

**ORGANIZADOR**  
LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI

# O DIREITO PÚBLICO EM TEMPOS PANDÊMICOS

9 PAÍSES, 11 TRABALHOS E UMA PORÇÃO DE INQUIETUDES

## **AUTORES**

ANNA MASTROMARINO (ITÁLIA)  
DAVID MENDIETA (COLÔMBIA)  
FRANCISCO TORTOLERO CERVANTES (MÉXICO)  
GLAUCO SALOMÃO LEITE (BRASIL)  
JOÃO VITOR CARDOSO (CHILE)  
JORGE ARANDA ORTEGA (CHILE)  
JORGE SILVERO-SALGUEIRO (PARAGUAI)  
LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI (BRASIL)  
MANUEL BERMUDEZ TAPIA (PERU)  
MARIANNA ABRAMOVA (RÚSSIA)  
MAXIMILIANO TORICELLI (ARGENTINA)



**tirant**  
to blanch



**Copyright**© Tirant lo Blanch

*Editor Responsável:* Aline Gostinski

*Capa e Diagramação:* Renata Milan

D635 O direito público em tempos : pandêmicos 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes / Organizador Luiz Guilherme Arcaro Conci; autores Anna Mastromarino... [et al.]. – 1. ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020.  
1.5 Mb ; e-book

ISBN: 978-65-86093-54-4

1.Direito Constitucional. 2. Direito Público. 3. COVID-19.

CDU: 342

*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 n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).*

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



***Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.***

Av. Brigadeiro Luís Antônio, 2909 - sala 44

Jardim Paulista, São Paulo - SP

CEP: 01401-002

[www.tirant.com.br](http://www.tirant.com.br) - [editora@tirant.com.br](mailto:editora@tirant.com.br)

ORGANIZADOR  
LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI

# O DIREITO PÚBLICO EM TEMPOS PANDÊMICOS

9 PAÍSES, 11 TRABALHOS E UMA  
PORÇÃO DE INQUIETUDES



**tirant**  
lo blanch

2020



## APRESENTAÇÃO

Tem sido comum ouvirmos que vivemos tempos de mudanças. Com a pandemia da COVID-19, a qual estamos vivendo em plano mundial, e cada qual em nossos países, tem-se claras mostras das limitações dos estados nacionais para o seu enfrentamento. O Estado, assim, volta a ser ator principal no cenário do enfrentamento e o Direito Público, assim, ganha exposição. Mas, claramente, falta-lhe coordenação entre as diversas unidades territoriais

Por outro lado, são múltiplas as visões, propostas e prognósticos que cada um de nós tem desta realidade em transformação. Assim também para os autores que lemos ou aqueles que ouvimos ou vemos nos mais variados meios de comunicação existentes. Por estas razões, este não é um livro de opiniões peremptórias. É um livro de percepções, de intuições e, conseqüentemente, de erros que foi elaborado por publicistas de 9 países. É um livro sobre um momento que não conhecíamos. Sobre uma realidade que a maioria de nós não imaginava ser possível. De efeitos que estão se desenhando e redesenhando a cada dia.

Os estudos giram em torno de uma variedade de temas. Estão aqui compreendidos os temas da federação, do estado de emergência, da crise da democracia liberal, do populismo, do presidencialismo, do parlamentarismo, do papel do Poder Judiciário, do Direito Internacional e, claro, dos direitos fundamentais envolvidos nesta realidade.

Tentamos, aqui, expor as inquietudes em 11 trabalhos de publicistas de 9 países sobre a nossa realidade, os meios utilizados para o enfrentamento da pandemia da COVID-19 e os efeitos possíveis de existirem daqui a alguns meses e, em alguns casos, anos. É um livro sobre as nossas dúvidas, sobre as nossas insatisfações, como analistas de um campo do Direito que está em permanente mutação, mas não sabemos, neste momento, para aonde vai. Mas, como espécie de surpresa, a figura do Estado está mais presente que nunca. E aquele

Estado interventor que muitos acreditavam superado.

Publicistas da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Itália, México, Paraguai, Peru e Rússia apontam, cada qual em seu país, quais são, para nós, os momentos, os instrumentos, os efeitos, dentre outras nuances de análise para desvendar o ciclo atual de câmbios e decisões. Todos nós sediados em uma variedade de universidades que enfrentam o problema de se configurarem como aptas para ensinar, pesquisar e levar o que se produz ao nosso público em um tempo onde os contatos são remotos.

Fizemos, em pouco tempo, o que seriam nossas primeiras impressões deste momento. Nossas leituras iniciais. Neste sentido, a difusão mediante um e-book é o meio rápido de juntar tantas ideias em um único meio de difusão de uma obra bilíngue que pensamos possa auxiliar no tratamento do tema por outros colegas.

Fica o nosso agradecimento à Editora Tirant Lo Blanch Brasil pela parceria e agilidade em conosco pensar neste projeto.

São Paulo, 21 de abril de 2020.

**Luiz Guilherme Arcaro Conci**

## **AUTORES**

### **ANNA MASTROMARINO**

Profesora Asociada Efectiva, Departamento de Derecho de la Universidad de Torino, Italia, con acreditación a a profesor catedrático de Derecho constitucional comparado (2018). Miembro del Comité de la Asociación Diritto Pubblico Comparato ed Europeo; de la Sezione italiana dell' Instituto iberoamericano de Derecho constitucional; de la Associazione italiana dei costituzionalisti. Ha participado como panelista en diversos Congresos nacionales e internacionales de su especialidad y cuenta con una importante cantidad de publicaciones en la materia. Entre sus intereses de estudio: descentralización, los conflictos étnico-nacionales, los procesos de memoria pública.

### **DAVID MENDIETA GONZÁLEZ**

Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Medellín, Profesor de tiempo completo y miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la misma institución. Correo electrónico: davidmendietaagonzalez@hotmail.com.

### **FRANCISCO TORTOLERO CERVANTES**

Doctorado y Maestría en Instituciones por la Universidad de Paris I Panthéon-Sorbonne; abogado por la UNAM; profesor de maestría (Federalismo y relaciones intergubernamentales), en la Facultad de Derecho de la UNAM). Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México nivel II; integrante del Grupo de

Estudios sobre Estudios Federales del IJ con la IACFS. Publicaciones: coautor de Estructura y organización constitucional del Estado Mexicano, México, FCE, 2018; y de los capítulos sobre México en los libros colectivos *La désignation des gouvernants, Les partis politiques*, y *La Déontologie Politique*, publicados ambos en Paris, bajo el sello Lexis-Nexis (2017-2020). [ftortolero@gmail.com](mailto:ftortolero@gmail.com).

## **GLAUCO SALOMÃO LEITE**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD/UNICAP). Professor de Direito Constitucional da Universidade de Pernambuco (UPE) e da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-Doutor pela University of Toronto Faculty of Law (Canadá). Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP.

## **JOAO VITOR CARDOSO**

Coordenador do Observatório de Conflitualidade Civil e Acesso à Justiça da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Docência no Ensino Superior, pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP). Doutorando em Direito pela Universidade de Chile, como bolsista de Colaboração Acadêmica. Professor Convidado da Especialização em Direito Constitucional do COGEAE - PUC/SP.

## **JORGE ARANDA ORTEGA**

Jorge Aranda Ortega é pesquisador e professor assistente do Centro de Direito Ambiental da Universidade de Chile. Doutor em Direito da Universidade de Brasília, tem dedicado seus estudos ao direito ambiental chileno e brasileiro, publicando nos dois países. Atualmente, desenvolve a disciplina de iniciação científica “relações

entre a normativa florestal e a normativa ambiental”, na Escola de Direito da Universidade de Chile.

## **JORGE SILVERO-SALGUEIRO**

Jurista paraguayo. Investigador jurídico independiente; Miembro de la New York City Bar Association e integró la Comisión de Asuntos Interamericanos (2015-2017); Investigador Visitante, School of Law, Fordham University, New York, USA, 2013-2014; - Investigador Visitante, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, 2007-2012; Estudios de Maestría (LL.M., 1995) y Doctorado en Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Heidelberg, Alemania con una beca de estudios de la institución alemana KAAD; Pasantías de investigación como alumno de maestría y doctorado en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional con sede en Heidelberg (1995-1999); Sus áreas de investigación son: funcionalismo constitucional; teoría y método en el constitucionalismo comparado; jurisdicción constitucional; administración pública y Estado de derecho.

## **LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI**

Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo – SP – Brasil), onde coordena o Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e é Professor Permanente do PEPG em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais (Stricto Sensu). Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de São Bernardo do Campo (São Paulo – SP – Brasil). Doutor e Mestre em Direito (PUC-SP), com estágio de estudos pós-doutorais no Instituto de Derecho Parlamentar da Universidad Complutense de Madrid (2013-2014). Professor Visitante nas Universidades de Bolonha (2016), Buenos Aires (2011-2014), Medellín (2019) e Messina (2019).

## MARIANNA ABRAMOVA

Professora e Chefe do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Ciência Política, Universidade Lomonosov Moscou, com doutorado em História e mestrado em Direito. Participou de mais de 40 conferências científicas internacionais (Itália, Argentina, Brasil, Índia, Polônia, Cuba etc.). Foi membro do Comitê Internacional de Coordenação do Fórum Público Mundial “Diálogo das Civilizações” (2010 - 2015). Foi professora visitante na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Brasil). Entre 2015-2017, foi professora visitante na Universidade de Bolonha (Itália), com o curso das palestras “Direitos Humanos no Sistema Constitucional Russo” e “Direito Constitucional dos membros da CEI”. Seu trabalho de doutorado foi dedicado à Crise do Regime Militar e ao Processo de Democratização do Uruguai. Autora de mais de 70 obras e artigos publicados em russo, inglês, espanhol, Portugal. Publicações recentes: “Os seres humanos no sistema jurídico da Rússia: tradição e modernização (análise comparativa)” // Boletim Mexicano de Derecho Comparado, 2017; “Justiça Constitucional da Rússia no Cenário Judiciário da Europa Contemporânea” // Revista Derecho del Estado, 2018; “Neopentecostales na América Latina: declínio da política pública ou novos atores políticos do sigilo XXI?” // Iberoamérica, 2020; “A transição pós-soviética: estruturação constitucional e realidade política (estudo de caso da CEI)” // Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 2020.

## MANUEL ALEXIS BERMÚDEZ TAPIA

Bachiller en Derecho y Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho con Mención en Derecho Civil y Empresarial por la Universidad Privada Antenor Orrego. Licenciatura en Educación (Pontificia Universidad Católica del Perú). Estudios concluidos de Maestría en Derecho Constitucional (Pontificia Universidad Católica del Perú), Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profe-

sor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Investigador en la Universidad Privada San Juan Bautista. Profesor a nivel de Posgrado de Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Privada Antenor Orrego, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Universidad San Antonio Abad del Cusco, Universidad Hermilio Valdizán de Huánuco, Universidad Nacional de Cajamarca y en la Academia de la Magistratura. Profesor visitante en FLACSCO y Universidad del Pacífico (Ecuador); Universidad Americana (Paraguay); Universidad de Zulia (Venezuela); Universidad de Morón, Lomas de Zamora, Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica, sede Paraná (en Argentina); Universidad de Talca, Universidad Católica de Chile, Universidad Andrés Bello (en Chile); Universidad Autónoma de México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Universidad Nacional Autónoma de Chiapas, Universidad La Salle (en México); Universidad Católica de Colombia; Universidad de Extremadura y Universidad de Valencia (España).

## **MAXIMILIANO TORICELLI**

Abogado por la Facultad de Derecho de la UNR, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, Profesor Titular de Derecho Constitucional; de Derechos Humanos; de Derecho Procesal Constitucional, todas de la Facultad de Derecho de la UNR; Profesor Titular de Derecho Constitucional; de Derechos y Garantías; y de Seminario de práctica profesional, todas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la P.U.C.A.; Director de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional Internacional, en la Facultad de Derecho de la UNR; Profesor en diversos posgrados, autor de los libros "La competencia en el amparo"; "El sistema de control constitucional argentino"; "Organización constitucional del poder" y "Manual de la organización constitucional del poder"; coordinador, coautor y colaborador en diversas obras colectivas y publicaciones;



# SUMÁRIO

## CAPÍTULO I – ARGENTINA

- LA PANDEMIA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA. .... 9  
*MAXIMILIANO TORICELLI*

## CAPÍTULO II – BRASIL

- COVID-19 E DEMOCRACIA NO BRASIL: CONTROLANDO A PROLIFERAÇÃO DO POPULISMO. .... 21  
*GLAUCO SALOMÃO LEITE*
- IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA – DESCENTRALIZANDO A DISFUNCIONALIDADE ..... 43  
*LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI*

## CAPÍTULO III – CHILE

- REFLEXOS DA PANDEMIA DO COVID-19 SOBRE O PROCESSO CONSTITUINTE CHILENO ..... 63  
*JOÃO VITOR CARDOSO*
- DÉFICITS DE LA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL CHILENA A PROPÓSITO DEL COVID 19 ..... 81  
*JORGE ARANDA ORTEGA*

## CAPÍTULO IV - COLÔMBIA

- MEDIDAS EXTRAORDINARIAS PARA SITUACIONES ORDINARIAS Y MEDIDAS ORDINARIAS PARA SITUACIONES EXTRAORDINARIAS: EL CASO COLOMBIANO ..... 91  
*DAVID MENDIETA*

## CAPÍTULO V - ITÁLIA

- EMERGENCIA, DERECHOS, DEMOCRACIA. ALGUNAS INQUIETUDES DESDE ITALIA ..... 105  
*ANNA MASTROMARINO*

## CAPÍTULO VI - MÉXICO

- OMISIONES FEDERALES EN LA CRISIS MEXICANA DEL COVID-19. .... 115  
*FRANCISCO TORTOLERO CERVANTES*

**CAPÍTULO VII - PARAGUAI**

**EL IMPACTO DEL COVID-19 EN EL SISTEMA POLÍTICO  
PARAGUAYO: ¿HACIA UNA DEMOCRACIA ILIBERAL? ... 131**  
*JORGE SILVERO-SALGUEIRO*

**CAPÍTULO VIII – PERU**

**EL DERECHO A LA SALUD CONFORME AL CONTRATO  
SOCIAL SINALAGMÁTICO ..... 145**  
*MANUEL BERMUDEZ TAPIA*

**CAPÍTULO IX - RÚSSIA**

**VIROLOGIA EN RUSIA: DESDE LA “DISTANCIA SOCIAL”  
A LA UNIDAD SOCIAL? ..... 165**  
*MARIANNA ABRAMOVA*

## Capítulo I – Argentina

# LA PANDEMIA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA

Maximiliano Toricelli<sup>1</sup>

La pandemia del coronavirus COVID 19 es un fenómeno nunca visto en las sociedades actuales. No podemos desconocer que en otras épocas hubo pandemias gravísimas, que produjeron gran cantidad de víctimas en la humanidad, mucho más graves incluso que las que el coronavirus puede causar y donde la sociedad no tenía ni los recursos tecnológicos ni económicos como para defenderse.

Sin embargo, sobre nuestros regímenes políticos, especialmente sobre el estado constitucional de derecho, es un acontecimiento inédito.

Este estado constitucional tiene principios fundantes que son los que dan sentido al sistema, los que cumplen su función legitimadora. Si estos principios no están o no se cumplen, no podemos hablar de su presencia.

Este es el alcance que tiene la expresión “principios” utilizada en la Constitución argentina, como ocurre con el art. 5 cuando habla de *“los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional”* que deben seguir las provincias al dictar su Constitución; el art. 27 cuando habla de que los tratados con potencia extranjera deberán estar *“en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”*, o el art. 28 que dice que *“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”*.

A nuestro entender estos principios son los de dignidad, libertad; igualdad; legalidad y razonabilidad.

---

1 Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Profesor Titular en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Facultad de Derechos de la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad de Derechos de la Universidad Católica Argentina.

Si bien es cierto que estos principios se articulan entre sí, de manera que unos y otros van cediendo lugares a los fines de compatibilizarse, ello no puede llevar a su aniquilación.

Gran parte del mundo, y Argentina no ha sido ajena, ha establecido enormes restricciones a la libertad. Para preservar el derecho a la salud y, especialmente, el derecho a la vida se ha decidido limitar, de forma extrema, la libertad ambulatoria.

Cuando una persona no se encuentra alcanzada por las pocas excepciones de movilidad, relacionadas con la salud, la alimentación, la información y aquellas actividades que puedan ser “esenciales” para la subsistencia de todos, que se encuentran expresamente detalladas en una serie de normativas dictadas en uso de facultades de emergencia por el Presidente, mediante el mecanismo de los decretos de necesidad y urgencia, debe confinarse a su hogar, que puede ser amplio y con muchas comodidades, o pequeño e incluso, carente de las condiciones mínimas para lograr una vida digna.

No es el propósito de este trabajo, fundamentalmente porque no contamos con los elementos para ello, analizar si establecer restricciones resulta justificado o no. Si nos atenemos a la experiencia de algunos países que han sido reacios a adoptarlas en un primer momento, y tenemos en cuenta el desborde de sus centros sanitarios, así como la cantidad de víctimas fatales que han tenido, parece que las medidas adoptadas son las correctas.

Sin embargo, al menos hoy en día, no sabemos si el aislamiento propuesto dará mejores resultados o traerá peores consecuencias, tanto en lo económico, lo psicológico, lo social, y fundamentalmente, en cuanto al estado constitucional de derecho.

Por lo pronto, algunas medidas parecen no ser una mínima restricción del derecho para alcanzar el objetivo propuesto, máxime teniendo en cuenta que, por prórrogas sucesivas, estas restricciones llevan largo tiempo.

La norma base del aislamiento es el decreto de necesidad y ur-

gencia dictado por el Poder Ejecutivo Nacional bajo el N° 297/2020. En su artículo 1° establece que *“A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo<sup>2</sup> inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS- COVID 19.*

La declaración marco prevista en esta norma es precisamente la protección de la salud y por ello, atento la epidemia existente, se adoptan las medidas de aislamiento.

Pese a que se intenta proteger la salud, y que se están haciendo enormes esfuerzos económicos y humanos, tanto desde esferas gubernamentales como desde entidades privadas, para equipar centros de salud y crear establecimientos que puedan cumplir fines semejantes, no se ha plasmado en ningún decreto de necesidad y urgencia cuántas camas se quieren alcanzar; en qué lugar se situarán, cuántos reactivos se van a adquirir, a qué parte de la población se va a examinar, cuántos respiradores se adquirirán, cómo será la atención primordial de la salud y demás detalles que sería bueno conocer dado que, como bien expresa el artículo 1°, el objetivo es la protección de la salud.

El art. 2° define en qué consisten estas medidas de aislamiento al expresar que *“Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán*

---

2 En la actualidad la medida se prorrogó hasta el 26 de abril, sin tener certeza alguna si existirán sucesivas prórrogas.

*abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1°, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.*

Sobre esta normativa se nos plantean algunas dudas. Por ejemplo, las personas ¿tienen que quedarse en el lugar donde estaban a las 00:00hs. del 20 de marzo o en su lugar habitual? Por trascendidos periodísticos de interpretaciones efectuadas por la fuerza de seguridad, debían permanecer en el lugar que se encontraban en los primeros momentos del día 20 de marzo.

Y esa decisión no resulta razonable a los objetivos propuestos; es más, puede incluso ser contraproducente.

En efecto, si alguien por razones de trabajo, visita de familiares o simplemente de esparcimiento, se hallaba fuera de su residencia, incluso en otra jurisdicción, sea en un hotel, en casa de familiares o amigos, ¿es razonable exigirle que no retorne a su domicilio cuando la normativa se dio a conocer durante la noche del día 19 de marzo?

O acaso no era preferible que volviera a su residencia y se mantuviera allí en aislamiento. En esta restricción de la libertad, que ha tenido fecha de comienzo pero que no se conoce fecha de final, principalmente porque no está claro cuáles son los objetivos que se pretenden alcanzar más allá de la propagación de los contagios<sup>3</sup>, no es razonable pretender que alguien que se encuentre alejado de su domicilio permanezca allí, con los sobrecostos que le puede generar, con la pérdida de los lazos con sus seres más cercanos, que incluso pueden necesitarlo, y cuando posiblemente sea más peligroso, tanto

3 Si el único mecanismo para evitar la propagación de los contagios es estar en aislamiento, sin que se adopten otras medidas, es posible que la cuarentena se extienda por varios meses, con las implicancias que ello conlleva.

para su salud como para la propagación del virus, que permanezca fuera de su domicilio.

En segundo lugar, cuando se habla de desplazamientos mínimos, qué se entiende por ello. Tampoco acá se han efectuado aclaraciones, pero se han sostenido interpretaciones incorrectas que incluso imponen la adquisición de mercadería en lugares cercanos, aun cuando ello pueda ser contradictorio con el aislamiento y ni qué decir, con la propia economía familiar.

En efecto, ¿es razonable que concurra al mercado más próximo a mi domicilio cuando la mercadería no es la mejor, es más cara o asiste más gente, y no me desplazo ni a pie ni en transporte público?

En qué se afecta el aislamiento si una persona se moviliza, en lugar de 10 cuadras, 30 cuadras, dentro de su vehículo, para asistir a un comercio donde hay menos gente, donde compra más a gusto por sus condiciones de salubridad y donde consigue mejores precios.

No es acaso más peligroso, a los fines del contagio, que existan largas colas en un negocio de cercanía.

Y todas estas dudas se multiplican cuando vemos que pasamos del estado constitucional, al estado policial, dado que se delega la aplicación de la norma al Ministerio de Seguridad y no funcionan ni el Congreso de la Nación, ni el Poder Judicial, que además es el órgano de control de constitucionalidad de las leyes.

El artículo 3° delega en la policía de seguridad el acatamiento al aislamiento ordenado al decir *“El MINISTERIO DE SEGURIDAD dispondrá controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, de las normas vigentes dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias. Las autoridades de las demás jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en el ámbito de sus competencias, y en*

*coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispondrán procedimientos de fiscalización con la misma finalidad”.*

Cabe también aquí preguntarse si se justifica el control policial establecido. Hemos sostenido desde siempre que las medidas deben contextualizarse dentro de la sociedad en la que se adoptan.

Y, lamentablemente, los argentinos no somos los ciudadanos más proclives al respeto de las normas. Las medidas de aislamientos se adoptaron un día antes del comienzo de un fin de semana largo<sup>4</sup>, pese a lo cual, y ante el anticipo de que ello podía ocurrir, con clases suspendidas y con pedido de las autoridades del mayor aislamiento posible, miles de argentino tomaron sus vehículos para salir de vacaciones, generando grandes embotellamientos, especialmente en las rutas que conectan los balnearios de la costa bonaerense.

Por ello, ante una sociedad que desoye deliberadamente las indicaciones que se otorgan, aun cuando estas sean en su propio bien, las medidas coercitivas parecen ser las únicas posibles.

Aún así, estas medidas deben adoptarse dentro del marco constitucional posible. Y ese marco constitucional prohíbe expresamente establecer penas mediante un decreto de necesidad y urgencia.

El art. 4º, al reconocer la prohibición referida, intenta encuadrar las infracciones en penas previstas por el código penal, con lo cual, si bien respeta la prohibición del art. 99 inc. 3 de la Constitución argentina, se inmiscuye en atribuciones judiciales al interpretar los tipos penales.

Dice al respecto: *“Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la*

---

4 Con motivo del feriado del 24 de marzo, donde se conmemora el “Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia”, recordando a las víctimas del terrorismo de estado de la última dictadura militar, al sábado 21 y domingo 22, se le sumaban el lunes 23 (feriado puente) y el martes 24 de marzo.

*conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal. El MINISTERIO DE SEGURIDAD deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus”.*

El artículo 5° refuerza las actividades que no pueden llevarse a cabo<sup>5</sup>, mientras el art. 6° establece las excepciones al aislamiento, restringiendo a unas pocas tareas, aun cuando contemplando situaciones de urgencia, las cuales, al no estar definidas, dejan dudas sobre su alcance.

Más allá de las objeciones hasta aquí formulada, no puede soslayarse del análisis el comportamiento de los demás poderes estatales, así como de la sociedad en su conjunto.

Con respecto al Poder Legislativo, nada justifica una parálisis como en la que actualmente se encuentra. El órgano más importante de la deliberación democrática no funciona desde antes del comienzo del aislamiento.

Acaso ¿no podía modificar su reglamento y sesionar en línea? Y si consideraban que ello no era adecuado, no podían, tomando los mayores recaudos posibles, sesionar presencialmente.

Si permitimos que los cajeros de los supermercados trabajen, que los empleados de los almacenes desarrollen sus actividades, que los médicos y enfermeros asistan a los hospitales, por qué el Congreso, en una situación de semejante envergadura, va a dejar de sesionar.

Se podrá decir, sin faltar a la verdad, que realizan trabajos en comisión de manera virtual y que están atento a lo que sucede tratan-

---

5 Art. 5°: “Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas. Se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas”.

do de aportar ideas. Pero esa no es la forma principal de debate que previó la Constitución ni la misión que le ha encargado la ciudadanía, que los eligió para gobernar.

Además, contrasta que mientras el Congreso nacional no sesiona, varias legislaturas provinciales han dictado leyes.

Y a mayor responsabilidad en el cargo, mayor deber de diligencia.

Otro tanto acontece con el Poder Judicial. Pese a los pedidos de la Federación Argentina de Colegio de Abogados, a distintos Colegios de Abogados del país<sup>6</sup>, a las serias restricciones que se plantean a los derechos individuales y a la existencia de los conflictos que este nuevo escenario trae aparejado, decide mantener la feria judicial con una guardia menos que mínima.

Acaso no pueden articularse soluciones como la adoptada por el Poder Judicial de Corrientes, donde amplió a día completo la jornada, dividiendo al personal en distintos horarios para mantener el distanciamiento, habilitando las presentaciones en línea y entregando turnos para la atención de profesionales a los fines de evitar los contagios.

Los funcionarios públicos que ocupan las altas magistraturas de los diversos poderes estatales no pueden dejar de funcionar porque la pandemia debe ser combatida dentro del estado de derecho, y no fuera de éste.

No podemos soslayar comportamientos sociales y de autoridades locales que lejos se encuentran de estar a la altura de las actuales circunstancias.

En estos días se ha visto mucha gente dispuesta a acatar voluntariamente lo decidido, como forma de colaborar en la lucha contra el virus. También se ha visto gente predispuesta a colaborar, generosa y desinteresadamente. Se han visto dirigentes que sacrificaron parte

---

6 Una de las pocas voces disidentes ha sido el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, quien defendió la feria judicial, entendiendo que la misión de la justicia no es esencial.

de sus ingresos y otros que trabajan incesantemente, desde el cargo que les toca cumplir (gobernadores, ministros, intendentes, presidentes comunales, funcionarios y empleados públicos) para mejorar la situación existente.

Pero también hemos visto la peor cara que las situaciones complejas, como las que nos toca vivir, muestran del ser humano.

Se ha visto así, como poderes ejecutivos locales “cerraban” su territorio, impidiendo que todo aquel que no vivía allí se apersonara, aun cuando se encontraba habilitado para circular y tenía una necesidad, o, peor aún, cuando cumplía un servicio en beneficio de la localidad que le cerraba sus puertas, o de una localidad vecina que requería de dichos servicios. Y lo malo no sólo es la actitud de las autoridades locales, sino principalmente de los ciudadanos que apoyaron semejantes disparates.

Pudimos observar cómo algunos vecinos le pedían a los médicos y enfermeros que precisamente arriesgan su salud e incluso su vida para salvar la de otros, que no volvieran a sus propiedades, porque ellos tenían miedo al contagio.

Hemos presenciado cómo conciudadanos increpaban a sus pares porque habían realizado viajes al exterior y regresaban a sus domicilios, aun cuando no se movieran de ellos. Y cómo se reprochaba la conducta de quien no había cancelado su viaje al exterior en las semanas previas, sin considerar el esfuerzo económico que esa persona había realizado para lograr su objetivo y que, hasta último momento, las aerolíneas no le ofrecían alternativa alguna ni los gobiernos tomaban cartas en el asunto.

Hemos pedido acciones heroicas a otros compatriotas, como pretender que denunciaran síntomas antes de subir a un avión si los tenían, sabiendo que ninguna aerolínea estaba dispuesta a transportarlos en tales circunstancias y que tampoco iban a ser atendidos por los centros sanitarios de los países en los que se encontraban, mientras asistíamos a reuniones sociales o salíamos a pasear por la calle

con el perro, pese a las recomendaciones de guardar aislamiento si veníamos del exterior.

En pocas palabras, así como hemos visto acciones gratificantes, hemos visto la peor cara del rostro humano.

El miedo nunca es buen consejero.

El miedo a este enemigo invisible, poderoso y desconocido nos tiene que hacer reflexionar.

En un estado policial no resulta necesario ni el poder legislativo ni el judicial. Ellos sólo sirven como reaseguro del estado constitucional de derecho, donde las personas somos consideradas en nuestra dignidad, donde se cumplen los principios de legalidad, razonabilidad e igualdad; y donde todos gozamos de los beneficios de la libertad.

Ni siquiera el Covid 19 justifica pasar de un estado constitucional a un estado policial, aunque sea por un muy breve lapso, con objetivos claros y concretos y como forma de preservar nuestro más importante derecho, el derecho a la vida.

Todos estos objetivos se pueden cumplir dentro del estado constitucional, donde funcionen los poderes legislativos y judicial, y donde las garantías de los ciudadanos se cumplan ampliamente, aun dentro de las restricciones que, una situación de la gravedad de la vivida, puedan imponer.

El miedo es el peor enemigo a nuestra forma de vida, nuestras libertades y nuestro régimen político.

Esta crisis no puede ser indiferente.

Dentro de lo malo que toda crisis trae aparejada, y los graves riesgos que conlleva, siempre aparece una oportunidad.

Una oportunidad para fortalecernos, para asumir definitivamente que los derechos no son regalos sino conquistas, conquistas que han tenido grandes costos, que han causado mucho sufrimiento

en la humanidad y se han llevado muchas vidas. Y que implican obligaciones; que para poder exigirlos tenemos que construirlos.

En esa tarea, la consideración por el otro, el reconocimiento de que es un ser humano, con nuestra misma “humanidad”, que sufre, goza y siente como nosotros, es la única manera posible de que los difíciles momentos vividos sirvan para salir fortalecidos.



## Capítulo II – Brasil

# COVID-19 E DEMOCRACIA NO BRASIL: CONTROLANDO A PROLIFERAÇÃO DO POPULISMO

*“This will always remain one of the best jokes of democracy, that it gave its deadly enemies the means by which it was destroyed”.* (Paul Joseph Goebbels)

**Glauco Salomão Leite<sup>7</sup>**

## 1. A PANDEMIA POPULISTA E A EROÇÃO DAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS.

Em várias partes do mundo, tem-se assistido a um preocupante processo de corrosão das democracias constitucionais, atingindo seus elementos estruturantes: os mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*) e direitos fundamentais. De acordo com o relatório de 2019 da *Freedom House*<sup>8</sup>, esse retrocesso tem atingido, inclusive, países com sólidos sistemas democráticos, como é o caso dos Estados Unidos sob a presidência do republicano Donald Trump. Esse relatório já identificava um padrão preocupante, apontando para uma crescente fragilização dos regimes democráticos em escala global. Na mesma linha de análise, e confirmando essa tendência, o *V-Dem Institute (Varieties of Democracy)*, instituição de pesquisa vinculada ao Departamento de Ciência Política da Universidade de Gothenburg (Suécia), divulgou seu relatório de 2020 em que alerta para a elevação do número de governos autocráticos: de 18 em 2017 para 26 em 2019. Esse processo de *autocratização* também abrange o Brasil como um das nações onde a democracia tem se debilitado

---

7 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD/UNICAP). Professor de Direito Constitucional da Universidade de Pernambuco (UPE) e da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-Doutor pela University of Toronto Faculty of Law (Canadá). Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP.

8 *Freedom in the World 2019: Democracy in retreat*. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2019/democracy-in-retreat>.

paulatinamente. O resultado é que, pela primeira vez desde 2001, o número de autocracias tem superado o de regimes democráticos no mundo. Isso significa que cerca de 35% da população mundial vive em nações com governos autocráticos, o que corresponde a 2.6 bilhões de pessoas<sup>9</sup>.

Tal fenômeno tem se relacionado com a proliferação de líderes populistas que se apresentam perante o eleitorado como contrários ao *establishment* político, comumente associado a uma elite corrupta e que não mais traduz de maneira adequada a vontade popular. Os membros dessa elite apenas atuam na preservação de seus próprios interesses e na manutenção de um *status quo*, provocando um déficit de representatividade. Em cenários marcados pelo expressivo descrédito em relação às instituições representativas tradicionais, acompanhados de crises econômicas e políticas, líderes populistas têm se lançado como propostas de renovação e têm buscado conquistar o apoio de setores da sociedade insatisfeitos com a classe política. Entretanto, uma vez no poder, governantes populistas fazem uso de suas prerrogativas e das ferramentas legais e constitucionais para atingir finalidades muitas vezes incompatíveis com as limitações constitucionais, abrindo espaços para projetos autoritários de poder. Integram esse figurino, além de Donald Trump, já citado, Matteo Salvini (Itália), Recep Tayyip Erdoğan (Turquia), Benjamin Netanyahu (Israel), Boris Johnson (Inglaterra), Alexis Tsipras (Grécia), Viktor Orbán (Hungria), Andrzej Duda (Polônia), Hugo Chávez (Venezuela), Rodrigo Duterte (Filipinas), Evo Morales (Bolívia), Rafael Correa (Equador) e Jair Bolsonaro (Brasil). Vive-se, portanto, um momento populista que ameaça os fundamentos das democracias constitucionais.<sup>10</sup> O fenômeno populista contemporâneo revela

9 V-Dem Institute. *Autocratization surges – resistance grows: Democracy report 2020*. Disponível em: <https://www.v-dem.net/en/news-publications/democracy-reports/>.

10 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die?* New York: Crown Publishing, 2018; SCHEPPELE, Kim Lane. “Autocratic legalism”. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, n. 2, março, 2018, pp. 545-584; SUSTEIN, Cass (org.) *Can it happen here? Authoritarianism in America*. William Morrow, 2018; GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in crisis?* Oxford University Press, 2018; MOUNK, Yascha. *The people vs. democracy: why our freedom is in*

que as democracias não estão sob a ameaça de tanques nas ruas ou das baionetas, como era a prática frequente do autoritarismo do século passado, nem se vislumbra a derrubada abrupta de um presidente eleito, muito menos um bombardeio à sede de algum governo. Ao contrário, governantes populistas são escolhidos através de processos eleitorais, inclusive se vangloriam por terem vencido as eleições. Paradoxalmente, o populismo aceita a democracia, em sua dimensão eleitoral-majoritária, e, ao mesmo tempo, subverte-a<sup>11</sup>. Isso porque atinge as democracias constitucionais em duas frentes. Em primeiro lugar, o populismo concebe o “povo” como uma categoria homogênea e anti-pluralista, transformando em inimigos da pátria seus adversários e opositores. Em segundo lugar, o populismo é anti-institucional na medida em que buscar desidratar os mecanismos de freios e contrapesos para implantar a “verdadeira” vontade do povo, o que põe em risco os grupos vulneráveis e as minorias<sup>12</sup>.

É certo que o maior ou menor sucesso do projeto populista autocrático depende da presença de um conjunto de variáveis políticas, institucionais e sociais em cada Estado. Instituições públicas e organizações da sociedade civil que monitoram e fiscalizam as ações governamentais desempenham um papel central na manutenção e estabilidade das regras do jogo democrático. Onde esses atores encontram-se enfraquecidos ou cooptados politicamente por governos populistas, maiores são as possibilidades para uma guinada autoritária.

---

danger and how to save it. Cambridge: Harvard University Press, 2018; GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to save a constitutional democracy?* The University of Chicago Press, 2018; ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies: contested power in the era of Constitutional Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

- 11 DE LA TORRE, Carlos. Populismos autocráticos messiânicos na história recente das Américas. In: *Revista ECO-Pós* (Dossiê Novas Faces do Poder), vol. 22, n. 2019, p. 10.
- 12 MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016; MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2017; KALTWASSER, Cristóbal Rovira; TAGGART, Paul; ESPEJO, Paulina Ochoa; OSTIGUY, Pierre. *Populism: an overview of the concept and the state of the art*. In: *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp.16-43; NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and the Rise of Authoritarian Populism*. New York: Cambridge University Press, 2018; TUSHNET, Mark. Varieties of Populism. In: *German Law Journal*, vol. 20, april, 2019, pp. 382-389.

Além disso, importa destacar que essa preocupação é elevada em um contexto de crise institucional ou social em que a situação de anormalidade pode ser usada como pretexto para maior concentração de poder no Governo. Com efeito, de um lado, no cenário em que a Organização Mundial de Saúde (OMS) reconheceu a pandemia da COVID-19 (coronavírus), governos em todo o mundo têm adotado medidas de isolamento social e quarentena (restrições à circulação de pessoas, à realização de eventos, de atividades comerciais e empresariais, dentre outras) que terminam por interferir em direitos e liberdades fundamentais, mas que são consideradas necessárias para evitar uma proliferação ainda mais rápida da doença, pois, do contrário, haveria o colapso dos sistemas de saúde e a perda, ainda maior, de inúmeras vidas. Por outro lado, não se pode desconsiderar o risco de governantes se valerem da crise sanitária como estratégia retórica para justificar uma centralização de poder e, com isso, adotar medidas arbitrárias. Nesse caso, haveria uma manipulação da própria crise para legitimar um conjunto de decisões abusivas.

Foi o que se passou na Hungria recentemente, país que já vinha vivenciando uma escalada autocrática desde as eleições de 2010, quando o Fidesz, partido conservador de extrema direita do Primeiro Ministro Viktor Orbán, conquistou dois terços das cadeiras do Parlamento. Desta feita, invocando a necessidade de combater a pandemia do coronavírus, o Parlamento húngaro autorizou, por 138 votos contra 53, seu líder populista a governar por decretos por tempo indeterminado, conferindo-lhe poderes excepcionais<sup>13</sup>. Por sua vez, o Parlamento britânico aprovou uma lei (*The UK Coronavirus Act*) autorizando o Governo a determinar, além do fechamento de aeroportos, estações de trem e portos, a detenção de pessoas com *suspeitas* de infecção do coronavírus, estando sujeitas, inclusive, a processos criminais na hipótese de apresentarem resistência à polícia<sup>14</sup>.

13 “Hungarian parliament votes to let Viktor Orbán rule by decree in wake of coronavirus pandemic”. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2020/03/30/europe/hungary-viktor-orban-powers-vote-intl/index.html>.

14 “The UK Coronavirus Act 2020: What's in it?” Disponível em: <https://www.euronews.com/2020/03/23/boris-johnson-s-coronavirus-bill-what-s-in-it>.

O Primeiro Ministro de Israel, Benjamin Netanyahu, sem apresentar qualquer proposta perante o Parlamento, autorizou a utilização de tecnologia de monitoramento de celulares, concebida inicialmente para fins de contraterrorismo, a fim de rastrear não apenas pessoas infectadas com a gripe, como também qualquer pessoa *suspeita* de estar infectada. Diante de um vírus transmitido com enorme rapidez a partir do contato entre pessoas, basicamente qualquer indivíduo se torna um potencial suspeito de estar infectado<sup>15</sup>. Em uma situação ainda mais radical, o Presidente das Filipinas, Rodrigo Duterte, autorizou policiais e militares do país a disparar contra as pessoas que não respeitarem as medidas impostas pelo governo para evitar a disseminação do coronavírus<sup>16</sup>. Com isso, a pandemia acaba sendo associada a um verdadeiro *estado de exceção* que respaldaria medidas governamentais mais drásticas, acentuando o risco de violação a direitos e liberdades individuais, especialmente de grupos vulneráveis, e perseguição política a opositores.

Tendo isso em conta, analiso o caso brasileiro, em que o Presidente Jair Bolsonaro, há bastante tempo, tem apresentado nítidos sinais de cunho populista. Se, por um lado, é possível identificar traços comuns dos novos líderes populistas, por outro, é preciso atentar para as particularidades decorrentes do advento de um líder populista no contexto de um sistema de governo que combina um hiperpresidencialismo, intenso fracionamento partidário, um modelo robusto de jurisdição constitucional e uma forma federativa de Estado. Assim, apesar do perfil populista do Presidente Jair Bolsonaro, aponto que três elementos presentes no desenho institucional brasileiro têm bloqueado, até agora, importantes pretensões do Poder Executivo no contexto da pandemia do coronavírus, a saber: (i) ausência de base sólida de apoio parlamentar ao Governo; (ii) a preservação da inde-

---

15 “Israel is now using counterterrorism tactics to track possible coronavirus patients”. Disponível em: <https://qz.com/1819898/israel-to-use-invasive-surveillance-to-track-coronavirus-patients/>.

