



Peste, democracia constitucional y estados de excepción en Colombia

Plague, constitutional democracy and states of exception in Colombia

Carlos Andrés Caballero-Cañas ¹, Clara Inés Correa-Banquez ²

1. Abogado, Universidad Libre de Colombia, Barranquilla, Colombia. Exmonitor en las áreas de Derecho Público (2017-2018) y Ciencias Sociales (2019). Estudiante de Filosofía, Universidad del Atlántico, Barranquilla, Colombia. Correo electrónico: carloscaballero@mail.uniatlantico.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4994-3918>.
2. Estudiante de Derecho, Universidad Libre de Colombia, Barranquilla, Colombia. Ocupó 1.er puesto nacional y 4.º internacional en el Concurso Internacional para Estudiante de Derecho Nivel Pregrado del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (Medellín, 2019). Miembro del Semillero de Investigación en Derechos Humanos 'PDHULBQ', en la línea Derechos Humanos, Justicia y Construcción de Paz adscrito al Grupo de Investigación Poder Público y Ciudadanía. Correo electrónico: clarai-correab@unilibre.edu.co ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0110-6574>.

Tipología: Artículo de reflexión

Para citar este artículo: Caballero-Cañas, C. A. y Correa-Banquez, C. I. (2021). Peste, democracia constitucional y estados de excepción en Colombia. *Revista Saberes Jurídicos*, 1(1), 12-23.

Recibido en abril 11 de 2021

Aceptado en abril 28 de 2021

Publicado en línea en julio 21 de 2021

RESUMEN

Palabras

clave:

democracia
constitucional;
estados de
excepción;
peste.

La visita inesperada de la peste constituye una compañía indeseable para el ser humano. Esta pretende evitarse a toda costa debido a los estragos traumáticos que ocasiona su estadía. Su corto o largo paso por el mundo es ineludible, de allí que lo ideal sea contrarrestar sus desprezables y denigrantes efectos a sus mínimas proporciones. En este sentido, y sin desconocer otras variables investigativas en juego, la relación entre la fortaleza de las instituciones jurídico-políticas, por un lado, y la eficacia de las decisiones jurídico-políticas, por otro, es la que va a impedir en gran medida la proliferación y la profusión de los contagios. Bajo esta óptica, se examinan y critican los usos y abusos en el tratamiento y la gestión de la peste, llevados a cabo por la figura antidemocrática de los estados de excepción en Colombia. Asimismo, como escudo de defensa y protección contra las presentes y futuras pestes que tanto hacen agonizar a la humanidad, se propone una serie de condiciones mínimas y necesarias de posibilidad, inspiradas en el modelo de democracia constitucional y Estado constitucional de derecho, e irradiadas de la cultura jurídico-política del garantismo del pensador italiano Luigi Ferrajoli, tales como (i) fortalecimiento del Congreso, (ii) creación de ley estatutaria para poderes de excepción en pandemia y (iii) garantías judiciales indispensables.

ABSTRACT

Keywords:

Constitutional
democracy;
States of
Exception;
Plague.

The unexpected arrival of a plague constitutes an undesirable company for the human being. This is to be avoided at all costs due to the traumatic havoc caused by its stay. Its short or long passage through the world is unavoidable, ideally, counteracting its despicable and denigrating effects to its minimum proportions. In this sense, and without ignoring other investigative variables at play, the relationship between the strength of legal-political institutions, on the one hand, and the effectiveness of legal-political decisions, on the other, is what will largely prevent the proliferation and profusion of infections. From this perspective, the uses and abuses in the treatment and management of the plague carried out by the anti-democratic figure of States of exception in Colombia can be examined and criticized. Likewise, as a shield of defense and protection against the present and future plagues that make humanity agonize, a series of minimum and necessary conditions of possibility are proposed, inspired by the model of Constitutional Democracy and Constitutional Rule of Law, and irradiated from the juridical-political

culture of the Italian thinker Luigi Ferrajoli, such as (i) strengthening of Congress, (ii) creation of statutory law for powers of exception in pandemics, and (iii) indispensable judicial guarantees.

