sus representados, aminorándolas y gestionando que dichas medidas sean permeadas al momento de revisar dichas decisiones sobre la expedición de las normas extraordinarias asumidas por el ejecutivo.

Esta facultad es parte del contrapeso de la posición ejecutiva que permite equilibrar la fuerza de la atribución especial concedida al gobierno, de manera que por cuenta del Congreso se logrará efectuar los debates de control político, ante las cámaras quienes pueden contraponer sus atribuciones legislativas ordinarias frente a la facultad de legislación extraordinaria, para que las normas expedidas en los decretos de excepción sean ratificadas, derogadas o complementadas.

El otro medio de control especializado que se plantea es el que se encuentra en la Corte Constitucional, denominado de constitucionalidad, el cual se expande desde la declaración del estado de excepción, hasta todos y cada uno de los decretos establecidos, acorde a lo definido por la misma Corte Constitucional según lo expresado en Sentencia C-156 de 2011, de marzo de 2011, con Ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, al indicar al respecto que “El propio Jefe de Gobierno se reviste a sí mismo de poderes de legislación, sin la mediación de otro poder. De ahí la necesidad de que el control de constitucionalidad de la declaración de estados de excepción y el ejercicio de los poderes que de allí emanan, sea jurisdiccional, automático, integral y estricto, sin perjuicio del control político constitucionalmente previsto. Al otorgar poderes excepcionales dirigidos a conjurar la crisis extraordinaria, se faculta al Ejecutivo para fijar contenciones al régimen jurídico ordinario y establecer restricciones a los derechos de los ciudadanos, cuidando en todo caso de no introducir alteraciones desproporcionadas al orden legal vigente y de minimizar las limitaciones de los derechos durante

su vigencia. Dice la jurisprudencia constitucional en sentencia C-252 de 2010: “Como lo ha sostenido la Corte, los estados de excepción no excepcionan la Constitución y no son, ni pueden ser un Estado de facto. Si bien la Carta Política le confiere al presidente de la República poderes extraordinarios, éstos no revisten un grado absoluto, al encontrarse limitados por diversos tipos de controles que buscan impedir los excesos y a la vez garantizar los principios fundamentales que soportan el Estado de derecho”.

Por medio de este control de constitucionalidad los decretos legislativos expedidos por el gobierno, deben ser estudiados por la Corte Constitucional, en su facultad de ser guardiana importantísima en este desenlace de preponderancia del ejecutivo, control que se ejerce de manera automática e inmediata, de conformidad con el numeral 7 del artículo 241 de la Constitución, revisando el contenido de dichas normas para determinar si se adecuan o no al marco legal y constitucional.

Como en todo estado democrático, en Colombia los denominados frenos y contrapesos, ante la declaratoria del estado emergencia económica, social y ecológico, que le permitió al gobierno agregar a la función permanente de ejecutar las leyes, el exorbitante poder de entrar a suspenderlas, modificarlas y adicionarlas, durante el tiempo que dure el régimen excepcional, y con ello las atribuciones establecidas a las otras dos (2) ramas del poder como mecanismo de control es muy importante que se logre realizar y se permita evidenciar en el sistema estatal, un modelo que logre erradicar la nociva posición de un ejecutivo asumiendo el rol totalitario del estado de derecho, y con ello impedir que se presenten los desafueros normativos que se revierten en la libertades y los consabidos excesos del poder estatal.

El tema de las atribuciones del Legislativo y la Corte Constitucional, en tiempos del régimen de excepción, esgrimen una posición de importancia a la separación entre el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial, que hace posible efectuar la revisión, o exclusión de las normas adoptadas, ya que el tribunal constitucional emite el análisis a la luz de la constitución de estas normas, a fin de poder enmendar la ponderación de las normas expedidas declarando su inequibilibidad que no es otra cosa que la inconstitucionalidad de las normas, para excluirlas de su posibilidad de aplicación.

Según lo expuesto, el esquema del control jurisprudencial se enmarca en un amplio panorama jurídico que va en desde la justificación de la medida, hasta los contenidos de las normas expedidas, es importante la reseña que se tiene al

respecto, en lo expresado por Tobón y Mendieta, cuando manifestaron: “En ese sentido la Corte no solo realiza 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. Pero, además, el control material 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 declaratoria del estado de excepción, pues la falta de conexidad implica exceso en el uso de las atribuciones legislativas otorgadas al Presidente, lo que obliga a declarar inconstitucional la norma”.⁵¹

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU POSIBLE VULNERACIÓN EN EL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA EXPEDIDA POR EL GOBIERNO COLOMBIANO.

La posibilidad de una situación de contagio tan severo como el Covid-19, determinó una reacción similar a la asumida en otros estados latinoamericanos del gobierno con la expedición de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, por medio de la cual el ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020. Luego se expidió el Decreto 417 de marzo 17 del 2020, con el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional y se adoptaron una serie de medidas destinadas a mitigar e impedir la expansión del virus en el territorio colombiano, las cuales podemos resumir en aislamiento obligatorio, suspensión de las actividades productivas, impedimento de reuniones donde se presentara asistencia a más de cincuenta (50) personas. Cierre temporal de establecimientos de comercio, implementación de medidas de bioseguridad en aquellos sitios donde se permitiera la asistencia a personas, y la máxima alerta para entidades de salud, en cuanto atención de pacientes con Covid-19, vuelos nacionales e internacionales suspendidos, embarque de naves suspendidos, instituciones educativas con educación

51 Tobón Mary Luz y Mendieta David, “Los estados de excepción Constitucional en Colombia “Revista opinión Jurídica- Universidad de Medellín, mayo 2017. Pág.8 <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v16n31/1692-2530-ojum-16-31-00067.pdf>,

virtual, teletrabajo, dependencias gubernamentales sin atención al público, se optó por el aislamiento preventivo de viajeros provenientes del extranjero con vuelos humanitarios de retorno a nacionales y extranjeros radicados en el país. Posteriormente se establecieron restricciones de todo tipo de movilidad, y se ordenó el aislamiento preventivo y obligatorio para las personas mayores de 70 años y, finalmente, decretó un confinamiento total de la población, con sus respectivas excepciones.

Todas estas medidas determinaron así mismos paliativos a la estructura social de la población más vulnerable de los grupos distinguidos por programas vinculados anteriormente, como familias en acción, adulto mayor, jóvenes en acción, y la alimentación a menores en periodo escolar, se les permitió la alimentación en casa.

Posteriormente prestamos a pequeños productores y agricultores, normas sobre arrendamiento y medidas de contención a los propietarios en relación con acciones judiciales para los arrendatarios morosos, suspensión de términos judiciales y administrativos, medidas sobre los servicios públicos domiciliarios en favor de los estratos 1,2 y 3, para impedir que las empresas de servicios públicos adoptaran las medidas de suspensión de los servicios, implementación de un tributo especial a los empleados que devengaran mas de diez millones de pesos, en términos porcentuales que iba desde 15% hasta el 20%, permitir que los alcaldes y gobernadores realizaran las modificaciones requeridas en materia presupuestal destinadas a medidas sanitarias, sin permiso de los órganos concejos municipales y asambleas, permitir que los alcaldes asumieran toques de queda y medidas correctivas para impedir que las personas circularan en sus respectivos territorios.

Creación de un fondo especial para el fomento del apoyo empresarial e incentivar a pequeños y medianos agricultores con prestamos condonables, apoyo a los empresarios con un porcentajes del 50% del valor de la nómina de los empleados vinculados con salarios iguales al salario mínimo, permitir negociación de las relaciones contractuales, para suspender y modificar las relaciones laborales, como alivio al empresario durante el tiempo que dure la pandemia, prórroga para la declaración y pago de tributos, concepción de devoluciones IVA y descuentos a los contribuyentes que efectuaran los pagos a los tributos.

Sin embargo aún con las medidas adoptadas, se evidencia una desvaloración al concepto de lo que se plantea en materia de los derechos humanos, puesto que ellos son inalterables, inalienables, universales, interdependientes e indivisibles, lo que imponen la determinación de constituir obligaciones que

son de cumplimiento permanente para todos los gobiernos, no importa que se encuentre bajo el manto excepcional del estado de emergencia, así lo establece el Artículo 93 de la Constitución que expresa a su tenor literal: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-269/14 con Ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, cuando expresó: “La Corte concluye que la Carta establece una clara prevalencia de la Constitución sobre los tratados, con dos excepciones: de un lado, aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, los cuales se integran al bloque de constitucionalidad”.

De lo anterior se obtiene la prevalencia de derechos humanos, lo que permiten una limitación al ejercicio de la potestad gubernamental de legislar en el estado de excepción constitucional, y su inaplicación para lo relacionado con los derechos humanos, sin embargo se observa que las medidas adoptadas por el gobierno en los decretos expedidos suspenden varios de los derechos y libertades considerados como parte de los derechos humanos, fundamentado su expedición en la finalidad que persigue, como lo es proteger la salud pública, y a vida de los ciudadanos, desconociendo los límites estrictos creados por la supra normas de los derechos humanos.

No obstante, de los plazos temporales de las disposiciones del estado de excepción impuestos en el conjunto de decretos expedidos por el gobierno nacional, mas de ciento doce (112) fueron los decretos expedidos por el presidente en total durante este período que aún continúa, se convirtieron en medidas exageradas, arbitrarias y discriminatorias, lo que coloca en serios problemas la adopción de las medidas presentadas, sin una verdadera justificación científica que aportara los recortes a las libertades públicas, o en medidas que efectivamente constituyeran un aporte significativo al manejo del impacto del virus en la población.

El gobierno nacional se olvidó de la posibilidad de permitir la participación de distintos gremios, personas especializadas en el manejo de crisis o los conglomerados científicos que pudieran haber aportado salidas más concretas y efectivas a la mitigación del virus, por lo cual ese conjunto de decretos dejaron de ser normas objetivas puesto que las medidas adoptadas se convirtieron en una

serie de aproximaciones especulativas a los retos impuestos por la pandemia y se presentaron como una apreciación exclusiva del gobierno.

con destino a adoptar un sin número de disposiciones regulatorias de disímiles aspectos, que en algunas de ellas surgieron situaciones controversiales, como las disposiciones de encarcelamiento a las personas que violaran el aislamiento, o el confinamiento, sanciones económicas con comparendos ilegales por salir en tiempo de pandemia, pérdida de la posibilidad de protesta y en general el aniquilamiento a todo tipo de manifestaciones o reuniones, dejando sin posibilidad a la oposición a permitirle que ejercieran cualquier tipo de acciones de controversia o respuesta, el temor y la constantes alocuciones presidenciales diarias, contagiaron de pánico colectivo a todos los ciudadanos, permitiendo la permisividad aguda del sistema de aplicación de las medidas adoptadas.

La toma de decisiones se constituyó en un conjunto de imprecisiones, puesto si bien algunas medidas si fueron acertadas para el manejo la problemática planteada, en la mayoría la improvisación y el poco respaldo de verdaderos expertos en los temas adoptados, dejó sin posibilidades razonables la aplicabilidad de los preceptos adoptados, en cuyo caso se optó por la suspensión de la aplicación garantista de los derechos humanos, generando una desconfianza frente al gobierno y entre las sociedad en general, puesto que las decisiones adoptadas abrieron una brecha de mayor pobreza, de mucha incertidumbre y desesperanza frente al Covid-19.

Estas decisiones podemos describirlas en varias situaciones, entre ellas en cuanto al derecho a la salud y a la vida que debió ser una de las normas expedidas con el mayor alcance de aplicación, y por el contrario se evidenció que las disposiciones expedidas no permitieron que los ciudadanos obtuvieran de las aseguradoras del servicio de salud, denominadas EPSS, la prontitud requerida para lograr la práctica de pruebas a quienes las solicitaron, dado que el crucial momento en que un paciente necesitaba la atención del tema en materia de las pruebas para detectar el Covid-19 y poder ser intervenido con un tratamiento terapéutico acorde a su estado de contagio.

Muchas personas fallecieron sin conocer el resultado de las pruebas por falta de inmediatez en el servicio de atención médica requerida en las EPSS, otras fueron objeto de desatención hospitalaria por inadecuado manejo de la falta de entidades hospitalarias dotadas de insumos suficientes para la atención de este tipo de pacientes, en especial en poblaciones alejadas, donde los hospitales son deficientes en cuanto a su infraestructura para la atención primaria en salud, y

los más vulnerables quedaron sin posibilidades de acceder en forma oportuna a una atención conforme se imponía el virus, en su requerimiento de tratamiento terapéutico, para asegurar la vida y la salud, de manera que no se implementó una oportuna infraestructura de insumos y equipos hospitalarios destinados a la atención en dichas poblaciones o puntos geográficos del país; como consecuencia de ello, el manejo de la muerte a los afectados por el virus tampoco fue el adecuado, pues a muchos se les incineró por medidas del gobierno sin autorización expresa de sus familiares cercanos, lo que originó en estas familias protestas por los medios de comunicación y en las redes sociales ante la imposibilidad de ser escuchados directamente frente a medidas que atropellaban la más mínima consideración al derecho de elegir cómo debían establecer las exequias de sus muertos.

En relación con la posibilidad de acceso a la educación en lugares apartados, y en comunidades que no contaban con el acceso al Internet, quedaron sin posibilidad de lograr que la escuela asumiera el acercamiento a los distintos niños y niñas para obtener sus clases virtuales, puesto que carentes de la oportunidad de acceso a la virtualidad, la forma de educación ordenada ante el cierre de instituciones educativas fueron desplazando amplios sectores poblacionales de estudiantes que por no tener dichos medios de conexión virtual, se les impidió otros mecanismos directos a recibir la educación establecida en tiempos de pandemia, porque el confinamiento impuesto los dejó por fuera del sistema educativo.

En cuanto al manejo de las posibilidades de ingreso, la afectación indiscutible de aquellas personas que dependían de ingresos informales, y a las familias más pobres o con bajos o nulos valores de ahorro y restricciones de acceso al crédito, las medidas de aislamiento, cuarentena y confinamiento se tradujo en dejarlos sin posibilidad de acceso a la obtención de ingresos y consecuentemente las necesidades mínimas de alimentación, vivienda y seguridad social mínima. Ante lo cual la respuesta del Estado fue casi nula, pues las ayudas de mercados, o económicas resultaron insuficientes dejándolos en peores condiciones sociales, dado a que en todo el territorio colombiano hay aproximadamente 5,7 millones de personas que viven de la informalidad laboral, a los cuales no se les proveyó alternativa alguna para reestablecer en algo sus condiciones mínimas de subsistencia.