16 “Presidente das Filipinas autoriza policiais a matar quem violar quarentena.”. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/04/02/presidente-das-filipinas-matar-coronavirus.htm>.

pendência do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal (STF) e (iii) a fragmentação do poder político decorrente do federalismo, que assegura autonomia aos Estados e Municípios. Com isso, embora tenha sido eleito um candidato que tenta seguir o roteiro do populismo contemporâneo, graças a esses mecanismos de contenção dos poderes presidenciais, não se tem consolidado um *governo populista*.

## 2.0 PRESIDENCIALISMO DE COALIZAÇÃO E FRAGMENTAÇÃO PARTIDÁRIA.

No Brasil, diante de um movimento pendurar que tem marcado nossa trajetória constitucional – ora apontando para momentos de acentuado autoritarismo, ora para tentativas de redemocratização – a Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988) discutiu a necessidade de delinear um regime presidencialista mais moderado a fim de conter o ímpeto expansivo do personalismo presidencial, tarefa que não foi tão bem sucedida. Foi mantido, então, um sistema de governo com significativa centralização de poderes na autoridade presidencial, na linha do que já se verificava nos demais países da América Latina onde tem prevalecido um hiperpresidencialismo<sup>17</sup>.

Sendo assim, o Chefe do Poder Executivo continua despondo como o principal ator político, reunindo inúmeras prerrogativas e competências que revelam sua força política, dentre as quais: a iniciativa do processo de lei orçamentária; a expedição de medidas provisórias com *força de lei* para serem, somente depois, analisadas pelo Congresso Nacional; a propositura de emendas à Constituição; a imposição de urgência para a tramitação dos projetos de lei de sua iniciativa; a imposição de restrições às emendas dos parlamentares que tenham conteúdo financeiro; a possibilidade de vetar total ou parcialmente os projetos de leis aprovados pelo Congresso Nacional; o poder de editar decretos; a indicação de novos integrantes para o

---

17 GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*, Oxford University Press, 2013, pp. 148 e ss.

Supremo Tribunal Federal, após aprovação do Senado, etc. Esta realidade gerou, em um primeiro período, o aumento impressionante do protagonismo governamental nos afazeres parlamentares.

Entretanto, a proeminência do Presidente da República no sistema político brasileiro precisa ser analisada a partir do quadro de elevada fragmentação partidária. Isso significa que, considerado o exorbitante número de partidos existentes no país, o Presidente da República precisa obter apoio de várias forças partidárias no afã de reunir condições de governabilidade, estabelecendo-se, assim, uma troca de apoio político. Desse modo, aumenta-se a necessidade de barganhas com tais partidos para que o Presidente da República consiga implantar sua agenda, de modo que até a própria composição do Poder Executivo reflete tais alianças, ao serem destinados ministérios para os partidários dos grupos que formam sua base de sustentação. Esse difícil equação tem sido denominada *presidencialismo de coalizão* e que se equilibra em uma democracia de partidos.

Diante dessa especificidade do cenário brasileiro<sup>18</sup>, a estabilidade governamental passa, inclusive, pela negociação com partidos pequenos, mas que podem, sob certas circunstâncias, formar uma oposição que bloqueia a aprovação de projetos importantes para o Poder Executivo, especialmente quando, para tanto, exige-se uma maioria qualificada no Parlamento. Como destaca Sérgio Abranches, é improvável que sistematicamente surjam governos apoiados apenas por um partido majoritário. Por isso, decidir não recorrer a coalizões e buscar neutralizar a pluralidade, mediante a diminuição artificiosa de partidos, pode se revelar um fator de deslegitimação e instabilidade governamental.<sup>19</sup> Nesse sentido, as relações entre o Presidente e o Parlamento se tornam o termômetro que indica o maior ou me-

---

18 Apontando para essa singularidade no arranjo político brasileiro, Sérgio Abranches afirma que “não existe nas liberais-democracias mais estáveis, um só exemplo de associação entre representação proporcional, multipartidarismo e presidencialismo” (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 19, 1988.

19 ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de, *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*, cit., p. 14.

nor grau de estabilidade política do governo, tanto que, em situações limítrofes de diluição da coalizão multipartidária, provocaram a destituição de dois presidentes eleitos em processos de *impeachment*: Fernando Collor de Mello (1992) e Dilma Roussef (2016). Portanto, se, de um lado, o sistema político brasileiro contempla um Presidente da República com uma gama variada de poderes, tendo a capacidade, inclusive, de moldar a agenda do Congresso Nacional, por outro, o mesmo Presidente é levado a negociar com vários partidos, muitos dos quais têm suas ações orientadas mais por um pragmatismo político do que por ideologias que afirmam defender. Como consequência, o hiperpresidencialismo é suavizado pela fragmentação partidária, que pode impulsionar uma dinâmica política tanto a ponto de conferir amplo suporte ao governo, quanto ao de ser-lhe um incômodo contrapeso institucional.

Ao se apresentar como candidato contrário ao *establishment* político, Jair Bolsonaro foi refratário às negociações com os partidos, pois esse modelo, em sua retórica populista, significava exatamente a “velha política” clientelista e fisiológica da qual prometeu distanciamento – embora dela tenha feito parte no período em que fora parlamentar. Optou pela negociação individual dos parlamentares a partir de bancadas temáticas bem definidas: medidas anticorrupção, agronegócio, liberação do porte de armas, política econômica, dentre outras. Esse novo modo de governar tem ensejado, quando muito, uma coalizão altamente instável<sup>20</sup>. De fato, em estudo feito sobre o primeiro ano de seu governo, Mariana Baptista identificou um crescente protagonismo do Congresso Nacional em detrimento do Presidente da República, fazendo mover o pêndulo do jogo político. Em sua pesquisa, destacou que 86% dos projetos aprovados pelo Parlamento e que foram de iniciativa do Governo estão relacionados à agenda econômica. Isso revela que tal resultado se deu menos pelo

---

20 CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Algumas notas sobre o poder presidencial e os partidos políticos no presidencialismo de coalizão brasileiro no cenário pós-eleições de 2018. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro Conci; DIAS, Roberto (org.). *Crise das Democracias Liberais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 318.

empenho pessoal e capacidade de articulação política do Presidente e mais pelo alinhamento que o seu Ministro da Economia, Paulo Guedes, conseguiu manter com as principais forças partidárias em torno de sua agenda econômica neoliberal<sup>21</sup>. Sua maior vitória, sem dúvida, foi a aprovação da Reforma da Previdência, que dependia, inclusive, de quórum qualificado por se tratar de emenda à Constituição. Mesmo sendo tema vinculado à área econômica do Governo, que tem a simpatia de várias lideranças partidárias, o discurso contrário ao *establishment* foi refutado pela realidade dos fatos e o Presidente Jair Bolsonaro acabou reproduzindo as mesmas estratégias de cooptação de votos que seus antecessores<sup>22</sup>.

Já no que diz respeito à denominada agenda de costumes, atrelada à política anticrime, família, combate à corrupção, sexualidade e religião - e que reflete o núcleo ultraconservador do populismo bolsonarista - a postura do Congresso Nacional tem sido distinta. São temas de elevada voltagem moral, dividindo a opinião pública, o que também suscita pressões e reações dos grupos atingidos contra o Parlamento. Isso explica a postura mais cautelosa do Parlamento em evitar desgastes perante seu próprio eleitorado. Assim, como concluiu Mariana Baptista, “enquanto barra, explícita ou implicitamente, uma agenda mais controversa do presidente, o Congresso vem assumindo no plano legislativo um papel de liderança”<sup>23</sup>. Aos poucos, então, o Parlamento passou a atuar de forma mais incisiva em relação

---

21 BAPTISTA, Mariana. Um ano de relação Executivo-Legislativo no governo Bolsonaro. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2020/Um-ano-de-rela%C3%A7%C3%A3o-Executivo-Legislativo-no-governo-Bolsonaro>.

22 “Um dia antes da votação da Previdência, governo libera mais de R\$ 1 bi em emendas”. Portal G1. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/09/um-dia-antes-da-votacao-da-previdencia-governo-libera-mais-de-r-1-bi-em-emendas.ghtml>. Isso não é de todo incoerente com o populismo. Ao contrário, pontua Nadia Urbinati, populistas são atormentados pelo paradoxo em terem que fazer contundentes proclamações de antagonismo ao *establishment*, mas, porque não instituem uma ditadura, devem continuar negociando com as forças partidárias. Para reconciliar essas duas posições, líderes populistas costumam desempenhar o lado “pragmático” da democracia só que de maneira disfarçada, dizendo ao seu eleitorado o oposto do que eles estão efetivamente fazendo. (URBINATI, Nadia. *Me the People: how populism transforms democracy*. Harvard University Press, 2019, p. 115).

23 BAPTISTA, Mariana. Um ano de relação Executivo-Legislativo no governo Bolsonaro. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2020/Um-ano-de-rela%C3%A7%C3%A3o-Executivo-Legislativo-no-governo-Bolsonaro>.

ao Governo, derrubando vetos presidenciais e suspendendo decretos por ele editados<sup>24</sup>.

A fragilidade do suporte parlamentar ao Presidente da República e o novo protagonismo congressional ficaram mais nítidos no sensível contexto da proliferação do coronavírus no país. Enquanto o Ministério da Saúde vinha adotando medidas de isolamento social e defendendo a suspensão de atividades comerciais e empresariais, no que acompanhava, assim, as políticas implantadas por outras nações e as recomendações da própria OMS, o Presidente da República, em inúmeras ocasiões, agiu em contrariedade às diretrizes de sua própria equipe, inclusive rompendo o isolamento. Com frequência, tem saindo às ruas para encontrar apoiadores, apertar suas mãos e provocar aglomerações, razão pela qual tem atraído severas críticas. Em pronunciamento em cadeia nacional, Jair Bolsonaro, mesmo diante de milhares de mortes causadas pelo COVID-19 em todo o mundo, tentou minizar a pandemia dizendo tratar-se de uma “gripezinha” ou “resfriadinho”. Subjacente a esse comportamento presidencial, nota-se a ênfase em atenuar os efeitos econômicos da pandemia, ainda que, para tanto, acabe induzindo à criação de uma indevida polarização entre a proteção da saúde e da vida das pessoas em contraposição à economia do país, ao passo que outros governos têm adotado medidas de isolamento social e paralisação das atividades e serviços acompanhadas de ações estatais de apoio a empresas e trabalhadores, preservando seus empregos e salários. É dizer, uma opção (proteção da saúde coletiva) não exclui a outra (evitar o colapso econômico).

Porém, a população brasileira foi surpreendida no início de abril quando Jair Bolsonaro editou a Medida Provisória n. 927, permitindo a suspensão dos contratos de trabalho e do pagamento dos salários pelo período de até 120 dias sem apresentar qualquer forma de compensação remuneratória para auxiliar as pessoas atingidas por

---

24 <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/27/congresso-derruba-sete-vetos-presidenciais-sobre-lei-dos-partidos.ghtml>

essas regras. Com isso, muitos se viram no dilema entre voltar ao trabalho para garantir sua renda ou permanecer em isolamento e perder o emprego. Os efeitos dessa decisão governamental foram tão negativos, não apenas no âmbito do Congresso Nacional, como nas redes sociais e na imprensa, que Jair Bolsonaro foi o obrigado a recuar. No dia seguinte à edição da referida medida provisória, publicou novo ato revogando a desastrosa regra. Nesse cenário, o governo passou a ser cada vez mais pressionado para criar subsídios em favor de pessoas economicamente vulneráveis. O Ministério da Economia propôs, então, a criação de um auxílio emergencial no valor R\$ 200,00 (duzentos reais) a trabalhadores de baixa renda. Por representar menos de um quarto do salário mínimo vigente, essa proposta foi considerada tímida pelos partidos de oposição. Ao final, o Congresso Nacional aprovou o pagamento do auxílio no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), podendo chegar a R\$1.200,00 (mil e duzentos reais), o que representou uma vitória, sobretudo, de tais partidos.

Ainda como situação que traduz as tensões institucionais entre Governo e Parlamento, vale referir a problemática referente ao Programa “Verde e Amarelo”. Criado pela Medida Provisória n. 905 ainda em novembro de 2019, tal programa, que reflete a política econômica neoliberal do governo, criou um novo regime de contrato de trabalho diminuindo os encargos das empresas na medida em que diminuiu, por outro lado, benefícios sociais dos empregados, tais como a redução do percentual do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o valor da multa rescisória nos casos de demissão sem justa causa e a possibilidade de fracionamento do décimo terceiro salário. Considerada uma “mini-Reforma Trabalhista”, e tida pelo Ministério da Economia como importante política de estímulo a novos empregos antes da pandemia – ainda que com direitos reduzidos – precisava ser aprovado pelo Congresso Nacional até 20 de abril de 2020, já que fora instituído por medida provisória que possui um tempo determinado de vigência. Em razão de ataques recentes que o Presidente Jair Bolsonaro direcionou a Rodrigo Maia, Presidente da

Câmara dos Deputados, acusando-o de conspirar contra o governo<sup>25</sup>. No dia me que a medida caducaria, estrategicamente, para não sofrer uma derrota, o Presidente decidiu revogar a MP. Em suma, nova derrota do Poder Executivo, mesmo em um campo onde ele contava com maior respaldo parlamentar<sup>26</sup>. E o que quadro tende a se agravar, tendo em vista que o parlamentar Rodrigo Maia estabeleceu diálogo com líderes dos partidos de oposição, consultando-os sobre quais outras medidas provisórias gostariam que fossem retiradas de pauta para que, igualmente, tivessem exaurido seu prazo de vigência<sup>27</sup>.

Com isso, queremos afirmar que a manutenção da fórmula do presidencialismo de coalizão continua sendo elemento-chave para a compreensão da estabilidade dos governos, em que os partidos ainda mantêm um peso decisivo. Então, diante da ausência de suporte partidário sólido e estável, o atual Presidente - que, aliás, ao se desfilhar do PSL, não se vinculou a qualquer partido até o momento, embora tenha tentado, sem sucesso, criar uma nova legenda -, não só tem encontrado dificuldades não aprovação de temas de sua agenda política, como tem sofrido derrotas frequentes. Isso expõe a relevância do Poder Legislativo precisamente como instância de comedimento, moderação e rechaço de medidas populistas que poderiam desidratar a rede de proteção dos direitos fundamentais e o sistema de freios e contrapesos.

### 3.0 O RESGATE DO FEDERALISMO?

Além do protagonismo que o Congresso Nacional tem demonstrado recentemente, nos últimos meses, temos assistido a uma veemente atuação dos Governadores e Prefeitos no planejamento, articulação e execução de medidas relacionadas ao combate da pandemia do COVID-19. Isso tem, de um lado, colocado os Estados-membros

---

25 <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/04/bolsonaro-diz-ter-dados-de-inteligencia-de-plano-de-maia-doria-e-stf-contra-ele.shtml?origin=uol>

26 <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2020/04/em-derrota-para-o-governo-senado-retira-programa-verde-e-amarelo-de-pauta-projeto-caduca-na-segunda.html>

27 <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/congresso-ameaca-deixar-caducar-seis-mps-em-resposta-a-bolsonaro/>

e Municípios em posição de destaque nas políticas públicas e ações administrativas em meio à crise sanitária, assegurando maior dinamismo à descentralização político-administrativa própria ao federalismo como há muito não se via, e, por outro, também impulsionado conflitos constitucionais (e políticos) com o Governo federal.

Essa nova realidade demonstra como o federalismo – assim como tantas outras peças fundamentais da arquitetura constitucional brasileira – também está sujeito aos fluxos sociais e políticos de cada tempo, os quais conferem vitalidade às previsões formais dos documentos constitucionais. De fato, apesar da tradição federalista, que remonta à Constituição de 1891, é certo que as relações entre a União e os entes subnacionais, bem como o grau de autonomia que estes possuem, têm oscilado ao longo de nossa história constitucional. Nesse sentido, sob o governo autoritário de Getúlio Vargas, sobretudo a partir de sua intensificação com a Carta de 1937, não apenas se nota uma tendência centralizadora no âmbito do Governo federal, como, em situações extremas, percebe-se a própria negação do federalismo através das constantes nomeações de interventores para os Estados-membros, esvaziando a autonomia estadual. Sob um regime ditatorial, tais intervenções federais, como se sabe, funcionaram como instrumentos de dominação política, de modo a neutralizar e reprimir qualquer sorte de oposição que pudesse advir dos entes regionais.

De outra banda, em ambientes democráticos, tem-se identificado maior inclinação a favor do federalismo e da descentralização que lhe é inerente, tal como se depreende da Constituição de 1946, e, principalmente, com a redemocratização do país a partir de 1985. Isso resultou em um novo modelo constitucional que buscou reforçar o federalismo, inclusive estimulando fórmulas de cooperação entre os entes subnacionais (art. 23, parágrafo único, CF/88) e buscando atenuar as assimetrias regionais (art. 3º, III, CF/88). Apesar do *espírito federalista*, a CF/88 ainda manteve uma estrutura bastante centralizadora, se levarmos em conta o extenso elenco de matérias incluídas nas

competências legislativas da União (art. 22, CF/88), bem como em sua competências administrativas (art. 21, CF/88). É certo que não pode olvidar que foi desenvolvido um segmento com competências legislativas compartilhadas com os Estados-membros (art. 24, CF/88), assim como foram delineados os contornos das competências municipais, não obstante através do elástico e impreciso critério da predominância do “interesse local”. Além desse arranjo já apontar para maiores poderes na esfera federal, também se identifica uma *interpretação centralizadora* por parte do STF ao aplicar essas regras nos conflitos federativos que precisa solucionar<sup>28</sup>. Some-se a tal a realidade a circunstância de ter se configurado um sistema tributário, onde a União detém a maior parcela do bolo fiscal, criando-se, não raro, uma relação de dependência econômica por parte dos Estados e Municípios, que não possuem, sozinhos, condições materiais para custear determinadas políticas públicas e investimentos em seus territórios. Desse modo, não é suficiente a mera declaração normativa a favor da descentralização se não existe uma estrutura concreta – inclusive orçamentária e fiscal – que viabilize, na prática, uma maior assunção de atribuições pelos entes subnacionais, o que contribui para um quadro de “federalismo artificial”<sup>29</sup>.

Tendo isso em conta, os acontecimentos decorrentes da pandemia parecem ter trazido novos ingredientes que mudaram o equilíbrio federativo na direção dos entes subnacionais. Como pano de fundo, é importante destacar o ambiente de tensão existente entre os Governadores e o Presidente da República, especialmente em razão da condução, por parte deste último, desarticulada e contraditória na gestão da pandemia, tendo sido considerado, a um só tempo, o “pior líder mundial”<sup>30</sup> no controle da crise sanitária e a liderança no

28 ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

29 ARRETCHE, Marta. Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas? In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 31, p.48, 1996, pp. 44-66; MORAIS José Luis Bolzan de; BAGGIO, Roberta Camineiro. Os limites da transição política e (alguns) os dilemas do federalismo brasileiro. Um olhar retrospectivo. In: NETO, Alfredo Copetti; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (orgs.). *Dilemas na Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 172.

30 <https://www.washingtonpost.com/opinions/global-opinions/jair-bolsonaro-risks-lives-by-minimizing-the-coronavirus-pandemic/2020/04/13/6356a9be-7da6-11ea->

movimento negacionista da própria pandemia<sup>31</sup>. Assim, enquanto as autoridades estaduais têm implementado medidas de isolamento social e paralisação das atividades, como aulas, comércio, eventos e serviços (salvo os essenciais), o Presidente tem atacado os Governadores, conclamando o retorno à normalidade.

Nesse particular, o STF, contrariando sua tradicional jurisprudência centralizadora, decidiu em 15 de abril, e por unanimidade<sup>32</sup>, que as medidas tomadas pelo Governo federal através da Medida Provisória 926/2020 não excluem a competência concorrente e suplementar dos Estados e Municípios, sendo legítima a destes últimos na adoção de medidas isolamento, suspensão das atividades e serviços, o que representou uma das mais importantes decisões da Corte rumo a um federalismo efetivamente descentralizado nos últimos anos. Com isso, o Tribunal, simultaneamente, assegurou a decisão pela continuidade das políticas de isolamento e quarentena por parte dos Estados-membros e Municípios e proibiu que o Presidente da República decidisse, unilateralmente, em sentido contrário, caso pretendesse sustar os decretos estaduais.

Essa decisão precisa ser observada em conjunto com outras que aliviaram as obrigações financeiras dos entes subnacionais e que sinalizam para um maior aporte de recursos diante da diminuição de receitas tributárias em razão da paralisação das atividades econômicas. De fato, antes mesmo de o STF proferir a decisão antes referida, a Corte havia julgado outras duas questões que produziram importantes reflexos na autonomia dos Estados e Municípios. A primeira delas consistiu na suspensão, mediante liminar concedida pelo Min. Alexandre de Moraes, do pagamento das dívidas públicas que os Estados mantêm com o governo federal pelo prazo de 180 dias. Assim, os recursos economizados passam a destinados a ações e serviços na

---

-9040-68981f488eed\_story.html

31 <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/03/bolsonaro-coronavirus-denial-brazil-trump/608926/>

32 ADI n. 5341, rel. Marco Aurélio, d.j. 15.04.2020.

área de saúde pública<sup>33</sup>. A título de ilustração, o total dessas dívidas supera a marca dos bilhões por Estado. Por mês, o Estado do Paraná deveria pagar uma parcela de 53 milhões de reais, enquanto o Estado de São Paulo, um dos mais afetados pela pandemia, teria que desembolsar 32 milhões de reais.<sup>34</sup> A segunda decisão, igualmente concedida por liminar do Min. Alexandre de Moraes<sup>35</sup>, flexibilizou dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, permitindo aos Estados e Municípios a criação de despesas públicas necessárias ao controle da pandemia, diante da gravidade de suas consequências e de sua imprevisibilidade. Em seu conjunto, tais decisões representam um sensível abrandamento das finanças estaduais e municipais para que possam priorizar as políticas sanitárias.

Em outra frente, a Câmara dos Deputados aprovou, em 13 de abril, projeto de lei que visa recompor as perdas fiscais que Estados e Municípios sofreram com a diminuição da arrecadação do ICMS e do ISS respectivamente, tributos que incidem sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços. Isso acentuou os atritos que já existiam entre o Governo e o Parlamento, tendo Jair Bolsonaro atacado Rodrigo Maia acusando-o de pretender derrubar seu governo<sup>36</sup>.

Em seu conjunto, a sequência dos fatos sugere um fortalecimento das competências constitucionais dos Estados e Municípios no sentido de um federalismo centrífugo – ao contrário do histórico federalismo centrípeta –, embora seja prematuro afirmar cuidar-se de uma tendência do pacto de federativo brasileiro ou de uma solução temporária e contingencial<sup>37</sup>. Seja como for, o fato é que essa articulação envolvendo os entes federados, o STF e o Congresso Nacional tem frustrado ímpetus populistas e autocráticos do atual governo.

33 ACO n. 3367 e 3363, rel. Min. Alexandre de Moraes.

34 Dados disponíveis em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/30/doze-estados-ja-conseguiram-a-suspensao-das-dividas-com-a-uniao-por-conta-do-coronavirus.ghtml>.

35 ADI n. 6357, rel. Min. Alexandre de Moraes.

36 <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/bolsonaro-acusa-maia-de-conspiracao-e-diz-que-atuacao-do-presidente-da-camara-e-pessima.shtml>

37 CONTINENTINO, Marcelo Casseb; PINTO, Ernani Varjal Medicis. Estamos diante de um novo federalismo brasileiro? In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-18/observatorio-constitucional-estamos-diante-federalismo-brasileiro>

## 4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA (POPULISTA) E A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Sob a CF/88, tem-se constatado uma série de mudanças no perfil do STF, em sua prática decisória, bem como na relação com os demais poderes. Isso não decorre de simples voluntarismo dos seus membros, sendo fundamental o próprio ambiente político-institucional construído sob a nova ordem constitucional democrática, responsável pelo resgate da independência do Poder Judiciário. Aos poucos, observa-se um movimento juristocrático da Corte, o que tem sido notado também em outros países<sup>38</sup>, por meio do qual tem havido em uma intensa judicialização da mega-política e das grandes controvérsias de considerável impacto na vida pública do país, suscitando questionamentos sobre sua autoridade, legitimidade democrática e capacidade institucional<sup>39</sup>.

Nesse contexto, importantes temas passaram a integrar a pauta do STF, exprimindo um movimento em que a reivindicação por direitos também se faz em um circuito externo ao modelo clássico “sociedade civil-partidos-representação-formação da vontade geral”, reforçando o papel contramajoritário do Tribunal<sup>40</sup>. No que diz respeito à proteção de direitos individuais e liberdades públicas, destacam-se as decisões sobre a liberdade de expressão (caso da “Marcha da Maconha”), a condenação de discursos de ódio (caso “Ellwanger”) e a possibilidade de publicação de obras biográficas sem a licença prévia da pessoa biografada (ADI n. 4815).

A Corte também teve papel relevante na tutela de direitos fundamentais de minorais, como nos casos em que reconheceu a legitimidade de interrupção da gravidez de fetos anencefálicos (ADPF n.

38 HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004.

39 LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

40 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.22.

54), a que estendeu o conceito constitucional de união estável para abarcar as uniões homoafetivas (ADI n. 4277 e ADPF n. 132), a que estabeleceu a demarcação de terras indígenas (PET n. 3388), a que confirmou a legitimidade da política quotas nas universidades públicas (RE n. 597285), a que manteve a constitucionalidade da Lei de Cotas (Lei n. 12.990/2014) no serviço público federal (ADC n. 41), a que assegurou o direito das pessoas transgênero à mudança de nome e gênero em registro civil sem necessidade de cirurgia de mudança de sexo ou autorização judicial (ADI 4.275 e RE 670.422) e, mais recentemente, a que reconheceu a criminalização da homotransfobia (ADO 26).

Como se vê, o Tribunal possui um sólido repertório jurisprudencial a respeito da proteção de direitos individuais, especialmente de minoriais, o que o coloca em uma evidente rota de colisão com a agenda ultraconservadora do bolsonarismo. Não por acaso, nos últimos anos, podemos perceber o advento de um discurso político mais contudente em relação ao STF, apoiado, muitas vezes, no argumento de praticar ativismo judicial em excesso, usurpando competências do Poder Legislativo e do próprio Governo. Ainda em campanha, importa recordar, o Presidente atual defendeu aumentar de onze para vinte e um o número de membros da Corte sob o argumento de que era preciso “colocar dez juízes isentos lá dentro”<sup>41</sup>. Vale destacar, também, a tentativa de revogar a EC n. 88/2015 – resultante da chamada “PEC de Bengala”, que elevou de setenta para setenta e cinco a idade de aposentadoria compulsória dos ministros do STF –, o que provocaria a saída imediata de alguns membros do STF, criando-se a oportunidade para novas indicações a cargo do Presidente. Aliás, Jair Bolsonaro já sinalizou que, quando surgisse a vaga, indicaria para o Tribunal um juiz “terrivelmente evangélico”.<sup>42</sup> Tem-se visto o aumento do número de pedidos de *impeachment* contra membros do

41 <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-supremo.shtml>

42 <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-ministro-terrivelmente-evangelico-para-o-stf.ghtml>

Tribunal. Nove destes pedidos foram apresentados em 2019, sendo os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli os principais demandados. Por fim, no vídeo já referido, divulgado pelo Presidente em que este é representado por um leão ameaçado por várias hienas, o STF seria uma delas, ou seja, um dos inimigos da pátria<sup>43</sup>.

Esse enredo não é original. Sob o paradigma das democracias constitucionais, Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais têm sido alçados a condição de defensores da própria ordem constitucional, notadamente dos direitos e garantias fundamentais. Isso ajuda a explicar porque, ultimamente, tais Tribunais têm sido alvos preferenciais de regimes políticos com viés autoritário, sobretudo de cariz populista, na medida em que esses regimes pretendem desidratar a função contramajoritária, responsável por frear os avanços arbitrários das maiorias eleitas. Daí a importante tarefa que incumbe ao STF no contexto do avanço populista, em particular no exercício de função contramajoritária.

Nesse sentido, além das decisões já citadas em que a Corte obstruiu medidas sustentadas pelo Governo a partir da proliferação do coronavírus, cumpre apontar mais três. Em primeiro lugar, enquanto estratégia para flexibilizar a política de isolamento social, foi divulgado vídeo nas redes sociais contendo a campanha publicitária “O Brasil não pode parar”. Através dela, pretendia-se estimular a população a retornar às suas atividades empresariais e profissionais, o que vem sendo pleiteado pelo Presidente abertamente. Instado a se manifestar, o STF, através de decisão liminar do Min. Roberto Barroso<sup>44</sup>, proibiu não apenas a veiculação dessa campanha publicitária, como determinou que o Governo não mais veiculasse mensagens que sugerissem o retorno das pessoas às suas atividades plenas ou, ainda,

---

43 LEITE, Glauco Salomão. Hércules na encruzilhada? Riscos e desafios da jurisdição constitucional na era do legalismo autocrático. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro Conci; DIAS, Roberto (org.). *Crise das Democracias Liberais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 443-466; BARBOZA, Estefânia Queiroz. Constitucionalismo abusivo e o ataque ao Judiciário na democracia brasileira. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro Conci; DIAS, Roberto (org.). *Crise das Democracias Liberais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 421-442.

44 ADPF n. 669, rel. Min. Roberto Barroso.

que expressassem que a pandemia constituiria evento de menor gravidade para a vida e saúde dos indivíduos. Se se analisa essa decisão em conjunto com as manifestações da Corte a favor dos entes federados, conclui-se que ela representa um reforço adicional contra o populismo anticientífico sustentando pelo Presidente.

Em segundo lugar, o Min. Alexandre de Moraes decidiu suspender dispositivos da Medida Provisória n. 928/2020, que suspendia os prazos para prestação de informações públicas atinentes à pandemia, como determinava a Lei de Acesso à Informação (Lei. 12.527/2011). Na prática, a decisão governamental tornava o sigilo, que é a exceção, em regra geral. Tal controvérsia se deu no momento em que o Presidente vinha sendo cobrado para divulgar os resultados do exame médico referente ao contágio do coronavírus. Em março de 2020, ao retornar de viagem internacional, um dos integrantes de sua comitiva teve o diagnóstico positivo, o que fez acender o sinal de alerta sobre o número de pessoas contagiadas, incluindo o próprio Presidente. Ao todo, mais de vinte pessoas dessa comitiva, e que estiveram em contato frequente com o Presidente, foram infectadas pelo COVID-19. Assim, embora tenha afirmado publicamente que seu exame foi negativo, o Presidente tem se recusado a divulgá-lo. Enquanto isso, não tem hesitado em romper as recomendações de isolamento social, provocando aglomerações e contribuindo para o contágio de um sem número de pessoas. Diante disso, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados fixou o prazo de 30 dias para que o Governo prestasse informações sobre o resultado do exame do Presidente<sup>45</sup>.

Por fim, o STF impôs uma importante barreira à pretensão do Governo em se alterar o rito das medidas provisórias durante sua tramitação no Congresso Nacional<sup>46</sup>. De fato, requereu o Advogado-Geral da União que, durante o período de calamidade pública decorrente da pandemia, fossem suspensos os prazos de vigência das

---

45 <https://congressoemfoco.uol.com.br/saude/camara-da-30-dias-para-bolsonaro-apresentar-resultados-de-exames-para-covid-19/>

46 ADPF n. 663, rel. Min. Alexandre de Moraes.

medidas provisórias editadas pelo Presidente da República. Pretendeu-se criar uma analogia entre a excepcionalidade decorrente da pandemia e os períodos de recesso parlamentar, durante os quais a contagem do prazo das medidas provisórias é suspensa até o retorno das atividades congressuais. A analogia é claramente descabida, pois o Congresso Nacional não se encontra em recesso. Ao contrário, continua exercendo suas funções, inclusive, para tanto, tem utilizado plataformas para reuniões virtuais. Vale ressaltar, ainda, que, nem mesmo durante a vigência de medidas de exceção como intervenção federal, estado de defesa e, inclusive, estado de sítio, permite-se a paralisação do funcionamento do Congresso Nacional. A consequência do pedido feito pelo Advogado-Geral da União, se julgado procedente, seria permitir que o Presidente passasse a ter plenos poderes legiferantes, sem, contudo, submeter-se ao controle do Congresso Nacional. Esse episódio traduz perfeitamente a prática do constitucionalismo abusivo e da legalidade autocrática. Não haveria, de fato, a dissolução do Congresso Nacional ou a determinação abrupta de seu recesso, como ocorreu durante regimes ditatoriais no passado. Por outro lado, de maneira sutil, longe dos radares de boa parte da opinião pública e das instituições, seria promovida uma singela e quase imperceptível alteração de natureza procedimental no regime das medidas provisórias, cujo efeito seria uma radical centralização de poderes nas mãos do Presidente da República, com grave desequilíbrio na separação dos poderes.

Em momentos como esses, em que a força normativa da constituição é colocada à prova, sobressai a necessidade em garantir a integridade de suas instituições e do funcionamento dos freios e contrapesos, incluindo a função contramajoritária da jurisdição constitucional. Curiosamente, o tradicional argumento da ilegitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais para se contrapor às majorias eleitas ou ao clamor social passa a receber outra leitura. A jurisdição constitucional é, realmente, uma instituição diferente no arranjo democrático-representativo, mais associado ao

princípio majoritário. Nisso Alexander Bickel tem razão<sup>47</sup>. Porém, ser diferente não é necessariamente uma maldição que recai sobre Cortes Constitucionais. As democracias constitucionais refletem a delicada combinação entre instituições representativas e majoritárias, responsáveis por canalizar a vontade da maioria, e respeito aos direitos fundamentais, enquanto *trunfos* contra essas mesmas maiorias, cabendo à jurisdição constitucional atuar com a robustez possível na tutela de tais direitos. O contramajoritarismo serve, portanto, ao fomento de relações institucionais mais equilibradas, evitando que a política, especialmente em tempos de populismo, atrole os direitos fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, em lúcida passagem, observam que “nenhum líder político isoladamente pode acabar com a democracia; nenhum líder sozinho pode resgatar uma democracia, tampouco.”<sup>48</sup> A transformação de democracias liberais em regimes populistas autocráticos não é obra de uma única pessoa. A história tem mostrado que isso exige a conjugação de inúmeros fatores até se chegar ao lamentável momento da subversão da própria democracia. Porém, é preciso levar em conta os sinais de alerta que a democracia dispara, sobretudo quando se está diante da manipulação ardilosa das ferramentas disponíveis na própria ordem constitucional para atacá-la por dentro. No caso brasileiro, os sinais de alerta já foram disparados há um bom tempo. Até o presente, tem-se observado importante resiliência institucional, em especial a partir da fragmentação partidária, que tem impedido a formação de base sólida a favor das pretensões autocráticas do Governo, do exercício da função contramajoritária do STF e de um bem-vindo resgate dos ideais federalistas a favor de uma maior autonomia dos entes subnacionais.

47 BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p.21.

48 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die?* New York: Crown Publishing, 2018, p. 75.

# IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA – DESCENTRALIZANDO A DISFUNCIONALIDADE

Luiz Guilherme Arcaro Conci<sup>49</sup> \_<sup>50</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Na atual pandemia da Covid-19 estamos presenciando mudanças nos mais variados espaços de nossas existências. Todavia, dadas as novidades, penso que nos damos, neste momento, a somente tentar refletir sobre o que se vê. Não é hora de ideias e pensamentos peremptórios. É o que pretendo fazer neste espaço sobre a federação brasileira e alguns influxos que se vê ocorrer. No Brasil, o tema do pacto federativo, sobre o qual já escrevi anteriormente<sup>51</sup>, atualmente, vê situações que merecem ser levadas em conta para que se o analise, pois aquele que compreende a Constituição e suas normas como objetos que se transformam constantemente e que, neste sentido, entendem a exigência de que o contexto constitucional, e não somente o texto, sejam objetos permanentes de estudos<sup>52</sup>, temos um bom número de razões para termos dúvidas em momentos como o presente.

---

49 Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo – SP – Brasil), onde coordena o Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e é Professor Permanente do PEPG em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais (Stricto Sensu). Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de São Bernardo do Campo (São Paulo – SP – Brasil). Doutor e Mestre em Direito (PUC-SP), com estágio de estudos pós-doutorais no Instituto de Derecho Parlamentar da Universidad Complutense de Madrid (2013-2014). Professor Visitante nas Universidades de Bolonha (2016), Buenos Aires (2011-2014), Medellín (2019) e Messina (2019).

50 Fica o meu agradecimento ao Bruno Talpai pela leitura atenta e pelas sugestões feitas, tendo sido algumas delas incorporadas ao presente artigo.

51 Conci, L. G. A. (2016). O federalismo brasileiro e alguns de seus dilemas: cooperação e competição como problemas tradicionais do constitucionalismo brasileiro. In *Memoria: XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: el diseño institucional del Estado democrático*, 15, 16 y 17 de septiembre de 2015 (pp. 867-879).

52 Barretto, V. (1996). Interpretação constitucional e estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, 203, 15.

Para pensar a federação brasileira se exige que se a entenda no aqui e agora e a sua relação com a história constitucional, sem perder de vista os influxos que os momentos impõem sobre o seu desenho constitucional, como o atual, já que se percebem ciclos<sup>53</sup> em nosso federalismo que dependem de tais contextos constitucionais, impondo mais centralização ou descentralização e a exigir um reequacionamento dos espaços competenciais existentes para os entes. Estes espaços podem ser alterados sem planejamento. Isso porque existe um sistema de freios e contrapesos vertical, próprios das federações, em que mecanismos adotados nas Constituições funcionam como instrumentos de controle recíproco<sup>54-55</sup>. Mas, por outro lado, não se pode negar haver um grau importante de oportunismo nos federalismos, dado que seus movimentos, no mais das vezes, respeitam as vontades da sociedade por mais ou menos centralização, que não podem ser desprezadas<sup>56</sup>.

Sabe-se que o modelo federal brasileiro tem marcas de grande centralização e que é marcado por um longo processo em direção ao fortalecimento da União Federal em detrimento dos demais entes subnacionais. Por esta razão, em se comparando a outros desenhos, como o Norte-Americano, o argentino e o Mexicano, vê-se maior proximidade com os dois últimos e mais distância do primeiro<sup>57-58</sup>, mas, ainda assim, todos eles passam por momentos pendulares de mais ou menos centralização<sup>59</sup>, apesar de se perceber, na história

- 
- 53 Nathan, R. P. (2006). There will always be a new federalism. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 16(4), 505.
- 54 “Power being almost always the rival of power, the general government will at all times stand ready to check the usurpations of the state governments, and these will have the same disposition towards the general government”, cf. Madison, J. Federalist Paper# 28 in Alexander Hamilton. *James Madison, John Jay, The Federalist Papers*, 245.
- 55 Liziero, L. (2019). Federalismo, Facções e Freios e Contrapesos na Emergência do Constitucionalismo Norte-Americano. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 24(2), 143.
- 56 Nathan, R. P. (2006). There will always be a new federalism. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 16(4), 500.
- 57 Ward, P. M., Wilson, R. H., & Spink, P. K. (2010). Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US. *Regional Science Policy & Practice*, 2(1), 58.
- 58 Hernández, A. M., (2009). Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino. *Academia de Ciencias de Córdoba*, 22.
- 59 “The first major finding emerging from our examination of the evolution of federalism in the three countries over two centuries underscores those tensions and dynamics, alerting us to the dangers of assuming that decentralization is a linear process or that there is a

constitucional brasileira, a tendência de um federalismo autoritário e centralizado, com acentuado poderio fiscal e político no governo federal<sup>60</sup>. Entretanto, o atual momento mostra que há movimentos a exigir que os entes subnacionais explorem, com mais rigor, as suas competências, de modo a tornar a realidade um laboratório para o nosso federalismo. Não quero dizer, com isto, que melhor o pacto federativo quanto maior for a descentralização alcançada. Este é um equívoco bastante bem trabalhado desde há muito no Brasil<sup>61</sup>. Nem a excessiva centralização o seria<sup>62</sup>. Como se verá, alguns elementos serão importantes para estudar a nossa realidade atual: o modelo fiscal, as competências constitucionais e o sistema partidário e de governo.