INTRODUCCIÓN

La peste constituye una compañía indeseable para el ser humano (Pabón, 2020a; Verano, 2020). Una visita inesperada que pretende evitarse a toda costa, a fin de no soportar los estragos traumáticos que ocasiona su estadía. Como una invitada inoportuna, su mero acto de presencia amenaza la vida en comunidad con el destierro público de la vida en soledad. Más aún, su insoportable comparecencia corrompe la ritualidad que se le otorga al fallecido por su causa y que acompaña su tránsito de la muerte a la vida eterna. Así pues, el individuo es el mejor de los animales cuando convive en ausencia de ella, y el último cuando lo hace en su presencia. La tragedia que conlleva su llegada impetuosa —sea prevista o imprevista, pretérita, presente o futura— nunca es recibida con los brazos abiertos, dados los nocivos y desagradables efectos que produce: degenera y banaliza la condición humana.

El miedo a la peste radica en el miedo inminente a la muerte (Madanes, 2020; Lorenci, 2020). Ya en la antigüedad clásica, el advenimiento del terror, miedo muy intenso que engendra terribles turbaciones y lamentos, representó el preludio de la desolación que padeció Cartago a mediados del siglo III por la peste de Cipriano (249-270 d. C). Allí ocurrió un contagio cuya sintomatología va desde la diarrea y los vómitos hasta la pérdida de audición y visión (Sáez & Parra, 2020), y que ocasionó una alta tasa de mortalidad. Este asunto mereció el sitio de ser considerado como una de las grandes epidemias que vivió el Imperio romano, junto a la peste Antonina, brote asociado con la viruela que se desarrolló un siglo antes durante el mandato de Marco Aurelio. Del miedo particular que causa la peste, diferente a otras especies de miedo, y de la experiencia pestífera cartaginense que involucró un desorden intolerable para la sociabilidad humana, Michel de Montaigne, en sus Ensayos, concretamente en 'Del miedo', no escatima nada al advertir que:

Conocen los griegos otra especie de miedo que está más allá del fallo de nuestro juicio y que se produce según ellos, sin causa aparente y por impulso del cielo; pueblos y ejércitos enteros vense a menudo presa de él. Así fue el que llevó a Cartago increíble desolación. Oíanse allí solo gritos y voces aterrorizadas. Veíase a los habitantes salir de sus casas alarmados, atacarse, herirse y matarse unos a otros como si fuesen enemigos que viniesen a ocupar la ciudad; todo era desorden y tumulto, hasta que, con preces y sacrificios, apaciguaron la ira de los dioses. A esto llámanlo terrores pánicos. (Montaigne, 2013, p. 118).

La peste es implacable y volátil. Al igual que la guerra, nos toma siempre desprevenidos, nos sorprende con los pantalones abajo, como bien enseña Albert Camus en *La Peste*. En esta obra literaria —con reflexiones que actualmente cobran vigencia— Camus detalla el drama padecido en Orán, ciudad argelina que durante los años cuarenta del siglo veinte experimentó el flagelo de la peste, cuyos primeros indicios se presentaron en una proliferación de ratas muertas. Todo lo revuelve y alborota como si de hojarasca se tratara. Establece una nueva normalidad en los hábitos rutinarios o cotidianos de las personas. Su corto o largo paso por el mundo deja una inconmensurable cantidad de muertes anónimas y víctimas sin rostro, convertidas en cifras, números o datos estadísticos que dan cuenta de cómo la vida se escapa como agua entre los dedos.

En el contexto de la expansión fulminante de la peste de ceguera blanca José Saramago la describe análogamente de la siguiente manera: “empiezan a caer unos sobre otros [...], un cuerpo, otro cuerpo, que parecería que nunca acabarían de caer como a veces se ve en las películas y en la televisión” (Saramago, 1995, p. 103). El autor alerta sobre los tiempos apocalípticos que vivimos debido al contagio progresivo de un virus surgido sin razón aparente, cuyo único síntoma es una extraña ceguera blanca, frente a la cual, el gobierno

responde reclutando en un centro psiquiátrico por la fuerza a los infectados. Ya sea internados en cuarentena o vagando por la ciudad, los ciegos se enfrentan indefectiblemente con el instinto más primitivo de la naturaleza humana: la voluntad de sobrevivir, sin importar el costo.