El indebido impedimento de volver oportunamente a las actividades productivas, presentado por el gobierno nacional ante la extensión de la cuarentena y el aislamiento, debiendo abrir la oportunidad del empleo con las medidas de bioseguridad, dejó al aparato productivo paralizado en forma indebida por un

tiempo excesivo, y permite presentar en un alto riesgo a que miles de personas pueden ver desaparecidas sus posibilidades de empleo y su consiguiente falta de ingreso, consecuencia de lo cual el marco general de sus condiciones de vida reciban un riesgo severo de escasez y pobreza absurda propiciada directamente por las medidas del gobierno, lo que se convierte en un riesgo muy grande de vulneración a uno de los derechos mas importantes al trabajo y a la vida digna.

A lo anterior se suman los establecimientos comerciales de los pequeños comerciantes, las microempresas, personas que salen afectadas por las medidas adoptadas puesto que ante el prolongado cierre, es muy probable que no podrán soportar el peso de los gastos operativos y dejarán de estar en el mercado, tales como peluquerías, almacenes de ventas de bienes y servicios, panaderías, heladerías, lavanderías, cafeterías, restaurantes, cines y en general un sinnúmero de negocios que dada su complejidad dejarán de existir en el mercado, lo que producirá la pérdida masiva de capital y de empleos.

Todo lo cual deja al gobierno en un mal momento de pérdida de sostenibilidad económica y fiscal, ante decisiones inadecuadas de incumplimiento del deber de preservar las libertades y derechos fundamentales, sobre los cuales se pronunciará la Corte Constitucional la cual de seguro declarará su inexequibilidad.

5. CONCLUSIONES

El manejo implementado en la adopción del estado de excepcional, y el que pudo haberse dado, materializa la incertidumbre y el desenlace de los esfuerzos realizados, que debió centrarse en aplicar disposiciones mas asertivas y menos improvisadas, para solucionar las ingentes necesidades provocadas a los ciudadanos en esta situación de crisis.

El poder del ejecutivo se supedita a una concentración del poder del estado, que se evidenció cuando el gobierno central dispuso que las instrucciones, actos y órdenes del presidente en materia de orden público se aplicaran de manera inmediata y preferente sobre las de gobernadores y alcaldes. Medidas que se confrontaron con las adoptadas por mandatarios con altísima credibilidad pública como lo eran los Alcaldes de Bogotá y Medellín, donde además de la imposibilidad

La excesiva situación de confinamiento, aislamiento y cuarentena sin fundamentos científicos, ni determinantes para impedir el contagio, dejan un sinsabor de medidas inútiles, puesto que nunca se conoció cuanto tiempo realmente necesitaba el gobierno para disponer de recursos hospitalarios a fin de permitir

un adecuado tratamiento a los ciudadanos, de manera que algunas de las medidas implementadas se siguen indicando que para que sirvieran, las medidas de confinamiento ciudadano.

Por otra parte la ruptura del sector económico en todos los sectores, no deja de inquietar a todos los ciudadanos, el sector de construcción, servicios, comercio, productividad empresarial, comercio exterior, materiales e insumos, la manufactura, lo del servicio de turismo y hotelero en general toda los sectores de la economía empresarial, comercial y de pequeños y grandes empresarios, por que las medidas permitieron que se detuviera a todos los sectores de producción y de servicios, convirtiéndolos en el blanco de los efectos determinados por las medidas de aislamiento, confinamiento y cierres a la libre locomoción de los ciudadanos, dejando desbastada a estos amplios sectores de la economía, e implica de paso trae una caída significativa a la empleabilidad y el ingreso de los hogares.

El Congreso de la República, como órgano legislativo no estaba con las condiciones tecnológicas para que pudieran realizar sesiones de manera virtual, y la Corte Constitucional, no había implementado el sistema de digitalización judicial lo cual se desató la necesidad de medidas urgentes en implementar la posibilidad de acceso virtual, lo cual solo pudo realizarse después de un mes de haberse decretado el estado de excepción.

En otro aspecto el país se encuentra con un legislativo con falta de liderazgo que pueda accionar posiciones de control destinadas a impedir salidas mas convenientes a la estabilidad de la economía, a la atención en salud, al direccionamiento del estado y al respeto por las libertades públicas.

Se requiere de mucha capacidad creativa para superase de dichas medidas que afectaran en un largo periodo a los ciudadanos, teniendo en cuenta que los recursos estatales son limitados y las necesidades de los colombianos generados por el confinamiento, la cuarentena y el cierre de la actividad productiva, requieren de una mayor proporción de recursos y medidas, puesto que solventar tanto la crisis de salud, como las dificultades sociales y económicas derivadas del Covid-19, requerirá de un gigantesco modelo de aceleración de la economía que lleve a permitir de nuevo actividades que generen empleo, y altísima capacidad de ingresos para cada una de las personas que se encuentran deambulando sin poder lograr encontrar el sustento económico requerido para sus necesidades básicas.

Si bien existieron medidas de apoyo a las familias mas vulnerables durante el paquete de decisiones adoptadas, otro gran ejercito queda con las expectativas del desarrollo de los eventos que los dejaron sin posibilidades de empleo, ni de

ingresos, por lo que debido a las expectativas de disminución en el ingreso de las familias y el aumento del desempleo, generara una nueva forma de consumo en el cual los bienes de consumo prioritario, como la alimentación, obtendrán la mayor atención de las familias y personas, lo que traerá disminución en otro tipo de bienes de consumo que se consideraran suntuosos y de poca adquisición, pero que afectan de manera notable a los demás sectores que se dedican a ese tipo de productividad y comercio.

Las medidas de contención y expansión del virus debieron implicar visionar con mayor desafío y acierto como se podía enfrentar las consecuencias para la economía por las situaciones que implicaron los cierres inesperados y prolongados de sus acciones de normalidad productiva, puesto que requerían una mayor precisión por el hecho que se imponía la falta de productividad, y consecuentemente la de ingresos en todos los sectores, ocasionado por la imposibilidad del traslado físico de las personas a sus sitios de trabajo o de operación de actividades, por lo que se debió disminuir la imposición de medidas a las libertades ciudadanas y más acciones directas en el sector salud que dieran una capacidad de confianza en la atención y tratamiento terapéutico requerido en las distintas poblaciones, todo lo cual será objeto de un análisis profundo por parte de los requerimiento de hoy de los gremios, partidos políticos, el mismo congreso y las entidades de control público para que conjuntamente con el análisis se logre efectivizar políticas que mitiguen el impacto de las medidas de contingencia, medidas que no solo permitan garantizar la preservación del tejido productivo del país, sino, además evitar la pérdida masiva de ingresos monetarios y del empleo.

LA EMERGENCIA POR LA SALUD Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN TIEMPOS DE PANDEMIAS

Rogelio Barba Álvarez⁵²

1. INTRODUCCIÓN

Las personas privadas de libertad son potencialmente más vulnerables a enfermedades y dolencias en comparación con el resto de la población. La condición de privación de la libertad generalmente implica vivir en contacto cercano con otras personas, aumentando potencialmente el riesgo de transmisión de patógenos como COVID-19. Independientemente de las características demográficas, la población carcelaria generalmente sufre más que enfermedades, está en peores condiciones de salud y está más expuesto a factores de riesgo como fumar, higiene deficiente e inmunodepresión relacionada con el estrés, nutrición inadecuada comorbilidades (p. ej., virus hematógenos, tuberculosis o trastornos relacionados con las drogas).

El primer brote de COVID-19 se informó en Wuhan, China, en diciembre de 2019 y desde entonces la enfermedad siguió una rápida evolución: el 30 de enero de 2020, el Director General de la Organización salud mundial (en adelante, la OMS) ha declarado a COVID-19 una emergencia de salud pública de relevancia internacional y la pandemia se proclamó el 12 de marzo de 2020.

A la luz de esto, prevenir la propagación del virus en las prisiones y otros lugares de detención es esencial para evitar o reducir las infecciones y para prevenir una evolución grave de la infección, tanto dentro y fuera de estos centros. El riesgo de propagación de COVID-19 dentro de las cárceles y otros lugares de detención varía dependiendo de la situación epidemiológica en los diferentes países. En áreas donde el virus está ausente, esto es el riesgo puede derivarse de los operadores de prisiones o los nuevos presos que han estado en áreas o países afectados por el virus o que han estado en contacto con personas que han regresado de estas regiones. Sin embargo, considerando que muchos estados están experimentando una situación de transmisión generalizada y sostenida del virus entre población,

⁵² Licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara - México. Doctor en Derecho y Especialista en Criminología por la Universidad Complutense de Madrid.

el riesgo de propagación ha aumentado significativamente.

Para responder a este riesgo, los estados deben adoptar un enfoque preventivo para evitar penetración del agente infeccioso en las prisiones y otros lugares de detención, lo que limita su contagio dentro de estos lugares y reducir sus posibilidades de propagarse hacia afuera.

2. LA SALUD EN EL MARCO LEGAL.

Las Personas Privadas de libertad (PPL), como personas confinadas en prisión y otros lugares de detención, son potencialmente más vulnerables a la enfermedad por coronavirus (COVID-19) que el resto de la población debido a la situación de confinamiento prolongado en el que se encuentran. Experiencias de años anteriores han destacado cómo las estructuras penitenciarias y lugares similares donde las personas se encuentran encontrarse agrupados en estrecho contacto entre sí, pueden convertirse en centros de infección, amplificación y propagación de enfermedades infecciosas tanto dentro como fuera de su perímetro. Por esta razón, la salud de la población detenida a menudo se considera un problema de salud pública. Empezar la acción contra COVID-19 en las cárceles y otros lugares de detención es particularmente y evidentemente difícil y requiere un enfoque global, tanto a nivel gubernamental como social.

El principio y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, establece una serie de principios generales de trato humano a las personas privadas de su libertad en el continente americano, el Principio X habla de la salud:

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas.

La asistencia a la salud del PPL, deberá ser acorde al sistema nacional de salud, Instancias que deberán considerar a las personas privadas de su libertad al

aplicar políticas administrar los recursos para garantizar la salud, y priorizar inversiones (CIDH: principio X, 2008), en este sentido la Constitución Mexicana reconoce el derecho a la salud de las PPL en México, como derecho fundamental en el artículo 18 segundo párrafo:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

El contenido del derecho a la salud que la Constitución reconoce para todas las personas es complejo; la situación del bienestar psicofísico entendida en el sentido amplio con el que se identifica el bien de la “salud” se traduce en la protección constitucional de la integridad psicofísica, el derecho a un ambiente saludable, el derecho a la atención médica y la llamada libertad de atención (en otras palabras, derecho a ser tratado), el derecho a la salud, como derecho social fundamental, también está protegido por el art. 4 Const.

“toda persona tiene derecho a la protección de la salud”;

siendo, además, íntimamente conectado con el valor de la dignidad humana (derecho a una existencia digna) cae dentro del pronóstico del artículo 1ero de la Constitución:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas

La ley general de Salud establece el concepto de salud de la siguiente manera:

Artículo 1o. Bis.- Se entiende por salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El derecho a la salud es, sin duda, uno de los derechos fundamentales de los PPL. Con respecto al tema, los Estados deben adoptar medidas apropiadas para reducir el contagio y mortalidad por el COVID-19 y mejorar la atención médica; es decir; también luchar contra las enfermedades, la desnutrición y los riesgos de contaminación ambiental; asegurar a las PPL con una atención médica adecuada; desarrollar asistencia médica preventiva y ofrecer atención especial a personas vulnerables de contagiarse al interior de las prisiones, entre otros.

2.1. EL PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA DE LA SALUD EN EL SISTEMA PENITENCIARIO MEXICANO.

El gasto en salud superará el crecimiento del PIB en los próximos 15 años en casi todos los países de la OCDE, según los nuevos pronósticos de la OCDE. El gasto en salud per cápita crecerá a una tasa anual promedio de 2.7% en toda la OCDE y alcanzará el 10.2% del PIB para 2030, frente al 8.8% en 2018, según un nuevo informe de la (OCDE:2019), México es el segundo país de la OCDE con el mayor porcentaje de gasto per capita en salud, las competencias institucionales para otorgar la salud en México se distribuyen por la federación, y los estados ambas involucradas en la regulación y el suministro de servicios de salud, por la federación existe el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

Como primera aproximación, ciertamente es considerar la complejidad que ha puesto en aprietos la salud frente a la pandemia a principios del mes de marzo y de la que México no ha sido indiferente que, en términos generales, es difícil encontrar el camino entre las diferentes respuestas y rango en términos de su posición en el sistema de fuentes, con alineación temporal no alineada, pero también con un impacto territorial diferente, dado que algunos incidentes solo a nivel local limitan la plenitud de las libertades constitucionales y que cuestionan críticamente su compatibilidad con la Constitución.

Específicamente en lo que respecta al ambiente carcelario, como se destacó, la emergencia determinado por Covid-19, ha evidenciado el status de la prisión real, caracterizado por un enfoque centralista, en línea con un concepto de prevención absoluta que, al exceder los criterios de adecuación y proporcionalidad, termina configurando el mundo cerrado como separado del mundo externo y portador de un factor de morbilidad intrínseco (Anna, 2020: 63)

Pues la mayoría de las prisiones y centros de detención no cuenta con capacidad suficiente en relación a los insumos y equipo médico además de la limitada infraestructura para enfrentar la pandemia, a decir por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) la sobrepoblación es uno de los factores que ponen en riesgo la salud de los PPL, la falta de medicamentos, equipo médico, instalaciones deficientes e insalubres, limitada gestión del agua y saneamiento en las celdas, además de no contar con un registro de personas vulnerables (personas con alguna discapacidad o enfermedades crónicas).

La emergencia sanitaria degenero una alerta mostrando su lado más dramático por su expansión letal, tanto que en la primera fase se pudo haber limita-

do el acceso a personas mayores, mujeres embarazadas y personas especialmente vulnerables de contagios, y aplicar las reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los internos (news.un.org: 2020).

Parece obvio señalar cuánto más peligrosa puede parecer la situación de las condiciones materiales de detención, que dificultan el respeto a la sana distancia previsto en los espacios confinados de las cárceles, sin embargo, considerar también cómo las condiciones parecen aún más severas y con un mayor riesgo de contagio ya que insisten en personas cuyo físico y psique son frecuentes en la vejez, padecen patologías y con frecuencia debilitado por la dependencia y por aquellos estados de marginalidad social que son infrecuentes en las prisiones.