## 2. ALGUMAS NOTAS HISTÓRICAS SOBRE O FEDERALISMO BRASILEIRO

Ideias federalistas, por estas terras, já circulavam antes da própria independência. Já nas lutas libertárias contra a Coroa Portuguesa, bem antes da Declaração de Independência, ainda que tais lutas tenham sido muito diversas, havia um consenso por mais poderes e competências, por consequência, aos que estavam nessa parte do território português ultramarino no continente americano. Mesmo porque as ideias norte-americanas estavam presentes, em 1789, nos inconfidentes mineiros, que se espelhavam nos norte-americanos com o intuito não somente de desfazer as relações com a monarquia, mas, também, produzir descentralização política e administrativa<sup>63</sup>. Também na Re-

---

single dynamic or pattern of its implementation: the history of federal systems is far from linear, is certainly not evolutionary, and is rarely stable”, cf. Ward, P. M., Wilson, R. H., & Spink, P. K. (2010). Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US. *Regional Science Policy & Practice*, 2(1), 57.

60 Arretche, Marta. (2002). Relações federativas nas políticas sociais. *Educação & Sociedade*, 23(80), 28. <https://doi.org/10.1590/S0101-73302002008000003>

61 Sobre o excesso de poder na margem do federalismo brasileiro e os benefícios de alguma centralização ver LEAL, V. N. (1975). *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil*. São Paulo: Alfa. *Omega*.

62 Carneiro, L. F. (1930). *Federalismo e judiciarismo*. Alba, 160.

63 Nesse sentido, COSTA, E. V. D. C. (2007). *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. – 8. ed. rev e ampliada. São Paulo: Fundação Editora UNESP., 28.

vulção Pernambucana de 1817 tais ideias estavam presentes, mesmo porque, em que pesem os esforços da Metrópole em produzir centralização na Colônia brasileira, a realidade por esta banda do Atlântico era bastante diferente. Em função de um pluralismo normativo pouco racional, da pouca estrutura administrativa portuguesa, e, talvez, da estratégia da Coroa de não permitir que qualquer autoridade se tornasse demasiadamente poderosa do outro lado do Atlântico, por aqui, havia uma pluralidade de centros de poder que impressionava<sup>64</sup>, caso, por exemplo, do vice-rei que não tinha seu poder distribuído por todo o território, limitando-se a pouco mais que o Rio de Janeiro, estando a maioria das capitanias a responder diretamente à administração em Portugal. Também por isto, a coesão entre as províncias era débil e o vice-rei uma autoridade enfraquecida<sup>65</sup>.

Com o império, e a independência adquirida com custos financeiros altíssimos, relegou-se a realidade pós-independência a um apanhado de problemas de difícil solução. Dentre eles, a necessidade de fazer expandir, por um vasto território, o poder do Rei (ou Imperador). Na Assembleia Constituinte de 1823, a distribuição política e administrativa do poder por todo o território era assunto central. Ainda que a preocupação com a coesão territorial e administrativa já estivesse patente no Decreto de instauração da Constituinte, em junho de 1823 e, também no de dissolução este tema vem já retratado, haja vista que que o Imperador, em 12 de novembro daquele mesmo ano, já afirmara que a violação à “integridade do Império” estaria entre as razões para o fechamento da Constituinte<sup>66</sup>. Com a outorga de uma Constituição para um estado unitário, viram-se derrotadas algumas vozes de tendência federalista, como a de Antonio Ferreira França, cuja biografia é marcada pela luta pelo federalismo no plano nacional<sup>67</sup>. A reação “federalista”, no plano formal, viria em 1834,

64 de Carvalho, J. M. (1998). *Pontos e bordados: escritos de história e política* (Vol. 22). Editora UFMG, 158.

65 Op. Cit. 159.

66 Decreto de 12 de novembro de 1.823.

67 Oliveira, V. M. D. (2012). *Federalistas na Bahia: trajetórias, ideias, sociedades e movimentos* (1831-1838). 11.

com o Ato Adicional (Lei 16/1834) que institui novas competências para as Assembleias Provinciais (antigos Conselhos Geraes das Províncias), cujos membros seriam escolhidos em eleições regionais e que legisariam sobre matérias variadas, inclusive, com competências tributárias. Este período de descentralização permitiu que as províncias legislassem sobre “a fixação das despesas municipais e provinciais, e os impostos para elas necessários, contanto que estes não prejudiquem as imposições gerais do Estado” (art. 10, §5º.), tendo sido o tema regulamentado pela Lei no. 99, de 31 de outubro de 1835. Tratava-se do primeiro arranjo fiscal entre os “entes” estatais. Mas duraria pouco! Já em 1937, ocorre um retorno centralizador, com a supressão de poder das assembleias provinciais, e com a criação da justiça e polícia ligadas ao poder central e, logo depois, com a Lei de Interpretação, em 1840 (Lei 105/1840), provocar-se-ia um retorno centralizador que duraria até o final do Império.

A falta de percepção dos “donos do poder”, dentre eles o próprio Imperador, acabou levando à dissolução do império, pois aquela constituição estaria adaptada a permitir uma transformação descentralizadora em direção a um estado federal<sup>68</sup>, tendo, inclusive, em 1885, Joaquim Nabuco apresentado projeto que fomentaria tal objetivo. Com a proclamação da República, a 15 de novembro de 1889, na verdade, viu-se também um grito pela Federação e pela inspiração norte-americana que tomava conta da elite liberal brasileira e ganhava força com o passar do tempo no decorrer daquele século XIX<sup>69</sup>. Isso fica claro desde o Decreto n. 1/1889, expedido pelo Governo Provisório, quando instituída a República Federativa e este primeiro período, da República Velha (1889-1930), institui um modelo de relacionamento entre poderes federais e estaduais que se denomina “Política dos Governadores”, no qual as oligarquias regionais, a dominar a política nos estados-membros, tem importante ascendência sobre as decisões a serem tomadas no plano federal. No plano constitucional, a Constituição de 1891, foi

68 Franco, A. A. D. M. (1957). Estudos de direito constitucional. Editora Forense, 243.

69 Op. Cit, 250.

o documento constitucional mais descentralizador que se conheceu no Brasil. O tema da federação, a partir, principalmente, das lições de Amaro Cavalcanti, colocou nas mãos dos Estados, e não da União Federal, matérias de importância central. O modelo norte-americano, de competências expressas para a União Federal, remanescentes para os Estados e concorrentes entre os entes aparece, mas a dependência política do Governo Federal dos acordos políticos com as oligarquias estaduais teve, naquele período, o condão de fortalecer sobremaneira as elites regionais. Restava, assim, como reconheceu o presidente Campos Sales (1898-1902) restava compor com essas forças regionais ou declarar guerra a elas<sup>70</sup>, o que tornaria instáveis seus governos. Previa que estados proviam suas necessidades, especialmente com o Imposto sobre Exportação, mas cabia à União Federal, todavia, a responsabilidade sobre dívida pública interna e externa<sup>71</sup>. E as constituições estaduais, naquele momento, discricionariamente, davam amplo poder aos municípios de ordem administrativa e financeira, reforçando poderes das oligarquias regionais<sup>72</sup>.

Com a chegada de Getúlio Vargas à Presidência, e com o interregno de ausência de uma Constituição, que vai até 1934, não foram poucas as insatisfações regionais, tendo seu ápice ocorrido com a Revolução Constitucionalista de 1932, quando os paulistas lutaram contra o Governo Federal com o intuito de uma nova Constituição. Porém o resultado não foi o esperado pelas forças descentralizadoras. A Constituição, apesar de apresentar as primeiras normas características de um Estado Social (um capítulo com deveres estatais ligados à Ordem Econômica e Social), recrudescer a centralização, aumentando os poderes federais e as matérias de competências da União Federal. Por outro lado, reconheceu a autonomia municipal, com tributos inclusive de competência dos entes locais, bem como concedeu ao

---

70 LEAL, V. N. (1975). Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil. São Paulo: Alfa. *Omega*, 80.

71 Cavalcanti, A. (1900). *Regimen federativo e a Republica Brasileira*. Imprensa Nacional, 322.

72 Carneiro, L. F. (1930). *Federalismo e judicialismo*. Alba. 182.

Distrito Federal a prerrogativa de eleger o seu governador pelo voto direto. No plano fiscal, a União Federal passou a tributar a renda, excetuando aquela sobre imóveis. Os Estados detinham competência para criar impostos sobre combustíveis, que, com a Constituição de 1946, passa para o rol federal de competências tributárias<sup>73</sup>. Também em 1934, incluiu-se os Municípios na partilha tributária, fator positivo na transformação de nosso constitucionalismo até então dual, especialmente na divisão das receitas entre Estados e União Federal, que excluía os Municípios de tal repartição. Além disso, trouxe normas de cooperação financeira<sup>74</sup>.

Mas o projeto centralizador ganha força com a outorga da Constituição de 1937, em que é possível afirmar, inclusive, da suspensão da cláusula federativa, tendo em vista que no período entre 1937 e 1945, houve intervenção federal em todos os estados, tendo o presidente da República nomeado interventores que, por sua vez, repetiam o processo nos municípios<sup>75</sup>, pelo sistema da necessária confirmação dos mandatos dos então governadores pelo Presidente ou escolha dos interventores (arts. 176) e fazendo uso da prerrogativa de legislar por decretos (art. 181 da CF 1937).

---

73 de Melo Franco, A. A. (1975). *Algumas instituições políticas no Brasil e nos Estados Unidos: um estudo de direito constitucional comparado*. Forense, 94.

74 Silva, J. A. D. (2011). O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional, 309.

75 Expediente parecido já havia sido usado por Vargas, entre 1930-1935, ainda que de modo mais reduzido e com outro intuito. Neste sentido "Tanto quanto é preciso assinalar as diferentes fases por que passa a cena política entre a Revolução de 1930 e a Deposição de 1945,<sup>9</sup> é necessário diferenciar não somente a natureza da intervenção nos estados, ainda que se trate sempre de uma relação desigual de poder entre os níveis federal e estadual, mas seus beneficiários e, principalmente, seus objetivos. Entre 1930-1935 e 1937-1945 há dois sistemas diferentes de Interventorias e dois conselhos distintos para assessorar e/ou equilibrar o poder discricionário do Interventor federal sobre o "seu" estado. Os Conselhos Consultivos dos estados não são iguais aos Departamentos/Conselhos Administrativos, ainda que a ideia seja semelhante. (CODATO, 2011). E, mesmo nesse caso, a criação de cada um desses "binômios" Interventoria-Conselho Político responde a um tipo de necessidade conjuntural. Minha sugestão, contra a interpretação de (GOMES; LOBO; COELHO, 1980), é que a intervenção de 1930 visa a *desarticular* as oligarquias estaduais, num contexto em que não é (ainda) possível destruir os partidos estaduais e encurtar os espaços institucionais de seus políticos profissionais. Já a intervenção de 1937 visa justamente ao oposto: *articular* as forças regionais, construindo, contra as velhas máquinas dos partidos oligárquicos e sem os trambolhos que os parlamentos federal e estadual representavam, uma forma de interação política diferente, cf. Codato, Adriano. (2013). Os mecanismos institucionais da ditadura de 1937: uma análise das contradições do regime de Interventorias Federais nos estados. *História (São Paulo)*, 32(2), 195. <https://doi.org/10.1590/S0101-90742013000200010>.

Com a deposição de Vargas e a redemocratização, em 1945, deu-se, na ordem federativa o retorno das autonomias estaduais e o consequente aumento das competências municipais, tendo o pêndulo voltado ao centro com a ordem autoritária instaurada com o Golpe Militar de 1964. Viu, novamente, a perda de autonomia política pelos entes subnacionais, em que governadores e prefeitos das 150 cidades médias e grandes eram selecionados pela cúpula militar<sup>76</sup>. No plano constitucional, a Constituição de 1967, alterada pela Emenda no. 1 de 1969, provocou nova onda de centralização, com a consequente ampliação das competências da União e a sua redução dos Estados e Municípios, com a implantação de um “federalismo cooperativo “de índole autoritária. No plano fiscal, já em 1965, com a Emenda 18, estruturou-se um sistema tributário centralizado cujas bases remanescem até os dias de hoje, em que um rol alargado de competências tributárias é trazido para o texto constitucional a ponto de não gerar dúvidas sobre o avanço financeiro do poderio da União Federal. Depois, com a Emenda 7/1977, provocou-se novo arranjo no federal com a possibilidade de nomeação de senadores pelas assembleias legislativas e o aumento da representação dos Estados menores na Câmara, pois eram esses que davam maior apoio político aos militares. E as políticas sociais, por exemplo, naquele momento, estavam totalmente centralizadas, a sua gestão estava nas mãos da União Federal, ainda que as unidades federativas subnacionais estivessem plenamente instauradas<sup>77</sup>.

O movimento de descentralização retoma força com a Constituinte de 1987-88, pois o pacto formulado para a elaboração e promulgação da Constituição ressaltou, no plano textual, fórmulas de cooperação entre os entes regionais com o intuito de diminuir as assimetrias federativas a concretizar o princípio da solidariedade no plano institucional<sup>78</sup>. O processo de redemocratização abriu as por-

---

76 Arretche, Marta. (2002). Relações federativas nas políticas sociais. *Educação & Sociedade*, 23(80), 28. <https://doi.org/10.1590/S0101-73302002008000003>

77 Op. Cit., 30.

78 Interessaria afirmar, especialmente para os leitores estrangeiros, que, apesar da mudança pro-

tas para um federalismo cooperativo<sup>79</sup> e as cláusulas de redução das desigualdades têm um papel importante nesse quadrante histórico. Significa dizer que o princípio da solidariedade entre os entes está exposto na Constituição e reproduzido em diversas de suas passagens, mas as duas promessas ligadas à solidariedade e à redução das desigualdades regionais não foram concretizadas.

Sobre a primeira promessa, que diz respeito à necessidade de maior aproximação competencial entre os entes da Federação, conforme exposta no parágrafo único do artigo 23, aposta-se na necessidade de que "leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional". Nessas atividades de cooperação, os entes devem atuar conjuntamente, e não de forma isolada. São competências comuns para as quais todos os entes devem executar parcela do todo como meio de atingir os resultados previstos no artigo 3º, que fixa os objetivos do Estado Social brasileiro. O Congresso Nacional, verificando a necessidade de que a cooperação seja formalizada mediante decisão sua, deve elaborar leis federais, que exigem quórum aumentado com relação às leis ordinárias, para estabelecer fórmulas de cooperação entre os entes. Tais leis não podem amesquinhar as competências dos entes federados, ainda que ausentes os meios para a realização dos fins planejados e não podem, por óbvio, avançar sobre competências que não são da União Federal. Ademais, não devem servir para dar preponderância de um ente sobre outro, mas, sim, para estipular papéis definidos constitucionalmente de modo mais efetivo. Mas, até a presente data, passados 31 anos da promulgação da Constituição, somente uma Lei Complementar foi editada com fundamento no referido artigo, que trata de matéria ambiental (Lei Complementar

---

metida, os estados, historicamente, aprovam constituições que acabam por copiar o texto constitucional federal, numa demonstração de certa submissão, cf. Souza, C. (2005). Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de sociologia e política*, (24), 105-121..

79 Bercovici, G. (2004). *Dilemas do estado federal brasileiro*. Livraria do Advogado Editora, 23-24.

140/2001), o que demonstra a fraqueza de espírito cooperativo derivada de decisão do Congresso Nacional. Claro que não se nega a existência de outros mecanismos, como a distribuição de rendas entre os entes (Fundo de Participação dos Estados e Fundo de Participação dos Municípios, por exemplo), ou a criação de sistemas cooperativos de gestão de serviços (como o Sistema Único de Saúde e o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, p.ex.). Mas salta aos olhos a falta de decisões que concretizem tal espírito claramente presente na Constituição Federal. E, na ordem política, o movimento para sua descentralização de políticas sociais dependeu da vontade do Governo Federal, mediante políticas suas, que reforçam o papel de executores pelos entes subnacionais e de elaboradores pelo poder federal<sup>80</sup>. A coordenação de tais políticas pelo Governo Federal se fez regra e as transferências federais para os demais entes um instrumento importante para gerar homogeneidade em tais políticas<sup>81</sup>.

Por outro lado, percebe-se que o conjunto de competências comuns distribuídas pela Constituição Federal, previstas no do artigo 24, apontam para um espaço de atuação que aprofunda as exigências de coordenação entre os entes. Nesta toada, Estados, Municípios e a União Federal têm de apontar estratégias de atuação que, ainda que gerem certos conflitos, pois a tratar de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais que claramente transbordam, no que fiz respeito aos efeitos que tais decisões produzem, os espaços físicos em que os entes exercem sua jurisdição. Neste sentido, não somente a racionalidade a se buscar, mas, também, o reforço de tais análises a partir do princípio *pro persona*<sup>82</sup> podem ser

---

80 Arreche, M. (2002). Relações federativas nas políticas sociais. *Educação & Sociedade*, 23(80), 45; Ward, P. M., Wilson, R. H., & Spink, P. K. (2010). Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US. *Regional Science Policy & Practice*, 2(1), 58.

81 Lotta, G. S., Gonçalves, R., & Bitelman, M. (2014). A coordenação federativa de políticas públicas: uma análise das políticas brasileiras nas últimas décadas, 7.

82 Conci, L. G. A. (2014, June). O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. In *Revista de Processo* (Vol. 29, No. 232, 366).

úteis para que se busque o controle da validade de tais decisões. É dizem, se por um lado, são os interesses nacionais, regionais e locais que deslocam o afirmam competências e as delimitam, por outro, eventual regulação mais protetiva ou menos restritiva deve prevalecer sobre outra, a exigir mais restrições a direitos fundamentais. Na ordem da realidade, é neste espaço que os conflitos federativos podem se aprofundar em situações de crise, como a que vivemos atualmente, pois, ausente a necessidade de utilização de recursos financeiros para algumas destas decisões, as assimetrias e a dependência fiscais não limitam, neste sentido, o uso de suas competências pelos entes subnacionais. Determinar restrições à circulação de pessoas e coisas, restringir horário de funcionamento do comércio e de atividades industriais ou de serviços, implementar multas pelo descumprimento de tais determinações, dentre outros, não implicam em atividades que envolvam uso direto de recursos públicos, é dizer, diferem daquelas que demandar compra de bens e serviços, por exemplo, esta sim a depender de uso direto de recursos.

Verifica-se um aprofundamento da assimetria financeira entre os entes da federação com a Constituição de 1988 e as mudanças fiscais produzidas, especialmente, a partir da década de 1990, tanto com a criação de novas contribuições sociais, que fazem parte das receitas não distribuídas entre os entes, quanto pela renúncia fiscal sobre impostos compartilhados. A autonomia financeira dos entes federativos é uma característica relevante do Estado Federal<sup>83</sup> e sem ela as assimetrias se revelam mais presentes e a reduzir o poder decisório nos planos políticos e administrativo por parte dos entes federados e não significa, a meu ver, uma simples conjugação entre mais descentralização, mais federalismo<sup>84</sup>, como sói ouvir-se corriqueiramente entre os fomentadores dos poderes periféricos em uma federação. Aliás, os expedientes de descentralização financeira

---

83 Lewandowski, E. R. (2018). Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. Ed. Fórum. 87.

84 No mesmo sentido, Torres, H. T. (2014). Direito constitucional financeiro. São Paulo: Thomson Reuters, 255.

são inclusive utilizados, corriqueiramente, em estados ditos unitários<sup>85</sup>. Esta assimetria precisa ser vista em número, comparando a evolução do que se tem como receita tributária para os entes. Para saber, deve-se ter em conta que, em 1983, a União Federal ficava com 70% da receita pública disponível. Desde então, passou a ceder aos Estados e Municípios parte dessa receita como forma de diminuição de assimetrias. No início dos anos 1990, municípios e estados detinham 45% de participação na receita pública disponível. Os municípios saltaram de 8,6%, no começo dos anos 1980, para 15,8%, em 1.993<sup>86</sup>. Em 2013, a receita tributária disponível (verificada após as repartições constitucionais) era de 58% para União o restante para os Estados (22%) e Municípios (20%)<sup>87</sup>. Ou seja, no período estudado, verifica-se um movimento pendular centralização-descentralização-recentralização claramente apontável, que reforça a fórmula centralizadora e pouco solidária da Federação brasileira, já que 3/5 da receita nacional fica em mãos da União Federal. No caso de outras federações, para se poder comparar, o Brasil somente é superado, em se levando em conta os dados da OCDE, no que se refere ao poderio central fiscal, pela Austrália(80,6%), México(81,1%) e Áustria(65,7%). Nos demais casos, todos os entes nacionais se apropriam de menor parte de recursos fiscais disponíveis: Bélgica (51,4%), Canadá (40,9%), Alemanha (29,5%), Suíça (36,5%) e EUA (44,5%)<sup>88</sup>.

Há outro aspecto que gostaria de tocar, ainda sobre o fomento à centralização, que é a regulação dos partidos políticos no

---

85 OCDE. [https://www.oecd-ilibrary.org/sites/0bbc27da-en/1/2/6/index.html?itemId=/content/publication/0bbc27da-en&\\_csp\\_=fb150f38de3d79feb040c95e33debbe5&itemIGO=oecd&itemContentType=book](https://www.oecd-ilibrary.org/sites/0bbc27da-en/1/2/6/index.html?itemId=/content/publication/0bbc27da-en&_csp_=fb150f38de3d79feb040c95e33debbe5&itemIGO=oecd&itemContentType=book)

86 Figueiredo, M. (2008). Federalismo x centralização: a eterna busca do equilíbrio - a tendência mundial de concentração de poderes na união. A questão dos governos locais. In *As novas fronteiras do federalismo*, 134.

87 Afonso, José R.R. (2015). Pacto Federativo. Acessado aos 09 de abril de 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pacto-federativo/documentos/audiencias-publicas/JosRobertoAfonso.pdf>

88 [https://www.oecd-ilibrary.org/sites/0bbc27da-en/1/2/6/index.html?itemId=/content/publication/0bbc27da-en&\\_csp\\_=fb150f38de3d79feb040c95e33debbe5&itemIGO=oecd&itemContentType=book](https://www.oecd-ilibrary.org/sites/0bbc27da-en/1/2/6/index.html?itemId=/content/publication/0bbc27da-en&_csp_=fb150f38de3d79feb040c95e33debbe5&itemIGO=oecd&itemContentType=book)

Brasil. Há dois aspectos que apontam tal fomento à centralização, na realidade partidária brasileira: a exigência de que sejam nacionais e a sua organização interna. A primeira, fortalece os vínculos entre políticas nacionais e decisões partidárias, tendo em vista que haverá dificuldade de decidir em prol dos entes subnacionais se as suas forças internas não dispõem de mecanismos de veto de ordem regional. Mas, mais ainda, é a uma forte submissão às decisões de suas lideranças que conduz à nacionalização de suas decisões em detrimento dos interesses regionais que pudessem despertar nas suas instancias internas. Fere-se frontalmente os interesses subnacionais em detrimento dos interesses das lideranças partidárias. Dois ingredientes se alimentam para tanto. O primeiro, diz respeito à regra da liberdade de regulamentação interna pelos partidos políticos, fruto do art. 17, par. 1º, que cria cenário da sobreposição dos interesses nacionais sobre os subnacionais, pois tal regulamentação impõe a tendência da fidelidade interna, da organização vertical, de votos que seguem as lideranças e os interesses partidários, mais que os dos entes subnacionais<sup>89</sup>. Decisões de direções partidárias são seguidas, pelos seus membros<sup>90-91</sup> e, também, os diretórios regionais tendem a ser subservientes à direção nacional<sup>92-93</sup>. Essa verticalização das escolhas partidárias, entre opções existentes no processo legislativo, e a captura das vontades dos parlamentares pelas direções, produz também um enfraquecimento da proteção dos interesses subnacionais em detrimento dos nacionais. Neste sentido, nem mesmo o Senado Federal funciona como casa de representação dos interesses dos Estados, ou “Casa dos Estados”, vigorando a

89 Arretche, M. (2013). Quando instituições federativas fortalecem o governo central? *Novos estudos CEBRAP*, (95), 54.

90 Limongi, F. (2006). A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estudos CEBRAP*, (76), 24.

91 Pereira, C., & Mueller, B. (2003). Partidos fracos na arena eleitoral e partidos fortes na arena legislativa: a conexão eleitoral no Brasil. *Dados*, 46(4), 764.

92 Rodrigues, M. L. C. (2018). Estruturas decisórias dos partidos políticos brasileiros: uma análise da distribuição de poder no PFL/DEM, PMDB, PSDB e PT, 13.

93 Guimarães, A. R. S., Rodrigues, M. R., & Braga, R. D. J. (2019). a Oligarquia desvendada: Organização e estrutura dos Partidos Políticos Brasileiros. *Dados*, 62(2).

regra de que as decisões partidárias, tomadas pelas suas lideranças, são seguidas pelos membros do partido ao votar<sup>94</sup>. Porém, a realidade aqui exemplificada se enfraquece no atual momento em razão de não ter conseguido o atual governo federal formar uma base partidária estável, o que vem lhe causando severas derrotas. A fragmentação partidária, somada à ausência de uma coalização de partidos, também aprofunda o descompasso entre as decisões do Governo Federal e o apoio dos parlamentares, e dos partidos, nas casas do Congresso Nacional<sup>95</sup>. Ademais, temos, pela primeira vez, um presidente não filiado a nenhum partido político, o que enfraquece a relação partidos-governo.

Por fim, a estas referências deve ser agregada mais uma, que diz respeito, pelo que se viu, ao último aspecto plausível para manter-se o poder no centro da federação, que se encontra desgastado. Frente à estratégia do presidente brasileiro de apontar o dedo para a política tradicional, tida por ele como corrupta, o que vem sendo feito desde a campanha presidencial, acabou por gerar efeitos deletérios para a governabilidade. Isto porque a ausência de uma política de formação de um governo de partidos, de uma coalizão estável, vem gerando alta instabilidade nas relações entre governo e parlamento. A defesa feita insistentemente, pelo Presidente, da estipulação de um novo modo de governar, em que os partidos políticos deixariam de ser importantes, como blocos, enfraqueceu o governo.

A aposta de que a gestação das políticas de governo seria feita mediante um cenário em que parlamentares individualmente ou bancadas temáticas (evangélicos, ruralistas, dentre outros) dariam suporte ao projeto político do governo não se realizou. O resultado é que o governo propõe um “presidencialismo de coalizão disfun-

---

94 Lyne, M. M. (2008). Proffering pork: How party leaders build party reputations in Brazil. *American Journal of Political Science*, 52(2), 293.

95 Conci, L.G.A (2019). Algumas notas sobre o Poder Presidencial e os Partidos Políticos no Presidencialismo de Coalizão Brasileiro no Cenário Pós Eleições de 2018. In *Crise das Democracias Liberais – Perspectivas a partir da Separação dos Poderes e dos Direitos Fundamentais* (pp. 305-322). Editora Lumen Juris.

cional”<sup>96</sup> no qual derrotas têm sido constantes, afirmando o próprio presidente ser a rainha da Inglaterra<sup>97</sup>. Esse movimento empoderou o Congresso Nacional de um modo pouco visto desde o processo constituinte de 1987-1988, com o vazio de coordenação política fruto de seguidos erros do Governo Federal. Esse fenômeno mostra que com o atual modelo de gestão interna dos partidos políticos, centralizado, e o enfrentamento entre governo e partidos mostra a fragilidade do primeiro, pois os partidos mantiveram seu *modus operandi* tradicional e a fidelidade como marca de seus membros, é dizer, o modelo de decisão parlamentar centralizado pelos partidos políticos não sofreu mudanças. Não houve mudanças quando à disciplina parlamentar e se verifica que o controle da agenda tem deixado de estar centralizado nas mãos do presidente e tem sido partilhado com o Congresso.

Do que se apontou, verifica-se: a) que o rol de competências concorrentes, no plano legislativo, e comuns, no plano administrativo, são em grande número, propondo uma fórmula federativa de pacto territorial; b) o alto empoderamento fiscal da União Federal, por outro lado, impõe um excessivo fortalecimento de suas decisões, especialmente, em temas de políticas públicas, para as quais os entes subnacionais passam a ser mais seus executores que seus formuladores; c) a regulamentação partidária constitucional, ao exigir partidos nacionais e outorgar ampla liberdade de organização interna, impõe uma sobreposição dos interesses partidários, nacionais, sobre os regionais ou locais, enfraquecendo os interesses subnacionais em detrimento dos interesses da maioria partidária; d) o presidencialismo brasileiro, dito de coalizão, que exige do governo federal a formação de uma base de apoio ampla, dada a fragmentação partidária existente, e do apoio dos governadores, está esgarçado, gerando constante fragilidade para as decisões governamentais.

96 Abranches, Sérgio (2019, 30 de junho). Presidencialismo sob Bolsonaro é disfuncional. Folha de São Paulo. Ilustríssima. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/06/presidencialismo-sob-bolsonaro-e-disfuncional-diz-sergio-abranches.shtml>

97 Pessôa, S. (2019). Caminhando sem presidencialismo de coalizão. *Revista Conjuntura Econômica*, 73(7), 10-11.

### 3. IMPACTOS E REFLEXÕES SOBRE A PANDEMIA ATUAL NO MODELO FEDERATIVO

Percebe-se, no que afirmei acima, que há um paradoxo interessante no modelo federal brasileiro. Se por um lado, o rol das competências comuns se apresenta ampliado, por outro, a receita que se arrecada no nosso modelo fiscal fica próxima a  $3/5$  para a União e  $1/5$  para cada um dos demais entes, é dizer, Estados e Municípios. Onde, assim, tal realidade se apresentaria com mais intensidade? A meu sentir, e isso explicaria parcela dos problemas e conflitos federativos que se vive atualmente, no exercício de competências sobre temas que não demandam, imediatamente, a utilização de excessivos montantes de recursos públicos.

No caso da crise pandêmica que se vive, esta realidade se apresenta claramente. Vamos aos fatos, relatados em atos normativos federais. Elencam-se algumas a seguir, pelo grau de importância:

- a. o Decreto n. 10.212, de 30 de janeiro de 2020, em que se promulga o Regulamento Sanitário Internacional, que havia sido aprovado na 58ª Assembleia Geral da OMS, em 23 de maio de 2005. Ainda que estivesse a produzir efeitos em âmbito internacional, internaliza regras importantes construídas a partir de outras crises como da SARS, por exemplo. Trata-se, assim, de conjunto de regras internacionais eficazes juridicamente;
- b. Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020, em que o Ministro da Saúde declara Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da COVID-19;
- c. Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, em que se dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. A referida lei reitera alguns conceitos do Decreto 12.212 e aponta medidas para enfrentamento da crise, como isolamento, quarentena, dentre outros;
- d. A Medida Provisória 927 que estatui medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública;

- e. Decreto 10.282/2020, que regulamenta a Lei 13.979/2020, e define serviços públicos e atividades essenciais.

Já os atos normativos (portarias, leis e decretos estaduais e municipais) são aos milhares. Para que se tenha uma ideia, só no Estado de São Paulo, entre 16 de março<sup>98</sup> e 08 de abril já eram 395 atos, desde portarias a decretos e Leis, estaduais e municipais. Em Minas Gerais, 135<sup>99</sup>. Ou seja, há uma profusão legislativa incrível em temas afetos também aos entes subnacionais.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já recebeu 814 processos que tratam de temas afetos à epidemia de Coronavírus, dos quais 381 tiveram negado seguimento, 53 ordens foram denegadas, 43 liminares deferidas, 38 indeferimentos, 25 liminares deferidas, 18 deferimentos, e 95 outros atos. Há algumas delas dedicadas, especialmente, a funcionar como reforço dos mecanismos de freios e contrapesos. Há um conjunto de decisões que apontam para o exercício do controle do poder presidencial que merecem sejam analisadas<sup>100</sup> <sup>101</sup> <sup>102</sup>. Infelizmente, não é o caso no presente artigo, que se

---

98 Em São Paulo, o Decreto no. 64.881, de 22/3/2020 tratou da quarentena, tendo sido prorrogado pelo Decreto no. 69.420/2020.

99 <https://leismunicipais.com.br/coronavirus>.

100 Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6363, o Min. Ricardo Lewandowski deferiu em parte medida cautelar na para estabelecer que os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho previstos na Medida Provisória (MP) 936/2020 somente serão válidos se os sindicatos de trabalhadores forem notificados em até 10 dias e se manifestarem sobre sua validade. Segundo a decisão, que será submetida a referendo do Plenário, a não manifestação do sindicato, na forma e nos prazos estabelecidos na legislação trabalhista, representa anuência com o acordo individual (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440927&caixaBusca=N>).

101 Nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 668 e 669, o ministro Luís Roberto Barroso conferiu medida cautelar para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de campanhas que sugiram que a população deve retornar às suas atividades plenas ou que minimizem a gravidade da pandemia do coronavírus e determinou ainda a suspensão da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim, impedindo o Governo Federal de veicular a campanha publicitária “O Brasil não pode parar”, cujo vídeo preliminar teria sido veiculado no Instagram do governo e disseminado por meio do aplicativo WhatsApp a informação falsa, ao sugerir que a Covid-19 não oferece risco real e grave para a população, gerando desinformação e incitando os brasileiros a um comportamento que poderá gerar grave contágio e comprometimento da saúde pública e da vida (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440567&caixaBusca=N>).

102 Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 662, o ministro Gilmar Mendes suspendeu a eficácia da alteração da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) que ampliou o acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) de um salário mínimo concedido a pessoas com deficiência e idosos carentes. Segundo o relator, não se trata de

limitará àquelas que tratem do diretamente do pacto federativo. Seria o caso das seguintes decisões:

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 568, em liminar, o ministro Alexandre de Moraes determinou a destinação imediata de R\$ 32 milhões ao Estado do Acre para o custeio das ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia do novo coronavírus ao homologar proposta de ajuste apresentada pelo governo do estado para autorizar a realocação da quantia que lhe fora designada em acordo de destinação de valores recuperados na Operação Lava-Jato<sup>103</sup>.

Na Ação Cível Originária (ACO) 3363, o ministro Alexandre de Moraes suspendeu por 180 dias o pagamento das parcelas da dívida do Estado de São Paulo com a União para que o governo paulista aplique integralmente esses recursos em ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19). O mesmo ocorreu na Ação Cível Originária (ACO) 3365, para o Estado da Bahia<sup>104</sup>;

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6357, o ministro Alexandre de Moraes deferiu medida cautelar que afasta a exigência de demonstração de adequação orçamentária em relação à criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da Covid-19, sendo válida para todos os entes da federação que tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavírus<sup>105</sup>;

d) Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672, em liminar do Min. Alexandre de Moraes, assegurou aos governos estaduais, distrital e municipal, no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus territórios, competência para a ado-

---

medida emergencial e temporária voltada ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, mas definitiva, sem que tenha havido indicação de seus impactos(<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440865&caixaBusca=N>).

103 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441054&caixaBusca=N>

104 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439875>.

105 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440384&caixaBusca=N>

ção ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia da Covid-19, tais como a imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas, entre outras<sup>106</sup>.

Nas referidas ações, há sinais importantes para o pacto federativo brasileiro e para o que se afirmou, anteriormente. Isso porque, nas três primeiras, o ponto fulcral da discussão diz respeito ao federalismo fiscal brasileiro e às assimetrias financeiras e demonstra a percepção, do Ministro Alexandre de Moraes, que, cautelarmente, definiu que as regras fixadas anteriormente, no sentido de preservar a responsabilidade fiscal dos entes, devem ser mitigadas em momento de epidemia e de novos problemas a serem enfrentados. Mitigam e apontam para uma realidade circunstancial que deve ser levada em conta por um tribunal supremo. Um dos pilares do empoderamento da União Federal, o fiscal, é contrariado.

A última, por sua vez, dedica-se ao tema das competências comuns e à necessidade de interpretar de forma a levar em conta o contexto constitucional que vivemos. Isto fica claro ao apontar, com fundamento no artigo 24, XII, da CF, que a Lei 12.979/2020 “estabeleceu as orientações gerais, destacando a competência de cada autoridade, a fim de que o território brasileiro adotasse com uniformidade as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do COVID-19”. Também se refere às competências previstas no artigo 23, II e IX, de legislação concorrente, onde os espaços de cada ente devem ser preservados, inclusive dos municípios, conforme art. 30, II, para suplementar legislação federal e estadual.

#### 4. ALGUMAS REFLEXÕES FINAIS

Como pretendi deixar patente logo no início do artigo, não pretendo lançar conclusões peremptórias. São nuances do momento em que vivemos que, a meu sentir, merecem atenção.

---

106 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075&caixaBusca=N>

Primeiro, percebe-se que a profusão de atos estaduais e municipais, sobre o tema da pandemia, além das decisões do STF referidas, reforçam o espaço legislativo e administrativo dos entes subnacionais e aumentam a pressão pela coordenação a ser feita pelo Governo Federal. Infelizmente, o momento e o modo como isto vem ocorrendo somente reforça a falta de planejamento na disposição da descentralização na federação brasileira, que, sem coordenação<sup>107</sup>, gerar mais competição entre entes subnacionais e o ente nacional.

Segundo, verifica-se, ainda assim, até o momento, a formação de um cordão de contenção por sobre a tensão centralizadora, própria da nossa federação e acentuada em momentos como o presente, e a ampliação dos espaços decisórios dos entes subnacionais para regular de forma regional ou local seus intentos legislativos e administrativos, desde que fundados em leituras racionais e científicas do contexto sanitário em que se vive.

Terceiro, dada a ausência de uma base de coalizão estável formada com partidos políticos apoiadores do Governo Federal e sem o apoio dos governadores estaduais, além do efeito de fortalecimento dos entes subnacionais que decorre das decisões do STF, da falta de coordenação do momento epidêmico pelo governo federal e do fortalecimento, assim, do poder político de governadores e prefeitos<sup>108</sup>, tem-se uma reconfiguração prática, no campo da realidade, do federalismo brasileiro, rumo ao fortalecimento dos entes subnacionais que, pelo que vimos até o presente momento, seguem fortes para se tornarem protagonistas deste momento singular e triste da vida nacional. Inclusive, desempenhando novas funções, como o enfrentamento de pandemias e o relacionamento com organizações internacionais<sup>109</sup>.

---

107 Bercovici, G. (2002). A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, 3(1), 23.

108 Dantas, Fernando (2020, 03 de abril). Bolsonaro em Queda. Estado de São Paulo. Disponível em <https://economia.estadao.com.br/blogs/fernando-dantas/bolsonaro-em-queda/>.

109 Ward, P. M., Wilson, R. H., & Spink, P. K. (2010). Decentralization, democracy and sub-national governance: comparative reflections for policy-making in Brazil, Mexico and the US. *Regional Science Policy & Practice*, 2(1), 61.

## Capítulo III – Chile

# REFLEXOS DA PANDEMIA DO COVID-19 SOBRE O PROCESSO CONSTITUINTE CHILENO

João Vitor Cardoso<sup>110</sup>

## INTRODUÇÃO

“Tenho de admitir que estou sendo astucioso outra vez. Ao abrir a caixa-preta dos fatos científicos, não ignorávamos que abríamos a caixa de Pandora. (...) Agora que ela foi aberta, espalhando pragas e maldições, pecados e doenças, só há uma coisa a fazer: mergulhar na caixa quase vazia para resgatar aquilo que, segundo a lenda venerável, ficou lá no fundo – sim, a esperança.”

Bruno Latour

Um dos principais dilemas legais e políticos dos processos de substituição constitucional em democracias constituídas, como é o caso do Chile, “consiste em elaborar uma nova constituição que permita realizar reformas profundas, dando lugar a uma participação cidadã que supere as deficiências de legitimidade da constituição vigente e o faça sem que esta participação se converta em pretexto para romper radicalmente com a legalidade<sup>111</sup>”. Na raiz deste dilema estão entranhadas importantes questões normativas, que nos levam a indagar a relação entre o poder constituído e o poder constituinte.