Siendo un fantasma cuyas incontables apariciones no notamos inmediatamente, la peste se instala silenciosa y sombría en los espacios compartidos por la sociedad civil, haciéndose visible, poco a poco, en la medida en que se juega a ignorar la magnitud agónica de sus daños. Al respecto Daniel Defoe describe cómo parientes que circulaban entre sí, sin advertir la escalada del virus que propagaban, eran potenciales destructores de toda la parentela. Con magistralidad, relata la historia, entre otras tantas, de una familia infectada por un padre ignorante de su calidad de portador del virus, cuyos primeros síntomas venenosos entre los miembros aparecieron antes de que él tomara conciencia del destructor caminante que representaba. Así:

Es muy triste darse cuenta de que personas como estas [i.e. que no sabían que estaban contagiadas] eran destructores caminantes (walking destroyers) desde una semana o dos antes de declarárseles la enfermedad; cómo arruinó a aquellos por quienes hubiera arriesgado su vida para salvarlos, respirándoles muerte encima; incluso quizás al besar y abrazar cariñosamente a sus propios hijos. (Defoe, 1994, citado en Madanes, 2020, pp. 21-22).

La morada transitoria o permanente de la peste, vicia, contamina y destruye a la especie humana que está a su alrededor, en la medida en que la desprovee de toda experiencia vital de sentido y la transforma en simple osamenta a cremar en masa como mecanismo para aminorar la propagación epidémica. No tiene criterios de selección: a todos nos iguala y a ninguno nos diferencia, no discrimina ni reconoce límite alguno entre vejez o juventud, débiles o fuertes, culpables o inocentes. A lo largo y ancho de la historia, ha sido de las peores pesadillas de la humanidad (Vargas-Llosa, 2020). Cada vez que retorna, el tejido social tiende a

fracturarse y fragmentarse, ya que la infección aniquila y convierte a las personas, repentinamente, en desperdicios o desechos que deben ser depurados de manera precipitada por asunto de salubridad pública y de seguridad nacional. La letalidad de la peste, su círculo o espiral vicioso de muertes que tanto aflige al hombre, es un constante recordatorio del eterno y fatal destino humano: la finitud, la fragilidad y la falibilidad. Débiles e infinitamente pequeños somos —ríe estrepitosamente la peste—, así como todas las construcciones intelectuales son fundadas en la razón y no en el mito.

Tanto García Márquez como también Montaigne retratan de una plumada el asiduo acecho de la peste, mal necesario que siempre aqueja a la humanidad y del que es imposible escapar. Visitación, una exiliada princesa india del territorio guajiro de Manaure, descubre una noche la peste del insomnio y su inexorable evolución hacia el olvido, destino fatal que la obligó, junto a su hermano Cataure, al destierro de su reino milenar, en los alumbrados ojos de gata en la oscuridad de la infanta Rebeca, quien está chupándose el dedo en el mecedor. El nobel colombiano, calificado por Pablo Neruda como el nuevo Cervantes, lo expresa de la siguiente manera: “Cataure, el indio, no amaneció en la casa. Su hermana se quedó, porque su corazón fatalista le indicaba que la dolencia letal había de perseguirla de todos modos hasta el último rincón de la tierra” (García-Márquez, 2014, p. 60). La peste está a la orden del día, nos persigue desde el nacimiento hasta el fenecimiento, desde la cuna hasta la sepultura; es inevitable, “una vez entra en la casa, nadie escapa de [ella]” (García-Márquez, 2014, p. 61).

Ahora bien, la inevitabilidad de su llegada no implica *per se* la inevitabilidad de la catástrofe. Su atenuación o agravación en una comunidad política depende, en gran medida, de las decisiones y estrategias de carácter jurídico-políticas que adopten los administradores de turno para su tratamiento. Una vez recibida su ineludible visita, lo ideal es contrarrestar sus despreciables y denigrantes efectos. La odiosa e intolerable hecatombe que puede generar la peste debe ser

controlada y aislada por los gobiernos de los Estados a sus mínimas proporciones. El imperativo categórico consiste en la minimización y la reducción del padecimiento sufrido por el bacilo, con el objetivo de salvaguardar de la devastación la vida de los conciudadanos. Afrontar el azaroso destino de la enfermedad puede ayudar a cesar sus nefastas consecuencias en el presente y posibilitar una cierta inmunidad a futuro.