Hay una serie de aspectos de naturaleza práctica que han debilitado la efectividad de la contención de la epidemia en los centros detención y prisiones, por ejemplo, instalar las video llamadas para compensar la ausencia de entrevistas personales, que no pueden decirse que son completamente funcionales debido a la falta de instrumentación por parte de centros penitenciarios, de mayor dificultad detectada por la autoridad garante de centros de máxima seguridad y por el costo que pesa sobre los prisioneros, generando uno diferente posicionamiento en función de las condiciones sociales. Además, dado que los movimientos están permitidos solo en ciertas situaciones, las entrevistas telefónicas representan la única posibilidad de contacto con familias y, por lo tanto, parece aún más irracional establecer límites estrictos en su número y duración.

Para dar atención a las personas privadas de su libertad el gobierno federal creó el Protocolo de actuación para la atención de Covid-19 al interior de los centros federales de reinserción social (CEFERESOS). El protocolo sólo está dirigido a las 17 mil 058 personas que se encuentran privadas de libertad en 17 Centros Federales de Reinserción Social (CEFERESOS) del país y no a los más de 280 centros penitenciarios que se encuentran en todo el territorio nacional y que albergan a más de 180 mil personas privadas de libertad, entre las que se encuentran 15 mil 934 pertenecientes al fuero federal. Los más de 2060 centros penitenciarios estatales se quedan fuera de este protocolo, por ser de aplicación exclusiva a los del sistema federal, no existe una política integral para llevar a garantizar la salud de los PPL a nivel nacional, por ejemplo como se atenderá a las mujeres privadas de su libertad, el documento además no establece el enfoque diferenciado para comprender las necesidades específicas y el nivel de riesgo de sufrir complicaciones ante los contagios masivos, pues no se consideran a las personas con enfermedades crónicas, como hipertensión, diabetes, cáncer, personas

con alguna discapacidad, enfermos terminales personas con VIH y adicciones etc.

Cómo no pensar en el problema de la adicción a las drogas: de hecho, no es concebible que el problema pueda ser gestionado efectivamente por la administración penitenciaria, sin una inversión importante, tanto económica como sanitaria. El problema de la drogadicción a menudo se asocia, casi siempre, con una condición de problemas de salud en las prisiones, es imposible imaginar una ubicación física externa de los PPL en situación de adicciones, categorías que, de hecho, continuarían en las instituciones penitenciarias, alimentando el concepto de prisión como un vertedero para la exclusión social (Franco, 2020: 1), por ejemplo; de la población masculina interna en los 358 centros de reclusión del país, 94 por ciento presenta problemas de adicción. (CNDH, 2018: 38), señala que mariguana, cocaína, solventes, metanfetaminas, crystal y heroína son las drogas que más se consumen en las cárceles.

La ubicación de estos temas en el exterior de la prisión es aún más compleja y, a menudo, no es feliz de resolver. En este caso de drogadicciones también se asocia a enfermedades comunes con una condición de salud bastante precaria y / o una edad avanzada: es evidente que la ubicación externa de estos sujetos debe ser la prioridad, de hecho, uno debe preguntarse por qué están en prisión. Pero la práctica ha demostrado que una solución extramuros no siempre es fácil e inmediata, tanto para la gran cantidad de sujetos involucrados como personal operativo y PPL. Ciertamente, la situación del caso concreto siempre es decisiva: incluso con respecto a estas situaciones “críticas”, uno podría imaginar una aceleración del tiempo y las investigaciones preliminares, solo en los casos de evaluación y hacerse cargo ya iniciados, para permitir, en la medida en que posible, la inserción de la persona en el contexto territorial externo.

3. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Dado el contexto y el marco regulatorio legal a partir de la pandemia, llegamos a la reflexión que los poderes interesados en el problema sobre lo que ha sido su impacto económico, social y jurídico, que el sistema deberá encontrar, sobre todo, una solución cuidadosa y reflexiva de la situación, los principales instrumentos reglamentarios para la protección de los reclusos en caso de emergencia (y hacinamiento en las prisiones) acompañadas de propuestas para la reforma del sistema penal, desde la amnistía, al perdón, a los cambios más orientados hacia el sistema penitenciario, también, sobre la base de los instrumentos reglamentarios existentes, instando, por ejemplo, al poder judicial de supervisión a otorgar

la medida de detención domiciliaria, para todos los sujetos con una sentencia cerrada o por penas de corta duración, o que aún se hace cargo, con medidas de custodia extra, de sujetos de edad avanzada mayores de 65 años, o aquéllos que padecen enfermedades cardíacas o pulmonares

Se debe incluir una reforma deflacionaria que permita reducir el número de presos presentes: En nuestro sistema existe lo opuesto a la máxima hegeliana: lo que es real es racional, lo que es racional es real, sin embargo, en el ambiente carcelario, lo real es irracional, y lo que es irracional es real. Las cárceles no pueden ni deben alojar a un solo prisionero más que el número que garantiza un trato humano y no degradante.

CONCLUSIONES

Las personas detenidas arbitrariamente, sin base jurídica suficiente, o por delitos incompatibles con el derecho internacional, así como todos los encarcelados por ejercer sus derechos humanos, incluida la expresión de opiniones discrepantes, también deben ser liberados

La perspectiva de la pandemia del Covid-19 nos permite asumir por sí mismo que se ha demostrado el impacto en la prisión, la detención y los derechos de los presos se reproducen problemas críticos en muchos aspectos similares a los que surgieron para el manejo de emergencias de otras afectaciones como el dengue o el sars, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el efecto es ciertamente peculiar al ir al inserto en un sistema ya debilitado por la normalidad de las condiciones en que la gente expía las sanciones, produciendo tensiones muy profundas sobre quién ya es juzgado por la condición de prisión y, a menudo, por marginalidad social, en este último, las mujeres internas que en muchas ocasiones son abandonadas por sus familiares y el rechazo social es más latente.

Sin duda la situación de los PPL ha empeorado, si pensamos en la sociedad libre fuera de prisión, y en nuestra experiencia de aislamiento con el encierro, solo tenemos una vaga idea de lo que les sucedió a ellos. La gente, que vivimos afuera y libre, se puede interconectar para sobrevivir, en prisión la suspensión de todas las actividades significa pasar todo el tiempo en una celda, en muchas ocasiones sobrepoblada, con escasez de estímulos y quizás más preocupados e indefensos por las deficientes políticas públicas para protegerse de la salud.

Lo más grave es que en los decretos de recuperación social a la “Nueva normalidad” (www.gob.mx/covid19) no se ha tenido en cuenta la prisión, no se sabe cuándo se reanudarán las actividades. El Gobierno debe brindar indicaciones que

permitan a cada institución planificar sus propias formas de reabrir las puertas a la comunidad.

Reducir la sobrepoblación penitenciaria es imperante para evitar contagio masivo en las prisiones mexicanas, toda vez que el distanciamiento social es impensable, lo que podría generar en grandes incubadoras en los centros de detención y prisiones.

La situación puede mejorar sobre la base del uso de herramientas tecnológicas, como los teléfonos inteligentes, computadoras, que facilitarán la comunicación con las familias, Esta es una experiencia positiva, el detenido pudo mantener contacto desde sus propios lugares, con y parientes y amigos, y seguramente calmará la ansiedad, servirá para dar tranquilidad a los PPL y sus seres queridos que están fuera de prisión, estos instrumentos bien controlados dejarán de ser vistos como “objetos del diablo”, todo debe hacerse con seguridad, pero una prisión hoy no puede prescindir de la tecnología, porque de lo contrario mantendrá fuera a personas que no se pueden mover, mientras que el tiempo fuera pasara de cualquier manera.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ana Lorenzetti, (2020) *il carcere al tempi dell' emergenza Covid-19*, Osservatorio costituzionale, Milano, p. 63

CNDH (2018) *El libro Un modelo de atención y tratamiento para las personas con farmacodependencia en prisión*, Ciudad de México. P. 38

Franco Corleone, (2020) *La rivolta in carcere e la miopia sulle droghe*, Ristretti orizzonti, Padova. p. 1.

www.gob.mx/covid19

[nytimes.com](https://www.nytimes.com)

bop.gov/coronavirus/

www.gob.mx/sspc

www.gob.mx/salud

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

www.gob.mx/issste

imms.gob.mx

www.milenio.com/caso-giovanni

LA PONDERACIÓN ENTRE DERECHOS ECONÓMICOS Y EL DERECHO A LA SALUD FÍSICA NO RESUELVE LAS INCERTIDUMBRES CREADAS EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Silvio León Castaño⁵³

1. LOS VALORES Y SU ORIGEN

Los contractualistas imaginaron un pacto social para confeccionar los principios que han de solucionar los intereses egoístas de los hombres. Hobbes, Locke y Rawls, entre otros, consideraron la necesidad de explicar el origen de esos principios únicos, universales e inmodificables que atan al hombre.

Así, mientras Locke (1994) pensó que todo hombre en estado de naturaleza tenía derecho a todo, era bueno y libre, Hobbes (2014) pensaba todo lo contrario. Describía al hombre como un ser egoísta y competitivo; ambos, priorizaban al hombre racional como único capaz de construir el poder político y, por ende, la ideología que lo ha de limitar a través del derecho.

Para el primero la razón construye un Estado liberal, entretanto, para el segundo más que un Estado absolutista, construye un derecho que pende de la voluntad del poder político en la construcción de lo bueno y de lo malo tal y como lo repite Kelsen (2008). Ambos buscan seguridad jurídica; con Hobbes las reglas del juego las impone el Leviatán, incluyendo la propiedad privada, mientras que, para Locke, el consenso mayoritario en el parlamento, de fácil consecución en sociedades burguesas, monolíticas y estamentales.

Luego, el surgimiento del pluralismo y del disenso, hicieron pensar a liberales igualitarios como Rawls (2004) en la necesidad de crear un método democrático que permita a las personas elegir aquellos principios que a todos servirían. Más concretamente, principios que distribuyan derechos y deberes. En la confección de esos principios de justicia, Rawls considera que es necesario que los intervinientes realicen una elección racional. Para ello recrea la situación humana antes de que haya sociedad. En esa posición original las personas no saben qué

⁵³ Magister en Derecho Público por la Universidad La Gran Colombia - Seccional Armenia y especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Santo Tomás en Colombia.

lugar ocuparán en la sociedad, ni el color de su piel, ni sus habilidades. Es lo que llama el velo de la ignorancia que garantiza la mayor imparcialidad. Con ello pareciera completar la obra de Kant (2017) para quien existen unos principios universales que han de regir al hombre.

Kant considera que lo único que hace libre al hombre es la razón y ello gracias a que es autónomo. La razón llevada a la práctica es voluntad. La voluntad solo puede elegir lo que la razón le señala como bueno, alejada de las inclinaciones. Son mandatos imperativos categóricos de la razón a la voluntad, de allí que la voluntad se defina como razón práctica (2017, p. 83). Los animales al no tener razón son cosas. No son libres. La razón es la que hace al hombre merecedor de respeto. Con esa postura el hombre se convierte en el centro del universo. Es fin no instrumento. Su fundamental principio moral implica el respeto por la libertad de cada uno.

Todos los doctrinantes citados en precedencia fundamentan los derechos en la razón y la libertad. Rawls acepta el principio de la diferencia siempre y cuando se favorezca a los rezagados socialmente con el fin de lograr una justicia con equidad. En común, priorizan la libertad, la igualdad y la equidad entendida como justicia material. Sin embargo, los discursos parten de abstracciones fundadas en un contrato social que no existió.

Con la Pandemia originada por el SARS-CoV-2 y que ocasionó la enfermedad COVID-19, no se hace necesario seguir imaginando el pacto que da nacimiento a los derechos. En tiempos de la posverdad como elemento sine qua non de la postmodernidad, se hace necesario intentar una aproximación a la construcción de principios que han de proteger o llenar de contenido el Estado Social y Ambiental de Derecho que rige al Estado Plurinacional de Colombia.

Pero, ¿cómo construir esos valores? Razón, deseos, voluntad o la superación de necesidades vitales para casos como las pandemias. Solo la solidaridad y el orden han permitido superarlas. Lo empírico pareciera hacer su aparición en la construcción de valores. Sin caer en la falacia naturalista, son las necesidades vitales las que crean los derechos inalienables en un momento histórico determinado. Para ello se requiere lo técnico y lo científico. Los conocimientos ancestrales para predecir la naturaleza tampoco se pueden echar de menos.

Luego, surgen las emociones que requieren de intersubjetividad. Los deseos nunca se sacian y una vez elevados a derechos subjetivos crean efectos negativos a otros derechos subjetivos. De allí que, ante la presencia de un posible “Estado caótico” por la petición de libertades inusitadas, surge entonces la necesidad del

discurso práctico racional y con ello la relatividad de ciertos valores y principios.

Queda claro; no se trata de construir principios universalizables sino instrumentales ante las crisis del mundo actual. El derecho natural y su inmutabilidad no es el camino para ofrecer contenido a los distintos derechos que requiere una sociedad ante las vicisitudes repentinas y perecederas. Se trata de encontrar un principio que permita realizar buenas elecciones y que sus consecuencias no dañen al hombre en su dignidad. El derecho positivo debe ser ese principio y método que permita el cambio y elimine las distorsiones en busca de una ecología integral que construya instituciones que no contengan más normas que las que exige cada momento.

En los tiempos de pandemia el ejercicio de las libertades plenas le es perjudicial al hombre. Primer argumento para superar el concepto de derechos inmutables. Su no ejercicio se requiere para conservar la vida. El derecho a la acción pública y la participación de todos en las cosas que nos incumben, se convierte en un obstáculo para las mejores y prontas decisiones. El derecho a hacer política y acudir al foro con propuestas ha generado caos y facilitado la pos verdad dejando ver al hombre como lo dice Hobbes: un ser movido por las pasiones y el egoísmo, siempre buscando sacar provecho de cualquier situación, “incluso en el cuerpo de los demás” (2014, p.14). Paradójicamente, los deberes de la razón instrumental como la solidaridad y el hacerse cargo de sí mismo junto con la razón a priori que invita a la verdad, se vuelven indispensables: es la negación de la negación (no libertades) a la primera afirmación (prelación de las libertades como derecho innato).

De otra parte, los técnicos y científicos acuden en ayuda de la sobrevivencia de la raza. Las virtudes que la sociedad había decidido premiar siguiendo a Aristóteles (1993), deportistas, artistas, políticos, reguetoneros, no acudieron a salvar al mundo. No tenían cómo hacerlo. Lo peor: los administradores de la cosa pública aprovecharon el colapso, sin saber si habría un futuro; no importaba; estaba en su estirpe: era el momento para seguir apropiándose de los dineros públicos. En Colombia el sistema lo exige. Las inversiones económicas para ganar unas elecciones en una municipalidad con 250.000 habitantes requieren de un total de mil cuatrocientos setenta y siete millones novecientos treinta y siete mil cuarenta y dos pesos como gastos legales permitidos en campaña. Trescientos setenta mil dólares de inversión cuando el salario mensual de un alcalde es de trece millones de pesos equivalentes a tres mil cien dólares mensuales durante cuatro años.