O termo “poder constituinte” expressa o poder para criar, através de uma constituição, um novo começo político “*ex nihilo*”<sup>112</sup>. É assim que o conceito começa a ser formulado pela tradição, associado

---

110 *Mestre pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, da Universidade de São Paulo. Estudante de Doutorado, bolsista de Colaboração Acadêmica, Faculdade de Direito, Universidade do Chile.*

111 Negretto, Gabriel L. Procesos constituyentes y refundación democrática: el caso de Chile en Perspectiva comparada. *Revista de Ciencia Política*, Vol. 35, No. 1, 2015, p. 214.

112 Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1982 [1928].

a momentos de profunda abertura política, como as revoluções, a transição de regimes autoritários a democracias, períodos pós-guerras ou eventos similares. Alguns autores entenderam que se trata de um poder que reside no povo, que seria superior e anterior a ele<sup>113</sup>, outros argumentaram que é o povo aquele que não tem qualquer existência política distinta ou anterior a dito poder<sup>114</sup>. Em todo caso, a teoria constitucional tradicional coincide em relegar o exercício do poder constituinte a um momento vazio de qualquer matéria normativa preexistente.

Sem embargo, como sublinhou Ulrich K. Preuss, “na realidade não existe algo como o *nihil*, de modo que as constituições são empiricamente instituídas sobre as ruínas de uma ordem que colapsou<sup>115</sup>”. No caso chileno, em novembro de 2019, protestos maciços selaram o colapso da Constituição de 1980, forçando a reabertura de um processo constituinte, cuja primeira etapa se deu pela celebração de um acordo político, seguido da nomeação de um comitê de quatorze especialistas, com a tarefa de redigir o texto-base de uma emenda à Constituição, que prevê um “Procedimento para Elaborar uma Nova Constituição”. Este ensaio traz à colação algumas “notas de campo” reunidas a partir da técnica de observação participante aplicada a esta conjuntura, com a única pretensão de lançar determinados problemas que serão discutidos ao longo de minha tese de doutorado. A primeira parte trata da eclosão social que levou à ruína da ordem constitucional vigente; a segunda descreve as características essenciais do processo constituinte daí resultante; enquanto a terceira tratará de possíveis reflexos da pandemia do Covid-19 neste último.

---

113 Ibid.

114 Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Trad. Anders Wedbreg. New York: Oxford University Press, 1949, p. 233; Madison, James; *Federalista 40*. In: Hamilton, Alexander et al. *The Federalist Papers*. Clinton Rossiter (Ed.). Nova Iorque: Penguin Putnam Inc., 1999 [1787].

115 Preuss, Ulrich K. *Constitutional powermaking for the new polity: some deliberations on the relations between constituent power and the constitution*. In: Rosenfeld, M. (ed). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham: Duke University Press, 1994, p. 143.

## 1. DO ESTALIDO SOCIAL AO ACORDO POR UMA NOVA CONSTITUIÇÃO

No dia 18 de outubro, entre as barricadas de estudantes e trabalhadores na cidade de Valdivia, antes de redefinir o objeto de minha tese de doutorado, vi uma mulher chorar. Ela tinha mais ou menos 40 anos (com semblante de 50) e uma cicatriz abaixo dos olhos. Trabalhava como segurança da Universidade Austral do Chile, que dispõe de um belo hotel onde estávamos hospedados. Corríamos apressados pelas ruas onde barricadas queimavam para entrar logo no Hotel. O Presidente Piñera havia declarado estado de exceção. Estava proibido permanecer em locais públicos após as dez horas da noite. Mercedes abriu a porta da Austral. Eu busco palavras para melhorar o ambiente. Como bom brasileiro, brinco com o Toque de Recolher: “faltam 6 minutos para 1973”. Algo se transforma no profundo olhar de Mercedes, que começa a chorar. Somente após um bom tempo de conversa, soubemos que enquanto ela abria a porta e eu dizia aquelas palavras, Mercedes sentia o cheiro de panelas, tal como no momento em que sua mãe recebeu a notícia de que seu pai desaparecera durante a Ditadura de Augusto Pinochet.

Como as linhas de ônibus colapsaram durante o estado de exceção, por conta da necessidade de obtenção de “salvo conduto” para poder circular fora do perímetro e horário permitidos, e Valdivia fica a 12 horas de Santiago, permanecemos mais tempo do que imaginávamos naquela cidade; estranha imitação de colônia inglesa, com chalés à beira de um rio que corre entre volumosos humedais. Já havia se passado quase uma semana. O clima político se polarizou. Eu vim ao Chile com a ideia de escrever uma tese sobre o uso de evidências científicas em ações judiciais. Quando regresssei a Santiago, senti o desejo de me juntar ao que chamam de “*Primera Línea*”: jovens Anarquistas que estavam virtualmente no controle da Praça Itália, coração político do país. As ruas estavam vazias, não passavam automóveis. Estações de metrô haviam sido incendiadas. Praticamente todos os edifícios riscados com pixe (muitos, com as

iniciais A.C.A.B.). O “Monumento a Baquedano” já não tinha mais nenhuma flor de tulipa. Suas calçadas haviam virado pó, pois cada ladrilho havia sido usado pela artilharia da “Primera Línea”. Bandeiras Machupe ou negras substituíam as bandeiras nacionais. Nenhuma bandeira de partido, sequer de centrais sindicais. Os poucos cafés e restaurantes de Bella Vista que permaneciam abertos tinham ao menos uma bandeira Mapuche, quando não, um “aviso” de que se tratava de um prédio alugado: “por favor, não saqueie um trabalhador como você”. Um pouco mais ao sul da cidade, Lastarria, a famosa rota turística de ar europeu, radiava lacrimogêneo.

Os estrangeiros como eu eram orientados a obter “salvo conduto” para serem mandados de volta para casa; enquanto os chilenos estavam divididos em suas mentes e corações, cogitando onde isso ia parar, quando ia acabar, para poder voltar logo ao trabalho. Acho que mesmo dentro da Primeira Linha muita gente estava ansiosa para desfazer as barricadas, para dar fim à destruição até o momento sem sentido, flamejar logo uma bandeira branca dando fim à guerra declarada pelo Presidente Piñera contra os seus concidadãos. Trabalhávamos no epicentro das marchas e, por vezes, não tínhamos como voltar para casa. As estações de Metrô eram arbitrariamente fechadas, causando pânico. A luta perdia o sentido, o governo havia revogado o aumento das passagens do Metrô de Santiago, assim como das tarifas de energia elétrica; e anunciava uma “nova” agenda social. Manter as barricadas poderia conduzir a nenhuma conquista real. Havia boatos de que grupos de direita estavam comprando fuzis. Meses depois descobrimos que nos bairros altos houve quem encomendou fuzis AK-47 pela internet.

A ideia de “não há crime sem lei prévia que o defina” havia perdido validade. Nossa Universidade fechava mais cedo. Eu vivia a quase duas horas da Praça Itália, mas cruzava diariamente o fronte de batalha. O direito era praticamente o que a polícia quisesse. Por permitir o livre pensar, nossa Faculdade tem fama de “esquerdista”. O fato de portar uma carteirinha da *Universidad de Chile* poderia ser o suficiente para

me acusarem desse “crime”. Nesta conjuntura de protestos massivos protagonizados, em particular, pelas novas gerações que se organizaram para realizar atos de invasão massiva ao Metrô de Santiago, as forças políticas se viram obrigadas a chegar a *um pacto institucional para evitar uma guerra civil*. Contudo, quando os protestos eclodiram em 18 de outubro, é provável que ninguém, nem o democrata mais otimista, pensasse que as coisas fossem caminhar para um compromisso político em torno de um processo constituinte. Se o Presidente Piñera houvesse feito uma pequena concessão em lugar de declarar “guerra” aos protestos, houvesse revogado o aumento da passagem do metrô no dia 17 de outubro, quando o movimento ganhou nova feição, provavelmente hoje eu não estaria escrevendo uma tese sobre o poder constituinte. Em suma, os estudantes e trabalhadores chilenos não saíram às ruas para lutar contra o estado de exceção para, em nome da constituição, resistir à suspensão da ordem democrática. Ao contrário, o estalido social se deu em um contexto de estancamento econômico, aumentos nas tarifas de serviços básicos, alta concentração de renda multiplicando a criminalidade, intenso movimento imigratório e uma profunda deslegitimação do sistema político<sup>116</sup>. Assim, a partir desta mixórdia de valores, legitimidades, violências e transbordamentos, individuais e coletivos, floresceu o momento constitucional chileno.

## 1.1. SUPERAR O PODER CONSTITUINTE DAS ARMAS E TANQUES

*A Constituição Política do Chile de 1980 não derivou de um acordo voluntário entre os setores, classes e frações sociais, como forma de arbitrar conflitos e estabelecer as regras do jogo. Isto é, em vez de gozar deste sustentáculo tradicional da teoria liberal, desta “função legitimadora do contrato social”<sup>117</sup>, a estabilidade do sistema político chileno deri-*

116 Sobre a deslegitimação do sistema político chileno, ver Fuentes, Claudio & Joignant, Alfredo. *La Solución Constitucional: Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*. Santiago de Chile: Catalonia, 2015.

117 Faria, José Eduardo. *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 14.

*varia da valorização da eficiência econômica nas últimas décadas. Logo, dentro de uma ideia weberiana de racionalidade formal*<sup>118</sup>, surgem algumas dúvidas sobre que condições de legitimidade (regra dada *a priori*) e legitimação (algo que se dá em processo) este expediente poderia aportar ao ordenamento constitucional, a partir de algumas categorias da sociologia, como a de “acoplamento estrutural”<sup>119</sup>, mas também outras mais afins à teoria constitucional, como a de “momento fundacional de produção normativa superior”<sup>120</sup>.

De um ponto de vista estrutural, é preciso ter em conta que toda instituição jurídica depende de certa ambiguidade, fazendo com que a legislação seja ao mesmo tempo pretensamente neutra e, ao mesmo tempo, politicamente engajada, mas antes de tudo “funcional”<sup>121</sup>. Luhmann argumenta que “a Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política”<sup>122</sup>. Ao explicar o status das constituições, examinando seu papel decisivo como elemento de positivação, diferenciação e despolitização, Luhmann alcunhou o conceito de “acoplamento estrutural” a fim de evidenciar os limites dos encargos que este é capaz de suportar, é dizer, o seu próprio não funcionamento. Pois, “a diferenciação funcional entre sistema jurídico e sistema político não pode ser controlada nem por uma parte, nem pela outra”<sup>123</sup>. Frente a esse pano de fundo, “surge com clareza o incremento de complexidade alcançado com a separação e a conexão entre sistema político e sistema jurídico”<sup>124</sup>. Por outro lado, uma vez que não atua de forma funcional, assumindo-se o direito como um conjunto de símbolos e ideais incoerentes, “estar-se-ia diante de um sério risco: o da polariza-

118 Weber, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1978.

119 Luhmann, Niklas, *La costituzione come acquisizione evolutiva*. In: Zagrebelsky, Gustavo. Portinaro, Pier Paolo. Luther, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

120 Ackerman, Bruce A. *We The People I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Trad. Josep Sarret Grau. Quito, Madrid: Instituto de Altos Estudios Nacionales, *Traficantes de Sueños*, 2014 [1991].

121 Id. nota 8 supra, p. 20.

122 Id. nota 10 supra, p. 13.

123 Ibid., p. 18.

124 Ibid., p. 19.

ção dos grupos e classes em confronto hegemônico, seguido de uma politização total – e, portanto, não-controlável – dos conflitos<sup>125</sup>”.

Pois bem, o arranjo regulatório instaurado pela constituição imposta pela ditadura pinochetista alinhou-se a estratégias internacionais que confrontavam disputas políticas locais, incluindo o uso de modelos econômicos de Chicago<sup>126</sup>, como tentativa de legitimação do poder a partir de regras técnicas dotadas de eficiência. A ideia de estado democrático de direito esteve longe de ser satisfatoriamente implementada, pois, tanto o clientelismo como o patronato nacional permaneceram completamente imersos na distribuição do poder e na disposição das pessoas notáveis em âmbito local, de molde que a artificialidade deste “Estado importado” se converteu em instrumento de relações hierárquicas, no contexto de uma intrincada rede de relações<sup>127</sup>. *Isto nos remete a outra ótica, que reproduz um debate dos anos 1970, muito fecundo no Brasil, sobre o “autoritarismo transicional”, isto é, a ideia de legitimação lograda através de “eficácia administrativa”. Acreditava-se nesta época que “a consecução do progresso legitimaria a posteriori uma retração temporária nas liberdades públicas, compensada quer com a promessa de um futuro progresso material e de bem-estar social, quer com a ênfase a um privatismo exacerbado na orientação dos indivíduos para o sucesso de sua carreira profissional, para a elevação de seu padrão de consumo e para a ampliação de suas oportunidades de lazer<sup>128</sup>”. Nessa esteira, a estabilidade política seria conquistada em uma situação transitória de repressão até que se alcançasse um regime “quase legítimo”, como se o consentimento supostamente derivado da rotina (e não da força) constituísse o real consentimento dos destinatários do poder<sup>129</sup>. No caso do Chile, como observa Pablo Ruiz-Tagle, esta*

125 Id. nota 8 supra, p. 20.

126 Dezalay, Yves & Garth, Bryant G. *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*. Chicago Series in Law and Society. Chicago: University Of Chicago Press, 2002, p. 7.

127 Ibid., p. 249.

128 Id. nota 8 supra, p. 24.

129 Faoro, Raymundo. *Assembleia Constituinte: a legitimidade resgatada*. In: Comparato, Fábio Konder (org.), *A República Inacabada*. São Paulo: Globo, 2007 [1981], p. 247.

*“lógica do falso consenso” asfixia o debate sobre a igualdade e a liberdade, bem como impede de concluir uma transição para a democracia, enquanto “adormece a toda uma geração de chilenos”<sup>130</sup>”.*

Neste sentido, apesar dos diversos malabarismos e de todo o verniz jurídico, o ordenamento jurídico chileno de emendas, reformas e demais “remendos constitucionais” alicerça-se no exercício do poder constituinte usurpado por obra das armas. Com isso, se nos transportássemos para os debates havidos no Brasil durante os anos 1970, falar-se-ia em uma “pseudoconstituição” ou “constituição fictícia”<sup>131</sup>. *Pois, em um estado democrático de direito, quando a legalidade é determinada a priori, fundimos as ideias de legalidade e legitimidade. Nas palavras de Raymundo Faoro: “a legitimidade não se dilui na legalidade: este é o ponto de Arquimedes do estado de direito qualificado, autenticamente democrático”<sup>132</sup>. No caso do Chile, pautando-se por uma ética weberiana de convicção, de acordo com a qual a consecução de fins fixados pelas elites pretensamente modernizadoras justificam os meios<sup>133</sup>, a legitimação proveio inicialmente pela promessa de resultados obtidos a posteriori; e sem a correspondente criação de mecanismos de legitimação e de lealdade sistêmica que pudessem dar uma verdadeira estabilidade constitucional ao país. E, se, por um lado, a expansão da economia produziu uma transformação qualitativa ao nível da sociedade, por outro, propiciou exigências por um maior adensamento dos canais representativos vigentes, enquanto “a constituição de 1980 parece agir como uma camisa de força para estas demandas sociais”<sup>134</sup>”. Logo, em uma etapa anterior deste momento constitucional, propunha-se reformar o sistema eleitoral e as leis de quórum, a fim de se consagrar um estado*

130 Ruiz-Tagle, Pablo. Patriotismo constitucional en el Bicentenario. In: Claudio Fuentes et al. *En Nombre del Pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Heinrich Böll Stiftung, Cono Sur, 2010, p. 294.

131 Id. nota 20 supra, p. 177.

132 Ibid., p. 194.

133 Id. nota 8 supra, p. 25.

134 Heiss, Claudia. Political participation and constitution-making: the case of Chile. In: *An Assessment of the Chilean Constituent Process*. Santiago de Chile: Observatory of the Constitutionmaking Process in Chile, 2018, p. 13.

*democrático de direito*<sup>135</sup>. Sem embargo, à medida que o modelo neoliberal entra em colapso, já não podendo mais cumprir as promessas de um “capitalismo maduro”, de elevação nos padrões de bem-estar, de consumo e de oportunidades de lazer, de acordo com os expedientes estabelecidos na Constituição, não se pode mais organizar o poder nem regular os conflitos sociais emergentes. Assim, em suma, “a natureza da transição para a democracia e a decisão do Chile de manter a Constituição [de 1980] intensificou a crise de legitimidade política<sup>136</sup>”.

## 2. A RELAÇÃO ENTRE PODER CONSTITUÍDO E PODER CONSTITUINTE

Em o Federalista 49, ao considerar qual instituição deveria resolver impasses sobre a constituição, Madison sugeriu que “a decisão do povo deve[ria] ser destinada e mantida em aberto para certas ocasiões extraordinárias e excepcionais<sup>137</sup>”. A partir deste achado, Negretto observa que o modelo de governo constitucional proposto pelos Federalistas relegou o direito do povo a alterar ou substituir a constituição a momentos de exceção que não deveriam estar constitucionalmente previstos, de modo que esta filosofia seria refletida no artigo V da constituição estadunidense, que colocou exclusivamente em mãos dos poderes legislativos constituídos, federais ou locais, a competência para propor emendas à constituição<sup>138</sup>. Finalmente, este sistema se trasladaria à maior parte das constituições do mundo, convertendo-se em uma posição hegemônica do constitucionalismo ocidental.

Por outra parte, conforme o autor, a teoria defendida pela tradição confundiria a atribuição do poder constituinte ao povo, que em sua origem não deriva de nenhuma norma jurídica, com a expressão e manifestação deste poder, que necessariamente depen-

---

135 Id. nota 21 supra, p. 292.

136 Id. nota 25 supra, p. 12.

137 Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John. *The Federalist Papers*. Clinton Rossiter (Ed.). Nova Iorque: Penguin Putnam Inc., 1999 [1787], p. 525.

138 Id. nota 2 supra, p. 203.

de de canais institucionais<sup>139</sup>. Neste sentido, particularmente em algumas constituições da América Latina, há regras que preveem a convocação de uma convenção especial para o caso de revisão ou substituição da constituição vigente. No Brasil, isto se esboçou no Projeto de Constituição de 1823, que previa um corpo revisor que “não se ocupará senão daquilo para que foi convocado e, findo o trabalho, dissolver-se-á<sup>140</sup>”. Contudo, *são mais recentes os exemplos de constituições que preveem a convocação de uma convenção constituinte como meio de superar impasses politicamente persistentes*<sup>141</sup>. À luz da experiência comparada, Gabriel Negretto sugere que a substituição de uma constituição em contextos democráticos pode se dar em razão de um acordo político que permita emendar o procedimento de reforma preexistente, estabelecendo neste um mecanismo específico para a mudança constitucional, ou que seja capaz de gerar outro instrumento de status constitucional que autorize a convocação de uma assembleia constituinte, concebendo uma nova categoria de processo constituinte, que denomina “legislaturas constituintes constitucionalmente previstas<sup>142</sup>”. Logo, no contexto de constituições que não incorporam em seu texto um mecanismo formal de autodestruição e estabelecimento de outra carta, “a mudança constitucional requer como condição necessária um acordo entre atores políticos e sociais (...), o que supõe um pacto sobre os procedimentos adequados para levá-lo a cabo, assim como sobre as matérias que serão objeto de deliberação”<sup>143</sup>.

*No caso chileno, delegou-se a uma comissão técnica a tarefa de traduzir um acordo político, redigido às pressas em 15 de novembro de*

139 Ibid., p. 204.

140 Id. nota 20 supra, p. 237.

141 Atualmente preveem a convocação de uma convenção especial a constituição Argentina de 1994, a da Bolívia de 2009, a da Colômbia de 1991, a do Equador de 2008, a da Guatemala de 1985, a da Nicarágua de 1987, a do Panamá de 1972, a do Paraguai de 1992 e a de Venezuela de 1999. Para uma revisão completa da América Latina, ver nota 2 supra.

142 Negretto, Gabriel L. *Constituent Assemblies in Democratic Regimes: The Problem of a Legally Limited Convention*, In: Elster, Jon et al. (ed.), *Constituent Assemblies*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2018, p. 35.

143 Fuentes, Claudio & Joignant, Alfredo. *La Solución Constitucional: Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*. Santiago de Chile: Catalonia, 2015, p. 26.

2019, em uma emenda constitucional, que introduziu no título do Capítulo XV da atual Carta Fundamental um “Procedimento para Elaborar uma Nova Constituição”. Assim, o processo constituinte se iniciará com um “plebiscito de entrada”, cujo fim é obter o pronunciamento da população acerca de seu desejo sobre uma nova constituição e sobre o tipo de órgão representativo encarregado de redigí-la. A cidadania também se manifestará em um “plebiscito ratificador”, uma vez que a convenção redija sua proposta, que deverá realizar-se 60 dias após o término do trabalho da Convenção, buscando um ambiente deliberativo que dê ensejo à contestação pública. Esta é a única instância de voto obrigatório durante todo o processo. Com efeito, em 26 de abril haveria um plebiscito (retornaremos ao tema na próxima seção) no qual se fariam duas perguntas. A primeira delas é para definir se se está de acordo com uma nova constituição. Em uma cédula à parte se consultará à cidadania pelo mecanismo que prefere: uma convenção mista ou uma convenção constitucional. A eleição dos “convencionais constituintes” se fará pelas mesmas regras em que se elege a deputância. O procedimento enfatiza, ainda, o respeito pelas autoridades eleitas e instituições em funcionamento nos quais a Convenção não poderá intervir. Como observam Illanes e Falcón: “o único que se permite à Convenção é a redação de um texto constitucional para ser submetido ao plebiscito ratificador<sup>144</sup>”. Ademais, habilitou-se a competência de um só organismo externo para conhecer de assuntos da Convenção. Trata-se de uma “reclamação” para assuntos meramente procedimentais e que será conhecida por cinco integrantes da Corte Suprema sorteados para cada caso. Esta instância somente poderá anular o ato que tenha violado procedimentos, porém não pode pronunciar-se sobre seu conteúdo. Por outro lado, os mecanismos de solução de controvérsias no interior da Convenção foram entregues ao seu regulamento, o qual deverá ser aprovado quando esta se instaure.

144 Illanes, María Cristina Escudero; Falcón, Jaime Gajardo. Nueva Constitución y proceso constituyente. *IdeAs*, 15/2020, Publicado el 01 marzo 2020, consultado el 25 marzo 2020, p. 5. URL: <http://journals.openedition.org/ideas/8417>; DOI: <https://doi.org/10.4000/ideas.8417>

*Cumprе destacar, o artigo 135 da atual constituição prevê que a nova constituição deverá respeitar a organização de república, o regime democrático, as sentenças firmes e executadas, bem como os tratados internacionais vigentes ratificados pelo Chile. Nada obstante, levantam-se críticas a esta limitação porquanto estabeleceria limites substantivos confusos e interpretáveis ao mandato da Convenção. Afinal, nada garante que não se reconstruirá uma Constituição como a de 1980, aparentemente muito boa, como marco exemplar de uma utopia liberal, mas cuja funcionalidade é discutível em um país com a complexidade do Chile. Em suma, trata-se de uma emenda destinada a substituir a própria constituição, o que erige profundas questões em torno das fundações constitucionais do processo como um todo. Porém, à primeira vista, esta emenda não deve ser entendida, desde logo, como um exercício do poder constituinte, ainda que se possa estabelecer uma distinção entre o que é uma “mera emenda” e o que significa uma “substituição constitucional”<sup>145</sup>. Em lugar disso, devemos entendê-la como a decisão legítima de uma nação de emendar uma constituição viciada, como um exercício do “direito transcendente e precioso de o povo abolir ou alterar seus governos como melhor lhe convenha”<sup>146</sup>.*

### 3. A APARIÇÃO DO COVID-19 NO MOMENTO CONSTITUCIONAL

Passados seis meses do estalido social no Chile, apesar de toda a engenharia institucional, o processo constituinte está em xeque. Atravessamos uma pandemia histórica, que altera a paisagem política à escala global, mas em nenhum outro lugar como neste país. A pandemia põe em cena uma mixórdia de política, ciência, tecnologia, mercados, violência, ética e legitimidades. Para abordá-la, necessitamos de uma concepção construtivista do social, segundo a qual os

145 Tushnet, Mark. Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13. No. 3, p. 639-654, 2015.

146 Id. nota 28 supra, p. 428.

objetos, os “não-humanos”, contribuem para defini-lo, e não apenas o refletem passivamente. Neste sentido, talvez a maior contribuição teórica ao debate contemporâneo tenha sido a de Bruno Latour, ao tornar a sociologia menos antropocêntrica, postulando que “metade de nossa política é feita nas ciências e nas técnicas. A outra metade da natureza se faz nas sociedades<sup>147</sup>”. Em suma, a pandemia necessita de um tratamento mais geral de humanos e não-humanos misturando-se e formando constantemente entidades coletivas mutáveis, visando a “uma política das coisas<sup>148</sup>”. Portanto, seguindo este teórico francês, talvez se poderia afirmar que os cientistas que decodificaram o genoma do coronavírus não passam de vozeiros e representantes destes seres invisíveis que agora vivem conosco e que por alguma razão deram ensejo a uma “guerra” à escala planetária. Sobre esta “guerra contra o vírus”, Latour observa, é verdade que os humanos-entre-eles estão lutando contra o vírus que, por sua vez, não possui outro interesse nestes senão perambular de garganta em garganta<sup>149</sup>.

Os mapas teórico-conceituais liberais ou marxistas estão em descompasso com o que hoje experimentamos; são tributários a uma forma deficitária pela qual compreendemos o “social” em si. A pandemia torna cristalino que “o estado do social depende a todo instante das associações entre diversos atores cuja maior parte não possui forma humana. Isto se dá em relação aos micróbios – como se sabe desde Pasteur –, mas também à Internet, ao direito, à organização hospitalar, às funções estatais e ao clima<sup>150</sup>”. Sob esse pano de fundo, passo a descrever os reflexos do Covid-19 na constituinte chilena. Trabalhamos sobre a hipótese de que a pandemia possa ser superada, deixando um rastro de problemas sociais pelo caminho. Limitar-me-

---

147 Latour, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. São Paulo: Editora 34, 2016, p. 142.

148 Latour, Bruno. *A esperança de Pandora: ensaios sobre a realidade dos estudos científicos*. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora Unesp, 2017, p. 37.

149 Latour, Bruno. *La crise sanitaire incite à se préparer à la mutation climatique*. In: *Le Monde Diplomatique*, 25 de março de 2020. Acesso em: [https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/03/25/la-crise-sanitaire-incite-a-se-preparer-a-la-mutation-climatique\\_6034312\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/03/25/la-crise-sanitaire-incite-a-se-preparer-a-la-mutation-climatique_6034312_3232.html) Disponível em: 14 de abril de 2020.

150 Id. nota 40 supra.

-ei a apontar as principais formas em que identifico estes reflexos, visto que se deve esperar a pandemia terminar para que possamos lançar um olhar profundo sobre ela. Afinal, não é possível induzir o que sucederá quando a emergência viral devesse calamidade econômica. Enquanto isso não ocorre, podemos apreender de pouco em pouco os seus possíveis desdobramentos.

Primeiro. Enquanto se confirmava o aumento no número infectados de Covid-19 no Chile, em 24 de março, o tema da pandemia se impôs ao debate político, alterando o curso do processo constituinte. Com efeito, a Câmara dos Deputados aprovou uma nova reforma constitucional, que modificou as datas para o plebiscito segundo o qual a cidadania deliberará a respeito da nova constituição. Isto é, a implicação automática da pandemia sobre a constituinte foi o adiamento do plebiscito “de entrada”, originalmente previsto para 26 de abril, para o dia 25 de outubro de 2020. Vale destacar, todo o espectro político-partidário, abrangendo desde os comunistas até a extrema direita de José A. Kast, concordou em postergar para outubro o plebiscito pela nova constituição.

Segundo. Na mesma semana em que foi decretado o adiamento do plebiscito constitucional, os manifestantes desapareceram. Os últimos protestos massivos ocorreram na semana do Dia Internacional da Mulher, que reuniu cerca de 1.2 milhões de mulheres apenas em Santiago no dia 8 de março de 2020. Mas, logo em seguida, o Covid-19 contribuiu para o reestabelecimento da ordem, enquanto a quarentena terminou de esvaziar as ruas. Os “carabineiros” (espécie de polícia militar), desprezados durante os protestos, voltaram a ser obedecidos como garantes da quarentena, e não houve qualquer mobilização quando se decretou “estado de catástrofe”, em 17 de março, delegando novamente a manutenção da ordem pública aos militares.

Terceiro. Após o governo Piñera decretar estado de catástrofe, o exército impôs novamente um toque de recolher. Curiosamente, uma das primeiras medidas que o governo tomou, literalmente na primeira noite do toque de recolher, foi lavar, pintar e remover to-

dos os grafites e vestígios dos protestos de seis meses da Praça Itália, ponto emblemático das manifestações contra o governo. Ainda, em 3 abril, enquanto os santiaguinos cumpriam a quarentena permanecendo em suas casas, Piñera passeava pela Praça Itália aproveitando para tomar-se uma foto. Veículos de imprensa o interpretaram como uma provocação e um ato de soberba. Afinal, isso em nada ajudaria a conter a propagação do vírus. Ademais, os militares passaram a verificar aleatoriamente os cartões de identificação pessoais, ação que preocupou também pela falta de um motivo claro relacionado à crise sanitária no país. Em suma, o governo Piñera parece sentir um prazer especial em decretar um estado de exceção sob controle militar, enquanto suas forças de segurança reprimem uma rebelião que desde outubro não quer deixar as ruas.

Quarto. Assumindo que o “Sim” vença em outubro de 2020, há traços de possíveis debates sobre direitos sociais e econômicos que nascem das rachaduras do modelo neoliberal, isto para não falar em inovações ainda mais audaciosas, como a constitucionalização de valores como a biossegurança, e que presumivelmente ressurgirão durante a constituinte. Para citar um exemplo: o Presidente Piñera disse que o teste do Covid-19 deveria estar disponível para todos, mas o teste não é gratuito. De outra banda, o governo propôs a chamada “Lei de proteção do emprego”, que – sob a rubrica de proteger empregos – permite aos empregadores suspender o pagamento de salários durante a crise sanitária. Com efeito, trabalhadores desamparados terão que recorrer inicialmente ao seu próprio seguro-desemprego, sem benefícios do governo, para custear o teste. Neste sentido, a crise do coronavírus provavelmente tornará ainda mais visível a falta de uma malha de proteção social no país: característica proeminente da Constituição de 1980.

Quinto. A postergação do plebiscito “de entrada” pode ser aproveitada para gerar um melhor “ambiente deliberativo”, permitindo uma comunicação interativa, aquilo que, segundo Jon Elster, um processo constituinte requer para ser virtuoso, extrapolando a simples

soma de votos<sup>151</sup>. Assim, a convenção constituinte poderá majorar sua “performance deliberativa<sup>152</sup>” durante a “deliberação pré-decisional” (é dizer, a “contestação pública”), e mesmo durante a “deliberação decisional” (entre os Convencionais Constituintes). Em suma, a pandemia poderá impactar o ambiente deliberativo como um todo.

## NOTA FINAL: POR UM CONSTITUCIONALISMO CONSTRUTIVISTA

As constituições democráticas foram pensadas originalmente há mais de duzentos anos por representantes de sociedades agrárias e pré-industriais, situadas principalmente no Atlântico Norte. Desde então, inumeráveis mudanças ocorreram na organização do comércio e da indústria, entre elas, mudanças radicais em logística, comunicação, práticas financeiras, medicinais e produtivas, isto sem falar no desenvolvimento contemporâneo das ciências biológicas, informacionais e ambientais<sup>153</sup>. A sociedade conhecida pelos advogados, mercadores, proprietários de *plantations* e políticos que conceberam o constitucionalismo moderno deixou de existir. Ackerman argumenta que o direito constitucional, igualmente, transformou-se para acompanhar os desafios do desenvolvimento industrial, mas estas transformações nem sempre tomaram a forma de emendas constitucionais — a título de exemplo, o autor cita a transformação geral da cultura do direito administrativo por força do *New Deal*<sup>154</sup>. Sheila Jasanoff, por sua vez, descreve como o direito e a biologia “estruturaram as possibilidades, limites, direitos e responsabilidades de estar vivo —especialmente para a espécie a que chamamos humana<sup>155</sup>”. Como a filósofa argumenta, “os artefatos biológicos se acoplam e

---

151 Elster, Jon. *Deliberation and Constitution Making*. In: Elster, Jon (ed.) *Deliberative democracy*. Edinburgh: Cambridge University Press, 1998.

152 Cf. Mendes, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Cambridge, UK: Oxford University Press, 2013.

153 Jasanoff, Sheila. *Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age*. Cambridge: The MIT Press, 2011, p. 10.

154 Id. nota 11 supra.

155 Id. nota 45 supra, p. 1.

reconfiguram nossa percepção de direitos e legitimidades em diversos níveis<sup>156</sup>. Logo, “períodos de mudanças significativas nas ciências da vida e nas tecnologias”, defende ela, “deveriam ser vistos como constitucionais, ou melhor, *bio*constitucionais em suas consequências<sup>157</sup>”. Ao propor uma matriz analítica mais maleável às implicações constitucionais dos desenvolvimentos tecnocientíficos, Jasanoff amplia “a noção de constituição para [nela] incluir uma gama de esferas e processos nos quais os indivíduos desenvolvem relações biopolíticas com as instituições que os regulam<sup>158</sup>”. Neste sentido, sem dúvida a pandemia já alterou a paisagem constitucional globalmente.

Devemos, portanto, recorrer a modelos analíticos construtivistas para abordar as implicâncias constitucionais deste fenômeno épico tanto no campo do direito como nas ciências da vida. Limitamo-nos, aqui, a apontar caminhos a partir de um marco expandido do constitucionalismo, no qual se estende esta noção para incluir nela não só práticas institucionais que sedimentam a ordem constitucional, mas também o papel da ciência na produção normativa, e, em especial, aquilo que Ackerman chama de “momentos constitucionais”; momentos de reestruturação radical nas relações estado-sociedade que podem ou não ser formalmente ratificados por meio de emendas constitucionais. Somente sob a rubrica deste “constitucionalismo construtivista” faz-se viável explorar todo o caleidoscópio de maneiras pelas quais as definições de direitos individuais e coletivos influenciam e são também transformadas pela agência pandêmica. Para concluir, com as seguidas revoluções biotecnológicas, que penetram nas fundações políticas e sociais de nossas culturas, um novo momento constitucional parece emergir, gerando a correspondente reformulação do dogma de que a tarefa do estado de direito é tutelar a vida da população. Vale lembrar, o próprio Hart definiu o “conteúdo mínimo do direito natural” como aquele que assegura a

---

156 Id. nota 45 supra, p. 13.

157 Ibid., p. 3.

158 Ibid., p. 10.

sobrevivência da sociedade que o direito busca regular<sup>159</sup>. Em resultado, propomos que o conceito de *bioconstitucionalismo* possa ser utilizado para descrever momentos fundacionais de interações entre as biociências e as democracias constitucionais nesta nova era genômica. Contudo, não fornecemos uma resposta final à questão de como esta ou outras multidões não-humanas afetarão o constitucionalismo, esperançosos de que outros saberão descrever este fenômeno. Por ora, simplesmente buscamos estabelecer esta hipótese como digna de consideração e de ser investigada com rigor.

---

159 Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Trad. Genaro R. Carrio. 2ª Ed. Buenos Aires: Editora Nacional, 1980, p. 241.

# DÉFICITS DE LA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL CHILENA A PROPÓSITO DEL COVID 19

Jorge Aranda Ortega<sup>160\*</sup>

## 1. PRESENTACIÓN.

En el presente texto intentaré delinear dos déficits sobre la política y el derecho ambiental de Chile, en relación al estallido social ocurrido desde el mes de octubre del 2019 y la pandemia del COVID 19 desde marzo del 2020. Las ideas centrales son que existe una negación de la inequitativa distribución de las cargas ambientales, que concentra efectos adversos en ciertas localidades, y además una deficiente consideración institucional de la biodiversidad luego de las reformas de los años 2010 y 2012. Luego, verificaré, como efectos indeseados, una represión violenta de las manifestaciones sociales en las cuestiones ambientales, por una parte, y por la otra, una institucionalidad ambiental que no ofrece resguardos para la evitación de futuras enfermedades, en escenarios de desbordamiento de patógenos afectando a los humanos por falta de protección de la biodiversidad local.

En ese orden de ideas, primero, explicaré brevemente la normativa ambiental vigente, su implementación, y los problemas que ha acarreado ésta. Luego, reseñaré la negación que el modelo de institucional ha generado a las injusticias socioambientales y violencia estatal represiva hacia los manifestantes. Después apuntaré ciertos déficits de las actuales políticas y normas ambientales, conllevando a la desprotección de ecosistemas, y cómo ésta es riesgosa en el contexto de contención y prevención de pandemias. Finalmente, señalaré algunas palabras a modo de colofón.

---

160 \*, Doctor en Derecho, Universidad de Brasilia. Profesor Asistente, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

## 2. CONTEXTO CHILENO DE POLÍTICA Y LEGISLACIÓN AMBIENTAL.

Hoy en día, Chile tiene un modelo de política y gestión ambiental que descansa en dos premisas vertebrales: una, es que es un modelo de coordinación de competencias preexistentes; la otra, que es un modelo de separación de funciones administrativas. Este modelo viene sustentado por la evaluación efectuada por la OCDE a Chile, para efectos de que el país pudiese ingresar a dicha organización internacional, lo que ocurrió el año 2005.<sup>161</sup>

Este es un modelo de coordinación de funciones, porque las competencias ambientales están pensadas para encausar una acción conjunta de las diferentes competencias sectoriales, que recaen en diferentes órganos de la administración del Estado.<sup>162</sup> Así, en un orden político, la coordinación está sujeta a las decisiones del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad como órgano colegiado que visa las decisiones de política pública ambiental, siendo diseñadas antes por el Ministerio de Medio Ambiente.<sup>163</sup> Luego, para efectos de la ejecución de estas políticas, la coordinación recae principalmente en el Servicio de Evaluación Ambiental para efectos de la gestión del licenciamiento ambiental,<sup>164</sup> y para efectos de la fiscalización en la Superintendencia del Medio Ambiente.<sup>165</sup> La impugnación de los actos de éstos órganos reconoce dos sedes: una administrativa, ante los respectivos superiores jerárquicos, y una jurisdiccional, ante los Tri-

161 OCDE. **Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile**. [s.l.] CEPAL, 2005.

162 ASTORGA JORQUERA, E. **Derecho ambiental chileno: parte general**. 5a. ed. actualizada. ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters: Legal Publishing Chile, 2017. Pp. 519-528. BERMÚDEZ SOTO, J. A. **Fundamentos de derecho ambiental**. 2a. ed. ed. Valparaíso-Chile]: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014. Pp. 80-84 FERNÁNDEZ BITTERLICH, P. **Manual de derecho ambiental chileno**. 3a. ed. actualizada con la nueva institucionalidad. ed. Santiago: Legal Publishing : Thomson Reuters, 2013. Pp. 113-158

163 REPÚBLICA DE CHILE. **Ley 19300 que aprueba Ley sobre bases Generales del Medio Ambiente**, 9 mar. 1994. Disponible em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667&idVersion=2019-07-15&idParte=8640071>>. Acceso em: 15 abr. 2020. Artículo 71.

164 (REPÚBLICA DE CHILE, 1994, artículos 81 y 81)

165 REPÚBLICA DE CHILE. **Ley 20417 que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente**, 26 jan. 2010. Disponible em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010459>>. Acceso em: 15 abr. 2020 Artículos 2° y 3°.

bunales Ambientales.<sup>166</sup> Cabe señalar que está en actual discusión en el congreso un órgano adicional que tiene por función la gestión de los instrumentos de cuidado de la biodiversidad, a saber, el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.<sup>167</sup>

La idea que sostiene este modelo, que ya está terciando los diez años desde su formulación, es que la separación de funciones, tanto dentro de la Administración del Estado, como fuera de ella, permite la ejecución de tareas con mayor efectividad. Antiguamente, no existía esta separación de funciones, radicando todas las competencias, tanto políticas, como de gestión y de fiscalización, en la Consejo Nacional del Medio Ambiente y en los Consejos Regionales de Medio Ambiente, a saber, órganos colegiados compuestos por un número considerable de ministros en la primera, y de secretarios regionales ministeriales en las segundas, que debían ejercer todas estas funciones simultáneamente.<sup>168</sup>

En ese orden de cosas, con las reformas se venía a corregir una distorsión ocurrida en la práctica: que en el modelo anterior se diera prioridad a las necesidades más urgentes de la época, a saber, la evaluación ambiental de proyectos mediante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en desmedro de otros instrumentos políticos y de gestión. Esto conllevó a que el instrumento de gestión sustituyese al instrumento político de toma de decisión, y que la fiscalización tuviera menos esfuerzos y recursos para ser realizada. Así, la formulación de políticas públicas quedó truncada, en desmedro de una decisión casuista, en cada licenciamiento, para los diferentes procedimientos de licenciamiento de proyectos.<sup>169</sup>

166 REPÚBLICA DE CHILE. **LEY-20600 que crea los Tribunales Ambientales**, 28 jun. 2012. Disponible em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041361>>. Acceso em: 15 abr. 2020. Artículo 17.