En este sentido, y sin desconocer variables investigativas como *cultura ciudadana*, *disciplina social*, *gobiernos populistas*, *incapacidad de los gobernantes de turno*, las cuales no serán objeto de examen en el presente ensayo, la relación fortaleza de las instituciones jurídico-políticas, por un lado, y eficacia de las decisiones jurídico-políticas, por otro, es la que va a impedir en mayor grado la proliferación y profusión de los contagios. Al fin y al cabo, la llegada impetuosa de la peste pone a prueba —o en tela de juicio— la fortaleza o debilidad, bien sea, en el plano formal, de las instituciones jurídico-políticas, o, en el plano material, de los gobernantes de turno y su capacidad (experticia) en la gestión y el tratamiento del bacilo. Este es posible corroborarlo empíricamente a través de la eficacia y la eficiencia en la elaboración y la ejecución de estrategias que eviten precisamente la calamidad pública.

La pandemia no es —ni debe ser— exaltada como valor social o virtud ética. Sea considerada como castigo divino (representación trágica del pecado original) al que debe rogarse clemencia, o como desastre natural (fenómeno meramente natural), la infección tiende a disolver o desintegrar la sociedad. Huelga anotar que el deber ético individual y colectivo debe consistir en salvar y proteger vidas, y así mantener la unidad o la cohesión social. El instinto de conservación, propio de un estado de naturaleza que desvanece la compasión, caridad, afecto y piedad hacia el prójimo, no puede ser la ley primera de preservación de la vida en una comunidad política. Para lograr o alcanzar bajos niveles de miseria humana y, por ende, evitar la perpetuación del virus como práctica o comportamiento regular de carácter común, son indispensables la implementación y la interpelación de estructuras democráticas fuertes que propicien buenos gobiernos, y políticas públicas adecuadas

que, a su vez, minimicen o reduzcan las condiciones propicias de vulnerabilidad en que se asienta la peste.

DESARROLLO

Para paliar la mortífera pestilencia es esencial en su tratamiento y gestión contar con estructuras democráticas fuertes que la enfrenten y contengan. Esto con el fin de prolongar la vida en sociedad con el menor número de víctimas posibles. Sin componente democrático vigoroso, el Estado combate la plaga con un brazo atado en la espalda. Bajo esta óptica, se necesita el establecimiento de la democracia que es, por excelencia y antonomasia, el gobierno representativo y participativo de los ciudadanos en la esfera pública, en cuya toma de decisiones políticas debe garantizarse la más amplia y rica pluralidad, tolerancia, libertad e igualdad. La democracia propicia procedimientos que concilian las posiciones políticas opuestas a fin de materializar la convivencia social sin necesidad de derramamiento de sangre.

Más aún, se requiere de una democracia constitucional con un modelo de Estado constitucional de derecho que supere el ya obsoleto Estado legislativo de derecho. Se espera que esté fundamentada, por un lado, en los derechos humanos como fragmentos de soberanía de la ciudadanía e irradiada de la cultura jurídico-política del garantismo y, por otro lado, en constituciones políticas rígidas que establezcan una sólida división y separación de poderes públicos. Además, requiere de una rígida subordinación a ley como una forma de limitación impuesta a los poderes absolutos y salvajes (Pabón, 2019, 2020b).

Esta insistencia de la democracia constitucional en la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad no es otra cosa que la reiteración del clásico e ilustrado ideal republicano del gobierno de la voluntad de las leyes y no del hombre. Hace más de dos mil quinientos años, Aristóteles de Estagira manifestó en su *Ética a Nicómaco*, y con posterioridad —en el período escolástico— Tomás de Aquino lo reiteró y amplió en sus *Comentarios a la Ética de Nicómaco de Aristóteles*, que el buen y justo gobierno de la sociedad no debe permitir que

los hombres dirijan los asuntos políticos conforme a su voluntad y pasión, sino que actúen de acuerdo con la ley, que es el dictamen de la razón pública. En efecto:

Por eso no dejamos que el dominio lo tenga un hombre, sino la ley, porque aquel lo ejerce para sí mismo y se convierte en un tirano, pero un gobernante es guardián de lo justo, y si es de lo justo, también será de lo igual. (Aristóteles, 2008, p. 168).