2. LAS LIBERTADES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Todo empezó en un pueblo de La China, Wuhan, no importa si fue en un laboratorio de biotecnología, inducido o por error, ora por contacto humano con murciélagos. Lo cierto es que pronto se convirtió en una Pandemia.

La Pandemia se propagó por el ocultamiento de la misma por parte de un gobierno autoritario en donde la libertad de expresión no cuenta como principio fundante. Una vez más se prueba que los regímenes democráticos permiten controlar más fácilmente las enfermedades, las violaciones de derechos humanos, el derecho de las víctimas y las libertades en general. Sobre el punto señaló el doctor Sen (2004, p. 191):

Los gobernantes tienen incentivos para escuchar lo que quieren los individuos si tienen que hacer frente a sus críticas y buscar su apoyo en las elecciones. Como hemos señalado antes, nunca ha habido grandes hambrunas en ningún país independiente que tuviera un sistema de gobierno democrático y una prensa relativamente libre.

Y más adelante dice refiriéndose a la importancia de la libertad de expresión en la formación de valores y prioridades que “(l)os derechos políticos y humanos, sobre todo los que garantizan la discusión, el debate, la crítica y la disensión abiertos, son fundamentales para los procesos de decisión documentada y reflexionada”.

Como referentes a la pandemia del COVID-19 se tienen: la peste negra en el siglo XIV (entre 1346 y 1353) que mató más de la mitad de la población europea e incluyó por primera vez la cuarentena como instrumento para combatirla. En los últimos 100 años aparecieron: la gripe española que mató según la OMS, entre el 3 y el 6% de la población en 1918; Bogotá por ejemplo tenía una población de 143.994 habitantes y murieron por la gripe 871 personas; en 1957 la gripe A H2N2 que mató cerca de un millón de personas y en 1968 la gripe A H3N2 que también mató cerca de un millón de habitantes, ambas en Asia.

Pues bien, los antecedentes para combatir los virus gripales mortales como el coronavirus, implican la necesidad de aislar las personas mientras se identifican los enfermos y se preparan los hospitales para atender los infectados más graves. En general, ante estos casos de pandemia le corresponde al sistema inmunológico de cada organismo defenderse contra un virus que muta y, por lo novedoso, impide que la ciencia de occidente o la ancestral puedan enfrentar con éxito su propagación.

Mientras tanto, los gobiernos de cada Estado regulan con reglas las metodologías científicas y procedimientos jurídicos para la toma de decisiones. En Colombia, validez y no restricción de libertades fue la discusión inicial; en ella, la pragmática del lenguaje juega papel importantísimo.

Para este tipo de sucesos el artículo 215 de la Constitución Política preceptúa que, en caso de grave e inminente perturbación o amenaza del orden económico, social o ecológico, o una grave calamidad pública, corresponde al presidente de la República con la firma de todos los ministros declarar el estado de emergencia económica por un periodo de treinta días prorrogables hasta dos periodos más en el año.

Durante la crisis, dice la norma, el presidente podrá dictar decretos con fuerza de ley para efectos de conjurar la crisis. Luego, en el párrafo, el constituyente le ordena remitir a la Corte Constitucional los decretos legislativos que emita para efectos de su constitucionalidad. Aunque la norma trata como sinónimos los decretos ley con los decretos legislativos, en realidad el artículo 241 conserva la diferencia.

Los decretos ley se permiten por disposición del artículo 150 numeral décimo de la Constitución Política para aquellas actividades usuales del Congreso pero que se transfieren al presidente hasta por seis meses para que las regule, excepto lo que tiene que ver con códigos, leyes estatutarias, orgánicas, cuadro e impuestos. Su control judicial se hace conforme al artículo 241 numeral quinto, mientras que los decretos legislativos se expiden por disposición directa de la Constitución Política en el artículo 215 y su control es automático conforme al artículo 241 numeral séptimo de la Constitución Política.

Pero la diferencia no es solo formal. El uso del lenguaje no solo hace cosas inmateriales sino que permite a través de los conceptos identificar los objetos que se le aparecen a la mente fruto de las intuiciones. Esos conceptos se deben delimitar a través de las definiciones para identificar las esencias (o lo que se construye como esencia) de los objetos y las diferencias entre unos y otros (Solano, 2016, p. 54).

En el caso concreto, los efectos y los controles políticos y jurídicos de un decreto ley y un decreto legislativo son distintos. Precisamente, hubo la discusión de si la cuarentena que decretó el presidente a través del decreto 457 y prorrogó a través del decreto 531 de 2020, y que no lo fue por decreto legislativo sino por un decreto que reglamentó el decreto legislativo de emergencia social, era constitucional. Qué hacer entonces, ¿anular la cuarentena? ¿Preferir el respeto por la

validez cuando las consecuencias según las fuentes empíricas demostraban que era necesario el aislamiento de la población?

Sobre el punto dijo el doctor Uprimny (2020)

El problema es que, por su forma, estas decisiones tienen problemas por cuanto son una restricción drástica a nuestra libertad de movimiento, que fueron adoptadas por medidas puramente administrativas. Por ejemplo, a nivel nacional, el presidente Duque ordenó la cuarentena con el Decreto 457 y la prolongó con el 531, que son decretos ordinarios. Además, a pesar de sus largos considerandos, esos decretos no mencionan ninguna norma constitucional ni legal que autorice claramente las cuarentenas generales. Por su forma, esos decretos parecen entonces inconstitucionales pues cualquier restricción a un derecho tiene que tener mínimamente una autorización constitucional o legal.

Esta disquisición puede parecer un formalismo jurídico de abogados que enredan las cosas, pero no lo es. Es grave que restricciones de derechos tan severas, como una cuarentena, sean decretadas por autoridades administrativas, sin autorización legal clara y sin los controles jurídicos y políticos que la Constitución prevé frente a los estados de excepción.

Un decreto legislativo de estado de excepción tiene control automático de la Corte Constitucional y control político del Congreso, que deben ambos examinar las medidas. Decretos ordinarios, como el 457 o el 531, carecen de esos controles. Y hoy la cosa es aún más grave pues, debido al COVID-19, el Consejo de la Judicatura suspendió los términos de las acciones de nulidad, que son las que permitirían demandar esos decretos.

La discusión parece superada si se tiene en cuenta que el decreto 417 del 17 de marzo de 2020, por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica en todo el territorio nacional, determinó en el numeral tercero que el gobierno tomará todas las medidas necesarias para superar la actual crisis a través de decretos legislativos, por lo que su control es automático por parte de la Corte Constitucional tal y como lo prevé el artículo 215 de la C.P.

Entonces el interrogante más bien sería ¿son las libertades derechos inherentes al hombre, descubribles sea racional o emotivamente, en todo caso irrenunciables y válidas en todo tiempo y espacio, como para no poderse hacer nugatorias? Aceptarlo de esa manera es prohiar el derecho natural y entender los derechos fundamentales como una protección a los derechos individuales priorizando el concepto de libertad negativa sobre los derechos sociales y colectivos. ¿Acaso no se propende hoy en día por la búsqueda del reconocimiento en el otro y la inclusión social, artículo 13 de la Constitución Política, aunado el reconocimiento de derechos subjetivos al medio ambiente, artículo 79 ibídem, sentencia

C-369 de 2019 y STC 4360-2018, entre otras normas?

Pero no solo las libertades civiles entendidas como el derecho a no tener restricciones externas, se hacen nugatorias. Los derechos políticos, más concretamente el derecho al proselitismo político y al desarrollo de los programas de gobierno de los alcaldes y gobernadores, deben ceder. El artículo 189 numeral cuarto de la Constitución Política señala que corresponde al presidente de la República conservar el orden público y restablecerlo. Por su parte, el artículo 315 numeral segundo le dice al alcalde que debe ser subordinado del gobernador y del presidente en aspectos de orden público. Para hacer efectivas esas funciones, el presidente de la República puede suspender a los alcaldes que no cumplan sus decisiones en estado de excepción.

Contrario, en Colombia algunos políticos consideraron importante la pandemia para presentarse con las virtudes que el padre Astete precisó para Dios; bueno sabio y justo, y se propusieron dar las soluciones correctas o, inclusive, estar pendientes de los errores para señalar un culpable. Parecía el triunfo de la posverdad transmutada en la retórica y el populismo.

Se presentó en Colombia el caso de un alcalde que contradecía públicamente las decisiones del presidente de la República. Su fundamento como no podía ser jurídico lo ejercía a través de los medios de comunicación polarizando la opinión pública y contravirtiendo decisiones que no eran políticas sino técnicas. Ahora bien, teniendo en cuenta que la declaratoria de emergencia económica por grave calamidad pública no puede sobrepasar los noventa días, ¿puede el alcalde desobedecer las decisiones del presidente cuando se está por fuera de esos tiempos? Inclusive, ¿usar los errores de buena fe cometidos por el presidente para hacer proselitismo político?

Kant pareciera dar la respuesta. La razón instrumental política y de expresión no puede surgir en tiempos en que la misma supervivencia de la raza humana o su vida digna se encuentran en peligro. Los deberes deben ser cumplidos sin verificar las consecuencias. Y la verdad, como valor y principio, debe hacer su aparición en las constituciones materiales de manera explícita. La mentira no puede ser una herramienta electoral sin sanción. Debe ser también una exigencia para los medios de comunicación so pena de sanciones por facilitar el desmedro del servicio público. Posición kantiana que exige alejar la posverdad como mecanismo de reconocimiento y daño social imperante en las redes sociales en tiempos del pos modernismo.

También hizo su aparición la corrupción. Una vez más la realidad les supli-

ca a las personas no acudir más al Estado burocrático dirigido por seres insensibles. Pareciera que la democracia como sistema político es incapaz de restringir el acceso al poder de personas ineptas. Cualquiera sin competencias puede gobernar sociedades competitivas y con talento y hacerlas fracasar. Ante ello, se hace necesario que las personas se hagan cargo de su vida y su futuro. El Estado debe disminuir su tamaño porque los hechos empíricos muestran que es ineficiente. Monopolios, oligopolios, transferencias monetarias indefinidas a los más necesitados y subsidios a capitales ineficientes degeneran la economía de mercado. La disciplina, la benevolencia y el hacerse cargo de sí mismo como instrumentos para obtener la realización de las capacidades y la inclusión social ante la inercia e ineptitud de la comunidad política en tiempos donde se piensa en el biocentrismo o ecologías integrales, se elevan como valor y principio.

Pero eso tampoco implica acudir al utilitarismo o ir en busca de los libertarios. La economía de mercado afianzada en la inversión financiera y bursátil ha demostrado que no está en capacidad de surtir los bienes y servicios básicos desde principios solidarios. La pandemia les ha enrostrado a las personas que los gobernantes de izquierda y de derecha de corte populista y que se apoyan en las diferencias de razas y clases sociales para acaparar votantes irracionales y alimentar los odios, cuando no es el temor a Dios y su castigo en caso de no seguir sosteniendo a quienes dicen pregonar la verdad y ser sus representantes en la tierra, deben ser superados.

Los políticos, sin excepción, de izquierda o de derecha no tuvieron el talento para imaginar los efectos de lo que todos sabían: una pandemia. Y aún en plena pandemia siguen sin preverlo. Ellos saquean el erario destinado para cubrir las necesidades básicas, mientras el sistema financiero sigue cobrando tasas insospechadas a quienes acuden a sus servicios ya ni siquiera para montar empresa o consumir, solo para sobrevivir. Ni políticos ni banqueros arriesgan nada, solo cosechan réditos. El sistema bursátil, por su parte, es una gran pirámide que no repercute en el crecimiento material de las empresas.

La discusión en la economía de mercado ha tenido que ver con la posibilidad o no de crear restricciones morales o más concretamente limitantes al concepto de libertad negativa, y si las mismas surgen por acuerdo o por imposición dialéctica ante el abandono de la solidaridad y el daño al medio ambiente explicitados en tiempos de pandemia.

Se ha considerado que el respeto por la propiedad y el cumplimiento del pacto o negocio jurídico favorecen el tráfico de bienes y servicios a menos costo

y mayor utilidad para las partes y la sociedad en general. El fundamento de tal afirmación se encuentra en la esencia del hombre económico como ser racional, egoísta y maximizador.

Como racional que es, se entiende que el hombre está en capacidad de procesar toda la información requerida y disponer de las mejores alternativas. Como hombre egoísta siempre ha de elegir lo que es bueno para él y desecha lo que no le produce beneficio. Finalmente, el hombre maximizador siempre busca obtener las mejores utilidades a menos costo, o lo que es lo mismo: utiliza de la mejor manera los bienes que son finitos.

Sin embargo, el libre mercado presenta fallas o externalidades que justifican la intervención en la economía. Son precisamente las externalidades las que obligan a la cooperación. Existen ciertos costos sociales en las transacciones entre particulares que se trasladan a terceros; por ejemplo, a mayor producción de bienes mayores desechos que terminan siendo costos sociales de los que no se hacen cargo quienes intervienen en el negocio jurídico. El daño al medio ambiente es otra externalidad de la que se ocupan los contribuyentes.

En tiempos de pandemia la posición dominante del sistema financiero y las grandes multinacionales que pudieron sobrevivir gracias a sus servicios por red, acrecienta la quiebra de medianos y pequeños empresarios, con el inconveniente que los monopolios y oligopolios cercanos al poder del Estado han sido salvados por los gobiernos de turno con los impuestos de los contribuyentes; no obstante, al poder seguir en el mercado, los precios de sus productos siguen sin control, v.gr., las patentes en medicamentos. Se evidencia que no es el mercado el que fija los precios de acuerdo con la relación oferta-demanda.

Hechos como los reseñados exigen intervenir en el mercado. Se podría considerar que un Estado burócrata como el actual en Colombia, con protección a ciertos gremios económicos y la imposibilidad de competir o hacer parte del sistema financiero, son precisamente la negación de un mercado libre. No es la economía de mercado la que está fracasando sino el concepto populista de democracia.

Pero es precisamente contra esas políticas que los libertarios se oponen. Ni prescribir virtudes ni redistribución de riqueza les compete a los gobiernos. Entienden que la justicia igualitaria no es fruto de un juicio racional. Son emociones como la envidia las que propenden porque los demás no tengan lo que yo tampoco puedo tener. Cada cual tiene unos talentos de los que puede obtener beneficios. Esa máxima implica que una sociedad no puede castigar a alguien por

no querer pagar impuestos para sostener a quien no tiene talento. Ante ello, no consideran viable empeorar la situación de algunos para mejorar la situación de otros.