167 REPÚBLICA DE CHILE. Senado de la República. **Tramitación de proyectos de ley**. Boletín 9404-12 que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Disponible em: <[https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9404-12](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9404-12)>. Acceso em: 17 abr. 2020.

168 Biblioteca del Congreso Nacional. **Historia de La Ley 20417**. Disponible em: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>>. Acceso em: 16 abr. 2020. Mensaje.

169 (ASTORGA JORQUERA, 2017, p. 379–390), ARANDA ORTEGA, J. A tomada da decisão ambiental no Chile: o papel do órgão regulador e da participação cidadã no processo

La reforma a la institucionalidad, a casi diez años de su formulación, ha solucionado parcialmente estos problemas. Si bien ha habido mayor fiscalización, se ha creado un elenco de políticas públicas desde la reforma, y el ejercicio de una competencia judicial contencioso-administrativa especializada ha comenzado a resolver los conflictos con decisiones especializadas, siendo pionero en América Latina.<sup>170</sup> Sin embargo, no se ha solucionado un elenco de brechas sociales y ambientales existentes en Chile a propósito de su especialización y complejidad novedosa que limitan el acceso a estos tribunales.<sup>171</sup> Aún más allá, y sin perjuicio de esta normativa, cabe señalar que hay una negación de las inequidades ambientales, lo que reseñaré a continuación.

### 3. LA INJUSTICIA SOCIOAMBIENTAL EN CHILE.

Tanto el modelo original de la institucionalidad ambiental chilena como el reformado por las leyes 20.417 y 20.600 no podrían calificarse como un fracaso. Por el contrario, ha logrado evaluar ambientalmente muchos proyectos para su ejecución, además de contar con una competencia judicial especializada pionera, a nivel regional, para resolver conflictos ambientales. Sin embargo, aún hay deudas, como una adecuada gestión de las aguas en miras al interés público, mejores instrumentos de ordenamiento territorial, e institucionalidad especializada en áreas protegidas, según lo ha señalado la OCDE.<sup>172</sup> A mayor abundamiento, también Chile ha caído en su desempeño ambiental en el ranking EPI de la Universidad de Yale de

---

administrativo de avaliação de impactos ambientais. *Journal of Law and Regulation*, v. 3, n. 2, p. 191–209, 16 out. 2017.

170 MINAVERRY, C. M. El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina. *Gestión y Ambiente*, v. 18, n. 2, p. 95–108, 1 jul. 2015.

171 Véase: RIQUELME SALAZAR, C. R. Los Tribunales Ambientales en Chile. ¿un avance hacia la implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental? *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 4, n. 1, p. 1–43, 31 dez. 2013.

172 OCDE. *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016*. [s.l.] CEPAL, 2016. Em complemento, véase: BERGAMINI, K. et al. *Principales problemas ambientales en Chile: desafíos y propuestas*. [s.l.] Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro de Políticas Públicas, [s.d.]. Disponible em: <[https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2017/07/N%C2%BA95\\_Principales-problemas-ambientales-en-Chile.pdf](https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2017/07/N%C2%BA95_Principales-problemas-ambientales-en-Chile.pdf)>.

la posición 54 a la 84, principalmente por problemas asociados a la calidad del aire de a la desprotección de la biodiversidad.<sup>173</sup>

En ese orden de cosas, en Chile existe una situación en la que ciertas áreas han concentrado la mayor cantidad de los impactos ambientales, en desmedro de la calidad de vida de los habitantes de dichas localidades. A las localidades que concentran grandes impactos ambientales, los que deben ser especialmente soportados por sus habitantes, e incidiendo negativamente en su calidad de vida, se les llama de zona de sacrificio.<sup>174</sup>

Con todo, esta inequitativa distribución de los perjuicios ambientales puede considerarla inconstitucional, al reconocer como un derecho fundamental la igual repartición de las cargas públicas.<sup>175</sup> Si bien la ley 19.300 señala las cargas ambientales a propósito de la participación ciudadana eventual en las declaraciones de impacto ambiental,<sup>176</sup> éstas perfectamente pueden ser entendidas como una especie de carga pública, que, en una interpretación armónica con el derecho a la salud, y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, deberían ser equitativamente repartidas.<sup>177</sup>

Desde un punto de vista doctrinal, en Chile la idea de justicia ambiental se ha recogido desde la concentración de estos efectos

---

173 **2018 EPI Results | Environmental Performance Index**. Disponible em: <[https://epi.envirocenter.yale.edu/epi-topline?country=Chile&order=field\\_epi\\_score\\_new\\_1&sort=asc](https://epi.envirocenter.yale.edu/epi-topline?country=Chile&order=field_epi_score_new_1&sort=asc)>. Acceso em: 16 abr. 2020.

174 El término zona de sacrificio se ha usado para explicar áreas de experimentación o disposición de contaminación radiactiva. Véase: GERRARD, M. B. Fear and Loathing in the Siting of Hazardous and Radioactive Waste Facilities: A Comprehensive Approach to a Misperceived Crisis. *Tulane Law Review*, v. 68, n. 5, p. 1047–1218, 1994 1993. Posteriormente, ha sido recogido en un sentido más amplio como la concentración de contaminantes en ciertas áreas, afectando a poblaciones modestas. Véase: LERNER, S. **Sacrifice zones: the front lines of toxic chemical exposure in the United States**. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2012.

175 REPÚBLICA DE CHILE. **Constitución Política de la República de Chile**, 22 set. 2005. Disponible em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Acceso em: 15 abr. 2020. Artículo 19 N° 20 particularmente sobre la igualdad de cargas públicas. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se consagra en el artículo 19 N°8.

176 (REPÚBLICA DE CHILE, 1994, artículo 31 bis)

177 Si bien hay un cierto disenso sobre el alcance de las cargas públicas en Chile, se entiende que una vez soportadas, deben ciertamente ser indemnizadas para asegurar la igualdad que implican, lo que haría cabible este razonamiento. Para estos efectos, véase: PONCE DE LEÓN SOLÍS, V. La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Revista chilena de derecho*, v. 42, n. 3, p. 843–872, dez. 2015.

perniciosos en ciertas poblaciones más vulnerables, como un efecto indeseado de los instrumentos de ordenamiento territorial.<sup>178</sup> Puedo señalar ciertos ejemplos de ello en el caso de la agricultura de paltas en el valle del Río Petorca que ha puesto en riesgo la disponibilidad de agua,<sup>179</sup> en el complejo de generación termoeléctrica de Puchuncaví Quintero que ha concentrado la polución atmosférica en dicha bahía,<sup>180</sup> o en la concentración de plántulas de acuicultura en el sur de Chile, que desató la crisis del virus ISA entre los años 2007 a 2010.<sup>181</sup> En todos estos casos, hay una concentración de efectos ambientales adversos, que perjudican a poblaciones locales, habiendo un elenco de proyectos que, incluso sujetos a la legalidad ambiental y sectorial vigente, por defectos en instrumentos de ordenamiento territorial terminan concentrándose en ciertas áreas.

#### 4. REPRESIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL CAUSADA POR LAS INJUSTICIAS AMBIENTALES.

El hecho que estas actividades ambientalmente perniciosas, y territorialmente concentradas, funcionen en la legalidad, dado que se han sometido a sus respectivos instrumentos, ora ambientales, ora sectoriales, ha llevado a que la ciudadanía se articule y reclame por

- 
- 178 Véase: HERVÉ ESPEJO, D. Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la Evaluación Ambiental Estratégica. **Revista de derecho (Valdivia)**, v. 23, n. 1, p. 9–36, jul. 2010. HERVÉ ESPEJO, D. **Justicia ambiental y recursos naturales**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2015.
- 179 Véase: BOLADOS GARCÍA, P. et al. La eco-geo-política del agua: una propuesta desde los territorios en las luchas por la recuperación del agua en la provincia de Petorca (Zona central de Chile). **Revista Rupturas**, v. 8, n. 1, p. 159–191, jun. 2018. PANEZ-PINTO, A. et al. Water, soil and sociometabolic fracture of agribusiness. Fruit activity in Petorca, Chile. **Bitácora Urbano Territorial**, v. 28, n. 3, p. 153–160, dez. 2018.
- 180 Véase: GARCÍA, P. B. Conflictos socio-ambientales/territoriales y el surgimiento de identidades post neoliberales (Valparaíso-Chile). **Revista Izquierdas**, n. 31, p. 102–129, 2016. JIMÉNEZ, J. C.; MANOSALVA, M. J. J. Desigualdad ambiental y desigualdad comunicacional. Las portadas de El Mercurio de Valparaíso sobre el derrame de petróleo en la bahía de Quintero. **Cuadernos.Info**, n. 36, p. 71–87, 2015. En la jurisprudencia: REPÚBLICA DE CHILE. Corte Suprema de Justicia. **Rol N° 5888-2019**
- 181 Véase: ESTAY, M.; CHÁVEZ, C. Decisiones de localización y cambios regulatorios: el caso de la acuicultura en Chile. **Latin american journal of aquatic research**, v. 43, n. 4, p. 700–717, set. 2015. FUENTES OLMOS, J. Evolución del régimen ambiental de la acuicultura en Chile. **Revista de derecho (Valparaíso)**, n. 42, p. 441–477, jul. 2014. En particular, sobre la crisis del virus ISA, véase: ALVIAL, A. et al. The Recovery of the Chilean Salmon Industry. p. 83, [s.d.].

los derechos fundamentales vulnerados. Así, paulatinamente, se han valido de los diferentes medios de impugnación establecidos en la ley. Dicho sea de paso, cabe recordar que no existe asistencia estatal especializada para efectos de reclamar la tutela de un medio ambiente adecuado,<sup>182</sup> exceptuando la legitimación activa que detenta el Consejo de Defensa del Estado y las Municipalidades para demandar la reparación por daño ambiental.<sup>183</sup>

Sin embargo, junto a estos mecanismos de impugnación judicial, las comunidades, muchas veces ante la impotencia y ante la urgencia de las demandas, han optado por movilizarse y protestar para efectos de reclamar sus derechos. En este orden de cosas, por ejemplo, el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha detectado 117 conflictos socioambientales.<sup>184</sup> Una vez que la ciudadanía se ha articulado estratégicamente para reclamar una igual repartición de las cargas ambientales, la reacción de la ha sido, en varios casos la negación del problema mediante la represión social.<sup>185</sup> Estos actos de violencia en contra de la articulación ciudadana se han acrecentado, especialmente desde el estallido social del 18 de octubre.<sup>186</sup> Con todo, desde la proliferación del COVID 19 se ha llevado a la práctica ciertas medidas, y con justa razón, restrictivas de la libertad personal, como los cordones sanitarios, las cuarentenas y los toques de queda.<sup>187</sup>

182 Sobre este punto, véase: MURRAY MORA, Sofía. *El medio ambiente como sujeto de derecho: problemas en torno a la captura de su representación* [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2020 [Fecha consulta: 16 de abril 2020]. Disponible en < <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/173774>> pp. 75-112-

183 (REPÚBLICA DE CHILE, 1994, artículo 54)

184 INDH; INDH. **Conflictos mediosambientales INDH**. Disponible em: <<https://mapaconflictos.indh.cl/#/>>. Acceso em: 16 abr. 2020.

185 ALLAIN, M. Conflictos y protestas socio-ambientales en Chile: Reflexiones metodológicas y resultados. *Revista de Sociología*, v. 34, n. 1, p. 81-101, 29 ago. 2019.

186 **Chile: Organizaciones ambientales denuncian represión a protestas sociales y vigilancia, intimidación y amenazas a líderes** | Business & Human Rights Resource Centre. Disponible em: <<https://www.business-humanrights.org/fr/node/198417>>. Acceso em: 16 abr. 2020. **Política para dañar a manifestantes en Chile apunta a responsabilidad de mando**. Disponible em: <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/11/chile-responsable-politica-deliberada-para-danar-manifestantes/>>. Acceso em: 16 abr. 2020.

187 **HTTSPS://MAGNET.CL. Gob.cl - Artículo: Gobierno De Chile Decreta Nuevas Medidas Sanitarias, Entre Las Que Se Encuentran Toque De Queda Nacional Y Controles Más Estrictos De Desplazamiento**. Disponible em: <<https://www.gob.cl/noticias/gobierno-de>

Con todo, desde una lectura suspicaz de estas medidas podría pensarse la proliferación de nuevas enfermedades epidémicas podría justificar medidas de control social de forma más constante. Así, cabe preguntarse que ha causado estas plagas, y cómo podrían prevenirse para evitar este tipo de medidas en el futuro. Una respuesta está en la protección de la biodiversidad.

## 5. LA PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD COMO PREVENCIÓN DE NUEVAS ENFERMEDADES

Una causa posible de la proliferación de nuevas enfermedades de contagio masivo puede ser encontrada en el llamado desbordamiento, en que éstas pasan de especies cuyos hábitats y poblaciones se han visto mermados a otras especies que no están amenazadas.<sup>188</sup> Así, especies amenazadas que son portadoras de estas enfermedades, en la medida que sus poblaciones sean reducidas, los virus que portan tenderán a transmitirse a otras especies cuya reproducción sea mayor, entre ellos seres humanos u otras especies de masiva reproducción. Con ello, el virus asegura su subsistencia en caso de que la especie que originalmente lo portaba se extinga, o quede confinada a poblaciones en riesgo de extinción.

En este orden de cosas, puedo aventurarme a señalar que estamos ante un servicio ecosistémico poco estudiado y tratado en el derecho ambiental, a saber, la dilución de enfermedades.<sup>189</sup> Mientras más diversidad tenga un ecosistema, más fragmentadas y especializadas podrían mantenerse estas enfermedades. Luego, los virus no tenderían a pasar de una especie a otra, pues su reproducción estaría asegurada en especies que no verían amenazada su supervivencia. Por

---

-chile-decreta-nuevas-medidas-sanitarias-entre-las-que-se-cuentan-toque-de-queda-nacional-y-controles-mas-estrictos-de-desplazamiento/>. Acceso em: 16 abr. 2020.

188 POWER, A. G.; MITCHELL, C. E. Pathogen Spillover in Disease Epidemics. **The American Naturalist**, v. 164, n. S5, p. S79–S89, 1 nov. 2004.

189 LIU, X. et al. Random species loss underestimates dilution effects of host diversity on foliar fungal diseases under fertilization. **Ecology and Evolution**, v. 8, n. 3, p. 1705–1713, 2018. KHALIL, H. et al. Declining ecosystem health and the dilution effect. **Scientific Reports**, v. 6, n. 1, p. 1–11, 8 ago. 2016.

el contrario, especies cuya diversidad está amenazada, cada vez en mayor contacto con las personas que habitan en las crecientes ciudades, tornarían mayores los riesgos de contagio, y consecuentemente, sería más probable la proliferación de nuevos desbordes masivos de diferentes enfermedades hacia los humanos.

En ese orden de cosas, se hace imperativo en Chile contar con una institucionalidad que proteja la biodiversidad. Se hace muy necesario aprobar el actual proyecto en discusión en el congreso,<sup>190</sup> a la vez que se debería, al alero de esta institución, proceder al estudio y fomento de estos servicios ecosistémicos de dilución. Ello, al largo plazo, nos podría proteger de nuevas enfermedades, no sólo pensando en los perniciosos efectos locales, sino también en los globales.

## 6. COLOFÓN

Para ir finalizando esta exposición, podría entender el conflicto ambiental en Chile desde esta secuencia de hechos: primero, a nivel institucional, sin perjuicio de las reformas ocurridas desde el año 2010, dada su excesiva especialización y tecnicidad, se genera un déficit de participación ciudadana, que, por regla general, mal puede acompañar estos el desarrollo de complejos procedimientos administrativos. Luego, el déficit de participación genera una sensación de exclusión de la ciudadanía, que se agrava ante la inequitativa repartición de las cargas ambientales. Cómo consecuencia, ésta reacciona mediante mecanismos procesales legales y mediante la articulación estratégica para protestar, especialmente en las localidades que se ven más afectadas. La respuesta de la autoridad es reprimir estas protestas, no adoptando medidas que faciliten el acceso a la justicia ambiental (en su sentido adjetivo). A su vez, el problema de la desprotección de la biodiversidad se revela como evidente, ello ante la poca prioridad en la agenda pública, y la falta de desarrollo e idoneidad de ulteriores instrumentos para su protección. Ello podría acarrear, por el ya

---

190 Ver nota al pie 7.

señalado desborde de enfermedades, focos de infecciones que, para ser controladas, justifiquen más y mayores medidas de control social que, tornándose represivas, podrían aplastar los clamores por un mejor estado de los ecosistemas. Así, en ese escenario hipotético, se crearía una gran paradoja, porque quienes piden un medio ambiente adecuado serían reprimidos por la autoridad, justamente, usando como pretexto conveniente una de las perniciosas consecuencias de no cuidarlo, a saber, la aparición de nuevas y letales enfermedades por la pérdida de la biodiversidad.

## Capítulo IV - Colômbia

# MEDIDAS EXTRAORDINARIAS PARA SITUACIONES ORDINARIAS Y MEDIDAS ORDINARIAS PARA SITUACIONES EXTRAORDINARIAS: EL CASO COLOMBIANO

David Mendieta<sup>191</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

El conflicto es una constante en la historia de Colombia. Se dice que en el siglo XIX tuvimos nueve guerras civiles, pero el siglo XX no fue mejor. Enfrentamientos partidistas, el surgimiento de la guerrilla, el narcotráfico y el paramilitarismo convertirán al país en campo de batalla de muchas fuerzas legales e ilegales que se enfrentarán por la hegemonía territorial, en un país que se destaca por sus agrestes montañas, frondosas selvas y caudalosos ríos. Vivimos un conflicto armado no declarado que pervive hoy. En palabras de Hernando Valencia Villa, los colombianos tuvimos primero Estado que Nación:

*con base en la idea del derecho como gramática de guerra y en la visión de la independencia como creación del Estado, antes de la nación y sin la nación, de una manera autoritaria y legalista, nuestra revisión histórica muestra como las cartas del siglo XIX y las reformas del siglo XX constituyen un interminable conflicto civil, la guerra del país contra sí mismo*<sup>192</sup>.

Un Estado que no hizo presencia en muchos lugares del territorio nacional y este vacío fue ocupado por las elites regionales lícitas e ilícitas. Durante mucho tiempo el uso de la fuerza sin límites claros, se convir-

---

191 Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: davidmendietaagonzalez@hotmail.com

192 Hernando. (1997), *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*, 2a. ed, Bogotá, Fondo Editorial CEREC, p. 89.

tió en una estrategia del Estado para intentar llegar a los colombianos. En muchos lugares del país no había escuelas o centros de salud, pero sí patrullaba el ejercito o volaban muy alto los aviones de la Fuerza Aérea Colombiana. El estado de sitio fue usado en Colombia como un instrumento reiterativo para enfrentar situaciones que tenían su origen en problemas sociales. Algunos incluso han afirmado que, gracias a estos poderes desmedidos, pudimos conservar nuestra democracia.

“Se ha dicho que la democracia colombiana ha sobrevivido gracias a la frecuente utilización del régimen de excepción. Quienes defienden las virtudes de este método de gobierno agregan que en un país en vía de desarrollo se necesita un gobierno fuerte que pueda dirigir la economía y protegerse de los ataques de los grupos insurgentes”.<sup>193</sup>

Mientras en la segunda parte del siglo XX en América Latina proliferaban las dictaduras en Colombia teníamos como gobernantes a civiles hiper poderosos, amparados en el estado de sitio. Pero los poderes desmedidos no sirvieron para solucionar los problemas estructurales de nuestra sociedad. Teníamos una enfermedad, pero esa no era la cura.

## 1. MEDIDAS EXTRAORDINARIAS PARA SITUACIONES ORDINARIAS

El uso y abuso de la fuerza han hecho parte de nuestro devenir histórico y la excepción marcó a los colombianos durante gran parte de los siglos XIX y XX. La Constitución de 1.886 establecía un solo estado de excepción, el estado de sitio. Se dice que nuestro país fue gobernado durante 105 años con poderes excepcionales. Nuestra normalidad era la anormalidad, la excepción se hizo regla. En términos de Loewenstein, Colombia se convirtió en un permanente gobierno de crisis.<sup>194</sup>

---

193 CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. (1985). *Estado de sitio y emergencia económica*. Bogotá: Contraloría General de República, p. 21.

194 “en algunos países del mundo, el gobierno de crisis se ha transformado más en la regla que en la excepción”. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2a. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 283

*Desde el cierre del Congreso —en noviembre de 1949, durante el gobierno de Mariano Ospina Pérez (1946-1950) — hasta la expedición de la Constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente*<sup>195</sup>.

A pesar de las muchas declaratorias de estado de sitio y amplios poderes con los que se facultó al ejecutivo, los problemas sociales crecieron y mutaron. La desigualdad, la pobreza extrema y la falta de oportunidades fueron caldo de cultivo para fomentar la insurgencia y la criminalidad en diferentes formas. Los poderes extraordinarios se mostraron ineficaces para solucionar estos males y los colombianos nos dimos cuenta que la pobreza no se acaba por decreto, así tenga fuerza de ley.

Colombia es un buen ejemplo de cómo los poderes desmedidos no solucionan problemas sociales, mientras persistan las razones estructurales que los generaron. El conflicto no se solucionará con el simple uso de la fuerza, en este sentido, Mary Luz Tóbon afirma: *“no solo porque la fuerza destruye el derecho, sino también y sobre todo porque la declaratoria del estado de excepción es una estrategia de guerra controlada, y más que actuar como un instrumento para la paz, contribuye al detrimento de esta”*<sup>196</sup>. Rara vez la ruptura del principio democrático le ha servido a un pueblo para salir de la pobreza y si esto llegare a pasar, el precio al sacrificar los derechos y libertades fundamentales sería muy alto, como para que valiera la pena.

Como ya se ha mencionado en Colombia durante los siglos XIX y XX y en vigencia de la Constitución de 1.886 se usaron poderes extraordinarios para enfrentar la cotidianidad. Por eso el constituyente de 1.991 se preocupó tanto por establecer diferentes límites y controles a los estados de excepción y la Corte Constitucional colombiana ha

---

195 GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY, Rodrigo (2005). "¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción", en Documentos de Discusión de "DJS", Documento n.º 1, noviembre del 2005, pág. 337

196 TOBÓN TOBÓN, Mary Luz. *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Biblioteca de tesis doctorales. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2019, p. 428.

hecho efectivos esos límites e incluso, como se verá a continuación, podría decirse que los ha ampliado por vía jurisprudencial al establecer un exigente test de constitucionalidad para este tipo de normas.

## 2. LÍMITES Y CONTROLES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

Frente a los excesos cometidos por agentes del Estado en vigencia de la Constitución de 1.886 amparados por el estado de sitio, el constituyente de 1.991 se preocupó mucho por regular los estados de excepción, estableciéndoles múltiples límites y controles de diferente índole: temporales, materiales, políticos y jurídicos, entre otros.

La Constitución de 1991 consagra tres estados de excepción a saber: Estado de guerra exterior -Artículo 212-, el Estado de conmoción interior -Artículo 213- y el Estado de emergencia por razones económicas, sociales, ecológicas o calamidad pública -Artículo 215- y el artículo 214 establece unos límites comunes a los estados de excepción, así:

*“Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:*

*1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.*

*2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.*

*3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.*

*4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que*

*dieron lugar al Estado de Comoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.*

*5. El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de comoción interior; y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.*

*6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.”*

Además de su regulación constitucional, existe una ley Estatutaria (que en Colombia hacen parte del Bloque de Constitucionalidad) que reglamenta los Estados de Excepción y es la Ley 137 de 1994 -en adelante LEEE-.<sup>197</sup> La anterior norma faculta al Presidente de la República para limitar algunos derechos humanos en vigencia de los estados de excepción:

*Las facultades del Presidente para restringir el derecho de circulación y residencia (art. 24 C.P.), así como el derecho de reunión y las manifestaciones públicas (art. 37 C.P.); el uso de servicios y consumo de artículos (Art, 78 C.P.); a la libertad de expresión de los medios de comunicación (art. 20 C.P.); para imponer el toque de queda (art. 24); para suspender servicios de radiocomunicación (art. 20 C.P.); suspender y reemplazar temporalmente alcaldes y gobernadores (Arts: 304 y 314 C.P.); imponer contribuciones fiscales y parafiscales (art. 215 C.P.)<sup>198</sup>*

Además, es importante resaltar que “*las facultades del Presidente no pueden rebasar el núcleo esencial del derecho fundamental que se limita*”, lo anterior se encuentra establecido en el artículo 7 de la LEEE:

*“En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo*

197 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 137 de 1994, artículo 7.

198 TOBÓN TOBÓN (2019), op. Cit. p. 115

*tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración. Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades*<sup>199</sup>.

La Corte Constitucional, interpretando el artículo 215 de la Constitución colombiana ha establecido una serie de requisitos materiales y formales, frente a estos últimos, dijo:

*“En virtud del artículo 215 Superior, según ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional, los decretos declaratorios de estados de emergencia deben cumplir los siguientes requisitos de índole formal: (a) haber sido firmados por el Presidente de la República y todos los ministros de su gabinete; (b) estar motivados; (c) establecer claramente su duración; (d) determinar con precisión su ámbito territorial de aplicación; (e) haber sido notificada su adopción a los organismos internacionales competentes; (f) estar reunido el Congreso, o en caso de no estarlo, haberse convocado para los diez días siguientes al vencimiento del estado de emergencia; y (g) haber sido remitido a la Corte Constitucional al día siguiente de su adopción para revisión automática de constitucionalidad.*<sup>200</sup>

Los requisitos materiales que debe cumplir el estado de emergencia social, económica y ecológica, son:

*“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha elaborado y aplicado un test que contiene los distintos requisitos materiales o sustantivos que han de cumplir los decretos declaratorios de un estado de emergencia, y que se sintetiza así: (a) el estado de emergencia debe cumplir con su presupuesto fáctico, es decir, debe responder a hechos sobrevinientes y extraordinarios que alteren el orden económico, social o ecológico y sean distintos a los que constituirían estados de guerra exterior o conmoción interior; el presupuesto fáctico se desagrega, a la vez, en tres componentes: (i) el juicio de realidad de los hechos invocados, (ii) el juicio de identidad de dichos hechos como constitutivos de un estado de emergencia, y (iii) el juicio de sobreviniencia de tales hechos; (b) debe cumplir con un presupuesto valorativo, consistente en que la alteración o amenaza de alteración del*

199 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 137 de 1994, artículo 7.

200 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C 670 de 2015

*orden económico, social o ecológico debe ser grave y actual o inminente; y (c) debe satisfacer un juicio de necesidad, es decir, basarse en la insuficiencia de los medios ordinarios estatales para conjurar la crisis correspondiente, y la correspondiente necesidad de apelar a medidas extraordinarias o excepcionales en cabeza del Ejecutivo.”*

*“Adicionalmente, en virtud de mandatos expresos de la Constitución y de obligaciones internacionales del Estado desarrolladas en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, los decretos declaratorios de estados de emergencia deben cumplir con una serie de prohibiciones, a saber, (d) no pueden suspender los derechos humanos o libertades fundamentales, ni limitar aquellos que no son susceptibles de limitación ni siquiera durante los estados de emergencia, y deben cumplir con las reglas constitucionales e internacionales aplicables a las hipótesis de limitación legítima de derechos constitucionales; (e) no pueden interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público; y (f) no pueden suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento.”<sup>201</sup>*

Además del control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional<sup>202</sup>, existen otros dos controles sobre las normas que se expiden amparadas en un estado de excepción en Colombia: uno de carácter político, a cargo del Congreso de la República<sup>203</sup>, y un control de legalidad sobre los decretos expedidos por gobernadores y

201 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C 670 de 2015

202 Con respecto al control jurídico la Corte Constitucional ha dicho: “En síntesis, de la Carta Política se infiere la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad formal y material tanto de los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción como de los decretos legislativos de desarrollo. Tal competencia es corroborada además por las deliberaciones a que hubo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente; por el modelo del derecho constitucional de excepción por el que optó el Constituyente de 1991; por la regulación que aquél hizo de la naturaleza, límites y sistema de control del estado de conmoción interior; por la naturaleza jurídica del decreto declaratorio de tal estado de excepción y por la concepción actual de la jurisdicción constitucional y de su función”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-802 de 2002, Op. Cit.

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

alcaldes y que fueron usados para enfrentar la crisis y este control lo realiza la Jurisdicción Contencioso, en los siguientes términos:

*“Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.*

*Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento.”<sup>204</sup>*

Como puede verse, son muchos los límites y controles que tienen los estados de excepción en Colombia y el papel jugado por la Corte Constitucional como garante de la Constitución ha sido determinante para impedir que con normas excepcionales se pretendan menoscabar derechos y libertades fundamentales.

### **3. MEDIDAS ORDINARIAS PARA SITUACIONES EXTRAORDINARIAS**

El primer caso de coronavirus en Colombia se diagnosticó el 6 de marzo de 2.020. El 10 de marzo el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la resolución 380 que ordenó el aislamiento obligatorio de todos los viajeros provenientes de China, Italia, Francia y España por término de 14 días. El 12 de marzo la misma autoridad, emite la resolución 385 de 2.020 que declara el estado de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional y se adoptan algunas medidas para enfrentar la pandemia. El estado de emergencia sanitaria no es un estado de excepción, sino una competencia ordinaria.

El 12 de marzo y el 16 de marzo el Presidente expide los decretos ordinarios 402 y 412, que cierran fronteras primero con Ve-

nezuela y luego con el resto de nuestros vecinos, pero no el transporte aéreo desde y hacia otros países. En Colombia se decía que el Gobierno Nacional no estaba tomando las decisiones contundentes para enfrentar la pandemia, entonces los gobiernos departamentales y locales tomaron medidas drásticas como toques de queda, y confinamientos obligatorios de sus habitantes, lo que causó tensión entre el poder central y los gobiernos de los entes territoriales. No debe olvidarse que Colombia es un Estado unitario.

El 17 de marzo el Gobierno Nacional declara el estado de emergencia social, económica y ecológica en todo el territorio nacional mediante el decreto 417 de 2.020, por un término de 30 días. Un día después se expide el decreto ordinario 418, en el cual el Presidente de la República le deja claro a los gobernadores y alcaldes so pena de sanción, que él es la máxima autoridad del orden público frente a la pandemia y que está actuando dentro del marco de una crisis sanitaria, que como se dijo antes no es un estado de excepción.

El confinamiento obligatorio para los colombianos entre el 25 de marzo y el 13 de abril, se estableció con el decreto ordinario 457 de 2.020 y fue prorrogado hasta el 27 del mismo mes por otro decreto ordinario, el 531. Ambos por una competencia dada por el artículo 199 la ley 1801 de 2.016 o Código Nacional de Policía, que reza:

“Corresponde al Presidente de la República:

1. Dirigir y coordinar a las autoridades de Policía y la asistencia de la fuerza pública para garantizar la convivencia en todo el territorio nacional.
2. Ejercer la función de Policía para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y los deberes, de acuerdo a la Constitución y la ley.
3. Tomar las medidas que considere necesarias para garantizar la convivencia en el territorio nacional, en el marco de la Constitución, la ley y este Código.
4. Impartir instrucciones a los alcaldes y gobernadores para preservar y restablecer la convivencia.”

No se discute la gravedad de la pandemia, pero sí el instrumento con el que se están limitando derechos como el de movilización, reunión, protesta y todos los que se ven afectados con el cierre de establecimientos que atienden público. La actividad comercial, las libertades de empresa y económica tienen límites en Colombia, pero dentro de los parámetros que establezca la ley, lo anterior conforme a lo establecido por el artículo 333 de la Constitución colombiana<sup>205</sup>, sin embargo hoy están siendo menoscabados por decretos ordinarios.

Para el momento en que se escribe este texto, el Gobierno Nacional está usando dos instrumentos para enfrentar la crisis: por un lado, una emergencia sanitaria (*poderes ordinarios*) y por el otro, el estado de excepción de emergencia social, económica y ecológica (*poderes extraordinarios*). Con la primera, está limitando derechos fundamentales y actividades que requerirían de ley para su restricción; con el segundo, se está ocupando especialmente de temas económicos. Lo que muy característico de los gobiernos colombianos que suelen ser neoliberales en lo económico y ultraconservadores a la hora de restringir derechos y libertades fundamentales.

Regular aspectos tan importantes para los colombianos como los antes mencionados con normas equivocadas no es un error involuntario pues hace parte de una práctica que han sostenido algunos mandatarios y que ha sido denominada elusión constitucional, que no es otra cosa que evadir el control idóneo de constitucionalidad que debería tener una norma.

“El caso de los decretos reglamentarios es grave y paradigmático, pues allí ha desaparecido todo control real. De hecho, hoy se hace cualquier cosa con un decreto reglamentario. Se evita el control

---

205 “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1.991, artículo 333

constitucional y se logra la realización de una competencia por parte del Consejo de Estado, donde el control es inexistente. Esto en atención a que la competencia para controlar los decretos reglamentarios fue asignada al Consejo de Estado (artículo 237.2 de la Constitución), aconteciendo que bajo el nombre de decreto reglamentario se expide un decreto de contenido legislativo, sin realizar control”<sup>206</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, uno de los efectos más evidentes de este “*error*” tiene que ver con el control de constitucionalidad, pues los decretos de estados de excepción o legislativos tienen control de constitucionalidad automático, integral y posterior a cargo de la Corte Constitucional. En cambio los decretos ordinarios del Gobierno Nacional tienen control por vía de acción y la autoridad competente para conocer de ellos es el Consejo de Estado. Frente al control de constitucionalidad que realiza la Corte de los Decretos Legislativos, esta ha dicho: “debe ser un control estricto y riguroso para evitar la eventual vulneración de los preceptos superiores a los que deben sujetarse tanto su declaratoria, como los decretos de desarrollo de las facultades de las que se inviste temporalmente al Ejecutivo”<sup>207</sup>.

Que el competente para determinar la constitucionalidad de los decretos ordinarios que limitan derechos fundamentales durante la pandemia sea el Consejo de Estado y no la Corte Constitucional no es un detalle menor, pues que se dejó constancia en este escrito, son muchos los límites y controles que los decretos legislativos tienen en Colombia, como por ejemplo son temporales, la Corte Constitucional revisa su constitucionalidad de manera oficiosa y con un pronto pronunciamiento. Nuestra historia nos llevó a desconfiar de este tipo de normas y a ser muy exigentes en su análisis de validez. Pero esto no sucede con los decretos ordinarios que tienen vocación atemporal, requieren ser demandados por un ciudadano y una vez la norma sea accionada la sentencia del Consejo de Estado puede tardar muchos meses

---

206 Quinche Ramírez, Manuel (2009). La elusión constitucional: una política de evasión del control de constitucionalidad en Colombia (Bogotá, Universidad del Rosario).

207 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-216 del 29 de marzo de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

en decir acerca de su constitucionalidad o no.<sup>208</sup> La máxima autoridad de lo contencioso administrativo en Colombia también se caracteriza por sus posiciones menos garantistas en temas de constitucionalidad en comparación con las de la Corte Constitucional<sup>209</sup>.

Colombia tuvo una amarga experiencia con el estado de sitio vigente en la Constitución de 1.886. Por eso el constituyente de 1.991 puso tantos límites y controles a los estados de excepción y durante los últimos 29 años la Corte Constitucional se ha preocupado por preservar estos límites. Sin embargo, el Gobierno Nacional ha encontrado la manera de evadirlos. Mientras en el mundo tienen miedo de gobernantes con poderes excepcionales, pues pueden vulnerar derechos y libertades fundamentales, en Colombia por la ineficacia de sus controles, le tenemos más miedo a los poderes ordinarios para enfrentar situaciones extraordinarias.

## CONCLUSIONES

El estado de sitio dejó una huella imborrable en la historia de Colombia, la falta de límites y controles efectivos sirvieron para que se abusara de los derechos humanos con esta institución. Es por eso que la Asamblea Nacional Constituyente de 1.991 fue tan cuidadosa con la regulación de los estados de excepción. La Corte Constitucional, garante de la supremacía e integridad de la Constitución ha velado por evitar el abuso de los poderes excepcionales del Gobierno Nacional. Pero este ha encontrado formas de evadir este control y una de ellas es acudiendo a decretos ordinarios para regular aspectos que deberían estar normados por leyes o en su defecto decretos con fuerza de ley, lo anterior es llamado elusión constitucional.

---

208 Un ejemplo del tiempo que demora el Consejo de Estado en decidir un medio de control de nulidad por inconstitucionalidad es la demanda instaurada por un ciudadano el 10 de agosto de 2.016 contra el Acuerdo PSAA-16-10548, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y cuya sentencia declarando la nulidad del acto es del 6 de febrero de 2.018, es decir 18 meses después de haber sido demandada. [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-24-000-2016-00480-00\(A1\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-24-000-2016-00480-00(A1).pdf)

209 MENDIETA, David. El (des)control de constitucionalidad en Colombia. Estudios Constitucionales, Año 16, No 2, 2018, pp. 51-88.

Frente a las crisis globales causadas por el terrorismo, el cambio climático, la migración descontrolada, las pandemias, entre otros. Los estados acuden cada vez más a poderes excepcionales, pero esto no puede volverse en recurrente. La excepción no puede convertirse en la regla y en esto la historia de Colombia tiene mucho que enseñar. Las medidas excepcionales se deben establecer para solucionar problemas excepcionales, pero siempre con límites y controles, de lo contrario la cura podría ser peor que la enfermedad. Una de las líneas que divide la democracia de la autocracia son los estados de excepción. Cuando el Estado Constitucional de Derecho se encuentre en peligro, la salida es fortalecer al Estado de Constitucional de Derecho con límites y controles eficaces que permitan conservar los derechos y libertades fundamentales.



## Capítulo V - Italia

# EMERGENCIA, DERECHOS, DEMOCRACIA. ALGUNAS INQUIETUDES DESDE ITALIA

Anna Mastromarino<sup>210</sup>

No hay duda: lo que estamos viviendo no tiene precedentes.

En estos días muy a menudo se mencionan pandemias que en los siglos pasados han diezmando la población mundial. La llamada *española* por ejemplo.

Sin embargo, podemos repetirlo sin rémoras: lo que estamos viviendo no tiene precedentes.

Y eso porqué, a pesar de las posibles similitudes, por primera vez nos enfrentamos a una epidemia que además de mundial, es global, y por lo tanto mediática, conectada y gestionada tecnológicamente: una pandemia vivida en directo; una pandemia que obliga los estados (excepto unas pocas excepciones) a confrontarse entre ellos; una pandemia que ha movilizó la comunidad científica mundial, empujando a una colaboración sin fronteras; una pandemia en cuya reducción la ciencia y la técnica juegan un rol esencial y en cuya gestión también la opinión pública mundial ocupa un papel fundamental.

Con esto no quiero decir que la dimensión nacional no tenga importancia. Todo lo contrario. Tiene importancia, y mucha, a la hora de asumir estrategias de enfrentamiento al virus, decisiones que afectan la vida de los ciudadanos, medidas de protección de la salud pública y resoluciones por lo que concierne la política económica de cada país.

Pero es indudable que, en esta pandemia, la dimensión nacional ha quedado inevitablemente condicionada y por lo tanto directamente afectada por una dimensión supranacional, que a esta tragedia

---

210 Profesora Asociada de Derecho Público Comparado del Departamento de Derecho de la Universidad de Torino, Italia.

le otorga un toque casi democrático, habida cuenta de que el virus COVID-19 está golpeando todos los países, independientemente de su producto bruto, de su nivel de desarrollo económico, de su estructura demográfica...