A su vez, la democracia constitucional como condición mínima y necesaria de posibilidad que intenta transitar de la incivilización del estado de naturaleza desregularizado y salvaje permite —o debe permitir— la garantía real o material de los derechos humanos, en particular aquellos que en emergencias sanitarias tienden a coartarse. Los derechos humanos, como fundamentos de la democracia contemporánea, son los límites materiales a los poderes públicos. Tienen la doble finalidad de enjuiciar y fundamentar las decisiones del Estado. Miden la legitimidad o la arbitrariedad de una determinación política o particular que trasciende a la esfera pública, a partir de la afectación y la vulneración hacia los mismos. Siendo vínculos y obligaciones a los actores políticos, por una parte, prohíben e impiden (lo no decidible) interferir en las libertades individuales; por otra, obligan ineludiblemente (lo que no se debe dejar de decidir) a garantizar los derechos sociales (Ferrajoli, 2008).

De cualquier modo, si bien la democracia constitucional posibilita en los Estados constitucionales de derecho un mejor tratamiento y gestión de la peste en escenarios de amplia deliberación pública, no es menos cierto que en Colombia no se ha podido lograr o alcanzar tales formas y técnicas de garantía, las cuales aún están lejos de haber sido elaboradas y aseguradas. Esto porque, entre otras cosas, ha sido aceptada la utilización de la antidemocracia como figura jurídico-política de los estados de excepción. Su implementación viola la democracia constitucional y el principio de legalidad. Como se valorará, de la aplicación de los estados de excepción en las situaciones extraordinarias no es posible determinar exclusivamente el buen o pésimo manejo de la

peste; sin embargo, su utilización no ayuda a mejorar, por lo menos en este aspecto, la situación.

En este escenario las situaciones de grave crisis e incertidumbre que afectan la existencia cotidiana de los Estados de derecho y de la vida en sociedad, como es el caso de las pandemias, plantean una aparente dicotomía en las democracias constitucionales. Esto es, si no se autorizan poderes excepcionales a las autoridades públicas durante el estado de caos y desorden, se corre el riesgo de que el Estado sucumba o que los administradores estatales decidan romper abiertamente el orden constitucional. De allí que surge la idea de incluir en los textos constitucionales la figura jurídico-política de los estados de excepción o emergencia que permiten transitoriamente una mayor concentración de poderes en el órgano ejecutivo y la limitación de ciertos derechos, con el objetivo, en principio, de restablecer la normalidad y proteger los derechos humanos más fundamentales (García & Uprimmy, 2005).

Así pues, su ámbito de aplicación se reserva para aquellas perturbaciones que puedan poner en peligro latente los elementos esenciales del sistema económico, político, social o medioambiental. Ante tales circunstancias, la función de los gobernantes de turno consiste en crear las condiciones de posibilidad para vivir y coexistir en la normalidad, y controlar las tensiones que tienden a desbordar los márgenes naturales del universo jurídico, actuando, en todo caso, cuando todavía se disponga de una capacidad de respuesta antes de que se llegue al punto crítico y la sociedad y sus instituciones se expongan al colapso (Corte Constitucional, C-179 de 1994, 1994).

Sin embargo, los usos y abusos de los poderes de excepción traen consigo riesgos y peligros. En efecto, la experiencia latinoamericana decimonónica de las dictaduras caudillistas de corte militar demuestra que los estados de excepción o emergencia se han instaurado no para limitar provisionalmente los derechos menos fundamentales y proteger el sistema democrático, sino que “han servido más bien como pretexto de violaciones sistemáticas de los derechos humanos por regímenes inconstitucionales y antidemocráticos” (O’Donnell, 1988, citado en

García & Uprimny, 2005, p. 5). Más que propiciar las máximas universales o reglas categóricas del libre juego de la democracia y la garantía de los derechos fundamentales, han impedido su existencia, implementación y desarrollo.