Frecuentemente, las personas que no desean correr riesgos se sienten con derecho a recompensas de aquellos que los corren y ganan; sin embargo, estas mismas personas no se sienten obligadas a ayudar compartiendo las pérdidas de aquellos que corren con los riesgos y pierden. (Nozick. 2014, p. 221)

Pero los tiempos de pandemia probaron que existen personas que no pueden solucionar su situación por sí mismas. La falta de acceso al crédito, no tener oportunidad a buena salud, la robotización y los servicios en línea, han creado un grupo grande de desempleados que, ante los costos altos de la educación superior y la falta de diversificación en las regiones de carreras técnicas, solo pueden acceder a trabajos manuales de los que han sido desplazados por las TIC.

Tampoco los principios utilitaristas representados en las posiciones de los grandes empresarios pueden acudir a favor de las necesidades actuales. Para un utilitarista la falacia naturalista consiste en creer que todo lo que genere utilidad económica da felicidad y, por ende, es bueno. La mayor felicidad obtenida gracias a la maximización de la utilidad la reducen en dividir el PIB por el número de habitantes para generar un ingreso per cápita que está en manos de banqueros, monopolios y la alta clase política.

De allí que la discusión sobre si se debía continuar con la libre empresa o entrar en cuarentena, abrir o cerrar los aeropuertos, implicaba resolver la ecuación: mayor rendimiento económico frente al sacrificio o puesta en peligro de la vida de las personas con comorbilidades y con edad avanzada. En este punto juega papel importante un hecho latente con anterioridad en el sistema de salud: ante la escasez de recursos no es factible invertir grandes sumas de dinero en personas con gran posibilidad de no superar el tratamiento o con avanzada edad y poca productividad para la colectividad.

Pero es que la Constitución Política colombiana fundada en la dignidad humana, entendida como valor y principio, impide medir la felicidad desde lo económico. Empero, cuando las comunidades civil y política solicitaban el cierre inmediato de los aeropuertos no obstante la exigencia de muchos ciudadanos que visitaban el país y necesitaban retornar a sus países de origen, o residentes colombianos que requerían su regreso, se les negó ese derecho. Allí se sacrificaron derechos individuales para favorecer la felicidad general. Las decisiones priorizaron las consecuencias, no desde lo económico, pero sí desde los principios

utilitaristas. Ni siquiera se tuvo en cuenta que el regreso de esas personas no necesariamente iba a generar la muerte en un número determinado de personas. A todos, se les negó el derecho a la vida digna; muchos permanecieron con niños durante largos días en hoteles y aeropuertos internacionales.

La vida como deber kantiano debe ser protegida sin mediar consecuencias ni favorables ni desfavorables, alegrarán algunos para censurar esa medida. Pero, la vida es el valor que más pierde en las ponderaciones: frente al aborto se prioriza el derecho de la mujer a elegir su maternidad y disponer de su cuerpo; frente a la eutanasia prima el libre desarrollo de la personalidad y el tener una vida sin dolencias; y frente a la propiedad privada usurpada ilegalmente cede la vida del asaltante. Así, Kant tampoco puede auxiliar los derechos de los más necesitados.

Construir valores y principios requiere entonces de otras alternativas, sin necesidad de derruir la libre iniciativa ni coartar los talentos y el derecho a disfrutar de sus utilidades.

3. POLÍTICAS DEL GOBIERNO CENTRAL QUE FAVORECIERON A LOS TRABAJADORES

Contrario a quienes rehúyen a la intervención de la economía en aras de proteger las clases menos favorecidas, el código laboral se convirtió en la trinchera efectiva para los despidos masivos en tiempos del COVID-19, acudiendo a fórmulas que los trabajadores no sindicalizados estaban en imposibilidad de negociar de no haber sido por la intervención del Ministerio del Trabajo, arts 50 y 51 CST.

Entre las medidas limitativas a las libertades del mercado que tomó el gobierno central para proteger los derechos de los trabajadores y evitar los despidos masivos se tuvieron: el teletrabajo, jornada flexible, vacaciones colectivas adelantadas, permisos remunerados, el permitir que una parte se pague en salario y otra en auxilios no constitutivos de salario. Con respecto a la suspensión del contrato de trabajo se requirió autorización del Ministerio del Trabajo que hasta lo conocido nunca lo permitió, pues dentro de dicho tiempo no se paga salario, solamente la seguridad social y la prima de servicios. La licencia no remunerada que lo podía ser solo a instancias del trabajador y sin coacción, se utilizó mucho, pero actualmente se adelantan investigaciones por el Ministerio del Trabajo pues el que dicha figura jurídica hubiera sido utilizada por la misma empresa con varios trabajadores es un indicio de que fue inducida. Será necesario esperar los resultados de esas investigaciones. Finalmente, cuando el empleador daba por

terminado el contrato de trabajo se consideró despido sin justa causa lo que implicaba el pago de indemnización.

En comienzo parecen instituciones perfectas como señala Sen (2017), pero poco realizables desde lo práctico excepto para las multinacionales o grandes empresarios, pues el general de los empresarios pende su operatividad de los créditos que otorguen los bancos, con el compromiso que suscribió el Estado de ser el garante del 90% de los créditos aprobados, los cuales se han hecho nugatorios por no reunir requisitos legales de confianza. Pero, allí estuvo el error. El sistema financiero no puede definir sobre esos créditos sobre todo cuando el Estado es el deudor más incumplido que opera en el sistema colombiano, v.gr., las sentencias judiciales contra el Estado están demorando más de cinco años para su pago, aunado que la Rama Judicial nunca paga la totalidad de intereses lo que hace necesario volver a juicio, decreto 642 de 2020.

En otras palabras, esas políticas al tener al sistema financiero como intermediario y con poder de decisión sobre el otorgamiento del crédito, y el alivio a cargo del Estado del 40% de un salario mínimo a la nómina de los empresarios que no terminen ni suspendan los contratos de trabajo, para empresarios como los dueños de restaurantes, bares, comerciantes de locales en centros comerciales y otros comerciantes independientes que durante la cuarentena no tuvieron cómo prestar sus servicios por lo que su capacidad de pago es cero, nada aliviaron. Consecuentemente, cuando las empresas se empiecen a declarar en quiebra las pérdidas también serán de los trabajadores.

4. APROPIACIÓN DE RECURSOS

Para superar la crisis del COVID-19, el gobierno, a través del decreto 444 de 2020, señaló la necesidad de tomar dineros prestados de los activos financieros que tenía el Estado, pero con destinación específica, para no alterar el Presupuesto General de la Nación ni elevar el sistema impositivo.

Es importante glosar que el Presupuesto General de la Nación para el año 2019 fue de 259 billones de pesos, de los cuales para el proceso de paz se destinaron \$9.293.807.118.647. Para otros programas sociales se apropiaron: 32.4 billones para el sector salud; 2.4 billones para pagar subsidios en efectivo a 2.601.000 familias inscritas en el programa Familias en Acción; 96.334 millones para 296.000 Jóvenes en Acción que es un programa que entrega dinero en efectivo a estudiantes entre 16 y 24 años; y 1.6 billones para el programa de transferencias monetarias para el adulto mayor. Durante la pandemia a las personas que

reciben transferencias monetarias se les pagó el subsidio doble durante el primer mes de la cuarentena; adicionalmente se les hizo devolución del Impuesto de Valor Agregado a 300.000 adultos mayores que no hacen parte de ningún programa social. Colombia es un país con 48.2 millones de habitantes para el año 2019.

Ya, para superar la crisis de la pandemia, el gobierno señaló requerir la suma de 14.8 billones de pesos que provendrían: del Fondo de Ahorro y Estabilización un total de 12.1 billones de pesos y del Fonpet la suma de 2.7 billones de pesos.

Del Fondo de Ahorro y Estabilización FAE, reglamentado por el decreto 1076 de 2012, que hace parte del Sistema General de Regalías, tomó la mayor parte de los dineros requeridos. Dicho fondo es un ahorro de los ingresos que genera la explotación de recursos naturales no renovables que se paga al Estado como contraprestación por esa actividad económica y el cual se destina para las entidades territoriales que adelanten proyectos de desarrollo social, económico y ambiental, entre otras, art 361 de la Constitución Política. Es de anotar que el municipio de Armenia, entre muchos con el mismo defecto, no ha recibido dinero de regalías en los últimos cinco años porque no presenta proyectos para ser aprobados por los OCAD. (Datos suministrados por el DNP, oficio del 18 de marzo de 2020 de número 20204360219101).

Igualmente tomó dinero prestado del Fonpet, que es un fondo que se encarga de cubrir las pensiones de las entidades territoriales, pues existen recursos que garantizan el pago de esas pensiones durante los próximos 20 años.

Esas medidas generaron un impacto mediático para quienes no conocen el funcionamiento de esas instituciones, lo que aprovecharon los amigos de la pos verdad para hacer proselitismo e indicar que estaban dejando sin recursos a las entidades territoriales. Otros, aceptando la viabilidad de la medida, propusieron alternativas que podrían dar mayores recursos como sería el endeudamiento externo de hasta 20.000 mil millones de dólares.

El inconveniente con los préstamos es que Colombia es una economía extractivista, y dentro de los cambios que se requieren y que ya han sido prescritos por la Corte Constitucional, está limitar la explotación minera y de hidrocarburos en zonas de páramos o donde se ponga en peligro la selva o las fuentes de agua. Eso implica menos recursos pues en materia de exportaciones, el sector minero energético representó el 56.1% de ellas y el 34% de la inversión extranjera directa (IED) para el año 2019, y, entre los años 2010 y 2017, aportó el 9% del PIB. El agronegocio que también es contaminante y usuario de agua potable

aporta un 7% del PIB.

A través del decreto 568 de 2020, y durante tres meses, se tomaron medidas que sí gravaron directamente las finanzas de funcionarios públicos, contratistas y pensionados, pero solo a los que devengan altas sumas, que son los altos ejecutivos, magistrados, ministros, entre otros. Teniendo en cuenta que el salario mínimo con subsidio de transporte en Colombia es de \$980.657, el gravamen parece más una decisión que debería permanecer, pues las diferencias económicas son demasiado altas dentro de la clase trabajadora oficial del Estado colombiano. Los rangos quedaron así:

1. Los que ganen entre \$10 millones y \$12,5 millones deberán aportar el 15%.
2. Los que devenguen entre \$12,5 millones y \$15 millones tendrán que aportar el 16%.
3. Quienes reciban entre \$15 millones y \$20 millones se les aplicará una tarifa del 17%.
4. Y quienes devenguen más de \$20 millones deberán aportar el 20%.

Obtenidos esos recursos, al 4 de mayo de 2020, el gobierno giró al sector salud la suma de 2.7 billones de pesos distribuidos así: Para el régimen subsidiado 1.32 billones de pesos que recibieron 2.008 prestadores de servicios privados, 972 públicos y 7 IPS mixtas.

A las 38 EPS les desembolsó la suma de \$782.515 millones correspondientes a la Unidad de Pago por Capitación. La pregunta es: si las EPS son las responsables de las grandes pérdidas de dinero, del no pago de los servicios que les prestan las clínicas privadas o IPS y los hospitales públicos o ESE, que los tienen al borde de la quiebra, ¿por qué no se eliminó ese intermediario si igual el servicio de salud se está prestando -como siempre ha ocurrido- a toda persona sea del régimen subsidiado o contributivo a través de las IPS y ESE? ¿No es este el momento para modificar un sistema de salud que es rentable, que en Colombia es muy bueno en lo prestacional -así sea por orden de tutela- comparado con países en donde se atiende sólo hasta donde lo permita la cobertura? Las EPS solo deben recibir los pagos de los servicios que prestan directamente.

Son ellas, las EPS, las que además impiden que los médicos tengan salarios decorosos, pues a un médico general le pagan a \$35.000 la hora y un especialista tiene un límite mínimo de \$75.000. Eso sin mencionar los salarios ínfimos de los profesionales de enfermería. Inclusive, a la gran mayoría no se les pagan prestaciones sociales pues la tercerización es una práctica inveterada en Colombia, lo que ha conllevado a que desde 1997 las cortes y el Consejo de Estado de manera

constante estiman pretensiones a favor de los médicos y trabajadores en general. Apartes de uno de los tantos fallos señala:

“En el sub lite, la Corte no encuentra acreditada razón alguna que justifique la conducta de la empleadora; por el contrario, las pruebas analizadas en sede de casación evidencian que el contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes tuvo como finalidad encubrir la verdadera relación de trabajo subordinada; tan claro tenía Saludcoop que Martínez Martínez era su trabajador, que a más de imponer disponibilidad de trabajo durante los días de descanso legalmente obligatorios, también le formuló llamados de atención y le impuso el cumplimiento de labores ajenas a lo previamente pactado.

En consecuencia, se condenará a la demandada al pago de \$268.919.250, correspondiente a la sanción moratoria, desde el 1 de abril hasta el 31 de julio de 2017, sin perjuicio de los intereses que se causen hasta la fecha en que se realice el pago de las acreencias laborales, conforme se ilustra a continuación...” (Corte Suprema de Justicia, SL13020-2017).

Debería ser este el momento para que el gobierno expida un decreto legislativo que impida vincular personal asistencial a través de contratos de prestación de servicios, pues, al hacerlo, el Congreso tendría que asumirlo como ley ordinaria ya que las conquistas laborales no pueden ser regresivas.

5. LA TEORÍA DE LAS CAPACIDADES Y LA TEORÍA DEL RECONOCIMIENTO COMO CONCRECIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD DENTRO DEL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sen (2017) considera que todo razonamiento práctico debe orientarse a encontrar la manera de reducir las injusticias presentes sin necesidad de concebir un mundo completamente justo. Entiende que una sociedad de instituciones justas puede convivir con un analfabetismo extendido, o con hambrunas o falta de atención médica, por lo que es necesario pensar en los mejores arreglos sociales y no caer en teorías trascendentales que buscan lo absolutamente correcto. Estas teorías son las que impiden el consenso en la elección social.

En la construcción de esos valores que permiten orientar la vida real, considera la razón como instrumento para tomar buenas decisiones, pues permite criticar las ideologías y las creencias ciegas, pero acepta que la razón también puede ahondar las brechas entre la promesa y la práctica. Aunque entiende que existen las malas ideas, afirma que la razón tiene papel importante sobre todo para entender las emociones. Es necesario sostener esa relación entre la razón y emociones como la compasión y la simpatía en la toma de decisiones valorativas.