Cuidado: he dicho “casi democrático”...porque la naturaleza democrática del contagio va desenfoándose si pasamos a analizar aspectos relacionados con las consecuencias prácticas que lleva consigo una pandemia, teniendo en cuenta que a la hora de enfrentarse en concreto con la emergencia el nivel de riqueza, estabilidad democrática y de bienestar social de cada país influye patentemente en las condiciones de vida de los ciudadanos.

A estas alturas, como juristas, es difícil expresar algo más que inquietudes. El marco no es firme y la situación va cambiando de momento en momento.

Pero también las inquietudes forman parte de la caja de herramientas del jurista. Incluso hay circunstancias en que esas inquietudes ayudan a marcar un camino.

Italia ha sido uno de los primeros países en enfrentarse con la pandemia Covid-19 y sigue siendo, hasta ahora, uno de los países más afectados por el virus.

Es más: hay que añadir que Italia ha sido la primera entre las democracias liberales maduras en tener que encararse con el virus. Lo cual no es poco, pues en una situación extraordinaria de emergencia no tener términos de comparación puede convertirse en un considerable factor de debilidad. No cabe la menor duda de que la gestión de la emergencia dentro del marco de lo “democráticamente permitido” se convierte en una tarea mucho más pesada porque no puede prescindir de límites y controles, de balances entre los poderes, de consenso. Incluso recurriendo a medidas de urgencia, un Estado democrático constitucional tiene que preferir extender el tiempo necesario para tomar decisiones, en vez de permitir la consolidación de poderes personales. Esto porque en los Estados constitucionales

democráticos, incluso en condiciones de emergencia, el objetivo no cesa de ser la salvaguardia de sus valores y la limitación de poderes, mientras los sistemas que no corresponden al modelo democrático se conforman con guardar su propia existencia política.

Sin ninguna pretensión, podemos empezar subrayando que existen por lo menos dos posibles puntos de vista para analizar la respuesta italiana ante el llamado coronavirus: uno estrictamente constitucional y uno más político.

El enfoque constitucional impone, ante todo, detenerse en los aspectos jurídicos, preguntándonos cual han sido los instrumentos normativos utilizados, su nivel de adecuación y su legitimidad desde la perspectiva del sistema de fuentes.

Aunque cada Estado vaya encarando de forma peculiar la emergencia, hay que señalar que pueden notarse algunas convergencias en las estrategias de cada país.

Así es que el pasado 31 de enero, Italia declaró, con una duración inicial de seis meses, el llamado “*stato di emergenza nazionale*”, sobre la base del Código de protección civil, D.Lgl. 1/2028. Desde entonces se ha desencadenado una serie exorbitante de actos normativos, sobre todo de naturaleza administrativa.

Efectivamente el sistema italiano, a diferencia de otras experiencias, no prevé una disciplina constitucional para el estado de emergencia<sup>211</sup>. El constituyente no quiso dotar el sistema de mecanismos que hubieran podido degenerar en escenarios de suspensión o excepción, afectando la plena vigencia de los derechos y dañando la primacía de la Constitución y su carácter rígido.

Sin embargo, esto no quiere decir que la Constitución italiana no haya tomado en consideración la emergencia como posibilidad capaz de atañer el espacio público. Más bien, el constituyente ha

---

211 Puede ser interesante recordar que la doctrina comparte prácticamente de forma unánime la idea que, en estas circunstancias, el denominado “*stato di guerra*” (art. 78 C.I.) no puede ser utilizado por analogía, en primer lugar por falta de afinidad de la condición actual con una situación conflictual.

querido privilegiar el uso de instrumentos “extraordinarios” dentro del marco ordinario de la vida constitucional del país. Por eso ha dispuesto el procedimiento al que se refiere el art. 77<sup>212</sup>, otorgando al Ejecutivo un espacio de maniobra en casos de urgencia y necesidad. El legislador, además y a partir de este mismo espacio, ha sabido proveer el sistema de un régimen de “ordenanzas necesarias de urgencia” que pueden ser aprobadas por parte de autoridades administrativas, a nivel tanto nacional como local. Tras los años, la amplia jurisprudencia constitucional sobre el tema ha contribuido a trazar el perfil de un mecanismo normativo bastante resbaladizo, que hoy se presenta mucho más firme, siendo exigido que cada ordenanza sea motivada, limitada en el tiempo, impugnable y conforme a los principios fundamentales del ordenamiento.

Hasta ahora, este es el contexto normativo en el que, en Italia, se ha ido desarrollando la secuencia de actos que han sido aprobados y cuya cobertura constitucional, en suma, resulta asegurada, por un lado, por el art. 77 de la Constitución, por otro por el Código de Protección Civil y el art.32 de ley 833 de 1978<sup>213</sup>. Efectivamente, no cabe la menor duda de que nos encontramos frente a una situación extraordinaria de necesidad y urgencia que legitima la adopción, por parte del Gobierno, de normas de rango legal; así como no podemos olvidar que las circunstancias nos obligan a recurrir a distintas herramientas jurídicas, de diferente rango, para hacer frente a una situación sustancialmente desconocida y sumamente inestable.

---

212 El art.77 de la Constitución italiana prevee que: «Il Governo non può, senza delegazione delle Camere emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.

Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti».

213 : «Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni».

Es por eso que, junto a decretos leyes, han sido aprobados actos del Ministro de la salud pública, actos del Departamento de la Protección Civil, actos regionales y municipales y, sobre todo, actos del Presidente del Consejo de Ministros, todos aptos a afectar los derechos constitucionales.

Hay que reconocer que, sobre todo en un primer momento, el gran número de actos aprobados, junto a sus diferentes rangos han ido generando una inevitable sensación de desorden y confusión entre la ciudadanía. Una sensación no propiamente adecuada en un contexto que, por si mismo, se presenta como precario y que el derecho debería contribuir a ordenar y ajustar (habida cuenta de que es la plena efectividad de los derechos y su goce integral lo que se está poniendo en juego); una sensación que si bien ha ido menguando con el tiempo, no se ha apagado del todo, a pesar de la aprobación del Decreto Ley n. 19/2020, que ha intentado una sistematización de lo existente, en particular por lo que concierne las relaciones entre Gobierno y Parlamento, por un lado, y entre Gobierno y entidades territoriales, por el otro.

Averiguar la legitimidad de los actos adoptados, por lo tanto, se convierte en una tarea vital al fin de asegurar legitimidad a toda la política nacional de contención de la pandemia y es esencial cuando se quiera entender la *ratio legis* de la acción normativa del Estado, dedicada, en primer lugar, a proteger el derecho a la salud.

En este sentido hay que aclarar que la Constitución italiana no dispone ningún tipo de jerarquía entre los derechos, inclinándose por un sistema integrado que prefiere la técnica del balanceo o ponderación concreta, en vez de una clasificación de derechos. Sin embargo, no se puede poner de lado que en Italia la fuerza del contagio ha sido lo suficientemente elevada como para obligar al legislador a tomar unas decisiones drásticas que, favoreciendo el derecho a la salud, restringen profundamente otras libertades fundamentales, como la de circulación, de reunión, de culto, de privacidad, inviolabilidad del domicilio... Efectivamente, más de 200.000 víctimas terminan

por casi neutralizar cualquier hipótesis de ponderación, siendo en juego el bien fundamental de la vida.

En estas circunstancias, forma y fondo se combinan: examinar la legalidad de los actos que limitan los derechos de los ciudadanos desde la perspectiva del sistema de fuentes permite reconocer, en el fondo, la legitimidad de las restricciones de las libertades, a pesar de otras posibles consideraciones de orden político.

Desde el punto de vista jurídico, por lo tanto, una primera mirada hacia la gestión de la emergencia por parte de l'Italia, nos devuelve la idea de una acción que, a pesar de un primer momento de perplejidad, con graves secuelas, pero tal vez inevitable, ha intentado evitar quiebras del sistema de fuentes, otorgando cobertura constitucional a la actividad normativa llevada adelante, aunque con dificultad y dejando todavía en el aire algunas dudas.

Sin embargo, la situación parece complicarse si desde la dimensión jurídica pasamos a considerar la dimensión política: aquí las criticidades se hacen patentes y contribuyen a acrecentar esa sensación de desorden de la que hablábamos.

En particular, el sistema político, frente a la concentración del poder en el Ejecutivo (típica en una situación de emergencia y apta a generar cierto desequilibrio entre los poderes) no ha sido capaz de compensar el sistema otorgando el debido protagonismo al Parlamento, que se ha quedado arrinconado.

Semana tras semana, el Legislativo ha quedado parado sin reaccionar, incapaz de ejercer su papel, atrapado en sus debates (alimentados por parte de la doctrina) sobre la posibilidad de reunir las cámaras y votar de forma no presencial. Sin tomar decisiones acerca de las modalidades de trabajo en tiempos de Covid-19, el Parlamento italiano se ha limitado a hacer lo estrictamente necesario desde la perspectiva de la legalidad normativa, olvidando su rol de representación, que supone obligaciones de vigilancia y amparo de los derechos y, en particular en tiempos de emergencia, aporta cierto *allure*

democrático a las medidas de urgencia que afectan profundamente las libertades de los ciudadanos, a pesar de su estricta legalidad.

Cierto desequilibrio se nota también por lo que concierne las relaciones con los poderes territoriales. Si bien el Decreto Ley n. 19/2020 ha intentado coordinar la actividad a nivel nacional con aquella local, es evidente que el sistema regional no ha estado hasta ahora a la altura del desafío lanzado por la situación.

Efectivamente, las tensiones que están estresando el sistema son de tal magnitud que difícilmente podríamos esperar que una simple acción de coordinación centro-periferia sería suficiente a sobrepasar esta emergencia. Lo que ha hecho falta es un sistema fundado sobre mecanismos firmes de cooperación interterritorial y sobre el principio de lealtad mutua, que, con el paso del tiempo, se ha convertido en el pilar de todas las organizaciones multinivel.

Tanto la flojedad del rol del Parlamento en este momento de emergencia, así como las dificultades que el sistema encuentra en desarrollar una eficaz dinámica centro-periferia, en realidad, son expresión de criticidades bien conocidas por la doctrina italiana. Criticidades que ahora manifiestan todo su peso y muestran las raíces profundas de la crisis del sistema italiano, cuyo origen se encuentra en el progresivo deterioro de su clase y cultura política que ya desde hace tiempo no parece demostrarse a la altura del reto que tiene, siendo el fruto de un discurso populista que ha ido plasmando el cuerpo electoral y el proceso decisional.

El fracaso de la estrategia de comunicación adoptada por el Gobierno en estas semanas es emblemática de lo que vamos diciendo: es verdad que nos enfrentamos a una situación sin precedentes, respecto a la cual nadie tiene respuestas ciertas. Pero es verdad también que habida cuenta de la extrema incertidumbre en la cual todos los gobiernos están tomando decisiones, al fin y al cabo, el *quomodo* puede marcar una diferencia entre lo que está “bien hecho” y lo que está “mal hecho”.

Hay que reconocer que, a pesar de todo, la sociedad civil italiana ha cumplido generalmente con todas las instrucciones, reaccionando bien y de forma civil al estado de necesidad. Pero sin una buena estrategia comunicativa es probable que los ciudadanos terminen por no entender la *ratio* de una acción normativa que afecta profundamente sus vidas y sus derechos y es llevada al cabo a través de una multitud de actos que genera desconcierto y una impresión de descuido, más que de protección.

A pesar de estas primeras medidas urgentes para reaccionar frente a la emergencia, quizás tendremos que asumir la idea que lo extraordinario se pueda convertir en ordinario, tomando en cuenta la posibilidad que lo que esta ocurriendo necesite tiempo para pasar.

Por eso también las inquietudes del jurista vuelven a jugar un rol importante, porque le permiten convertirse en un atento guardian del estado de derecho, sobre todo *pro futuro*.

Estoy convencida de que el verdadero desafío en términos de democracia y protección de derechos será lanzado mañana.

Será mañana, efectivamente, cuando podamos averiguar las consecuencias que se habrán desprendido a partir de esta indigestión de poder ejecutivo y los cambios que se habrán producido. Mañana podremos medir la solidez de nuestros sistemas democráticos, si serán capaces de dar pasos atrás después de tantos pasos adelante con deterioro de la libertad de los ciudadanos.

Hay que vigilar porque el estado de necesidad al cesar la emergencia se agote, llevándose consigo todo su aparato normativo de urgencia, sin resacas de autoritarismo, sin extender más las restricciones de la libertad de los ciudadanos.

El jurista es llamado hoy a escuchar sus inquietudes, pero más aún está llamado mañana a velar para que esas inquietudes no encuentren terreno fértil para echar raíces.

Lo que hoy parece necesario, mañana tiene que volver a ser

superfluo. El peligro es que, aprovechando de los tiempos difíciles que estamos viviendo, nos caiga encima una temporada en la que las conocidas democracias liberales ya no nos parezcan tan indecentes, si no más bien indispensables para nuestra seguridad; una temporada en la que el miedo nos haga sacrificar nuestro patrimonio de derechos a cambio de unas supuestas tranquilidad y garantía.

Allí tendrá que estar el jurista, defensor de la Constitución, de sus mecanismos, de sus garantías, de sus derechos.

Sin duda la crisis que estamos viviendo ha puesto en evidencia los límites del sistema italiano. Límites que conciernen en primer lugar las dificultades que, desde varios años, encuentra el Parlamento para encontrar su papel en una dinámica política cada día más centrada sobre efímeros protagonistas, más bien que fundada sobre ideas y proyectos a largo plazo. No es una casualidad si en estos días ámbitos como el del bienestar, salud pública y educación se hayan encontrado, más que otros, desamparados frente a la emergencia: han estado sufriendo por años recortes financieros, disminución de personal, descuido en términos de planificación. Sin hablar de la competencia con el sector privado, apoyado por el mismo Estado.

Y mucho también queda que decir acerca de la organización territorial del Estado cuya disfunción termina inevitablemente por afectar el pleno goce de los derechos. Su perfil, con el tiempo y debido a reformas del sistema que yo definiría “inacabadas” (como aquella del año 2001), se ha ido deformando sin que nuevos contornos hayan ido asomándose, propiciando adaptaciones precarias que se han demostrado poco eficaces frente a la necesidad de actuar con urgencia y firmeza.

Lo que estamos viviendo nos desafía para el futuro: cada crisis supone un cambio. Depende de nosotros elegir la naturaleza y la dirección de los cambios que queremos introducir. Puede que la emergencia que estamos viviendo se convierta en una ocasión para enderezar el curso del estado de derecho, fortaleciendo esos puntos

débiles del sistema que ya hace tiempo se están manifestando; al contrario, puede que la pandemia de un duro golpe a los pilares de la democracia liberal. Nada está decidido, todo queda en nuestras manos. En las manos de los juristas sobre todo.

Permitanme una última reflexión.

Espero que la idea del cambio como condición inevitable frente a la crisis sea asumida por parte de la Union Europea también: no puedo concluir estas breves notas sin una referencia a la Europa, deseando que despierte de su largo sueño, antes que ese sueño se convirtiera en una pesadilla.

Es tiempo para la Unión de cambiar de paso y tiene que hacerlo ahora, abriendo un nuevo proceso constituyente. Ya no queda espacio para los nacionalismos, sea cual sea su naturaleza. La temporada del Estado-nación se ha acabado hace tiempo: vivimos en una época en la que o nos salvamos todos o nadie se salva. En Europa o hay integración política, del sistema de derechos, del welfare, sustentado por un sistema fiscal común o ya no tiene sentido ningún proyecto económico y comercial a nivel regional.

## Capítulo VI - México

# OMISIONES FEDERALES EN LA CRISIS MEXICANA DEL COVID-19

Francisco Tortolero Cervantes<sup>214</sup>

El nuevo brote epidémico ha puesto en evidencia a gobiernos de distintos continentes que no se preocuparon por tomar medidas oportunas frente a su inminente propagación. Con su actuación, México se unió a la tendencia marcada por Brasil, Rusia, y Estados Unidos, India o el Reino Unido, cuyos gobiernos limitaron su estrategia inicial a contener los efectos económicos de la pandemia. Ciertamente, de muy alto impacto. De manera que el aspecto sanitario quedaba para ellos en un segundo plano, por implicar gastos innecesarios, que había que dejar para después. Lo principal era cuidar que la economía siguiera funcionando. Sin embargo, llegó un punto en el que la actividad económica paró brutalmente. Las bolsas cayeron y la recesión se implantó, al mismo tiempo que se perdieron semanas cruciales para evitar un cataclismo sanitario, hoy en marcha.

Sin embargo en México, como en los países referidos, la inacción del gobierno no pudo resistir a la resiliencia del territorio. El primer contagio registrado en el país, apareció a final de febrero. Pocos días después, los sectores productivos, las universidades y los poderes locales acordaron medidas de aislamiento social como única forma posible de contención. Así, el previsible freno en las actividades económicas ocurrió, contra la intención del gobierno federal, que pretendía que todo siguiera igual. Vemos pues que, ante la posible lucha entre dos posturas (la del gobierno federal, obstinado en cumplir un programa político dogmáticamente, frente al anhelo subnacional de

---

214 Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Este trabajo forma parte del proyecto financiado por fondos públicos PAPIIT "El federalismo mexicano después de la transición democrática: leyes, políticas públicas y entorno social", [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

atender esta crisis en función de las capacidades de cada región), uno de los factores que se pondrá a prueba, particularmente durante los próximos meses, es el estado de derecho, concebido «en sus principios y en sus órganos, para que ni los deseos del gobierno ni los temores del pueblo puedan arrasar los fundamentos del orden público, empezando por la libertad». <sup>215</sup> La tentación de concentrar poderes en tiempos de crisis lleva a gobiernos con visos autoritarios, como el mexicano, a representar una amenaza tan grave como la pandemia.

Cuando estas páginas sean publicadas, el virus habrá invadido ciudades mexicanas imprevistas, donde la capacidad hospitalaria está colapsada desde antes que surgiera este virus. Pero no todo termina ahí. Las omisiones que aquí se analizan, fomentan los más graves impactos a la economía, en tiempos en los que una pandemia no se puede combatir con estrategias aisladas de un solo país. <sup>216</sup> Trataremos de desarrollar cómo las medidas subnacionales y las iniciativas individuales pueden implicar en México el único contrapeso significativo existente contra estas graves omisiones federales.

## 1 . LA CONTENCIÓN DE UNA EPIDEMIA EN UN ESQUEMA FEDERAL.

Pocas crisis como las provocadas por una pandemia requieren reacciones tan inmediatas de los gobiernos. En México, resulta hoy imposible ocultar la larga lista de aspectos de salud pública que, por motivos de oportunidad política, fueron obviados o minimizados por agentes federales desde que se tuvo conocimiento del virus. Empezando por el presidente de la República, quien desde que asumió el poder en 2018 estructuró su proyecto político sobre la base del esquema decisionista-identitario de la relación *amigo-enemigo*. <sup>217</sup> En ese esquema lo político cobra sentido, en términos schmittianos, sólo

---

215 Sureau, F., *Sans Liberté*, Gallimard, 2019.

216 Strauss Khann, D., “L’être, l’avoir et le pouvoir dans la crise”, *Slate* de 7 de abril.

217 En una construcción que coloca en el centro al Ejecutivo, entre decisionismo y absolutismo, Beaud, O., *La puissance de l’Etat*, Paris, PUF, 1994, PP. 135-136.

si se plantea en un plano de enemistad, donde al adversario hay que derrotarlo. Eso incluye a quien se oponga a sus prioridades programáticas que han brillado por su imposible aplicación (me refiero a la ambiciosa lista de programas asistenciales y tres grandes obras de infraestructura : una refinería, un tren y un aeropuerto). Así, el presidente ha usado el aparato de comunicación del gobierno para denunciar a los gobernadores que no abrazan su agenda y que prefieren impulsar otras prioridades (incluso en esta pandemia), como sus adversarios. El afán por mantener el programa económico por encima de las medidas sanitarias (que por su magnitud financiera implicaría propósitos contradictorios), denota un absoluto desprecio por la noción de gobernanza territorial y de los controles institucionales, y no sólo contra los poderes locales, sino contra sectores de la sociedad que considera enemigos del pueblo (a saber, los empresarios, la prensa crítica). No en un plano de competencia sino de confrontación.

¿Pero qué tan grave podrían ser estas omisiones a nivel territorial, en términos de gobernanza y estado de derecho? ¿En verdad podría el habitante de un pueblo alejado reclamar al gobierno central por las medidas que tomó o dejó de tomar? Para actuar con inmediatez, con los elementos institucionales con que cuenta el Estado mexicano, sería fundamental deslindar de inmediato una de las preguntas centrales del federalismo, a saber: *¿quién debe hacer qué?* Para atender una crisis de esta envergadura, el reparto de tareas debía darse entre todos aquellos dispuestos a actuar, de la manera más rápida y eficiente.<sup>218</sup> La urgencia no impondría otra opción que hacer a un lado las disputas entre esferas: el inevitable “yo no fui”.

Abandonar la noción formalista del viejo federalismo implica entonces dejar de concebir el reparto de competencias en cajones estancos, que se podría ilustrar con un pastel “mil hojas”, con sepa-

---

218 Sin que aquello implicara renunciar a una coordinación federal con líneas claras. Pues igual que ocurrió en Italia con la confusión en la cadena de mando por la falta de reglamentación clara a nivel regional, la dispersión de estrategias en el territorio solo puede debilitar la acción colectiva. “Verfassungsblog”; debe decir: “Beqiraj, J., “Italy’s Coronavirus Legislative response: adjusting along the way”, *Verfassungsblog* de 8 de abril.

raciones estrictas entre autoridades. Una federación debe adquirir la forma de un “marmoleado”. Esto es, donde la competencias (otora duales, de una estricta separación entre lo federal y lo local) se entremezclen cada vez más, para poder echar mano de lo mejor de las capacidades instaladas en cada esfera competencial, a cada momento. Lo importante no sólo es saber quién es responsable; ni determinar, *in extremis*, por qué la acción gubernamental falló; sino cómo enfrentar la emergencia (en este caso, en una crisis sanitaria) de la manera más ágil y económica.<sup>219</sup> La cooperación entre esferas es entonces una de las claves de la flexibilidad y de la adaptabilidad federal, que ofrece todo su potencial ante un reto de este tamaño.

Por consiguiente, ante la pregunta “quién hace qué”, un esquema federal moderno debiera responder que “todos los niveles, haciendo todo a la vez”.<sup>220</sup> Aunque en este sentido, una de las cuestiones que no tienen lugar a dudas es que los gobiernos subnacionales no pueden actuar a nombre del conjunto. Baste considerar que sólo el gobierno federal está facultado para constreñir a las otras autoridades territoriales a actuar, por ejemplo, sobre cuestiones consideradas estratégicas o de seguridad nacional. Pero también, a otros actores del ámbito privado. De esta suerte, en sectores empresariales (i.e. fabricantes de autos o electrodomésticos), sólo la federación los podría obligar a construir temporalmente implementos médicos (i.e. respiradores pulmonares en vez de motores o tostadores). Así, el presidente norteamericano invocaba una norma de tiempos de la guerra de Corea para justificar la reconversión de ciertas producciones industriales para satisfacer las necesidades de los hospitales. Mientras que en México, ocurría exactamente lo contrario. Sin que hubiera una instrucción federal para restringir la salida de materiales quirúrgicos, los proveedores mexicanos de implementos médicos vendieron en febrero casi todas las existencias de máscarillas sanitarias a

---

219 “Una sociedad que coopera” (a cooperative partnership), en Elazar, D., *The American Partnership*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

220 “Who does what”, the answer is that the officials at all levels do everything together”, Grodzins, M., *The Federal System*, Chicago: rand McNally, 1966, p. 8.

proveedores de China. A pesar de lo inminente de la amenaza, nadie en el gobierno federal buscó limitar la salida de tales productos del territorio nacional<sup>221</sup>

En estado de emergencia sanitaria, la responsabilidad política por los actos y omisiones del Estado, queda ligada a la federación. No a los estados. No obstante que para el caso de México, la competencia originaria en materia de salubridad emane de estos últimos. Veremos, en cambio, que la federación tiene el control indirecto de muchas de las decisiones que toman gobernadores y alcaldes.<sup>222</sup> Las reglas de aplicación general, que rigen o debieran imperar durante el combate a una pandemia, presentan retos urgentes a nivel territorial, que trataremos de desentrañar a continuación.

## 2. ¿COORDINACIÓN ENTRE ESFERAS O PRE-DOMINIO FEDERAL ?

Resulta imposible defender los desplantes del responsable federal que insistió durante semanas que no era necesario basar la estrategia sanitaria en la realización de pruebas diagnósticas (y que a partir de esa sola opinión, México haya sido de los países que menos pruebas había realizado por millón de habitantes, des-

---

221 La federación tardó hasta el final de marzo para emitir un acuerdo para adquirir cuanto material quirúrgico estuviera disponible en el país (*D.O.F.* de 27 de marzo). Pero antes de esto, habría bastado una circular de la SSA a las aduanas del país, para impedir la exportación de materiales quirúrgicos. Sobre la exportación masiva de mascarillas a China, el vocero del gobierno federal reconoció esta omisión, pero publicó en abril, a los cuatro vientos, la autorización para recomprar miles de implementos de este tipo, a proveedores chinos, a precios mucho más elevados de lo que pudo haber comprado a comercializadores nacionales meses antes. Para el subsecretario López Gatell, “detener las ventas de dicho material hubiera implicado declarar un estado de alerta en México cuyas consecuencias sociales, política y económicas hubieran sido negativas”, *El Economista* de 7 de abril.

222 Haciendo un símil con el sustrato federal de la Unión Europea, se puede situar la declaración del presidente del consejo en Italia, Giuseppe Conte, quien en plena crisis advirtió en entrevista que dicho pacto entre países podría desintegrarse como consecuencia de la crisis del Coronavirus, por la falta de coordinación entre los gobiernos nacionales ; disfunción sumada a la incapacidad que mostraron las instancias comunitarias para asegurar estrategias efectivas para todo el territorio de la Unión ; el trasfondo de esta declaración era la reticencia del gobierno holandés de liberar los fondos de emergencia para contingencias (Mecanismos Europeos de Estabilidad), así como la reciente negativa de aquel país de recibir pacientes italianos en sus hospitales, en *The Independent* del 9 de abril.

pués de India).<sup>223</sup> Después de una decena de semanas de declarada la emergencia, el gobierno federal terminó autorizando la importación de dichas pruebas cuando 11 gobernadores (todos de oposición) exigieron a la Secretaría de gobernación que el gobierno federal cambiara la determinación de la Secretaría de salud, quien les había negado importar pruebas diagnósticas «por carecer de permisos».

En realidad, la negativa se trataba de una instrucción federal sin fundamento y contraria a los lineamientos de la OMS, agravada en el momento que el órgano regulador federal en materia de riesgos sanitarios, emitiera una negativa a los permisos de importación, que terminó rectificando en medio de los primeros brotes masivos en varios hospitales estatales. Todo esto fue agravado por la falta absoluta de implementos médicos tan elementales como mascarillas, que como ya dije, habían sido exportadas a China.

La actitud federal hostil a los estados<sup>224</sup> podía sumarse a varias otras acciones y omisiones, como la nula coordinación preparatoria entre los sistemas federales y estatales de seguridad social; la falta de previsión del número exacto de camas, incluso, la ampliación de capacidad en las unidades de cuidados intensivos que tendrán que estar disponibles en hospitales del país para atender la pandemia a cada momento; el estado de los equipamientos hospitalarios federales y locales o de los médicos y enfermeros listos para intervenir durante las semanas más críticas o la forma de suplirlos sin someter al personal a turnos adicionales. Nada de eso se programó a detalle por el gobierno federal. El clamor por un escenario catastrófico crece entre el personal médico de los estados.<sup>225</sup>

---

223 Ensor, R., “A chat with Mexico’s coronavirus czar”, *Medium* de 5 de abril.

224 La más citada en la prensa, la probable manipulación de las estadísticas; donde numerosas defunciones fueron registradas durante marzo y abril bajo el rubro de “neumonía atípica”, evitando con ello aumentar los casos reconocidos por coronavirus. De la misma manera que el gobierno federal norteamericano impidió el desembarco de pacientes contagiados en un crucero, no por incapacidad de hospitalizarlos, sino por lo inconveniente de engrosar las estadísticas, Lerner, B. “Trump wants to protect the numbers, not the Covid-19 patients”, *The New Yorker* de 6 de abril.

225 «El personal sanitario de México comienza a levantar la voz ante las carencias de recursos

Frente a la inacción sistemática y las omisiones mencionadas,<sup>226</sup> hay que aclarar que la voluntad de actuar de estados y municipios, en nada podría eximir a la federación de que se le finque responsabilidad por las omisiones que se lleguen a comprobar por razones jurídicas, pero también de oportunidad política.<sup>227</sup> En México, por mandato constitucional (art. 4), la atención a epidemias no precisa de una declaración de estado de sitio ni de categorías semejantes.<sup>228</sup> Aunque ciertamente compete a las autoridades federales, porque su propagación no se podría circunscribir dentro de ámbitos territoriales determinados. Y si bien aquello quedó implícito al atribuir al Congreso de la Unión facultades para legislar sobre brotes epidémicos (art. 73 fracc. XVI), el esquema de concurrencia asume que las autonomías locales queden siempre dispuestas para actuar en la urgencia, coordinadamente. El esquema propicia así la cooperación entre ámbitos territoriales; sin que sea éste un sometimiento sistemático de una esfera sobre las otras.

El predominio de la esfera federal sobre las subnacionales debe ser excepcional, y se tiene que justificar.<sup>229</sup> De ahí que el esquema de concurrencia sea la base de la intervención pública, articulando potestades que pueden ser operativas, normativas o de planeación.

---

y personal », *El País* de 3 de abril.

- 226 Decía que la baja fiabilidad de las estadísticas mostradas diariamente por la secretaría de salud federal (que reporta a su conveniencia para intercalar métodos y mostrar resultados sin sustento); que van hasta el ocultamiento deliberado de casos a la negación de evidencias, “Contagios masivos en personal de hospitales públicos enciende las alarmas en México”, *El País* de 8 de abril.
- 227 Tanto en los sistemas parlamentarios, pero más aún en los presidenciales (donde el jefe de estado funda su legitimidad en el voto popular), ha dejado de ser cuestionado que quien ejerce los poderes de excepción, en caso que ésta sea declarada, es quien conduce el poder ejecutivo a nivel nacional, en Scheurman, W. “Emergency Powers”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 2, 2006, pp. 257-277.
- 228 De este mismo artículo constitucional se desprende que el derecho a la protección de la salud no se altera bajo ninguna circunstancia; con lo cual, la declaración de emergencia sanitaria de la legislación ordinaria no genera derechos distintos a los ya contenidos en la Constitución.
- 229 Sobre los lineamientos del estado de derecho, la distribución funcional de las competencias debe basarse en principios bien delimitados : de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de la autoridad, en Huerta, C, “Emergencia sanitaria y distribución de competencias en el estado federal mexicano”, en Serna (ed.), *Covid-19 y el federalismo mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El estado de urgencia puede ser decretado sin necesidad de acudir a los supuestos de constitucionales del art. 29, que implicarían al Ejecutivo acudir al Congreso para que autorice la restricción o suspensión temporal de derechos de libre circulación, manifestación y de reunión ; la misma disposición establece además un control judicial, consistente en la revisión de constitucionalidad que deba hacer la SCJN respecto del funcionamiento de esta autorización temporal. Al Ejecutivo le quedaba entonces esquivar la ruta constitucional, y emprender, como veremos en seguida, la opción de la ley.

De este entramado de normas, se puede afirmar que a diferencia de países que carecían de reglas claras para el reparto de competencias en el territorio, como Italia al momento de estallar la crisis,<sup>230</sup> el gobierno federal mexicano contaba con el instrumental suficiente para reaccionar con prontitud, a través de una estrategia normativa que podía quedar fundada (como ocurrió) en legislación ordinaria y general.

De haber reaccionado con mayor celeridad, aquella estrategia (que nunca se implementó) habría permitido a todos los niveles de gobierno trazar líneas estratégicas claras. Cada ámbito competencial habría podido adelantarse, ganar tiempo y ahorrar recursos, tomar medidas concretas desde que la pandemia fue declarada, a la manera de una hoja de ruta donde autoridades de todos los niveles, y también los particulares, podían delinear futuras decisiones. Pero incluso el punto normativo inicial de la contención, apareció tarde.

### 3. LA DECLARACIÓN DE EMERGENCIA SANITARIA Y EL ESTADO DE DERECHO.

La determinación del estado de emergencia no se fundó directamente en la constitución, sino en una ley general.<sup>231</sup> Si bien en

230 Simoncini, M, « The need for clear competences in times of crisis », *Verfassungsblog* de 9 de abril.

231 La razón del ejecutivo federal de haber evitado fundar su declaración en la constitución, parecía implícita en la estrategia. Además de evitar autorizaciones del Congreso y la SCJN, al haber sido fundada en la Ley General de Salud, la categoría de « emergencia sanitaria » impedía a los patrones optar por un régimen laboral derivado de la Ley Federal del Trabajo : que en su art. 427 establece que en caso de « contingencia sanitaria » (tipología distinta a la

derecho mexicano existen declaraciones de poderes excepcionales, basadas en la Constitución (como se señaló, por virtud del art. 29), la actual declaración de « emergencia » o « catástrofe » emana del art. 183 de la Ley General de Salud (LGS) y se declaró desde el gobierno central, sobre la base de contenidos normativos que permanecen vigentes mientras dure la contingencia. La principal dificultad que genera entonces una autorización excepcional de este tipo, consiste en abrir la puerta a excesos de las administraciones. Si bien, el estado de derecho impone condiciones específicas que conviene describir.

Primero, los estados de excepción sólo pueden ser dictados por agentes del Estado autorizados para ello.<sup>232</sup> La declaración queda circunscrita a la temporalidad de la amenaza, y sus efectos deben ser proporcionales a la misma. No se debe olvidar que la declaración permite al Estado implementar medidas que, de darse en tiempos normales, serían inconstitucionales. Esto último, por las afectaciones o limitaciones a derechos y por la falta de controles que implica su ejercicio; en suma, por abrir espacios de arbitrariedad a la autoridad.

No por casualidad, este aspecto propició una de las mayores discusiones constitucionales del siglo XX.<sup>233</sup> Sin embargo, una de las

---

de la LGS), el patrón debe permitir que los trabajadores se retiren del lugar de trabajo, y éstos deben percibir hasta un mes más de salario mínimo por concepto de indemnización (no de sueldo). En cambio, la categoría que predominó, dejaba abierta la obligación para todos los patrones, de seguir pagando el sueldo íntegro, durante el tiempo que dure la « emergencia sanitaria » y no sólo durante el mes posterior a declarar el formato de « contingencia ». La medida parecía evitar la dificultad que se generó en Rusia, donde muchos patrones se negaron a pagar el mes de salario que exigió el gobierno, sin que se les redujeran impuestos ni ofrecerles incentivos. De manera semejante, en México, el ejecutivo federal cerró toda posibilidad de otorgar beneficios fiscales o aplazamiento en el pago de obligaciones de la seguridad social a los patrones. El balance no podría ser más evidente : en sólo dos semanas, al 7 de abril de 2020, se perdieron 346 mil empleos en el país.

232 Estos poderes de excepción, así asignados al soberano, fueron concebidos por primera vez en Locke, J., *Two Treatises on Civil Government* [1690], Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 375. Sobre la reformulación de este postulado por Carl Schmitt, *Théologie Politique*, (donde 'la suspensión evoca una ausencia de normas y límites') cf. Hirst, P., "El decisionismo de Carl Schmitt", en Mouffe, Ch. (ed.), *El desafío de Carl Schmitt*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2011, pp. 19-33.

233 Sin que sea éste un espacio para entrar en detalles, me limito a enunciar que para Carl Schmitt, en tiempos de excepción, los poderes legislativo y judicial deben hacerse a un lado ; ceder a la necesidad de definición única en manos del ejecutivo, por concentrar la información y la capacidad de reacción. En sentido contrario, Hans Kelsen afirmaría que el poder nunca se puede sustraer al derecho ; incluido durante una emergencia de este tipo. Ya que el soberano está completamente formado por el derecho, en Dyzenhaus, D., « L'État d'exception », en Troper, M. y D. Chagnollaud (eds), *Traité International de Droit Constitutionnel*,

cuestiones que parecen no causar diferencias, es que tales declaraciones excepcionales tendrían que fundarse en postulados constitucionales para permitir que el ejecutivo actúe sin tener que hacer frente a los contrapesos de los otros poderes. Por la celeridad requerida, tendrían que emanar más del legislativo y el ejecutivo, y menos del judicial,<sup>234</sup> que aunque también sea competente, puede propiciar un espiral de activismo que potencie los inconvenientes de la judicialización, aspecto que por su complejidad no puedo abordar en esta ocasión.

Segundo, habrá que preguntarse donde quedan los niveles subnacionales o de proximidad en este reparto que emana de una declaración de emergencia; que como se dijo, puede estar fundada en la Constitución o en la ley. Donde las medidas enunciadas buscan el combate de la epidemia pero también la reconstrucción social y económica tras el paso del virus. Esa hoja de ruta vinculante, debiera reflejar con toda claridad las normas, principios, directivas contenidas en derecho doméstico e internacional, de suerte que cada entidad (pública o privada) pueda encontrar soluciones coordinadas a todos los niveles del territorio.

La mera posibilidad de actuar bajo normas excepcionales, dio entrada a excesos de alcaldes que con base en aquella declaración federal, emitieron decisiones inconstitucionales. La posibilidad de imponer restricciones a derechos se tradujo en toques de queda, multas, cierres de negocios o en arrestos administrativos a personas que no obedecieron mandatos municipales (siendo que como se verá en seguida, la declaración de emergencia no incluyó ni la privación de la libertad ni la imposición de multas como sanciones permitidas).<sup>235</sup>

---

Paris, Dalloz, 2012, t. II, pp. 739-741,

234 Los jueces habrían tenido un papel importante sí y solo sí la declaración se hubiera hecho por vía constitucional. En la especie, no deben erigirse en salvadores providenciales de una herencia de libertades amenazadas. Porque para ello están los demás contrapesos. De ahí que me parezca más adecuado acudir a un sistema de incentivos políticos y económicos que permitan evitar los abusos en el ejercicio de poderes durante una emergencia declarada, en Ackerman, B., « The emergency Constitution », *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, p. 1031.

235 Así, el alcalde de Veracruz, Ver., protagonizó un desacuerdo público con el secretario de gobierno estatal, cuando este último le ordenó mediante oficio SG03223/2020, dejar sin efecto las acciones emprendidas en su municipio (incluida una declaración de emergencia que no obstante, la constitución estatal dispone para los municipios). La inmediata respuesta del

Pero la consecuencia que el gobierno federal no puede imponer, bajo ningún motivo, es que las autoridades subnacionales y los particulares permanezcan inmóviles, como ocurrió desde que los primeros casos se diagnosticaron en México; o al menos desde que la OMS hizo la declaración de pandemia.<sup>236</sup> Queda claro que el ejecutivo federal no requiere asignar autorizaciones específicas para permitir que los poderes de proximidad actúen, dado que el combate a epidemias implica una materia concurrente, donde estados y municipios comparten competencias (e incluso podrían ser implicados como co-responsables en caso de inacción). De ahí que la actuación federal no pueda ser taxativa ni excluyente.

En suma, la declaración de emergencia (y las instrucciones derivadas de otras leyes y reglamentos), deja a salvo los controles institucionales previstos para evitar la arbitrariedad (esto último, tanto en la parte legal, regulatoria como jurisdiccional).

#### 4. ASPECTOS LEGALES Y REGULATORIOS.

Por el esquema constitucional de reparto de competencias (art. 124), la salubridad general corresponde a la federación en dos vertientes: la regulación y la implementación. Los estados mantienen competencia en uno de esos dos aspectos (la regulación), aunque limitados al ámbito local. El aspecto federal queda entonces sujeto a lo dispuesto por la Ley General de Salud (art. 13 LGS), que faculta a la federación a emitir reglamentos técnicos de aplicación general en los tres niveles de gobierno, bajo la categoría de Normas Oficiales Mexicanas (NOM).<sup>237</sup> Si bien, para la vigilancia epidemiológica, los estados también conservan su competencia concurrente en el otro plano (el de la implementación, derivado del art. 134 LGS). Aunque cabe señalar que al no prever ninguna sanción posible en el

---

alcalde denegada por la autoridad estatal (*Reforma*, 25 de marzo).