En Colombia, el panorama no es muy distinto. En el ordenamiento jurídico interno, los estados de excepción o emergencia decretados por el gobernante de turno, elevados a rango constitucional en el título VII, capítulo 6.º, arts. 212-215 de la Constitución Política y regulados con posterioridad en la Ley Estatutaria 137 del 2 de junio de 1994, son la cobertura jurídica no para reafirmar las estructuras institucionales del Estado constitucional de derecho en situaciones de anormalidad y excepcionalidad, sino para vulnerarlo. El irrespeto a los valores democráticos y la tradición mesiánica que promueven han sido un condicionante negativo al momento de afrontar la actual peste del COVID-19, causada por el coronavirus SARS-CoV-2.

Para el lapso en el que fue declarada la COVID-19 como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en Colombia fueron más de 23 mil las personas infectadas y el número de “muertos se aproximó a los 800, para una tasa de infectados y de muertos por millón de habitantes de 453 y 15, respectivamente, estando muy por debajo de las mundiales ubicadas en 734 y 45, en ese mismo orden” (Wilches & Castillo, 2020, p. 2). Además, algunos estudios han estimado que factores socioeconómicos como desempleo y alto PIB per cápita inciden positivamente en la gravedad y mortalidad de la enfermedad (Wilches & Castillo, 2021), y que cerca del 80 % de niños y adolescentes del mundo dejaron de asistir a las escuelas en marzo 2020 por las prolongadas cuarentenas (Wilches, Castillo & Cohen, 2020).

Este contagio desnudó la flacidez y la pobreza de nuestras instituciones jurídico-políticas, en particular la figura de los estados de excepción o emergencia, debido al frágil y débil compromiso político con el régimen de gobierno democrático. Es posible tomar malas decisiones jurídico-políticas con buenas instituciones jurídico-políticas, tal y como sucedió inicialmente, por ejemplo, en EE. UU., España e Italia, donde el coronavirus celebró su

fiesta roja; sin embargo, difícilmente se pueden tomar buenas decisiones jurídico-políticas con malas instituciones jurídico-políticas. En un Estado con paupérrimo o inexistente respeto a las garantías democráticas, la peste seguirá soplando y levantando las estructuras institucionales como hojas de papel. Esa es una realidad que no puede ni debe ser eludida. El tiempo de visita y estadía del virus va a depender en gran parte de las medidas políticas y humanitarias que se adopten para prevenir la severidad de los efectos que conlleva. De allí que la eficacia de las determinaciones públicas depende de estructuras democráticas fuertes que promuevan buenas políticas de gobierno. Es una condición de posibilidad mínima y necesaria.

Examinada sucintamente, y con beneficio de inventario, la figura de los estados de excepción o emergencia en Colombia presentan dos graves inconvenientes que justifican su exclusión: una de las razones de su rechazo consiste en que sobreestima la participación de la fuerza pública en la dinámica institucional del Estado. El excesivo uso del monopolio estatal y legítimo de la violencia, para emplear aquí una categoría weberiana, ha consolidado el constante recurso de los estados de excepción o emergencia por parte de los gobiernos. Quien no puede persuadir a través del consenso y la deliberación plural en el orden público, utiliza la fuerza y la violencia prioritariamente como fundamento de sus decisiones políticas.

Otra de las razones críticas reside en el peligro que supone para la democracia constitucional la actuación unilateral del poder ejecutivo, manifestada en la usurpación de la decisión mayoritaria y deliberada del Parlamento o Congreso. La anulación o transferencia de la función legislativa genera un desequilibrio de poderes políticos; rompe la separación y división de poderes, ya que permite que el consenso político se concentre y centralice en pocas manos, en particular, en la máxima autoridad administrativa; aumenta el fenómeno del hiperpresidencialismo, es decir, un ejecutivo con pretensiones monárquicas, sin límites, con amplias facultades sobre asuntos que no son de su competencia, tal y como sucede con los arts. 215 de la Constitución Política y 38 literal l) de la Ley Estatutaria 137 del 2 de junio de 1994. Estos permiten al presidente de la República

establecer nuevos tributos o modificar los existentes, vulnerando el principio de *no taxation without representation*, o como sucedió con el art. 12 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 que limitó a sesiones virtuales la deliberación pública de los órganos colegiados de las ramas del poder público, declarado después inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-242 del 9 de julio de 2020.