Ahora, buscar situaciones comparativas como pretende Sen para hacer justicia implica hablar de igualdad, que -dice- siempre ha sido pretendida pero desde distintos espacios. Para los libertarios es importante la igualdad de libertades; para los liberales igualitarios prima la “igualdad en la posesión de bienes primarios”; para los marxistas es necesario suspender la desigualdad en la distribución de dinero. Ante ello, Sen (2017, p. 323) señala que hay que preguntarse “igualdad de qué”.

Las capacidades pueden ser la respuesta tanto para situaciones en crisis como normales. Sen las define como la oportunidad que debe brindar el Estado a las personas para que desarrollen sus libertades o ventajas individuales. Entre las capacidades elementales que debe gozar una persona para tener libertades están el evitar privaciones como la inanición, la desnutrición, la morbilidad, la mortalidad prematura, poder leer y escribir, participar en política y la libertad de expresión. El goce de esas capacidades debe ser garantizado por el Estado, lo que implica materializar funciones o realizaciones como las señaladas en precedencia.

Una vez se pueden ejercer esas capacidades como comer, o viajar o hacer parte del proceso de elección social, que denomina funciones, se puede decir que una persona vive la vida que considera valiosa. Siendo varias las capacidades a desarrollar, la igualdad no puede ser monolítica.

Con anterioridad había señalado en su obra *Desarrollo y Libertad* (2004) la importancia de garantizar las capacidades en vez de la adquisición de una buena renta como presupuestos que garantizan la vida que cada uno considera vale la pena vivir.

En ningún momento el autor precede la transferencia monetaria como instrumento para realizar funciones concretas, aunque reconoce que la falta de renta también genera falta de desarrollo, son las capacidades las que facilitan el desarrollo.

Igualmente, a diferencia de Rawls, Sen prioriza las capacidades y los derechos sociales sobre las libertades. “¿Por qué cualquier violación de la libertad, por significativa que sea, tiene que ser invariablemente considerada como más grave para una persona o una sociedad que el sufrimiento del hambre, las epidemias y otras calamidades?” (Sen, 2017, p. 330).

En tiempos de pandemia el mundo entero priorizó la salud y el derecho a no ser contagiado sobre la libertad de locomoción y de empresa. Frente a esas políticas públicas los gobiernos de Brasil y USA se rebelaron y priorizaron la eco-

nomía de mercado y las libertades.

En este punto del debate no se puede pasar por alto que no sólo los derechos sociales y liberales son requisitos para vivir la vida que se considera valiosa. La inclusión social a través de acciones afirmativas frente a personas que culturalmente son distintas, art 13 C.P., les enrostra que al hombre en sus decisiones y su apreciación de las cosas del mundo lo mueve preferentemente la creencia y el sentimiento, como también el deseo de reconocimiento en el otro.

La intersubjetividad tanto en la familia, como en las relaciones de mercado económico, permiten preparar para la opinión pública-política, como lo referencia Honneth (2017, p. 173). Es la manera de superar sociedades patriarcales, los privilegios que genera el dinero o lo que el autor denomina “alianzas sociales” como la burguesía en los medios de comunicación actual, para entrar en una sociedad de “complementariedad mutua”, de encuentro en el otro, sin bullying, como superación de la libertad negativa llena de egoísmos o la libertad reflexiva que conlleva al aislamiento tal y como lo concluye Honneth.

Se trata de crear instrumentos prácticos que faciliten el desarrollo de capacidades y de inclusión social para las sociedades actuales deseosas de reconocimiento. No es que se niegue la importancia de ayudas monetarias ante afugias intempestivas, pero deben ser provisionales para no crear dependencia y azuzar sentimientos de pereza. La participación de la riqueza y de la tecnología por parte de la comunidad se logra con un buen servicio médico, con buenas carreteras, con acceso gratuito a buena educación, con participación en las cosas que nos incumben, con la lucha estatal contra toda forma de marginación y de violencia (narcos en su versión de guerrilleros y paramilitares. Un homicida o torturador no puede pedir derechos políticos).

Contrariamente, en tiempos de pandemia las soluciones inmediatas y únicas en los municipios de Colombia fueron las transferencias en dinero y la entrega de mercados (con foto de cada entrega para la internet). Ayudas que también eran necesarias. Pero el reconocimiento social, el reconocimiento en el otro, en tiempos de pandemia y normalidad siempre ha estado ausente de las políticas públicas. Ello es requerido no como reacción inmediata pero sí como programa de readaptación social y, especialmente, para enseñar a vivir en la vida de relación a futuro con limitantes inusuales que serán necesarias como evitar el contacto físico, los sitios de esparcimiento sin gran concentración de personas, el cambio en las prendas de vestir como el uso de tapabocas. Se avecina un cambio cultural a corto plazo que requiere ayuda.

La Universidad La Gran Colombia seccional Armenia realizó una investigación sobre las personas afiliadas al programa “Familias en Acción” que realiza transferencias en dinero cada mes, exigiendo como requisito el que los hijos acudan al colegio y cumplan con los controles de salud en el primer año de vida.

En las entrevistas que se realizaron con los beneficiarios se comprobó que el 80% de los integrantes eran desplazados por la violencia o madres cabeza de hogar. Se constató que las mujeres son las que hacen los trámites en la entidad territorial; a las preguntas señalaron que les gustaría poder terminar los estudios, aprender a hacer algo. Aceptan que en el hogar las decisiones las toman los hombres; las que viven solas aceptan que en un hogar se debe hacer lo que dice el hombre mientras las mujeres se ocupan de las cosas del mantenimiento doméstico como hacer de comer y de los problemas de los hijos en el colegio. Se resignan al maltrato de hecho y de palabra de sus esposos. La gran mayoría dice vivir en barrios donde no hay seguridad; tampoco hay centros de salud cercanos y muchas manifestaron que tenían que caminar hasta una hora para llevar los hijos a control, pues el dinero no les alcanzaba para el transporte. Dicen que les interesaría poder participar en las cosas del barrio, que existieran actividades culturales, además señalaban que generalmente viven en casas con una o dos alcobas y los hijos comparten cama. En general, todas se duelen de la falta de inclusión social, el deseo de llevar una vida que les haga sentirse importantes y, en el caso de los desplazados, ninguno manifestó recibir apoyo profesional afectivo para superar los desarraigos culturales. Todo eso permite concluir que las transferencias monetarias no preparan las personas para el trabajo ni para superar las humillaciones y, ante todo, la falta de políticas públicas que permitan el reconocimiento de la mujer en las decisiones importantes. Son burócratas sin imaginación.

Ese tipo de Estados con un número grande de cargos políticos y burocráticos y que se limitan a entregar subsidios, coartan los derechos políticos y favorecen los monopolios. Durante la pandemia esa práctica se acrecentó. Se facilitó la presencia del “burócrata indolente”. Más aún cuando hace parte de una carrera administrativa que da gran estabilidad. Pero ocurre no solo en los Estados paternalistas de origen socialista, sino también en países capitalistas como Colombia. Son ellos, los “burócratas indolentes”, quienes definen qué derechos distribuir y qué cargas deben asumir las personas para acceder a determinados beneficios, además de acceder al manejo arbitrario del erario, que en el caso colombiano ha terminado con una corrupción desbordada.

6. LA SALUD INTEGRAL PERMITE PROTEGER LA VIDA QUE LAS PERSONAS CONSIDERAN VALIOSA

La Corte Constitucional al elevar a derecho fundamental la salud a través de la tutela 760 de 2008 señaló que la salud no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ‘ausencia de afecciones y enfermedades’ en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es ‘un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona.

El legislador en coordinación armónica como debe serlo toda sociedad que en realidad pretenda elevar el nivel de vida buena de las personas sin instar al odio de clases, prescribió el derecho a la salud a través de la ley estatutaria 1751 de 2016. Allí prohijó contenidos expresados por la Corte Constitucional en cuanto al derecho a la salud como derecho fundamental. Había dicho la corte en la tutela citada en precedencia:

En tal sentido, considera que ‘el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud’; entre ellos ‘la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano’.

3.4.2.3. ‘El derecho a la salud entraña libertades y derechos’, señala el Comité, indicando como ejemplo de las libertades ‘el derecho a controlar su salud y su cuerpo’ o ‘el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales’. Entre los derechos, se presenta como ejemplo ‘el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud’.

Es importante resaltar dos aspectos; el cuidado del medio ambiente en tiempos de Antropoceno pues es un hecho notorio que la contaminación genera afectaciones al estado de salud en lo que puede denominarse “salud social”, aunada la necesidad de aliviar las situaciones estresantes de la vida de relación para gozar de una buena salud mental.

En los tiempos de pandemia las medidas buscaron recluir a las personas en sus hogares para que no contaminaran ni se contaminaran, pero obviaron los efectos colaterales de dicha medida. Violencia intrafamiliar, trabajadores independientes que no clasifican para las ayudas económicas y en especie, ocio, uso de sustancias sicoactivas y alcohólicas, hacinamiento, violencia sexual, la falta de trabajo y de actividades que le permiten a las personas el reconocimiento social

y por ende el aumento de su autoestima, carencia de esparcimiento y acceso a las TICs; pero ante todo, a las personas no se les explicó que la cuarentena no era una medida curativa sino una estrategia para prepararse en los hospitales para recibir a los contagiados, y para el comercio era prepararse para reiniciar la vida social con limitantes y con la obligación de hacerse cargo de sí mismo. A los comerciantes no se les apoyó en ese proceso. A la gente no se le informó que la historia muestra que en menos de dos años no se crea una vacuna, y que, como el SIDA, se hace necesario convivir con dicho virus.

A quienes debían seguir con su vida en confinamiento, en sociedades patriarcales como la nuestra, no se les acompañó para que entendieran que debían hacer cosas tan simples como el hombre ayudando en las labores del hogar: lavado de trastos, limpieza de los hogares, ayuda en las tareas de los hijos; o presenciales como el tener acceso a internet gratuita y una amplia gama de canales de televisión. El poder acudir a ayudas profesionales con psicólogos a través de los puestos de salud; la orden sin posibilidad de evasión al sistema financiero de no cobrar el uso de su infraestructura, rebaja de intereses y suspensión de cobro de cuotas a los deudores. Es de reconocer que el gobierno hizo esfuerzos en no cobrar intereses a los estudiantes y prohibir al sistema financiero el cobro de sus créditos, siendo obviada la orden por ese gremio; además, muchos alcaldes proactivos rebajaron o congelaron las tarifas de servicios públicos domiciliarios.

La ponderación entonces se limitó a priorizar el derecho a la salud a través de la cuarentena sobre el derecho a la locomoción, pero el sistema financiero y la clase política elegida popularmente en las entidades territoriales en contubernio con los órganos de control y la fiscalía, continuaron lo mismo, agravando la salud mental de las personas sin querer de reacción. Y para completar, enemigos del gobierno de turno aprovecharon dicha circunstancia para instar a la gente a continuar en sus hogares, porque salir a la calle era querer deshacerse de ellos por los costos económicos de las ayudas. La cuarentena se convirtió así en una carta política de los amigos de la pos verdad y la crítica sin propuestas.

7. LA DIALÉCTICA COMO INSTRUMENTO PARA MODIFICAR EL SISTEMA CAPITALISTA

Con el neoconstitucionalismo como ideología, la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad, arts 4, 93, 214, y 53 de la C.P., se convierten en fuente principal del derecho, correspondiéndole a la Corte Constitucional su guarda, art 241 ejusdem. Esa función le ha permitido a la corte inmiscuirse en la voluntad del legislador a través de sentencias interpretativas o aditivas, incluso

sustitutivas como la sentencia C-037 de 1996, como también ordenar políticas públicas. García (2010) le endilga el derrotar a través de la ponderación principios positivados y elegidos en procesos discursivos de la Asamblea Constituyente al imponer lo que el autor llama “principios de camuflaje”.

La Corte Constitucional al asumir una superioridad cognitiva sobre el legislador y el ejecutivo confecciona principios adscritos que aumentan las tensiones y el disenso. Pero la inoperatividad del Congreso le exige esa función. Lo que corresponde entonces es morigerar ese poder para que no termine avasallando a las demás ramas del poder público. Especialmente al principio democrático, pues se corre el riesgo, en verdad, que los principios positivados pierdan eficacia frente a los principios latentes que devela la corte, muchos de ellos extraños a la discusión democrática o previamente derrotados en el discurso práctico racional al interior del Congreso. Aunado que una corte omnisciente se convierte en botín de guerra para las estructuras de poder.

Así pues, priorizar las libertades negativas en el sentido de elevar a principio todo deseo de grupo, o exigir a un tercero la efectividad de ese derecho, o exigir su reconocimiento sin prever la imposibilidad fáctica de su realización ora el choque contra otros principios positivados, terminan por crear un “Estado caótico” que deslegitima al gobierno de turno al no poder cumplir esas expectativas, con el inconveniente que el deseo nunca se sacia, especialmente el considerar que nadie manda a nadie y cualquier decisión del Estado es intromisión sospechosa.

Paradójicamente, lo que surge como pretensión en tutela de derechos de libertad, termina elevando el discurso de los derechos humanos a simple retórica. De allí que muchos acudan a las narrativas como la manera de comunicar las necesidades y encontrar soluciones prácticas. Al decir de Sen, no se trata de construir normas perfectas sino de superar la extrema injusticia. Es un derecho construido desde los destinatarios y con implicatura conversacional (lo que transmite y quiere el peticionario de derechos).

En tiempos de pandemia le correspondió al ejecutivo imponer su ponderación por disposición constitucional entre la economía de mercado o la cuarentena como instrumento para restringir la libertad de locomoción en pro del derecho a la salud física. Esa decisión generó temor de volver al “Estado de Sitio”, pero nada se dijo de la libertad de expresión en cuanto a pos verdad y proselitismo político. Eso calmó a los medios de comunicación, quienes pudieron ser objetivos, algunos; otros responder a quien compra sus pautas.

Con respecto a las libertades de locomoción y de mercado se entendió que

el núcleo esencial de la libertad se mantiene al permitir a las personas ejercer la economía de mercado con las empresas prestadoras en red, el poder acceder a comunicarse con otras personas vía TICs, el poder elegir el lugar en donde quedarse, y el tener un día a la semana para salir. De ese proceso salieron robustecidos los monopolios y el sistema financiero. La salud solo se protegió desde la perspectiva de no enfermarse y no enfermar. Los hospitales públicos continuaron con sus deudas, el personal médico o asistencial continuó con salarios ínfimos. Ni el gobierno ni la comunidad entendieron que ese recurso humano tiene virtudes y méritos para elevar la distribución de bienes y honores a su favor. Paradójicamente, las EPS, que son las que controlan y obtienen todo el beneficio económico, siguieron sin regulación por parte del nivel central y de los órganos de control y fiscalía. Erradamente el gobierno giró dineros a las EPS quienes continúan en mora con los hospitales.