236 El primer caso detectado es de 28 de febrero de 2020; la declaración de pandemia de la OMS ocurrió el 9 de marzo; y la declaración de emergencia del gobierno ocurrió el 31 de marzo.

237 La NOM-017-SSA2-2012 fue dispuesta para regular las epidemias.

plano federal contra los ciudadanos o autoridades que incumplieran las medidas emprendidas, se produjo a la postre otra omisión federal, ya que resultaba infundado que las autoridades de proximidad impusieran sanciones locales como formas de implementación con carácter vinculante. Dicha omisión federal implicó no indicar la clase de consecuencias legales que podrían aplicarse en todo el territorio.

En sus agencias regulatorias, la federación cuenta con mecanismos de supervisión en muy diversas materias (por ejemplo, la COFECE, COFEMER, COFEPRIS<sup>238</sup> y tantas otras). A través de estas dependencias, la federación habría podido emitir circulares o incluso exhortos informales para fomentar medidas implementadas localmente de acuerdo a cada realidad regional, aunque con una coordinación que evitara esfuerzos contradictorios.<sup>239</sup> Incluso, para no obstruir a entidades territoriales con programas que empezaron a atender problemas vinculados con la suspensión de actividades y el aislamiento de las familias. Con medidas reglamentarias, las autoridades locales enfrentaron el aumento de casos de violencia intrafamiliar a través de capacidades a su alcance (como la restricción de venta y consumo de alcohol durante la cuarentena, medida que se tomó en numerosos estados y municipios del país). Por su parte, casi la mitad de los estados otorgaron estímulos fiscales (como descuentos, diferimiento de cobros, o en el menor de los casos, exenciones), frente a la rotunda negativa federal de concederlos.

Decíamos que la regulación en materia de salubridad general no puede ser modificada unilateralmente por estados y municipios. Aunque las autoridades locales fueron autorizadas a tomar medidas como

---

238 Respectivamente, Comisión Federal de Competencia Económica; Comisión Federal de Mejora Regulatoria; Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios.

239 Entre otros, la autorización para efectuar pruebas diagnósticas masivas, para imponer el aislamiento de personas contagiadas o sospechosas de contagio, y para imponer controles a pasajeros (art. 139 LGS). El gobierno federal bien pudo aligerar algunas de las dificultades que tuvieron que sortear algunos gobiernos locales (i.e. los de Jalisco y Nuevo León, quien tardaron semanas antes de poder adquirir pruebas a compañías extranjeras). Cabe señalar que el primer acuerdo emitido por el Consejo de Salubridad General, donde declara la gravedad de la epidemia (como enfermedad de atención prioritaria) y exhorta a estados y municipios a definir planes de reconversión hospitalaria y expansión de capacidad, se dio dos semanas después de la declaración de pandemia de la OMS, cf. *D.O.F.* de 23 de marzo.

la reconversión de hospitales en sus demarcaciones, tampoco podrían justificar decisiones administrativas exclusivas de la federación, como emitir decretos para condicionar la producción de insumos para la salud. La federación es la única que puede imponer a las maquiladoras instaladas en México, la obligación de vender una parte de su producción a hospitales mexicanos, en vez de exportarla toda al extranjero.<sup>240</sup>

Implementando una medida semejante, la secretaría de salud federal pudo evitar solicitar a proveedores chinos la compra de 5000 ventiladores pulmonares, de entrada insuficientes, por el notorio déficit que ya existía, semanas antes de que los hospitales mexicanos colapsen por los pacientes graves ingresados por Covid-19 ; la misma semana el presidente estadounidense encargó 10 millones de estos aparatos por la vía de la reconversión industrial.<sup>241</sup> Peor aún, al ejercer estas competencias federales, el presidente mexicano pudo haber reaccionado ante su homólogo norteamericano, quien días atrás había impedido que proveedores de cualquier país compraran mascarillas y respiradores a empresas norteamericanas durante la contingencia.<sup>242</sup> En esa misma lógica, nada habría impedido al gobierno mexicano (también a través de la Secretaría de Salud) imponer medidas recíprocas a compañías instaladas en México, que fabrican partes esenciales de esos ventiladores que luego son exportados a todo el mundo. Por la mera contribución a la cadena de suministros de aquellas empresas, bien se podría condicionar la exportación de sus piezas a que se garantice al gobierno o a hospitales privados de México la venta de un número determinado de aparatos terminados en plazos perentorios. Pero tampoco se hizo; será un cataclismo atizado por la inacción federal.

---

240 “Mexican factories boost production of medical supplies for US hospitals while country struggles with its own coronavirus outbreak”, *Washington Post* de 3 de abril.

241 Cf. Barra Mexicana Colegio de Abogados-III/UNAM, *Guía de orientación jurídica por afectaciones derivadas del Covid-19*, México, IJJ-UNAM, abril de 2020, pp. 26-34.

242 La empresa 3M, con sede en Minnesota, dio a conocer que el 3 de abril recibió un comunicado de la *Federal Emergency Management Agency* (citando la *Defence Production Act*, que otorga a la administración federal poderes para asegurar suministros y priorizar ventas homologadas al esfuerzo de guerra), para dejar de exportar ventiladores y mascarillas N95 a Canadá y América Latina, y urgió a que las plantas que esta empresa tiene en China enviaran toda la producción de esas máquinas a los Estados Unidos, “US wants 3M to end mask exports to Canada and Latin America”, [www.bbc-news.com](http://www.bbc-news.com) de 3 de abril

## CONCLUSIÓN

Poco antes de morir, preguntaron a André Malraux cuál era la característica de nuestro tiempo. «La ausencia de decisión», contestó. Al combatir esta epidemia, el gobierno federal mexicano ha asumido el papel de gobiernos nacionales incapaces de coordinar esfuerzos reconociendo capacidades instaladas en el territorio ; como una máquina para no decidir.<sup>243</sup> Ha sido omiso por no diseñar normas, ni protocolos de actuación (por ejemplo, para la atención de pacientes en hospitales). Más grave aún es que no se hayan tomado medidas *coercitivas* inmediatas con carácter general, desde la aparición del primer caso en febrero; o al menos desde que la OMS emitió la declaración de la pandemia en marzo. El estado de derecho fue violentado dado que la obligación federal de emitir medidas generales (art. 181 LGS) fue incumplida tras la declaración de emergencia sanitaria a final de marzo.<sup>244</sup> Las ordenes de cuarentena seguían siendo indicativas hacia mediados de abril ; sin haber dispuesto sanciones, la meta de lograr un 70% de población reclusa en sus casas, difícilmente se iba a poder lograr (en un país donde la mitad de la población vive al día).<sup>245</sup> Con una hacienda pública federal que decidió no conceder créditos ni incentivos fiscales para empresas. Donde su actuación no ha pasado de emitir comunicados tranquilizadores sin fundamento, pues lo mejor que hay que hacer es sentarse a esperar.

A casi cuatro meses del primer brote en China, tanto la Secretaría de Salud como el Consejo de Salubridad General (máxima instancia consultiva del gobierno, que tardó semanas en ser convocado), han seguido incumpliendo sus funciones legales y constitucionales. En vez de consultar a las instancias federales que debía escuchar,<sup>246</sup> la

243 Debray, R., “Le dire et le faire”, Tracts Gallimard, de 13 de abril.

244 Las medidas preventivas publicadas conciernen la suspensión de actividades que involucran reunión de personas; tránsito o desplazamiento de personas del 24 de marzo al 19 de abril, excepto para las actividades consideradas necesarias para enfrentar la contingencia, *D.O.F.* de 24 de marzo. Pero como se advirtió, no se estableció un marco normativo para permitir imponer sanciones ante el incumplimiento de esas medidas.

245 “En México, apenas 35% ha respetado el ‘quédate en casa’”, revela Google, *El Financiero* de 7 de abril.

246 Entre las instancias federales que no han tenido actividad importante, se puede referir al Sis-

Secretaría de Salud tomó decisiones irresponsablemente; sin evidencias médicas y sin escuchar las necesidades locales. Asumiendo un mal entendido predominio federal.

Todas estas omisiones se agravan si se considera que las autoridades tenían a su disposición un cúmulo de herramientas normativas. De las más desaprovechadas en México, el sistema federal, que como vimos, ofrece márgenes de flexibilidad que se habrían podido aprovechar. El colapso del sistema de salud va a ocurrir irremediablemente, como ocurrió en países mucho mejor preparados. Parece imposible que en la urgencia, se puedan urdir mecanismos inter-gubernamentales de cooperación, que de haberse preparado con tiempo, habrían permitido un mejor combate a todos los niveles territoriales. La cooperación sanitaria habría podido plantearse incluso con entidades subnacionales de otros países, que habrían podido auxiliar a distancia con protocolos y con información. Las alternativas eran muchas, pero el tiempo se acabó. Veremos ahora si las autoridades subnacionales pueden actuar para salvar a sus pobladores del desastre, a pesar de las omisiones de la federación.

---

tema Nacional de Vigilancia Epidemiológica, encargado de recabar información de todas las dependencias del país, *D.O.F.* de 27 de marzo.



## Capítulo VII - Paraguay

# EL IMPACTO DEL COVID-19 EN EL SISTEMA POLÍTICO PARAGUAYO: ¿HACIA UNA DEMOCRACIA ILIBERAL?

Jorge Silvero-Salgueiro<sup>247</sup>

La categoría conceptual “democracia iliberal”<sup>248</sup> refiere a un régimen político cuyas autoridades son electas democráticamente, pero el gobierno desconoce los límites constitucionales al poder y socaba los derechos fundamentales. Asimismo, niega una separación estricta entre Estado e Iglesia, desconociendo el principio de Estado laico<sup>249</sup>. El concepto presenta reparos, pues contiene contradicciones. Es difícil calificar a un régimen político como “democracia” en tanto carezca de contenidos liberales fundamentales, tales como división de poderes y libertades públicas; más bien, sería un régimen autoritario y según sus particularidades quedaría pendiente calificar a qué forma autoritaria se adscribe. Sin embargo, pese a las críticas teóricas, el término es usado corrientemente<sup>250</sup>, sobre todo para describir en qué modo ciertos países se están alejando de las formas democráticas usuales<sup>251</sup>. De ahí, su utilidad práctica.

En el caso de Paraguay, desde antes de la declaración de la pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) se han suscitado una serie de medidas gubernamentales para mitigar los efectos del Covid-19. Mi tesis es que, las acciones de gobierno observadas en tres ámbitos (a saber, más abajo) están concentrando poder excesivo en el Poder Ejecutivo desdeñando el sistema de división de poderes y desnaturalizando las funciones de cada órgano del Estado. Dichas medidas

---

247 \* Investigador jurídico independiente.

248 Zakaria, Fareed, "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs*. November–December 1997.

249 Plattner, Marc F., "Illiberal Democracy and the Struggle on the Right." *Journal of Democracy* 30, no. 1 (2019): 5–19.

250 Erlanger, Steven, What Should Europe Do About Viktor Orban and 'Illiberal Democracy'?, *The New York Times*, 23/12/19.

251 Wigura, Karolina / Kuisz, Jaroslaw, Want to Save Europe? Learn From Poland. Three lessons from our fight against illiberalism, *The New York Times*, 22/05/19.

son otorgadas sin un contrapeso adecuado enunciándose meramente ciertos controles parlamentarios y/o administrativos carentes de eficacia<sup>252</sup>. Asimismo, se han restringido ciertos derechos constitucionales de la ciudadanía con formas ligeras y con un alcance profundo, de un modo no visto desde tiempos de la dictadura de Stroessner (1954-1989). En efecto, la Fuerza Pública (policías y militares) por orden presidencial se han adueñado del espacio público con numerosos casos de abusos<sup>253</sup>. Acaso, ¿la cuarentena sanitaria lo justifica todo? Desde el lado de la ciudadanía se han visto asimismo actitudes exacerbadas que riñen con una convivencia democrática. Así, la denuncia y la delación se han incrementado entre ciudadanos y se penaliza socialmente al “otro” que no se pliegue al pensamiento mayoritario que supuestamente estaría sustentado en un “interés común”. La pérdida del disenso y de tolerar acciones individuales minoritarias evidencian que el virus dinamizó el autoritarismo latente de una sociedad conservadora.

La suma de todos estos factores propicia que el sistema político paraguayo navegue hacia formas autoritarias del tipo “democracia iliberal”. En ese sentido, el mandato constitucional de contar con un Estado laico en el Paraguay también se debilitó en plena crisis sanitaria cuando desde el gobierno se impulsaron acciones de oración en consonancia con propuestas de pastores evangélicos<sup>254</sup>. Encima, las credenciales democráticas de origen del actual gobierno son muy limitadas, pues las condiciones institucionales de fraude electoral no pudieron ser descartadas.

En fin, son tres ámbitos principales donde se evidencian los cambios y ajustes que está sufriendo el sistema político-constitucional en tiempos del Covid-19:

---

252 Por ejemplo, la compra de tapabocas a precios sobrefacturados en plena crisis sanitaria. <https://www.abc.com.py/edicion-impresa/politica/2020/04/13/mas-evidencias-de-irregularidades-en-compra-de-tapabocas-para-la-dinac/>

253 El grupo policial Lince se ha visto envuelto en varios casos de abusos. <https://www.lanacion.com.py/pais/2020/03/25/fiscalia-investigara-video-y-denuncia-de-abuso-de-autoridad-de-lince/>

254 “Mario Abdo pide orar ante COVID-19: Dios va a proteger al Paraguay”, diario Hoy, 13/03/20.

**Delegación legislativa.** Algunas Constituciones, como la de Argentina, prohíben la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo casos de emergencia pública con ciertos requisitos y por un plazo dado (art. 76). La Constitución paraguaya de 1992 no contempla una regla expresa de autorización sobre la delegación legislativa. La anterior Constitución de 1967 contemplaba la posibilidad del Poder Ejecutivo de dictar “decretos-ley”, la actual suprimió esa actividad legislativa a cargo del presidente de la República. Tampoco la Constitución de 1992 contempla una atribución similar a la Argentina como los “decretos de necesidad y urgencia”. En lugar de ello, dispuso que el Poder Ejecutivo podrá solicitar “el tratamiento urgente de proyectos de ley que envíe al Congreso” (art. 210). Además, dentro de los deberes y atribuciones del Congreso figura “expedir leyes de emergencia en los casos de desastre o calamidad pública” (art. 202 inc. 13). La expresión “delegar” en la Constitución de 1992 es mencionada dentro del trámite legislativo interno: “Cada Cámara... podrá delegar en comisiones el tratamiento de proyectos de ley”. Pero, advierte expresamente que “no podrán ser objeto de delegación el Presupuesto General de la Nación” ni aquellos proyectos relacionados con “la organización de los Poderes del Estado” (art. 215). Con lo cual, queda claro que cada Cámara retiene las competencias en materia de Presupuesto General de la Nación y ésta es una materia que no se puede delegar ni a una instancia dentro del Poder Legislativo, como son las comisiones de trabajo ni menos a instancias fuera del Poder Legislativo. En definitiva, la Constitución de 1992 asigna la función legislativa con preeminencia al Poder Legislativo y le obliga a legislar aun en casos de urgencia y emergencia.

Por otro lado, asuntos como “restricción de derechos” son propios del Estado de Excepción, que de acuerdo a la Constitución de 1992 es una competencia compartida entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Si hubiera una declaración unilateral por parte del Poder Ejecutivo en ese sentido, el Poder Legislativo dentro del plazo de cuarenta y ocho horas “deberá” aprobar o rechazar dicha medida (art. 288). Vale

decir, nuevamente el Poder Legislativo tiene la obligación de actuar, no delegar, más aún cuando se trata de restricción de derechos.

En la práctica paraguaya reciente, hubo un desconocimiento de toda esta normativa constitucional. En efecto, cuando comenzaron las primeras medidas legales por parte del Poder Ejecutivo para mitigar los efectos del Covid-19, el Poder Legislativo más que actuar y asumir su rol constitucional dentro del sistema político decidió plegarse a las instrucciones del Poder Ejecutivo sin ejercer su liderazgo normativo ni control político.

La primera medida legal fue una alerta epidemiológica expedida en el ámbito del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPyBS) el 23 de enero de 2020. El día 30 de enero la OMS declaró una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) conforme al Reglamento Sanitario Internacional (RSI). Casi un mes después, el 28 de febrero el MSPyBS conformó el Centro de Operaciones de Emergencia por Resolución N° 76 para dar respuesta a una eventual pandemia de coronavirus (Covid-19). El 9 de marzo se expidió el Decreto N° 3442 del Poder Ejecutivo para implementar acciones preventivas ante el riesgo de expansión del Covid-19, conforme al Plan Nacional de Respuesta a Virus Respiratorios 2020. Dicho decreto no contenía medidas específicas, pero es el primer instrumento donde se instruye a las Fuerzas Públicas (Policía más Militares) a colaborar con el MSPyBS. El 10 de marzo el MSPyBS expidió la Resolución N° 90 sobre medidas para mitigar el Covid-19 y con la sola firma del Ministro de Salud Pública se restringieron derechos fundamentales. Así, se decidió, básicamente: “Suspender la realización de espectáculos públicos o privados de concurrencia masiva, reuniones políticas, gremiales y sociales, actividades religiosas y actividades recreativas. Suspender todo tipo de actividades en lugares cerrados, y; suspender las actividades educativas en todos los niveles de enseñanza”.

En este estado de cosas, el Presidente de la República anunció públicamente ese mismo día 10 de marzo las medidas restrictivas tomadas por el Ministro de Salud Pública y, sorprendentemente, a su

lado se encontraban el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Presidente del Senado, el Presidente de Diputados y el propio Ministro de Salud Pública<sup>255</sup>. De esta forma, con este respaldo presencial, el Poder Legislativo delegaba tácitamente en una persona, el Ministro de Salud Pública, la atribución para restringir derechos ciudadanos, más aún sin la declaración de una emergencia nacional o calamidad pública renunciando al correspondiente debate público sobre los efectos y alcances de estas medidas tan delicadas y sensibles.

Por su parte, con la presencia de uno de los máximos jueces de la República en ese acto, no cabía lugar para intentar una acción judicial de protección contra medidas ejecutivas que lesionaban derechos dada la parcialidad manifiesta en apoyo a dichas medidas. Por ejemplo, la citada Resolución N° 90 permitía, excepcionalmente, que los eventos deportivos pudieran llevarse a cabo sin la presencia de público. Un partido de fútbol requiere de 11 jugadores en un vestidor, una habitación cerrada, y de 22 que entran en contacto en el campo de fútbol más los árbitros. Cualquier otro ciudadano podría haber reclamado condiciones de igualdad y pedir que un juez le autorice la realización de un evento, del tipo que sea, donde la cantidad máxima de personas serían 11. Pero, sus condiciones de éxito serían mínimas ante la falta de distanciamiento entre los Poderes del Estado y la forma en cómo se estaba difuminando la división de poderes. Recién al día siguiente, el 11 de marzo la OMS declaró la pandemia.

En el Paraguay, el 16 de marzo por Decreto N° 3456 del Poder Ejecutivo se declaró Estado de Emergencia Sanitaria. El mismo día por Decreto N° 3458 se ordenó el cierre de fronteras. El 17 de marzo por Resolución N° 99 del MSPyBS se dispuso un “aislamiento preventivo general de la población” entre las 20:00 hs y las 4:00 hs que no es otra cosa que un eufemismo para un “toque de queda”, amenazándose con sanciones de la Ley N° 836/80 Código Sanitario, la Ley

---

255 Véase, el anuncio de las medidas y la foto del evento: <https://twitter.com/PresidenciaPy/status/1237495174709891072?s=20>

Nº 716/95 que sanciona delitos contra el medio ambiente y el Código Penal. La anterior Resolución Nº 90 solo remitía a sanciones del Código Sanitario. A partir de ese momento, el Ministro del Interior al mando de las fuerzas policiales tenía el control sobre la ciudadanía sin que declarara un Estado de Excepción o alguna medida legislativa similar conforme a la Constitución paraguaya vigente. La protección a la salud pública lo “justificaba” todo.

En parte, a nuestro entender, la guía normativa para actuar fue el Código Sanitario que autoriza al MSPyBS a arbitrar medidas sanitarias para proteger la salud pública. Sin embargo, cabe diferenciar entre medidas sanitarias a cargo de las autoridades de Salud Pública como ser: ordenar implementar medidas higiénicas y desinfectantes a la entrada de centros comerciales y supermercados; formar fila guardando una distancia prudente o en su caso protocolos médicos en hospitales, de medidas que afecten derechos protegidos por la Constitución, que claramente no están en las manos de un Ministro de Salud Pública. Menos de suspender sus efectos constitucionales por medio de una simple resolución. Además, el Código Sanitario es una ley de 1980, anterior a la Constitución de 1992, cuyas disposiciones deben interpretarse en consonancia a las disposiciones constitucionales respetando el espíritu de ésta, la norma suprema. No al revés.

Pero, no fue hasta el 26 de marzo que el Poder Legislativo recién se pronunció sancionando la Ley Nº 6524 de Emergencia. Técnicamente, es más una “ley de autorizaciones”, por medio de la cual se delegan una serie de decisiones y atribuciones al Poder Ejecutivo para que éste resuelva los temas y tras ello, el Poder Legislativo se llamó nuevamente a inactividad sobre el tema pandemia y restricción de derechos. La citada ley no menciona ni hace referencia a las restricciones de derechos y las libertades ciudadanas que, bajo ese estado de cosas, seguían siendo materia de decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo. Lo cual, contrasta con lo señalado más arriba que en caso que el Poder Ejecutivo declare el Estado de Excepción, la Constitu-

ción ordena que el Poder Legislativo apruebe o rechace dicha medida en un plazo perentorio de cuarenta y ocho horas. Evidentemente, el Poder Legislativo confía ciegamente en el Poder Ejecutivo y, simplemente, delegó sus atribuciones. Más allá de que sea un acto consciente o no, eso corresponde a un plan iliberal.

**Presupuesto General de la Nación (PGN) y Endeudamiento Público.** La Constitución de 1992 le otorga al Poder Ejecutivo la iniciativa en proponer el proyecto de PGN y al Poder Legislativo el estudio y sanción del mismo pudiendo realizar cambios sustanciales. Por medio de la Ley N° 6524 de Emergencia se delega ahora en el Poder Ejecutivo diversas atribuciones para realizar cambios sustanciales al actual PGN, lo cual es de dudosa constitucionalidad.

Por ejemplo, el artículo 2 de la Ley N° 6524 de Emergencia contiene una cláusula general de autorización de amplio espectro, que permite al Poder Ejecutivo tomar medidas excepcionales de carácter presupuestario, fiscal y administrativo dentro del presente ejercicio fiscal. Dichas medidas estarán vinculadas a la protección del empleo, a políticas económicas y financieras, a fortalecer el sistema de salud y a evitar el corte de la cadena de pagos con la finalidad de mitigar las consecuencias de la pandemia del COVID-19. Asimismo, el Poder Ejecutivo podrá disponer la aplicación de plazos diferenciados para las medidas dispuestas en la ley de emergencia dentro del presente ejercicio fiscal. La vaguedad de dicha disposición la convierte en una delegación para modificar el PGN. ¿Cómo se podría conocer si existiera una extralimitación de estas atribuciones? Prácticamente, no hay un parámetro concreto y delimitado de control.

El artículo 3 también contiene un ámbito de autorizaciones amplio y diverso, que implican modificaciones al PGN y que de otra manera se hubiesen tenido que hacer por ley. Específicamente, el artículo 3 faculta del Ministerio de Hacienda a realizar modificaciones en el presupuesto de los Organismos y Entidades del Estado (OEE), independientemente a la fuente de financiamiento, con el objeto de redireccionar créditos presupuestarios necesarios para financiar el

presupuesto de las entidades directamente afectadas a la atención de la emergencia sanitaria declarada. Asimismo, se autoriza a reasignar gastos de capital a gastos corrientes, en carácter de excepción a los Artículos 24 y 40 de la Ley N° 1535/99 “De Administración Financiera del Estado”.

Dada la gran cantidad de autorizaciones para modificar el PGN en sede del Ministerio de Hacienda, la Ley N° 6469 que aprueba el PGN para el ejercicio fiscal 2020 quedará irreconocible en su estado original y estará dándose un nuevo PGN muy distinto al actual y sin participación del Poder Legislativo en contravención al artículo 215 de la Constitución de 1992 que dispone “no podrá ser objeto de delegación el Presupuesto General de la Nación”.

Anteriormente, señalábamos que la Ley N° 6524 de Emergencia era técnicamente, una ley de autorizaciones, por la cantidad de autorizaciones que contenía. Ahora bien, en razón de la materia es una ley modificatoria del PGN, que otorga al Ministerio de Hacienda el poder decisivo a la hora de ajustar y administrar los recursos nacionales acorde a su único parecer. Antes, el Ministerio de Hacienda aplicaba lo que se había decidido en el Poder Legislativo. Todo ello, sin contar que la declaración de emergencia por la Ley N° 6524 no contiene un plazo de duración, aunque algunas de sus disposiciones se refieren al presente ejercicio fiscal (2020). Claramente, una ley así también se adscribe, de manera consciente o no, a un plan iliberal.

Por contraposición a la Ley N° 6524 de Emergencia por el Covid-19 de 26/03/20 con 55 artículos y sin plazo de duración para la declaración de emergencia resalta la Ley N° 6502 de Emergencia por el Dengue de 18/02/20 con tan solo 6 artículos y dictada por un plazo de 90 días. Ésta ley contiene solo dos autorizaciones específicas y ninguna general. Una referida a “contrataciones sobre bienes y servicios bajo el régimen de excepciones previstas en la Ley N° 2051/2003 “De Contrataciones Públicas”. La otra referida a contrataciones de personal de salud, personal técnico y de apoyo que consideren necesarios ante la epidemia de dengue, bajo el régimen

de excepciones, por el plazo de vigencia de la presente Ley. El Ministro de Salud Pública informó que la epidemia del dengue llegó a su fin en marzo 2020 con un saldo de 53 fallecidos y 27.597 casos confirmados en laboratorio<sup>256</sup>. Otra diferencia entre ambas leyes de emergencia es que la una contiene una serie de disposiciones para fortalecer la posición institucional del Ministerio de Hacienda en relación a los recursos nacionales y el manejo del PGN, y la otra, simplemente autoriza a las autoridades de Salud a contratar bienes, servicios y personal de un modo más ágil. ¿Las características de las epidemias del Covid-19 y del dengue ameritan estas enormes diferencias en las respectivas leyes de emergencia?<sup>257</sup>

**Endeudamiento Público:** El artículo 33 de la Ley N° 6524 de Emergencia de 26/03/20 autorizó la contratación de empréstitos hasta el monto de US\$ 1.600.000.000 (Dólares americanos un mil seiscientos millones). De acuerdo a la Constitución de 1992 se requiere que el Poder Legislativo apruebe la contratación de empréstitos (art. 202 inc. 9).

Pero, un día antes el Poder Ejecutivo expidió el Decreto N° 3485 de 25/03/20 autorizando al Ministro de Hacienda a iniciar gestiones de financiamiento para el sector de la salud pública, en el marco de la emergencia sanitaria.

En el considerando del citado decreto se menciona: “*Que en el marco de la pandemia mundial provocada por el COVID 19, el Gobierno Nacional ha iniciado conversaciones con las autoridades del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), de manera a coordinar las acciones de apoyo técnico y financiero para los planes de combate a la situación de emergencia sanitaria declarada en el país.*”

“*Que el Banco Mundial ha propuesto al Gobierno de Paraguay una línea de crédito que aumente la capacidad de respuesta del Gobierno*

256 Informe del Ministro de Salud Pública y Bienestar Social, 27/03/20. <https://www.mspbs.gov.py/portal/20658/fin-de-la-epidemia-de-dengue-mas-grande-de-las-ultimas-dos-decadas.html>

257 Según el informe del MSPyBS al día 15/04/20 por causa del Covid-19 se cuenta con 174 confirmados y 8 fallecidos. <https://twitter.com/MazzoleniJulio/status/1250586109035327489?s=20>

*para la emergencia sanitaria contra la enfermedad Coronavirus (COVID-19), apoyando en la prevención y tratamiento, cuya aprobación del financiamiento por el Directorio del Banco Mundial será efectuado en los próximos días.”*

*“Que la autorización para el inicio de gestiones de financiamiento al Ministerio de Hacienda, la cual se otorga por el presente decreto, posibilitará la negociación del borrador del convenio de préstamo con el organismo financiero y, consecuentemente, su tratamiento y aprobación por parte del Directorio del Banco Mundial durante la sesión en el mes de marzo del corriente año, asegurando así la obtención del financiamiento.”*

Básicamente, las gestiones para el endeudamiento público estaban avanzadas y con el rápido consentimiento del Poder Legislativo no se generó un debate público previo a la decisión de endeudar, donde se justifique tanto el monto como la forma de utilización y control del empréstito.

Asimismo, el artículo 33 de la Ley N° 6524 de Emergencia contiene otra autorización de endeudamiento público: “El Banco Central del Paraguay (BCP), en los términos del artículo 286 numeral 1, inciso ii) de la Constitución Nacional, podrá adelantar al Estado paraguayo todos los recursos autorizados en esta Ley con cargo a devolución a través de los préstamos autorizados por la misma. La autorización del Senado de la Nación requerida por la Constitución Nacional, se considera otorgada con la aprobación de esta Ley.” Esta autorización es inaudita, pues la regla constitucional dice que “se prohíbe a la Banca Central del Estado acordar créditos, directa o indirectamente, para financiar el gasto público al margen del presupuesto, excepto en caso de emergencia nacional, con resolución fundada del Poder Ejecutivo y acuerdo de la Cámara de Senadores” (art. 286, 1-II). Vale decir, la situación es tan delicada y extrema, supuestamente, que están aplicando las excepciones constitucionales de último recurso con tal de disponer de un mayor flujo de ingresos y disponibilidad financiera. Claramente, todo plan iliberal también requiere de un financiamiento extraordinario y monumental.

**“Check and balances”.** El artículo 3 de la Constitución de 1992 dispone: “El gobierno es ejercido por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos Poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público”. El mandato constitucional a una separación orgánica, a un equilibrio funcional, a una coordinación de políticas públicas y a un recíproco control de sus respectivas actividades y responsabilidades es un mandato que diseña un Estado liberal en el Paraguay. Un núcleo relevante del principio de división de poderes es el sistema de pesos y contrapesos, sin el cual se desdibuja la posibilidad de contener y limitar el poder. La emergencia sanitaria del Covid-19 y las medidas legales de referencia claramente están socavando el control del poder y propiciando un régimen fluido de toma de decisiones y administración de recursos que más que lograr eficacia contaminan el sistema democrático con reglas de concentración de poder y manejo discrecional y arbitrario.

Supuestamente, la Ley N° 6524 de Emergencia contiene un capítulo sobre “rendición de cuentas y transparencia” compuesto de cinco artículos. Ninguno de ellos se refiere al control judicial sobre la Administración Pública, pieza clave en el Estado de Derecho y forma de contener la arbitrariedad de la Administración Pública. Por su parte, el artículo 42 dispone: “La Contraloría General de la República (CGR) en coordinación con la Secretaría Nacional Anticorrupción y los órganos de control pertinentes dentro del ámbito de sus competencias establecerán lineamientos en materia de transparencia y control en la administración de los recursos previstos en la presente Ley”, donde claramente resalta que “establecer lineamientos” es no haberles otorgado competencias suficientes de control. Los organismos administrativos de control, autónomos o no, no pueden autolegislar sus competencias y atribuciones de control.

Por otro lado, la disposición principal es la del artículo 41 que crea “una Comisión Bicameral del Congreso, de carácter transitorio,

por la duración del presente ejercicio fiscal, en atención al control permanente en materia de transparencia en la administración de los recursos previstos en la presente Ley.” Una comisión que nace con un plazo de expiración tan corto, es justamente una comisión que no tendrá tiempo de hacer controles serios y pormenorizados, más allá de que se puedan hacer denuncias públicas en sus sesiones. Con todo ello, se configura la regla que a menor control mayor poder.

**A manera de conclusión.** La emergencia sanitaria analizada desde un punto de vista constitucional tiene trazos de ser un proceso de delegación legislativa que favorece el predominio del Poder Ejecutivo en violación al principio de división de poderes. En términos pragmáticos se podría alegar que en el sistema político paraguayo no se cuenta con líderes políticos al estilo Orbán de Hungría<sup>258</sup> que cuenten con un plan iliberal concreto. Sin embargo, no se trata solo de personas sino del deterioro de las condiciones normativas y estructurales del sistema político-constitucional. Las medidas legales aquí mencionadas socavan claramente el Estado de Derecho en Paraguay, que luego haya un líder o un grupo político que aproveche esa situación de deterioro institucional ya es otra cosa.

También, se podría alegar que simplemente son medidas excepcionales producto de una emergencia sanitaria tendientes a dar las necesarias respuestas urgentes y eficaces que la situación amerita<sup>259</sup>. Sin embargo, ni aun en casos así las medidas gubernamentales pueden diseñarse solo con buenas intenciones y pretensión de eficacia. Si las medidas gubernamentales carecen de sustento constitucional simplemente violan el Estado de Derecho. Pensar que la salud pública en casos extremos sólo puede ser protegida con medidas autoritarias sería sostener que el autoritarismo se justificaría en situaciones excepcionales, lo cual es absolutamente inadmisibles con una constitu-

---

258 En marzo 2020 el Parlamento húngaro le dio poderes a Orbán para gobernar indefinidamente por decretos como estrategia en la lucha contra el Covid-19. <https://www.nytimes.com/2020/04/05/world/europe/victor-orban-coronavirus.html>

259 De hecho, la contención del Covid-19 en Paraguay fue resaltado por la prensa internacional. <https://www.nytimes.com/reuters/2020/04/14/world/americas/14reuters-health-coronavirus-paraguay.html>

ción democrática. Aun en situaciones excepcionales el derecho debe primar. Justamente, el constitucionalismo evolucionó de “suspender los derechos individuales bajo estado de sitio” a restringir ciertos derechos dejando a salvaguarda el pleno funcionamiento de todos los poderes del Estado como forma de evitar arbitrariedades y abusos. La regla general debería ser afrontar la situación excepcional con la menor disminución democrática y siempre respetando el estado de derecho. La pérdida de confianza en la Constitución es una mala señal de que no se considera indispensable la aplicación de las disposiciones constitucionales en todo momento y en todo lugar.

En la actual emergencia sanitaria del Covid-19 el aporte del constitucionalismo liberal de contar con una Constitución que organice un Estado con poderes limitados gracias al principio de división de poderes y donde se respeten las libertades públicas está en franco deterioro.



## Capítulo VIII – Peru

# EL DERECHO A LA SALUD CONFORME AL CONTRATO SOCIAL SINALAGMÁTICO

Manuel Bermudez Tapia<sup>260</sup>

## METODOLOGÍA

El objetivo de la investigación es demostrar la importancia del derecho a la salud en un contexto de desarrollo de la pandemia del Covid-19 a nivel mundial, identificándose un giro en las acciones de gestión pública en los Estados que en contextos temporales previos no habían desarrollado políticas públicas que pudieran garantizar un servicio público de calidad, especialmente por razones presupuestarias

El enfoque metodológico analiza el panorama internacional, el comportamiento de los Estados frente al problema sanitario en desarrollo y la evaluación de la naturaleza del derecho a la salud ante la pandemia del Covid-19, de conformidad al Proyecto de Investigación “Análisis de la institucionalidad democrática en el Perú”, aprobada por Resolución Vicerrectoral N° 061-2019-VRI-UPSJB, desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista del Perú que plantea evaluar la funcionalidad del Estado ante una situación crítica.

Para validar los objetivos del mencionado proyecto de investigación se plantea un estudio cualitativo, descriptivo y causal, detallado en puntos secuenciales que explican el contexto de la salud pública en el Perú, que puede ser proyectado a otras realidades, sobre todo latinoamericanas.

---

260 Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.  
Profesor Investigador en la Universidad Privada San Juan Bautista.

## INTRODUCCIÓN

El análisis de la gestión que ejecutan los Gobiernos Nacionales en América Latina permite identificar una serie de condiciones negativas y falencias que cuestionan la propia institucionalidad del Estado<sup>261</sup> ante su población.

La naturaleza de los tipos de gobierno latinoamericanos que van desde el neoliberalismo, la economía social de mercado y el populismo estatal coinciden en la escasa atención a las necesidades básicas de la población y este punto es acreditado cuando se evalúan los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en un país determinado.

Para efectos prácticos, analizaremos la perspectiva y situación peruana que permite detallar elementos teóricos en la evaluación de un ámbito concreto de gestión pública<sup>262</sup>, en el ámbito de la salud pública, con lo cual es posible observar una relación entre la teoría constitucional, la ciencia política y la sociología con la evaluación temática de la *legitimidad del Estado* en particular en una situación de emergencia sanitaria.

El resultado de esta evaluación, desarrolla algunos aspectos muy particulares que lamentablemente son muy próximos a la realidad de los demás países de la región, principalmente porque las situaciones negativas se reproducen en similiar medida en los demás países, en particular por que se registran muchos casos de corrupción, negligencia en la gestión pública, un deficit en la atención de servicios públicos en particular en el ámbito de la salud pública; factores que inciden en la crisis de la legitimidad del Estado, que se extiende al escaso valor referencial que ostenta la “ley” en la psicología colectiva.

La razón de esta percepción genera una explicación mucho

---

261 Feinstein, Osvaldo (2017) *La evaluación de políticas: fundamentos conceptuales y analíticos*. Buenos Aires: CAF, p. 140

262 Espinal, Alfredo (2015) *La gestión de lo público en el Perú: aspectos fundamentales*. Lima: ECB Ediciones, p. 243

más complicada y profunda que la simple crítica del “ciudadano de a pie”<sup>263</sup> hacia su Estado, Gobierno Nacional y en general a toda la administración pública, principalmente porque exige el análisis de varios elementos teóricos y aplicativos en la evaluación de un diagnóstico sobre el cual pueda proyectarse una solución.

## 1. LA EVALUACIÓN NEGATIVA DE LA LEY POR PARTE DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

- a. Para poder evaluar a la “ley” (legislación) sobre la cual se desarrolla el *derecho a la salud*, se debe ejecutar una evaluación que combiene elementos teóricos de las Ciencias Políticas, del Derecho Constitucional, de la Teoría del Estado, de la Administración Pública y de la Sociología, principalmente para analizar dos elementos sumamente importantes:
- b. La evolución del propio Estado, respecto de cómo surgió (génesis), de cómo fue evolucionando respecto de la comunidad que la sostiene y de cómo fue modificándose la estructura del “poder” en el ámbito de sus instituciones especialmente para poder evaluar el alcance de los servicios públicos a la población<sup>264</sup>.

El contexto de la relación sinalagmática entre el “ciudadano” y el “Estado”, elementos centrales en la relación *contractual* (*Contracto Social*) que definen la relación político, constitucional y social de nuestras sociedades en la actualidad, en el siglo XXI.

- i. En este punto, la evaluación del contexto de pandemia del Covid-19 permite detallar un aspecto sumamente importante porque en función a la relación entre el Estado con su población es posible detallar, tres elementos complementarios y secuenciales:
  - i. Gobernabilidad, porque garantiza una relación funcional y saludable entre la población y las autoridades que desarrollan

---

263 Matos mar, José (2010) *Desborde popular y crisis del Estado*. Lima: El Comercio, p. 25

264 Pol Homo, León (1958) *Las instituciones políticas romanas, de la ciudad al estado*. México: Editorial Hispano Americana, p. 19

la gestión pública, sobre la cual la legislación que desarrolla derechos fundamentales y sociales no resulta arbitraria, disfuncional, inconstitucional (o inconvencional) y cumple con un alcance que viabiliza la paz social<sup>265</sup>.