Todo ello se debe a la delegación, por expreso mandato constitucional, de grandes ventajas al presidente de la República, lo que lo faculta para declarar unilateralmente la existencia de una emergencia, en virtud de un amplísimo marco de discrecionalidad. Ni siquiera el requisito de la firma de todos los ministros en los decretos legislativos constituye un límite real, debido a que son servidores públicos bajo la modalidad de empleados de libre nombramiento y remoción, fácilmente sustituibles y reemplazables si no comparten las directivas del presidente, tal y como se entiende de los arts. 123 y 189 numeral 1.º de la Constitución Política. De ahí que, sin que el Congreso tenga la oportunidad de someter a discusión el resultado de este cambio legislativo, modifica inmediatamente la situación actual. Luego entonces, una vez emitido el acto administrativo, el legislador se ve en la dicotomía de elegir entre la nueva legislación —las medidas adoptadas por el presidente— y las consecuencias que traería consigo reformar o derogar el decreto una vez haya surtido efectos (Arango, 2020). En este sentido, la potestad proactiva de cambiar el *statu quo* es un ejemplo de poder sin control y una forma de evadir los límites constitucionales.

Por añadidura, los estados de excepción o emergencia son un foco que incrementa significativamente la corrupción. En su vigencia, se tiende a debilitar las normas de transparencia bajo la excusa de flexibilizar los procesos de contratación estatal (Rose-Ackerman, 2021). La actual contingencia es la justificación para acrecentar el uso de la figura de la urgencia manifiesta y no seguir los protocolos empleados usualmente en la contratación pública, que comprenden la apertura de licitaciones y la presencia de un número plural de oferentes para la entrega de un bien o la prestación de un servicio. Inclusive, este efecto colateral y

contraproducente se acentúa cuando los administradores estatales distribuyen recursos limitados fundados en normas jurídicas poco claras o incompatibles con el estado de anormalidad.

Del análisis de 48 denuncias ciudadanas reportadas sobre COVID-19 en el Centro de Asesoría Legal Anticorrupción (ALAC) y que recibieron asesoría en materia de presunta corrupción, correspondiente al período de 24 de marzo a 30 de noviembre de 2020, la Corporación Transparencia por Colombia determinó que el 64,6 % (31) pertenecen a irregularidades en la contratación pública, de las cuales el 48 % (15) son de sobrecostos en kits alimentarios, el 32 % (10) son de abuso en la contratación directa, el 13 % (4) son de sobrecostos en bienes y servicios diferentes a alimentos, y el 6 % (2) son de favorecimiento de intereses políticos. (Transparencia por Colombia, 2020).

También cabe destacar que, según el Índice de Percepción de Corrupción 2020 de Transparencia Internacional, que mide en una escala de puntos de 0 (corrupción elevada) a 100 (ausencia de corrupción) el nivel de percepción de la corrupción en el sector público en 180 países y territorios de todo el mundo, Colombia obtuvo una calificación de 39 puntos (menos de la media global que son 43) ocupando el puesto 92, al igual que su vecino Ecuador; comparativamente muy por debajo de Estados sudamericanos como Uruguay (72 puntos, posición 21), Chile (67 puntos, posición 25), Argentina (42 puntos, posición 78) y Guyana (41 puntos, posición 83) (Transparencia Internacional, 2021).

DISCUSIÓN

Ante este tormentoso y clarividente panorama de débil experiencia democrática en la aplicación de los estados de excepción o emergencia, con especial énfasis en Colombia, se propone el establecimiento de las siguientes condiciones mínimas y necesarias de posibilidad como escudo de defensa y protección contra las presentes y futuras pandemias que tanto agonizan a la humanidad. Son guías necesarias e indispensables, pero insuficientes y escasas. Constituyen una pretensión muy difícil, no obstante, no imposible de realizar en la práctica política de los Estados. El estado agónico, filme de terror o paquete

de dinamita *ad portas* de estallar que develó críticamente el SARS-CoV-2, debe ser visto como una invitación a mejorar la salud de nuestra precaria democracia. Sucintamente, las siguientes garantías están fundadas en el pensamiento ferrajoliano del Estado constitucional de derecho y la democracia constitucional.