Con respecto a los bancos, ayudaron al estrés de la comunidad deudora tras seguir con los cobros extrajurídicos. Muchas empresas de servicio público aumentaron las tarifas con el beneplácito de la clase política territorial. En los municipios la urgencia manifiesta les permitió a los entes territoriales contratar directamente y a precios inusitados; crecieron los costos para el erario por gastos innecesarios, lo que en la mayoría de los municipios hizo inviable financieramente subsidiar los servicios públicos para quienes veían paralizada su capacidad de producción, como tampoco era viable la rebaja de los impuestos de industria y comercio y de predial y complementarios, tal y como lo permitía el decreto 678 de 2020.

Como corolario, la ponderación a favor de la salud física no superó las grandes deficiencias del sistema “capitalista burócrata de mercado”. Son situaciones que permiten afirmar que se requiere de un proceso dialéctico que supere la manera usual de intervenir la economía con el otorgamiento de los subsidios monetarios a grandes empresarios y a las clases menos favorecidas por parte del nivel central. Sin echar de menos la contratación dirigida siempre a obras de cemento por parte de las autoridades locales dejando al garete lo relacionado con el medio ambiente, la salud y las políticas de reconocimiento e inclusión social. Ese cambio no lo da la ponderación. Se requiere de un proceso dialéctico material que permita reorientar la economía de mercado sin corrupción y sin monopolios siendo necesario para ello disminuir el tamaño del Estado.

Estos cambios también exigen enfrentar la huella ecológica que está generando el hombre sobre el medio ambiente o Antropoceno. En esa lucha por las

ecologías político-sociales, las altas cortes han concedido derechos subjetivos a los páramos, al río Atrato, al río Amazonas. El Tribunal Administrativo del Quindío recientemente lo hizo con el río Quindío. Solo hace falta que los derechos del medio ambiente, flora y fauna, sean elevados a derechos fundamentales y se regulen a través de una ley estatutaria por parte del Congreso.

Wallace-Wells (2009) señala que en el Ártico se encuentran congeladas enfermedades milenarias que pueden ser liberadas. Explica que, así como en laboratorios se han resucitado varios microbios, es posible que el deshielo libere bacterias y virus de enfermedades que se creían superadas, con el inconveniente que la globalización y la mezcla de sociedades facilitan la propagación de microbios. Lo escribió en octubre de 2019 y a los pocos días enfrentamos una pandemia, lo cual muestra que la situación actual era previsible pero nuestro sistema político y económico lo obvió.

Por su parte, Rodríguez (2019) se preocupa por lo productivos que son los ecosistemas lo que ha impulsado a los grandes emporios extractivistas y a los precursores del agronegocio a desarrollar sus actividades acentuando la deforestación, el daño a los arrecifes de coral, los manglares y humedales en general, aumentando con ello la escasez de agua dulce. Pero es aterrizado en el sentido de aceptar que la manipulación genética y la ciencia de occidente han ayudado a combatir las hambrunas y la expectativa de vida al lograr potabilizar el agua.

Señala que el agua es quizá la molécula más necesaria para la vida humana. Se encuentra en un 97.5% en los océanos, quedando solo un 2.5% de agua dulce. El 69% del agua dulce está en los glaciares y el 30% en el subsuelo; la otra cantidad, el 0.02% está en los ríos, el 0.88% está en los lagos y el 0.10% en los humedales. Del agua precipitada, dice, el 78% cae en los océanos y el 22% cae en la superficie de la tierra, con el inconveniente que el 40% regresa al mar (2019, p. 129). Ante esa escasez de agua, señala el autor que los páramos se convierten en el bioma con mayor capacidad para capturar agua en tiempos de lluvia y liberarla en tiempos de sequía.

Mucho más se podría hablar a favor del medio ambiente. El derecho de los animales no solo a no sufrir dolores innecesarios, sino el derecho a tener una vida, a divertirse, a tener libertad, a gozar de la sexualidad y el afecto (sin ser absolutos por la naturaleza de la cadena alimenticia). Todas esas ecologías integrales requieren ser desarrolladas como derechos fundamentales para evitar hesitaciones sobre su reconocimiento, alcance y protección.

8. HACIÉNDOSE CARGO DE SÍ MISMO

A través de la historia el hombre siempre ha enfrentado y superado grandes catástrofes. Pandemias, guerras y hambrunas nunca han faltado. Y aun cuando no se hayan terminado de superar completamente, el hombre ya es el mismo: un ser egoísta, competitivo, emocional, y dentro del posmodernismo, amante y defensor de la pos verdad y los medios de comunicación o TICs.

Tanto es así, que los grandes empresarios, el hombre económico con gran talento para producir grandes riquezas lo sabe, y aún durante las crisis no abandona su espíritu lucrativo. Es consciente que la vida va a continuar.

A ello se suma la aparición de la retórica como instrumento de riqueza. La clase política y los pregoneros de Dios y el pecado aprovechan la esperanza y la necesidad para obtener riquezas inusitadas por tan poco aporte al bienestar social en tiempos de pandemia. Es necesario entonces que las personas se den cuenta que son responsables de su futuro. No se trata de pedirle al Estado que se encargue de sus necesidades. La cuestión es más elemental, se trata de responsabilizarse de que los bienes que con dificultad y talento se consiguen, no pueden seguir siendo entregados a través de un sistema impositivo desigual prescrito por esos hombres que cada uno ayuda a elegir o que, como en tiempos medievales, en nombre de Dios y su gracia, expiden indulgencias a cambio de sumas de dinero aún contra el bienestar de la familia del dador.

No se trata de abogar por la ideología de izquierda o de derecha que colonizan la política en Colombia, ambas recalcitrantes y violentas de palabra, cuando no de hecho; tampoco a los pregoneros materiales del espíritu. Se le habla al hombre individual responsable de su familia. Al Estado, para que al conceder a cada cual lo que se merece como lo manifiesta Aristóteles, distribuya bienes al sector salud, al sector educacional, al medio ambiente, y acogiendo a Rawls y su principio de la diferencia, se graven esas loterías sociales de actividades como el deporte, el ocio, el azar, que poco aportan en tiempos de crisis, respetándoles en todo caso su talento, pues la felicidad es un valor que el hombre siempre ha buscado y ellos ayudan a su consecución. Se trata de imponer límites económicos a ciertas actividades no esenciales y que también contienen mucho de azar como lo pregona el liberalismo igualitario.

9. CONCLUSIONES

¿Cómo será la vida cuando el liberalismo ya no exista? Tal parece que se preguntan todos. La Pandemia es la materialización de la utopía acerca de la

concepción del mundo sin el derecho a ejercer la libertad de locomoción y sin el derecho a elegir qué bienes y servicios adquirir y a quien adquirírselos y con un Estado que dentro de la escasez trata de cubrir las necesidades básicas. El sistema financiero y político se convierte en ese Estado burócrata socialista que nos puede facilitar lo básico, pues los excesos materiales a ellos pertenecen en un estado de cosas semejante. Y eso, quedó demostrado, crea dependencia y coarta todo talento.

Así, la pandemia debe convertirse en el impulso para los cambios esenciales en el funcionamiento de la economía de mercado. Las grandes diferencias económicas, la “burocracia indolente” de las ramas del poder público, el populismo y la retórica en el discurso político, requieren ser superados en aras de lograr un mínimo de garantías sociales para que, a partir de allí, se premie a los más talentosos, pero sin descuidar a los rezagados socialmente. La teoría del reconocimiento y las capacidades puede ser una respuesta. El biocentrismo tampoco se puede dejar al garete.

Ahora bien, la retórica de los derechos humanos que se vive en el posmodernismo y que está informando al sistema, se ha convertido en el instrumento que usan los victimarios para adelantar procesos en donde salen favorecidos al conservar sus privilegios económicos y en muchos casos accediendo a derechos políticos ora la inmunidad. Y beneficiarios no solo son los grupos armados con gran poder de quebrantar el sistema de derecho, sino también los políticos que con procesos penales inicuos conservan los dineros robados.

Los cambios que requiere la economía de mercado exigen pues disminuir el tamaño político del Estado. En el caso del sistema político, se presentó como la “Legión de Mammón” ante las dificultades sociales. Una vez más se atestigua que el que tiene el poder no se reforma ni se modifica. Es necesario un cambio desde afuera. Solo las personas haciéndose cargo de su futuro pueden hacerlo a través del proceso electoral eligiendo personas que nunca hayan hecho parte del proceso proselitista ni de cargos públicos y, sobre todo, dispuestas a limitar la libertad de mercado del sistema financiero, pensional, de las EPS y bursátil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aristóteles. (1993). *Política*. Trad. Carlos García y Aurelio Pérez. Barcelona: Altaya.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037 (1996). La Corte Constitucional como creadora de derecho al interpretar los derechos fundamentales.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-760 (2008). Derecho a la salud como derecho

fundamental.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. SL 13020-2017. Primacía de la realidad sobre las formas. Contrato de prestación de servicios por EPS con personal médico.

García, J. (2010). Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy. En: El Canon Neoconstitucional. Editores: Miguel Carbonell y Leonardo García. Bogotá: Univ. Externado de Colombia.

Hobbes, T. (2014). Leviatan. Trad. Manuel Sánchez. México: Fondo de Cultura Económica.

Honneth, A. (2017). El derecho de la Libertad. Esbozo de una Eticidad Democrática. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz Editores.

Locke, J. (1994). Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil. Trad. Carlos Mellizo. Barcelona: Altaya.

Kant, I. (2017). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Trad. Manuel García. Ciudad de México: Editorial Planeta Mexicana S.A.

Kelsen, H. (2008). ¿Qué es la Justicia? Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Nozick, R. (2014). Anarquía, Estado y Utopía. Trad. Luis Diego Fernández. Nueva York: INNISFREE.

Rawls, J. (2004). Teoría de la Justicia. Trad. María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica.

Rodríguez, M. (2019). Nuestro planeta nuestro futuro. Bogotá: Debate.

Sen, A. (2004). Desarrollo y Libertad. Trad. Esther Rabasco y Luis Toharia. Bogotá: Planeta.
(2017). La Idea de la Justicia. Trad. Hernando Valencia. Bogotá: Taurus.

Solano, H. (2016). Introducción al Estudio del Derecho. Medellín: Univ. Pontificia Bolivariana.

Uprimny, R. (2020). La Cuarentena Constitucional. Bogotá: <https://www.dejusticia.org/column/la-cuarentena-constitucional/>

Wallace-Wells, D. (2019). El Planeta Inhóspito. La vida después del calentamiento. Trad. Marcos Pérez. Bogotá: Debate.

O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: REFLEXÕES SOBRE AS ATUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS DO PODER EXECUTIVO FEDERAL

Tatiana Stroppa⁵⁴

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa contribuir com a proposta de edição de livro temático que analisa as inúmeras questões jurídico-constitucionais suscitadas pela necessidade de combate à pandemia deflagrada com a difusão do Vírus SARS-Cov2.

Nesse sentido, diante da diversidade de casos que exigem a demarcação da legitimidade constitucional das atitudes tomadas pelo Poder Executivo Federal desde a decretação do estado de calamidade pública, o tema do acesso à informação, certamente, têm ganhado proeminência. Isso porque nota-se um aumento de investidas inconstitucionais do governo que diminuem a transparência, promovem um cenário de desinformação que corrompe o debate público e, conseqüentemente, minam a catalização de esforços individuais e coletivos exigidos em momentos de crise.

As medidas restritivas que tocam ao direito de acesso à informação não podem fugir aos testes de proporcionalidade exigidos para a limitação de direitos fundamentais. É preciso reforçar que a Constituição Federal de 1988 trouxe para dentro de si os próprios estágios máximos de exceção (estado de defesa e de sítio), que não estão configurados mesmo nessa difícil época, e impôs um rigoroso controle e repúdio à tomada de medidas que desbordem das necessidades de retomada da normalidade constitucional.

Portanto, o combate à pandemia exige o fortalecimento de um fluxo de circulação de informações atualizadas, acessíveis e verazes e jamais atitudes de

54 Doutora em Direito e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu – Instituição Toledo de Ensino (2006), professora de Direito Constitucional e de Direito Processual Constitucional do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE-SP) e da Faculdade Iteana de Botucatu, advogada e-mail: tatianastroppa@hotmail.com.

interrupção do Estado Democrático de Direito e de derrogação da proteção dos direitos fundamentais.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Desde logo, destaca-se o forte compromisso constitucional com as liberdades comunicativas que se expressam de maneira multifuncional, delas decorrendo, v.g., liberdade de expressão *stricto sensu*, informação, investigação acadêmica, criação artística e radiodifusão (MACHADO, 2002, p. 373).

Os correlatos direitos de informar, se informar e ser informado promovem tanto o livre desenvolvimento da personalidade, como impulsionam a participação política constante e o controle do desenvolvimento da gestão pública. Há, portanto, uma vinculação íntima entre o dever de transparência, a vedação de práticas secretas e o direito de acesso à informação pública.

Os preceitos contidos nos incisos XIV e XXXIII asseguram, respectivamente, o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; e o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Assim, o povo “não deve apenas ter contato formalmente com os atos da administração, mas o sistema deve fomentar um processo de visibilidade que permita que os indivíduos compreendam e assimilem o que lhes é transmitido” (MACHADO, 2006, p. 62-63).

Especificamente voltada a operacionalizar o direito de ser informado, a Lei nº 12.527/2011, denominada de Lei de Acesso à Informação (LAI), impôs ao Estado o dever de publicação proativa de informações, ou seja, sem necessidade de solicitação (art. 3º, inciso II, da LAI), bem como o fornecimento de informações específicas após a solicitação (transparência passiva).

Na lei coexistem, portanto, tanto a obrigação constante de publicação de dados e informações, como o direito de os indivíduos requererem acessos às informações que não encontrarem já publicadas. Aliás, a efetividade do acesso às informações vai muito além da disponibilização e entrega aos cidadãos. Isso porque ele impõe que a informação prestada seja completa, adequada, veraz, atualizada, oportuna, compreensível e acessível (COBO, 2009, p. 19-21), ou seja, que abra caminho para que os cidadãos compreendam as políticas públicas realizadas e consigam avançar para análises de benefícios esperados, alternativas, limitações impostas e custos de implementação (ROTHBERG, 2009, p. 4).