- i. En este contexto, las acciones que han ejecutado la mayoría de países latinoamericanos frente al problema sanitario provocado por el Covid-19 detalla una reacción que ha generado las declaratorias de un Estado de Excepción, donde la población va asumiendo una situación de confinamiento y aislamiento social porque en esencia los gobiernos no están empleando este método para restringir sus derechos de contenido político o civil.
- i. Gobernanza, porque ha permitido que la población se interese mucho más en los asuntos de la *cosa pública* y de la gestión del Estado, generando una mayor fiscalización a las acciones de la administración pública con lo cual ha sido posible recuperar la comunicación entre la sociedad civil y el Estado, en un contexto de emergencia sanitaria<sup>266</sup>.
- i. Democracia, porque resulta de la complementación entre la gobernabilidad y la gobernanza y con ello se construye la solidez de un Estado de Derecho que ha sido garantizado por la mayoría de países en la región, donde por ejemplo en Chile se ha garantizado la viabilidad de una reforma constitucional y en el Perú, el gobierno nacional ha garantizado la ejecución del proceso electoral presidencial próximo.

Sin embargo, este contexto es excepcional, por cuanto en una etapa previa a esta pandemia en la región la “ley”, no se vinculaba con sus cuatro características naturales<sup>267</sup>, porque:

- a. No era abstracta, en particular porque la mayor parte de la legislación estaba siendo desarrollada por los órganos ejecutivos de los Estados, en particular porque los Parlamentos

---

265 Bovino, Alberto y Hurtado, Christian (2005) *Justicia penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Del Puerto, p. 115

266 Flores, María y Castillo, Anabel (2013) *Una mirada desde la sociedad civil a la gobernanza del Sistema Nacional de Salud*. Ecuador: Grupo Faro, p. 4

267 García de Enterría, Eduardo (2016) *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Navarra: Editorial Civitas, p. 40

estaban autorizando estas acciones, en función a una complementación de actividades de naturaleza legislativa-normativa.

- b. No era general, las situaciones excepcionales generaban una serie de situaciones que permitían acciones que incidían en la propia legitimidad del Estado, en particular cuando se descubrían casos de corrupción y de tratamientos diferenciados en el ámbito de la ejecución de políticas públicas.
- c. No era vinculante, porque los Estados Latinoamericanos habían perdido su legitimidad social y prueba de ello es que no podían ejercer su *ius imperium* en algunas localidades o regiones en su interior<sup>268</sup>.

En este ámbito, la coexistencia de sistemas normativos informales (México, Centro América), como paralelos (México, Perú, Bolivia) o contrarios al Estado (Colombia, con respecto de los grupos para-militares que aún siguen operando) respecto del sistema jurídico formal evidencia una condición negativa al valor “vinculante” de una norma, porque la población no asume una valoración psicológica de su importancia.

No era atemporal, por cuando las situaciones de excepcionalidad provocaban un sistema de regulación normativa que detallaba un método de evaluación de la vigencia de una norma.

Todos estos elementos permiten evaluar la prestación de los servicios vinculados al ámbito sanitario, tanto en las Políticas de Estado, políticas públicas y políticas de gobierno en los Estados Latinoamericanos, donde se ha registrado:

- a. Una mayor actividad de las entidades privadas frente al nivel de atención que ejecuta el Estado, especialmente porque los presupuestos públicos no guardan una referencia proporcional frente a las necesidades sociales<sup>269</sup>.
- b. Una ampliación de los servicios de salud a una mayor población pero en función desproporcional a los presupuestos y

---

268 Portella, Jorge (2008) *Una introducción a los valores jurídicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni

269 Ministerio de Salud de Perú (2006) *Propuesta técnica del Plan Nacional Concertado de Salud*. Lima: Ministerio de Salud, p. 12

acciones administrativas de gobierno que pudieran sostener las políticas de gobierno, con lo cual se observa una política nominal insostenible en el tiempo.

- c. Una menor proyección en la atención de redes sanitarias que involucren una ampliación de los servicios hospitalarios, médicos o asistenciales, porque en las políticas públicas el presupuesto destinado a la atención de derechos programáticos estaba condicionado<sup>270</sup>.

Un conjunto de situaciones que permite detallar que la relación entre el Estado y su población se encontraba en un contexto crítico, pero que es similar a lo registrado en cada crisis de la humanidad, en donde los cambios han provocado el cambio de una era (Morgen, 2006 p. 283)

## 2. EL BIEN COMÚN EN LA RELACIÓN ENTRE LA PERSONA, EL CIUDADANO Y LA COMUNIDAD

La humanidad, ha evolucionado en función a una premisa máxima: la defensa de una comunidad, sobre la cual se desarrolla una administración pública en un determinado territorio, y sobre el cual se desarrollan actos de conservación, protección y acceso a recursos que pudieran garantizar la sostenibilidad de la población, porque de este modo se procura la supervivencia del “individuo”.

Surge una relación directa, complementaria y derivada entre la persona que evoluciona políticamente para ser un *ciudadano*, quien forma parte de una comunidad en la cual surge una entidad que provee de garantías y recursos suficientes para una población con la cual se relaciona.

Sin embargo, la “persona” no es un *elemento* de sencilla comprensión, principalmente si se evalúa su evolución de un grupo de mamíferos a la conformación de hordas itinerantes por naturaleza y por evolución primitiva a las sociedades agrícolas, sobre la cual se

---

270 Organización Panamericana de la Salud (2002) *Proyecciones de financiamiento de la atención de salud: Perú 2002-2006*. Lima: OPS, p 120

diseño ya un nuevo estándar universal: el surgimiento de comunidades. Este proceso evolutivo comenzó con la *curación de un femur*, las *trepaciones craneanas* y las curaciones basadas en insumos naturales<sup>271</sup>.

Ante este hecho histórico, las *comunidades* se basaban en un elemento sencillo para su propia supervivencia frente al contexto de las relaciones con otras *comunidades*: la cantidad de integrantes que podía tener, principalmente como mecanismo de auto defensa y por ello es que la salud fue un elemento de mucha importancia, tanta que se relacionó con la religión-magia y las altas autoridades de la comunidad.

De este modo, la persona pasó a ser un “factor” de vital importancia para la *comunidad*, generándose la condición de “pertenencia”, y sobre ella se institucionaliza el *poder monárquico de la Época Antigua*. Los derechos de las *personas* eran limitados, pero la “vida” y la “salud” constituían los referentes para sostener la inicial institucionalización del *poder teocrático de los Estados antiguos*<sup>272</sup>.

Esta condición cambia a fines de la época medieval, con el surgimiento de los *burgos (ciudades)* en donde, los artesanos y los profesionales comienzan a generar un cambio social, condición que genera una “diferencia” respecto del *poder de sangre o de nobleza*, la misma que se incrementa cuando se observa que los *señores feudales* ya no logran generar la misma capacidad económica que antes, en particular por el desarrollo del comercio y del crecimiento de las ciudades.

La *burguesía* en este contexto da origen al “ciudadano”, como aquel que por mérito propio puede acceder a determinados derechos y sobre la base de su condición colectiva, puede exigir que el Rey les otorgue determinados derechos porque al poder ejecutar un oficio podía asumir un rol práctico en la comunidad en una referencia su-

---

271 Enciclopedia Británica (1995) *Enciclopedia hispánica: Macropedia*. Barcelona: Enciclopedia Británica Publishers Inc., p. 128

272 Touchard, Jean (1988) *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos, p. 447

perior a la que la *nobleza* podía garantizar<sup>273</sup>.

Referencias históricas como la Carta Magna de 1215 y el surgimiento de los primeros Parlamentos<sup>274</sup>, dan evidencia de este factor, principalmente porque la *capacidad económica* de los burgueses les permitía cierto margen de maniobrabilidad frente al poder político que evolucionó en una alianza con la “antigua clase social” sobre la cual se van consolidando los Estados Modernos, como Inglaterra, Francia, Portugal y España<sup>275</sup>, donde el patrón referencial fue la evaluación de la población respecto del acceso a la salud.

En la Francia revolucionaria, el cambio de “poderes” permite vincular el concepto de “soberanía” al *pueblo* surgiendo un nuevo modelo de *ejercicio del poder estatal*, el cual pasaba de un Gobierno Monárquico a un Gobierno establecido por el “pueblo”.

En este proceso evolutivo del Estado surgen algunos elementos de suma importancia para el Derecho Constitucional contemporáneo, los cuales son:

- i. Se institucionaliza el valor de la “dignidad de la persona humana”, como parámetro sobre la cual se deben determinar los derechos que se puedan reconocer, legislar y evaluar en el ámbito internacional<sup>276</sup> y a nivel jurisdiccional en cada país<sup>277</sup>.

El valor *subjetivo y objetivo* del valor de la “dignidad” es asumida como un elemento que legitima al propio Estado y por ello, en la propia evolución de esta organización, es que se determina la necesidad de llegar a una etapa en la cual el Estado es democrático, participativo y social, porque se basa en la tutela de la persona, quien legitima finalmente al

273 Oakeshott, Michael (2001) *El Estado europeo moderno*. Barcelona: Paidós, p. 195

274 Morgan, Edmund (2006) *La invención del pueblo: el surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*. Buenos Aires: Siglo XXI

275 Krebs, Ricardo (1992) *La monarquía absoluta en Europa: el desarrollo del Estado Moderno en los siglos XVI, XVII, XVIII*. Santiago de Chile: Universitaria, p. 41

276 Schmidt, Paul (2005) *Europa entre bastidores del Tratado de Versalles al juicio de Núremberg*. Barcelona: Ed. Destino, p. 62

277 Peces-Barba, Gregorio (2004) *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, p. 24

propio Estado.

Referencia que en el contexto de pandemia provocada por el Covid-19, la mayoría de los gobiernos nacionales en Latinoamérica están asumiendo un rol muy activo en el ámbito de la atención del servicio sanitario a excepción de Brasil y México.

- ii. El valor de identificación de los derechos más referenciales evoluciona del antiguo “derecho a la vida (genérico)”, a la formalización del *primer derecho reconocido legalmente a favor de la persona* con la propiedad, reconocida en la Carta Magna de 1215 al reconocimiento normativo de la “dignidad” pero ya no a nivel estatal sino a nivel de toda la organización de Estados que conforman un nuevo modelo de relaciones entre sí.

De este modo, surge una complementación entre los Tratados Internacionales vinculados al ámbito de la tutela de Derechos Humanos y las normas constitucionales nacionales que desarrollan la priorización de algunos derechos (Derechos Fundamentales), respecto de una proyección que surge de la fundamentación de los Derechos Naturales<sup>278</sup>.

- iii. De este modo se legitima la organización de las Naciones Unidas, desarrollándose una política que desarrolla normativamente los *Derechos Humanos*<sup>279</sup>, como también destaca la evaluación de los contextos regionales y nacionales en el ámbito de áreas específicas, como la que ejecutaba la Organización Mundial de la Salud<sup>280</sup>.

### 3. LA LEGITIMIDAD SOCIAL DEL ESTADO

El punto preliminar nos ha permitido desarrollar la *construcción del Estado*, tanto desde una perspectiva de la Ciencia Política,

278 De Currea-Lugo, Víctor (2005) *La salud como derecho humano: 15 requisitos y una mirada a las reformas*. Bilbao: Universidad de Deusto, p. 32

279 Pando Ballesteros, María; Garrido Rodríguez, Pedro y Muñoz Ramírez, Alicia (2018) *El cincuentario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos en la ONU*. Salamanca: Universidad de Salamanca, p. 13

280 Organización Mundial de la Salud (2010) *Informe sobre la salud en el mundo: la financiación de los sistemas de salud: el cambio hacia la cobertura universal*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud p. 75

la Teoría del Estado y del Derecho Constitucional, detallándose el modelo del *Contrato Social* en la *legitimidad del Estado* frente a la *comunidad* y frente al *ciudadano*.

Sobre este modelo preliminar, es que el *ciudadano*, está a favor de generar un nivel de autoprotección y acceso a *servicios* que de modo autónomo no podría tener a disposición y por ello deriva una *cuota de su poder natural* a favor de la *comunidad*, aceptando las condiciones que esta le impone (valores socio culturales y de naturaleza jurídica), para que, en forma inmediata, la *comunidad* traslade “la cuota de poder del ciudadano que ha cedido” a favor del *Estado*.

Surge por tanto una *relación sinalagmática*, porque se debe reconocer:

- a. Tanto el Estado como el ciudadano son los elementos centrales en esta “relación” que confluyen tanto en forma “individual” como “conjunta” en la *comunidad*<sup>281</sup>.

Esto nos permite detallar que en algunas situaciones, el *Estado* actúa como un *sujeto de derechos*, equivalente a una *persona*, y sobre esta condición puede *demandar judicialmente*, ejecutar *contratos*, establecer situaciones de *negociación o actividad para así misma*, etc. Surge por tanto una condición en la cual los intereses y derechos se complementan y dependen entre ambas partes, sobre la cual se desarrolla la gestión pública que garantiza la gobernabilidad y democracia en un país<sup>282</sup>.

- b. De forma particular, en este ámbito desarrolla actos específicos que complementan una Política de Estado, políticas públicas y políticas de gobierno en asuntos específicos, donde el *derecho a la salud* respecto de los ciudadanos y el *servicio de sanidad* constituyen elementos que han adquirido una relevancia excluyente a raíz de la pandemia provocada por el Covid-19.

281 Rousseau, Jean Jaques (2002) *El contrato social*. Buenos Aires: Ethos

282 Bermúdez-Tapia, Manuel. “La evaluación de los proyectos de Ley en casos de mayoría absoluta: La Deslegitimidad del Congreso en su función legisladora”, *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Tomo N° 116, agosto 2017

- c. La relación *sinalgámica* implica el reconocimiento de la diferencia en función a su naturaleza jurídica entre el *Estado* y el *ciudadano* y por ello es que ambos resultan *equivalentes*.

Por las condiciones políticas, económicas e institucionales, el *ciudadano* no puede considerarse *en igualdad de condiciones* al Estado, pero sí puede exigir un trato semejante al generado en una *condición contractual* porque de lo contrario ambos no podrían asumir una relación que genere beneficios mutuos.

Sociológicamente este punto nos permite detallar las situaciones negativas a la determinación del nivel de equivalencia entre el *Estado* y el *ciudadano*, donde surgen dos niveles:

- i. Cuando el *Estado* asume un mayor “poder” en su relación frente al *ciudadano*, surgen modelos de ejercicio del poder ilícitos<sup>283</sup>.

Ante estas situaciones, el *ciudadano* puede plantear la insurgencia o insurrección como mecanismo de tutela de sus derechos, por cuanto el Estado está incumpliendo su objetivo fundamental e institucional: la tutela del bien común.

Otro mecanismo que ha empleado la población para cuestionar la legitimidad del poder en sus países ha sido la *migración* como un acto que detalla el reducido margen de aceptación popular que registra el gobierno de turno.

- ii. En contrapartida al punto preliminar, surge también el lado contrario.

Cuando el *ciudadano* desarrolla un esquema de autosuficiencia frente al Estado, genera un modelo de *informalidad* que amplía las condiciones negativas del Estado en la prestación de sus servicios públicos<sup>284</sup>.

Este punto nos permite detallar, para el caso peruano, la realidad económica y política que se desarrolló entre los años setenta a los años noventa del siglo pasado,

283 Bermúdez-Tapia, Manuel. “El debilitamiento de la democracia y la implementación del gobierno abierto”, p. A13, *Gestión Pública y Desarrollo*. N° 73, año 06, agosto 2013

284 Tokman, Víctor (2007) *Informalidad, inseguridad y cohesión social en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL

en donde *los gobiernos asistenciales* quebraron económicamente al país y ante la insuficiencia de recursos, el gobierno de Alberto Fujimori generó la excusa del *golpe de Estado*, para institucionalizar un cambio de modelo económico y político: el neoliberalismo<sup>285</sup>.

De este modo, el *Estado* se auto reservaba la ejecución de algunas funciones, dando prevalencia a la condición de que los propios *ciudadanos* debían satisfacer sus *necesidades básicas* de forma autónoma en una economía social de mercado.

El modelo económico impuesto permitió que los diferentes gobiernos de turno condicionen negativamente la prestación de servicios públicos provocando una “cultura combi”, porque la “ley” fue relativizada al no ser vinculante *per se*<sup>286</sup>.

Así la “cultura combi” es la cultura de la informalidad y de la auto atención de servicios públicos por parte de la ciudadanía, no importando si para ello se cumplen con estándares de legalidad o de institucionalidad<sup>287</sup> y ello se acredita en el ámbito de los servicios sanitarios, porque surgen varios sistemas de contratación de personal, diferenciación de niveles y sistemas de prestación del servicio a nivel clínico.

El nivel de colapso de las formas de gestión pública fueron tan notorios que treinta años después el Perú sigue siendo un país subsumido en una informalidad que se refleja en su modelo económico, político y social, provocando una nueva realidad totalmente distinta a la que existía en 1990, fecha en la que asume el poder Alberto Fujimori<sup>288</sup> en particular en el ámbito sanitario.

---

285 Murakami, Yusuke (2007) *Perú en la era del chino: la política no institucionalizada y el pueblo en busca de un salvador*. Lima: IEP

286 Amat y León Chávez, Carlos (2006) *El Perú nuestro de cada día: nueve ensayos para discutir y decidir*. Lima: Universidad del Pacífico, p. 90

287 Gómez García, Juan Antonio (2014) *Legalidad y legitimidad en el estado contemporáneo*. Madrid: Dykinson

288 Ramos, Laura y Toussaint, Eric (2006) *Los crímenes de la deuda: deuda ilegítima*. Barcelona: Icaria Editorial, p. 31

## 4. EL VALOR SIMBÓLICO Y SOCIOLOGICO DE LA LEY EN EL CONTRATO SOCIAL SINALAGMÁTICO

La necesidad de detallar la *realidad peruana*, permite explorar el contexto de la *legitimidad de la ley en un Estado*, principalmente porque lo manifestado hasta el presente punto detalla el antecedente social, político y económico del modo en el cual el Gobierno ejecuta actos de gestión en el Perú.

Sobre esta base, la relación progresiva entre “*ciudadano*”, “*comunidad*”, con el “*Estado*”, se pierde debido a que los *elegidos en un proceso democrático para ocupar un cargo público en el Estado* incumplen sus ofertas políticas al ejecutar actos contrarios al *bien común*. Una situación que se expone en situaciones de crisis generalizada como la provocada por la pandemia del Covid-19<sup>289</sup>.

Como resultado de esta situación, la (des) *legitimidad de la ley* condiciona las acciones del *Estado* porque los *ciudadanos* no forman parte de la relación político-democrática que garantiza la provisión de los recursos que requiere el Estado a través del cobro de impuestos que son necesarios para atender las necesidades y servicios públicos que se prestan en la comunidad.

## 5. LA REACCIÓN DEL ESTADO FRENTE A LA COMUNIDAD: EL DISEÑO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DISFUNCIONALES

Consecuente con lo detallado, es posible detallar cuatro condiciones en las cuales se pueden acreditar la negligencia en el diseño de políticas públicas en la región latinoamericana:

- a. Los objetivos no se proyectan en forma sostenida, progresiva o por cumplimiento de metas.

En la gran mayoría de países de la región latinoamericana, los *índices de pobreza* condicionan la planificación de políticas públicas de asistencia social y de mitigación de pobreza,

---

289 Sansó-Rubert Pascual, Daniel (2017) *Democracias bajo presión*. Madrid: Dykinson, p. 144

sobre la base de premisas que no atienden el problema de fondo<sup>290</sup>.

Consecuentemente, se evidencia un contexto negativo en la propia legitimidad del Estado porque se acredita su ausencia en las realidades geográficas donde la pobreza endémica es histórica, situación que permite detallar que los índices de mortandad infantil, políticas de planificación familiar, nutrición infantil y atención a personas de la tercera edad son constantes pese a la ampliación de programas asistenciales.

Así, en cada país de la región latinoamericana, se evidencia que el *Estado* ha estado ausente y toda acción que ejecuta se desarrolla con un nivel de insuficiencia que exige a los Gobiernos Nacionales determinar ratios de atención inmediata, con lo cual el *problema social endémico* (pobreza, atención de servicios públicos, legitimidad del Estado) se incrementa<sup>291</sup>.

En el ámbito de los servicios de sanidad que se han desarrollado en atención a la pandemia del Covid-19, la mayoría de gobiernos en Latinoamérica han ejecutado acciones puntuales sin hacer una proyección en el tiempo, como si hubiera una premisa de que la *realidad* tal como se conocía volverá en el mediano plazo.

b. Resulta ineficiente.

Panorama muy próximo a los Estados con mayores índices de corrupción en la región latinoamericana, en donde el *recurso público* es administrado en forma negligente o contraria a los intereses de la comunidad.

Inclusive en el ámbito evaluativo de programas de atención a grupos en situación de vulnerabilidad o en riesgo, la referencia es negativa con respecto de sus propios valores de referencia en el diseño preliminar de sus acciones, tanto en lo presupuestal como en lo institucional. Así por ejemplo en el Perú, los programas vinculados a la atención de derechos

---

290 Dmytraczenko, Tania (2017) *Hacia la cobertura universal en salud y la equidad en América Latina y el Caribe: Evidencia de países seleccionados*. Washington: The World Bank, p. 81

291 Tavares Ribeiro, Laura y Chirinos Medina, Carlos (2013) *Pobreza, desigualdad y salud en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO, p. 285

de la población LGTBQ no pueden ser comparados con programas similares dirigidos a poblaciones indígenas o poblaciones con pobreza endémica, conforme detallan los análisis de estudios poblacionales del INEI<sup>292</sup> o del Ministerio de Salud<sup>293</sup>.

c. Resulta insuficiente.

Representado en contextos en los cuales el *Estado* no puede brindar una atención de servicios públicos en forma eficiente, oportuna en el tiempo y proporcional a las necesidades de la *comunidad*.

En el ámbito de la salud pública la atención de servicios complementarios y vinculados son también insuficientes, porque a raíz de las declaratorias del Estado de Emergencia en Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Argentina, por mencionar, es que se ha debido proyectar la atención de otros servicios públicos, como:

- i. La provisión de alimentos a la población, tanto en forma general como a nivel de sectores especiales o en vulnerabilidad<sup>294</sup>.
- ii. La provisión de actos económicos que sostengan la actividad comercial en el país, especialmente porque no ha sido posible garantizar la cadena productiva en los países, situación que varía en función a los patrones que los países han regulado en forma autónoma.
- iii. La prestación de la seguridad ciudadana, tanto para atender la emergencia sanitaria como para evitar el caos social, en la cual las Fuerzas Armadas (Perú, Chile) han tenido un rol superlativo que ha complementado la labor de las policías nacionales en la región.

d. Resulta excluyente.

---

292 INEI (2019) *Estudios poblacionales por regiones y por referencias de servicios públicos*. Lima: INEI

293 Ministerio de Salud de Perú (2011) *Análisis de situación de salud de las y los jóvenes: una mirada al bono demográfico. Documento técnico*. Lima: Ministerio de Salud, p. 42

294 Duhau, Emilio (2002) *Política social, pobreza y focalización. Reflexiones en torno al programa de educación, salud y alimentación*. Buenos Aires: CLACSO, p. 19

Vinculado sobre todo a las diferencias estructurales que existen en las diferentes *sociedades* que coexisten en la *comunidad nacional*, donde sólo un determinado conjunto de *ciudadanos* acceden a los servicios públicos prestados por el *Estado*<sup>295</sup>.

En este punto, no todos los países mantienen una misma condición uniforme entre sus diferentes regiones y esto ha permitido ampliar las condiciones negativas que algunas localidades ya registraban, en particular con respecto de la prestación de servicios vinculados a la salud pública.

- i. Referencia que identifica una serie de factores complementarios y que grafican las diferencias entre una y otra localidad<sup>296</sup>:
- ii. Respecto del número de médicos y personal sanitario.
- iii. Respecto de las condiciones laborales en las cuales ejercen la actividad profesional el personal sanitario.
- iv. Respecto de la infraestructura y de las condiciones logísticas para la provisión de servicios en el ámbito de la salud pública.
- v. Respecto de la provisión de medicinas y equipos de apoyo en casos de emergencia o atención masiva de usuarios.
- vi. Respecto del número de respiradores y camas de atención especial.
- vii. Respecto de la movilidad, rotación y asistencia alimentaria, de descanso y salud del propio personal sanitario.
- viii. Respecto de la atención sanitaria del personal de la policía y de las Fuerzas Armadas.

## 6. EL DERECHO A LA SALUD EN UNA MULTIPLICIDAD DE VARIABLES

Tomando en cuenta el desarrollo evolutivo del Estado, de la

---

295 Garfinkel, Michelle (2017) *Desarrollo institucional y conflicto: de la geopolítica a la distribución del ingreso*. Buenos Aires: CAF, p. 21

296 INEI (2019) *Perú: encuesta demográfica y de salud familiar-ENDES*. Lima: INEI

comunidad (política) y de los derechos de los ciudadanos, el derecho a la salud en la actualidad constituye un elemento que viabilizará el *Contrato Social Sinalagmático*<sup>297</sup> en la mayoría de los países en el mundo, especialmente porque las dos partes de esta relación se necesitan y se complementan<sup>298</sup>.

Sólo de esta manera es posible detallar el desarrollo de los derechos programáticos, que usualmente estaban limitados a las acciones presupuestarias de los Estados para ampliar los servicios públicos que permitían mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Por ello, el derecho a la salud, puede ser identificado en una multiplicidad de variables que resalta su importancia en los actuales contextos de pandemia:

1. Es un derecho natural de toda persona porque está vinculado a su condición de dignidad y por tanto no podrá ser limitado, condicionado o negado.

En este ámbito, analizando la realidad peruana, un aproximado a un millón de migrantes venezolanos serán atendidos por el Gobierno Nacional, en función a esta condición, la misma que y a había sido considerada previamente con el ingreso al sistema integral y universal de seguridad social.

2. Es un derecho humano, principalmente porque está reconocido de tal manera en los Tratados Internacionales y permite un nivel de exigibilidad entre los Estados, especialmente en el ámbito judicial<sup>299</sup>.

En este punto, a nivel casuístico, resulta conveniente detallar el alcance del concepto derivado de la *salud individual* y servicios de salud pública que ejecutó la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el caso *Duque vs. Colombia*<sup>300</sup>.

---

297 Bermúdez-Tapia, Manuel. “Legitimidad de la legislación en el Estado de Derecho”, p. 167, en: Martínez Lazcano, Alfonso Jaime e Islas Colín, Alfredo (editores) (2018) *Derechos Humanos: la transformación de la cultura jurídica*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

298 Castañeda, Felipe, “La persona moral frente al Estado infalible: lo público y lo privado desde el problema de la insubordinación en Kant”, en: Sierra, Jorge (et.al) (2005) *Kant: defensa y límites de la razón*, Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Universidad del Rosario

299 García Belaúnde, Domingo. “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria”. *Foro Jurídico*, Año 5, N° 9, marzo Lima, 2009

300 CIDH (2016) *Caso Duque vs. Colombia*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/cf/juris->

3. Es un derecho fundamental, por cuanto está detallado de esta manera en la Constitución política peruana de 1993<sup>301</sup> y permite una priorización en cuanto a su atención, planificación en las políticas públicas y políticas de gobierno.
4. Es un derecho programático, porque está detallado en la undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución política peruana de 1993, la cual deberá ser reformada próximamente al evidenciarse que el contexto económico no puede limitar la prestación de un servicio público y la atención de un derecho natural, humano y fundamental, conforme su alcance normativo y filosófico.
5. Es un derecho que puede ser prestado de manera individual, colectivamente como también a nivel difuso.

En este contexto, la comprensión de los alcances de la pandemia provocada por el Covid-19 permite detallar que es posible:

- i. Acceder a una atención médica especial por registrar síntomas de contagio del Covid-19.
- ii. Acceder a una atención médica que permita el uso de instrumental y logística hospitalaria que pueda garantizar la supervivencia del paciente.
- iii. Acceder a una evaluación médica para determinar si está contaminado del Covid-19.
- iv. Acceder a una evaluación en forma conjunta con una población identificada en situación de riesgo, por ejemplo por haber estado próxima a una persona que tiene el Covid-19.
- v. Solicitar la ejecución de acciones de limpieza pública, atención de acción de desinfección de calles y ambientes privados para mitigar el efecto de una probable contaminación.
- vi. Es un derecho que puede tener una condición socio-familiar, por cuanto está vinculado a las políticas

---

prudencia2/ficha\_tecnica.cfm?nId\_Ficha=444&lang=es

301 Gaceta Jurídica (2005) *La constitución comentada: análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica

- poblacionales, de planificación familiar y de atención a las necesidades de los núcleos familiares en los países.
- vii. Complementariamente, el acceso a servicios médicos a favor de los dependientes familiares constituye un elemento referencial y significativo en el ámbito económico, laboral, político y social que es valorado por la mayoría de los Gobiernos Nacionales en la región Latinoamericana.
  - viii. Es un derecho que se complementa con otros servicios públicos, porque esta relacionado con la atención de las necesidades de una persona y de una comunidad, donde no es viable ejecutar proyecciones de carácter individual respecto de los objetivos propuestos en las políticas públicas.
  - ix. En este sentido, desde la provisión de acciones en el ámbito alimentario por un lado y el diseño de políticas tributarias y fiscales en otro sentido, se requiere considerar que todas estas acciones del Estado deberán procurar atender las necesidades de los ciudadanos y de la población porque sólo así se garantiza la legitimidad del Estado.

Finalmente, corresponde detallar que ha sido necesario un contexto de extrema gravedad para valorar un derecho como el de la salud, pese a las evidencias históricas que detallan su relativización por parte de los Gobiernos Nacionales que ha implicado la muerte de millones de personas, por no tomar en cuenta que una pandemia puede significar un cambio radical en la evaluación del propio Estado.



## Capítulo IX - Rússia

# VIROLOGIA EN RUSIA: DESDE LA “DISTANCIA SOCIAL” A LA UNIDAD SOCIAL?<sup>302</sup>

Marianna Abramova

Como se sabe, una de las medidas para combatir la propagación del coronavirus se hizo la así llamada “distancia social”: las personas deben guardar la distancia de un metro y medio uno con otro. ¿Si se convertirá esta medida en una nueva norma de regular las relaciones públicas en ese mundo que está en transformación bajo la influencia de la pandemia? ¿Nos alejaremos unos de otros, nos centraremos en nuestros miedos y problemas individuales o saldremos de la enfermedad global el COVID – 19 como una comunidad unida de personas dispuestas de ayudar y preocuparnos uno de otro? El problema más importante en ese período es la confianza de los ciudadanos en las autoridades, las que justamente en las condiciones difíciles muestran su verdadera esencia.

Los efectos del COVID – 19 pueden dividirse en los a corto y largo plazo.

En el corto plazo, se puede aprender varias lecciones.

Rusia cerró la frontera con China ya en enero de 2020. Estas medidas dieron un buen resultado: no hubo casos de COVID-19 en el país durante un mes. Sin embargo, desde el fin de febrero, aparecen primeros pacientes: la enfermedad, a pesar de existir una barrera dura en el este, llegó a Rusia desde el oeste, cuando turistas rusos comenzaron a regresar de allí. Fueron rusos ricos que descansaron en los Alpes, en los centros turísticos de España o asistieron a la semana de la moda en Italia. Su responsabilidad social era tan baja que, al regresar de los países europeos ya contagiados de coronavirus, no se

---

302 Marianna Abramova, Ph.D., Profesora, Universidad Estatal de Moscú (Lomonósov), Rusia

aislaron, sino continuaron llevando una vida activa saliendo a todas las partes. Como resultado, el aumento de los contagiados ahora es alrededor de 300 personas diariamente.

El problema de aislamiento es la más aguda en la sociedad rusa de hoy. Los medios de comunicación y las redes sociales discuten el comportamiento de artistas famosos, cantantes, jóvenes que, sin hacer caso de las peticiones de las autoridades, siguen saliendo a las fiestas, los cafés, las discotecas. Para estas personas su propio placer es más importante que el derecho a la vida de sus compatriotas. Esta gente no puede practicar la autolimitación, no sabe moderar sus deseos y necesidades. Al mismo tiempo, todas sus aventuras divertidas descargan en las redes sociales. Es claro que ha crecido una generación de jóvenes cuya comprensión de libertad, leja de ser auténtica liberal, está superior a cualquier responsabilidad. Y esta es la primera lección de la pandemia en Rusia.

Al tomar decisiones forzadas sobre restricciones de movimiento y de cuarentena, Rusia se centra en la experiencia de China. El 31 de marzo de 2020 en Rusia, se endureció la responsabilidad penal y administrativa por violar las normas sanitarias y epidemiológicas y por difundir públicamente una información de importancia pública pero a todas luces falsa. Por ejemplo, en el código penal de la Federación de Rusia se añadió el artículo 236 sobre la violación de las normas sanitarias y epidemiológicas, que llevó a una enfermedad masiva, intoxicación de personas o creó una amenaza de aparecer tales consecuencias. Según este artículo, al violador se castiga con una multa de quinientos mil (6.250 dólares) a setecientos mil rublos (8.750 dólares), o con restricción de libertad hasta dos años, o trabajos forzados hasta dos años o prisión de este plazo. Si se causó la muerte por negligencia de una persona, se castiga con una multa de un millón (12.500 dólares) a dos millones de rublos (25.000 dólares) o con una restricción o privación de libertad de dos a cuatro años. La violación de las normas sanitarias y epidemiológicas que ocasione la muerte involuntaria de dos o más personas se castiga con trabajos

forzados de cuatro a cinco años o con una pena de prisión de cinco a siete años.<sup>303</sup>

Fue corregido el artículo 207 del Código Penal. Si la información a todas luces falsa pero que se difunde públicamente como autorizada contando de las circunstancias que ponen en peligro la vida y la seguridad de los ciudadanos, entonces se castiga con una multa de trescientos mil (3.750 dólares) a setecientos mil rublos (8.750 dólares), o sea con penas correccionales hasta un año o con una restricción de la libertad hasta tres años.<sup>304</sup>

Un poco antes, se introdujeron las enmiendas en el Código de Infracciones Administrativas, que prevé el aumento de las multas por violación de las reglas de aislamiento: el valor de las multas para las personas físicas es de 15-40 mil rublos por primera violación a 150-300 mil por la posterior. Para las personas jurídicas, varía de 200-500 mil rublos a 500 mil - 1 millones de rublos respectivamente.<sup>305</sup>

También se están implementando medidas de control digital sobre los ciudadanos enfermos que se encuentran en casa y no en el hospital, ellos serán monitoreados con los smartphones. ¿Si siguen manteniéndose estas medidas después de terminar la pandemia? La respuesta a esta pregunta es muy importante para el desarrollo del régimen político de Rusia de hoy.

En cuanto a los efectos a largo plazo, aquí se puede mencionar las restricciones en el mercado laboral, la disminución de los ingresos y las preocupaciones sobre el desempleo futuro. La pandemia del coronavirus coincidió en Rusia con un choque de precios en el mercado petrolero, y el cierre forzado de las empresas y del sector de servicios llevó a la reducción de empleos y la caída de los ingresos. Las autoridades aún tienen herramientas eficaces para evitar el escenario

---

303 Система обеспечения законодательной деятельности (Sistema de garantías de actividades legislativas) - URL: <http://https://sozd.duma.gov.ru/bill/929651-7>

304 Ibidem.

305 Правительство одобрило ужесточение наказания для нарушителей карантина (El gobierno aprueba endurecer las penas para los infractores de la cuarentena) - URL: <https://www.rbc.ru/society/30/03/2020/5e8194a79a79478dfdeb3276>

económico más negativo. En tales condiciones, la confianza social en la dirección del país es la condición principal para que se desarrolle el escenario positivo.

El 25 de marzo el presidente Putin hizo un discurso televisado de emergencia dirigiéndose a la nación. Todo su discurso fue dedicado a lo social. Los expertos en economía señalan que las medidas anunciadas por Putin son extremadamente raras para Rusia, ya que los problemas económicos nacionales por primera vez se resuelven a expensas de los contribuyentes ricos, y no de los ciudadanos pobres. El presidente dijo que todas las prestaciones y subsidios sociales se renovarán automáticamente durante seis meses, y los ciudadanos no tendrán que presentar documentos justificativos.

El presidente prometió que el pago de partes de alta médica no sería menor del salario mínimo. Las familias con niños durante los próximos tres meses, a partir de abril, recibirán 5 mil rublos (alrededor de 65 dólares) por cada niño hasta la edad de tres años. El subsidio al paro se incrementará de 8 a 12 mil rublos (150 dólares). Los pagos a los veteranos y trabajadores de la retaguardia previstos para el 75 aniversario de la Victoria en la Gran Guerra Patria se realizarán antes de las vacaciones de mayo.

Además, Vladimir Putin propuso introducir una moratoria semestral para la quiebra de las empresas y ordenó reducir las primas de seguro de 30% a 15% para las empresas pequeñas y medianas. El presidente hizo especial hincapié en que esta disminución es de largo plazo.

La medida más importante y positiva es el aumento del 2% al 15% de los impuestos sobre los ingresos bancarios que algunos rusos sacan del país y transfieren en los paraísos fiscales.

Se introdujo un nuevo impuesto interno sobre los ingresos bancarios: los ciudadanos cuyos ingresos por depósitos bancarios superan un millón de rublos (12.500 dólares) tendrán que pagar el 13% (lo que equivale al impuesto sobre la renta de la persona física).

La introducción de vacaciones fiscales, aplazamientos de pagos de arrendamiento y de servicios públicos para pequeñas y medianas empresas puede salvar la situación. Pero fundamental es la pregunta: ¿a quién se debe apoyar en una época de crisis: a las empresas grandes o medianas y pequeñas? ¿A los propietarios de bienes raíces y redes eléctricas y de agua o a los ciudadanos ordinarios que usan esos servicios? Parece que el éxito de la salida de la crisis pandémica dependerá de que la respuesta se dará a este interrogante.

Cabe señalar que el gobierno federal solo diez días después del inicio de la pandemia decidió involucrar a las autoridades de 85 unidades de la Federación de Rusia en la lucha contra el virus. El presidente Putin el 2 de abril de 2020 firmó el Decreto que precisa lo que pueden hacer los sujetos de la Federación de Rusia. Los jefes de las regiones deciden ellos mismos qué régimen hay que establecer en su territorio. Tienen derecho a imponer restricciones en ciertos territorios o establecer el estado de alerta o el de emergencia. Además, los jefes tienen derecho a suspender o restringir el trabajo de cualquier organización y empresario. Se les permite determinar cómo va a funcionar el transporte en su unidad federativa. Las restricciones pueden tener lugar durante todo el abril, pero hasta cuándo lo deciden las regiones mismas.

Es interesante mencionar que en el contexto de la atención del mandatario ruso Putin a los sujetos, tres gobernadores el día 2 de abril presentaron la dimisión, los gobernadores de la región de Arjángelsk, de la República de Komi y del territorio de Kamchatka dejaron sus puestos. Se puede ver una tendencia de cambio de cuadros regionales, lo que se parece a la renovación del equipo de Putin, que quizás aproveche el momento de la lucha contra el coronavirus para llevar a cabo la transformación seria de la economía liberal de Yeltsin.

Parece que el coronavirus hizo a que las autoridades rusas recuerden que el estado puede apoyar a los pobres y ciudadanos ordinarios, utilizando no solo sus reservas, sino también mecanismos de redistribución financiera. Si tal política económica de Putin y del

nuevo gobierno ruso continúa y es eficaz incluso en la lucha contra la pandemia, se puede suponer que el período de la presidencia de Putin se prolongará automáticamente y será totalmente apoyado por la población.

En este sentido, el momento de la lucha mundial contra el coronavirus puede dar a la humanidad la oportunidad de rechazar la “distancia social” y avanzar hacia la unidad social.



Tentamos, aqui, expor as inquietudes em 11 trabalhos de publicistas de 9 países sobre a nossa realidade, os meios utilizados para o enfrentamento da pandemia da COVID-19, e os efeitos possíveis de existirem daqui a alguns meses e, em alguns casos, anos. É um livro sobre as nossas dúvidas, sobre as nossas insatisfações, como analistas de um campo do Direito que está em permanente mutação, mas não sabemos, neste momento, para aonde vai. Mas, como espécie de surpresa, a figura do Estado está mais presente que nunca. E aquele Estado interventor que muitos acreditavam superado. Publicistas da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Itália, México, Paraguai, Peru e Rússia apontam, cada qual em seu país, quais são, para nós, os momentos, os instrumentos, os efeitos, dentre outras nuances de análise para desvendar o ciclo atual de câmbios e decisões. Todos nós sediados em uma variedade de universidades que enfrentam o problema de se configurarem como aptas para ensinar, pesquisar e levar o que se produz ao nosso público em um tempo onde os contatos são remotos.