Todavia, a despeito da significativa importância do direito de acesso à informação e do caminho percorrido após a promulgação da Constituição Federal de 1988, destacam-se várias ações e práticas empreendidas pelo Poder Executivo Federal (SILVA; STROPPIA, 2020), principalmente no período de combate à COVID-19, que afrontam de maneira inconstitucional o referido direito, exigindo uma atenta provocação do Supremo Tribunal Federal para a contenção das variadas inconstitucionalidades.

2.1. RESTRIÇÕES INCONSTITUCIONAIS AO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO: DENÚNCIAS E TENTATIVAS DE CONTENÇÃO

Há uma prática no Brasil que teima em permanecer e em avançar em cenários de crise: atentados às liberdades comunicativas com abalos nos processos de democratização e avanços autoritários.

O movimento de retrocesso no respeito a esses direitos fundamentais pode ser visto nas denúncias apresentadas por representantes de organizações da sociedade civil e jornalistas brasileiros, perante a 177ª audiência temática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDG), sobre as inúmeras violações do governo federal ao direito de acesso à informação, à transparência e à atuação da imprensa no Brasil, acentuadas durante a pandemia de Covid-19 (ARTIGO 19, 7 de outubro de 2020). Entre janeiro de 2019 e setembro de 2020, foram monitoradas 449 violações contra jornalistas e comunicadores cometidas pelo Presidente da República, seus Ministros e familiares exercentes de mandato político (ARTIGO 19, setembro de 2020).

Veja-se que com a edição da Medida Provisória nº 928, de 23/03/2020, o Presidente da República modificou a LAI (art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020) para alterar os prazos fixados para o fornecimento de respostas a pedidos de acesso às informações durante o período de pandemia, suspendendo os prazos de resposta a pedidos dirigidos a órgãos cujos servidores estejam em regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que dependam de agente público ou setor envolvido no combate à doença, além de impedir o conhecimento de recursos interpostos em face da negativa de resposta a pedido de informação.

Em face dessa Medida Provisória foram apresentadas três ações diretas de inconstitucionalidade - ADIs 6.347, 6.351 e 6.353, sob a argumentação, em síntese: de violência aos direitos à informação, à transparência e à publicidade, bem como ao devido processo legal. No julgamento conjunto das três ações, o

Ministro Relator Alexandre de Moraes reconheceu a violação aos princípios da publicidade e da transparência, afirmando que: a mudança promovida pela MP 928/2020 ao inserir o art. 6-B na Lei 13.979/2020 “transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda a Sociedade”; e que não havia no art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, o estabelecimento de situações excepcionais e concretas que justificariam o impedimento de acesso à informação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, p. 4).

Em 17 de abril de 2020, houve a edição da Medida Provisória nº 954. Referida MP dispôs sobre “o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística”, sob a justificativa de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid19). Ela foi impugnada na integralidade por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 6388, 6389, 6390 e 6393 e, em 07 de maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, referendou decisão liminar concedida pela Min. Relatora Rosa Weber para suspender a integralidade da eficácia da MP 954/2020 reconhecendo que: a MP nº 954/2020 violava a adequada tutela dos direitos à intimidade, vida privada e proteção de dados pessoais e que a gravidade do cenário de urgência decorrente da crise sanitária que demanda dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, p. 14)

Outro destaque negativo vem no Relatório Global de Expressão 2019/2020, considerado o mais abrangente sobre o estado da liberdade de expressão no mundo e que analisa cinco dimensões de projeção do referido direito: o espaço cívico, digital, mídia, proteção e transparência e acesso à informação. Segundo a classificação do Relatório, o Brasil teve a maior queda de pontuação em dez anos, tendo um declínio acelerado a partir de 2019, com um decréscimo de 18 pontos. Destacam como estratégias-chave da administração federal a partir de 2019: a desinformação com a omissão de dados públicos e a redução de acesso a fontes de informação oficial; e o sistemático ataque aos jornalistas, comunicadores e defensores de direitos humanos (ARTIGO 19, outubro 2020).

A desinformação se tornou uma prática usual do Governo, tanto que plata-

formas digitais, como o Facebook, o Instagram e o Twitter, removeram postagens presidenciais consideradas como falsas ao vincular diretamente o medicamento “hidroxicloroquina” à cura e tratamento eficientes contra o novo coronavírus (MARQUES, 2020). Aliás, a gravidade da produção e circulação de desinformação no Brasil foi denunciada em pesquisa conduzida virtualmente pela Avaaz, entre os dias 09 e 15 de abril de 2020, ao concluírem que o país sofre também uma “infodemia de Covid-19” diante da “escala na crença da desinformação sobre o vírus” (AVAAZ, 2020).

Voltada diretamente ao combate da desinformação, os partidos Rede Sustentabilidade, Partido Comunista do Brasil – PCdoB e Partido Socialismo e Liberdade– PSOL propuseram Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 690), com pedido de medida cautelar, em face de uma sequência de atos do Poder Executivo Federal restritivos à publicidade dos dados relacionados à Covid-19. Em síntese, defenderam que, a partir do dia 05/06, o Ministério da Saúde alterou o formato do Balanço Diário da Covid-19, omitindo dados relevantes sobre a pandemia, sem divulgação de números acumulados de vítimas e, por outro, lado, com mudanças no aplicativo “Coronavírus – SUS” para omitir os dados sobre a evolução do COVID-19 no Brasil.

Reconhecendo que houve violação ao direito de acesso à informação e ao dever de transparência e de publicidade, o Ministro Relator Alexandre de Moraes concedeu medida cautelar, em 08 de junho de 2020, para determinar ao Ministro da Saúde a manutenção, em sua integralidade, da divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (covid-19), inclusive no sítio do Ministério da Saúde e com os números acumulados de ocorrências, exatamente conforme realizado até o último dia 04 de junho. (Supremo Tribunal Federal, 2020).

Os acontecimentos aqui descritos descortinam que a institucionalização da publicidade como regra e a divulgação de informações públicas de forma veraz, clara e sem manipulações ou distorções são imprescindíveis para a construção de alternativas e de políticas públicas a partir de perspectivas legitimamente democráticas. A justificativa de sigilos e a redução da divulgação de informações, principalmente sob alegação de combate à pandemia, são posturas assumidamente desprovidas de base constitucional.

O amparo constitucional para a restrição de direitos, liberdades e garantias fundamentais decorre da sujeição ao escrutínio resultante da aplicação dos critérios de proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, bastando que uma medida afronte um deles para ser julgada como

inconstitucional. Efetivamente nos casos aqui mencionados, o Supremo Tribunal Federal demonstrou que a crise epidêmica não é credencial para o esvaziamento do direito de acesso à informação e do dever de publicidade e de transparência no uso e proteção de dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfrentamento da pandemia exige a tomada de medidas excepcionais para evitar a propagação do vírus e com ele a instalação do caos. Mais que qualquer coisa, porém, as atitudes tomadas não podem prescindir da observância das normas constitucionais, pois a excepcionalidade ocasionada pelo vírus não corrobora excepcionalidades anti-democráticas.

A transparência, a publicidade e o respeito ao direito fundamental de acesso à informação pública são imprescindíveis para obter consensos políticos acerca das medidas que devem ser tomadas e, provavelmente, para que os cidadãos as compreendam e acreditem nas posturas e ações indicadas, refutando os processos de desinformação que vêm implodindo a possibilidade de autodeterminação consciente e livre. A regra é o respeito às liberdades comunicativas e as justificativas para quaisquer restrições devem ser escrutinadas à luz do princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ARTIGO 19. The global expression report 2019/2020: the state of freedom of expression around the world. 19 out.2020. Disponível em: https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2020/10/GxR_Final_DigitalVersion_19Oct2020.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

ARTIGO 19. Brasil na CIDH: governo é denunciado por violações sistemáticas ao direito à informação e as liberdades de expressão e de imprensa. 7 de outubro de 2020. Disponível em: <https://artigo19.org/blog/2020/10/07/brasil-na-cidh-governo-e-denunciado-por-violacoes-sistematicas-ao-direito-a-informacao-e-as-liberdades-de-expressao-e-de-im>. Acesso em: 14 nov.2020

ARTIGO 19. Atualizando a censura: violência contra jornalistas e veículos de comunicação: documento de análise. Setembro, 2020. Disponível em: https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2020/09/AnaliseViolacoesJornalistas_set2020.pdf. Acesso em: 14 nov.2020.

AVAAZ. O Brasil está sofrendo uma infodemia de Covid-19: Os brasileiros acreditam mais em notícias falsas que os italianos e os estadunidenses. 4 mar.2020. Disponível em: https://avaaz-images.avaaz.org/brasil_infodemia_coronavirus.pdf. Acesso em: 15 nov.2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (1988). Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. (2020). Dispõe sobre o Regime Jurídico

Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm. Acesso em: 27 de agosto, 2020.

BRASIL. Lei nº 13.797 de 06 de fevereiro de 2020. (2020). Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 27 de agosto, 2020.

COBO, Dolores Lavallo. Derecho de acceso a la información pública. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2009.

MACHADO, Jónatas E. M. A liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito à informação e meio ambiente. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARQUES, José. Depois do Twitter, Facebook e Instagram também apagam post de Bolsonaro. 31 mar.2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/depois-do-twitter-facebook-tambem-apaga-post-de-bolsonaro.shtml?origin=folha>. Acesso em: 14 nov.2020.

ROTHBERG, Danilo. Informação de diagnóstico, democracia e inclusão digital | Diagnosis analysis, democracy and digital inclusion. Liinc em Revista, v. 5, n. 1, 27 abr. 2009. DOI: <https://doi.org/10.18617/liinc.v5i1.292>

SILVA, Rosane Leal; STROPPIA, Tatiana. O direito à informação pública: antídoto para as fake news e para o desrespeito à proteção de dados na pandemia. Trabalho apresentado no 10º Congresso Iberoamericano de Investigadores y Docentes de Derecho e Informática (RED CIIDDI), 2020, Universidad Uniandes, Ambato, Ecuador. No prelo.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2020). Voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 690. 8 jun.2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343377643&text=.pdf>. Acesso em 02 de setembro, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2020). Voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes. Julgamento conjunto das ADIs 6.347, 6.341 e 6.353. 30 abr.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344001246&text=.pdf>. Acesso em 27 de agosto, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2020). Voto da Ministra Relatora Rosa Weber. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.388. 24 abr.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342959351&text=.pdf>. Acesso em 27 de agosto, 2020.

POSFÁCIO

Fracassos e afirmações acompanham dramaticamente o assalto da pandemia de Covid-19, o novo coronavírus. Menos dramáticos à medida que se tornam menos surpreendentes. E não constitui surpresa que o Direito participe desses fracassos e das afirmações diante do desconhecido, do não reconhecido e do que se passa a conhecer. Os textos da presente coletânea esforçam-se para realizar um enfoque do extraordinário ano de 2020 sob o prisma jurídico e, assim, inserem-se no que o Professor LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO referiu, na apresentação desta obra, como a tentativa de “[...] prever regras, anunciar critérios, projetar situações para, então, sugerir comportamentos. Ou seja, é viver a angústia do desconhecido a partir da angústia da situação.”

PIETRO DE JESÚS LORA ALARCÓN, colombiano radicado no Brasil há tantos anos, onde estabeleceu uma sólida carreira acadêmica e vida familiar, percebeu mais esta possibilidade de exercício crítico da utilização do Direito no enfrentamento da pandemia e mobilizou seus contatos internacionais para empreender um panorama latino-americano a partir das perspectivas da Colômbia, do México e do Brasil. No contexto comum de países em contínuo processo de rompimento colonial, o “estrigo” provocado pelo Covid-19 inscreve-se nas malogradas políticas neoliberais que se caracterizaram “[...] por medidas como cerceamentos orçamentários aos sistemas de saúde públicos e pela carência de alternativas nos lugares em que praticamente todo e qualquer tratamento médico foi mercantilizado.” (extraído do prefácio). No plano político, os óbices democráticos revelaram-se nos desmandos e na manipulação de informações, potencializada pelas redes sociais.

Mas o Direito, assim como tradicionalmente se presta a assegurar as condições de poder e privilégio dos dominadores, também abre espaço para a contestação institucionalizada e para a resistência. Como procurei retratar em meu texto “Covid-19 para todas e todos: pandemia, igualdade e democracia”, uma amostra do que pode fazer o Direito – no caso da federação brasileira, por intermédio do Supremo Tribunal Federal – é dada por decisões acerca da competência dos entes federativos. A quem caberia a tomada de medidas de enfrentamento: aos entes mais locais, aos entes intermediários ou à União? Uma primeira indicação foi dada em abril de 2020, no sentido da necessidade de uma coordenação ca-

pitaneada pelo Ministério da Saúde em âmbito federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF, relator Ministro MARCO AURÉLIO). Porém, diante da ineficiência deliberada do Governo federal, o Supremo Tribunal Federal, ao afirmar a possibilidade de vacinação compulsória, assenta que os Estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação (Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586, relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI).

Encontrei um pretexto para fazer o fecho desta coletânea falando das vacinas, o iminente desafio que a pandemia do novo coronavírus agora propõe à sociedade, à ciência, à política, ao Direito. As sucessivas questões provocadas pela crise sanitária abrem-se para novas perspectivas e novos estudos em tempo real, no calor dos acontecimentos, como dizia o Professor DAVID ARAUJO. O desfecho é, então, uma abertura... Talvez tanta inquietação venha a produzir uma narrativa triunfal: como dizia o impagável ARIANO SUASSUNA, “tudo que é ruim de passar é bom de contar”.

Devo registrar a extrema generosidade com que me brindou o Professor LORA ALARCÓN para organizar com ele uma coletânea que tem apenas o seu mérito.

Walter Claudius Rothenburg

"como escrever sobre pandemia, sobre efeitos da pandemia, enquanto estamos no meio dela? Esse é o mérito do trabalho. Os autores conseguem prever regras, anunciar critérios, projetar situações para, então, sugerir comportamentos (...) trabalham diante de fatos ainda não vistos. Dirigindo-se para a frente, não para trás. Para trás, há uma época sem pandemias (ao menos, em passado recente). Os autores merecem toda a nossa atenção, por estarem tateando e procurando nos dar vetores para compreender melhor a situação. Isso não nos retira a angústia, mas nos conforta, ao saber que estamos todos juntos, com o mesmo problema, independentemente de fronteiras e de qualquer barreira. Vamos lê-los e respeitá-los, porque trabalharam sem uma jurisprudência que os guiassem, sem uma doutrina que os instruíram. Criaram direito e isso é muito bom."

Luiz Alberto David Araujo