La *primera* es el fortalecimiento del Congreso como escenario de la deliberación pública y el consenso razonable en el régimen democrático. Siendo una institución de participación ciudadana, debe permitir que el vencido de ayer sea el vencedor del mañana y que la conformación de lo político se haga en la más amplia y rica discusión. Esta consolidación no se reduce a un mero órgano de producción de leyes elaboradas según los criterios y requerimientos del ejecutivo de turno, sino que, en virtud de la autonomía que le ofrece la democracia constitucional, legisle consultando las normas constitucionales, el sistema de frenos y contrapesos, y los límites y vínculos propios de un sistema garantista de los derechos humanos.

En este orden de ideas, siendo el legislativo el núcleo del ejercicio plural del poder político, su fortalecimiento depende, entre otras cosas, de que: (i) refleje el pluralismo político de la sociedad civil a través de los partidos políticos; (ii) que a su vez la estructura interna de los partidos políticos sea el fiel reflejo del respeto a la democracia, toda vez que, siendo la democracia, en parte, un régimen representativo de los intereses de la ciudadanía a través de los partidos políticos, es incoherente e inaceptable que internamente los partidos sean antidemocráticos; y finalmente que, en uno u otro caso, (iii) la representación de las fuerzas políticas sea proporcional.

El control político que ejerce el Congreso de la República de Colombia en los estados de excepción o emergencia comprende, entre otras actividades, la autorización del Senado en la declaratoria de guerra, el concepto favorable para la segunda prórroga de la conmoción interior, las reuniones del Congreso y los informes sobre la declaratoria. Sin embargo, estos han sido cuestionados por su poca efectividad, ocasionada no solo por la mera ausencia de instrumentos más eficaces de control, sino también por la tardanza del poder legislativo para ejercer los

controles, derivada en gran parte de la arraigada supremacía del ejecutivo. Por consiguiente, es preciso reforzar los mecanismos de control político que posibiliten la participación activa del Congreso en la toma de decisiones de envergadura (Vanegas, 2011).

La *segunda* es la creación de una ley estatutaria para poderes de excepción en tiempos de pandemia (Uprimny, 2020). Esto porque por la incertidumbre normativa —acrecentada por la llegada del CORONAVIRUS—, el Gobierno Nacional y las administraciones públicas seccionales restringieron los derechos fundamentales y las libertades individuales mediante actos administrativos, considerados jerárquicamente inferiores, y sin ley preexistente que los autorizara expresamente. Así pues, a sabiendas de que esta emergencia sanitaria se prolongará en el tiempo, resulta imprescindible, para superar la crisis y retomar paulatinamente la normalidad, la aprobación de una ley estatutaria que regule de forma restrictiva el poder de excepción, basándose en delimitar con rigor las causales de los estados de excepción y su temporalidad. Esta debe definir con precisión en qué circunstancias el Gobierno puede limitar los derechos en una emergencia sanitaria, atendiendo en todo caso a aquellas estrategias estrictamente justificadas y necesarias conforme a la evidencia científica. También, prever controles políticos y judiciales más eficaces que posibiliten un mejor cumplimiento del principio de proporcionalidad (test coste-beneficio) y preserven el principio de transparencia ante los eventuales abusos.

De igual manera, esta normatividad podría aclarar las competencias respectivas de las autoridades nacionales y territoriales frente a la pandemia, y precisar una coordinación entre esos distintos niveles para enfrentarla, toda vez que un excesivo centralismo puede llevar a la desatención de ciertos territorios marginados o a la imposición de órdenes que no corresponden a las particularidades locales. Es muy problemático que los gobiernos sigan limitando rigurosamente la libertad de movimiento, circulación o locomoción sin una disposición legal que los autorice, y sin controles y límites adecuados, sobre todo cuando la normatividad interna (art. 24 de la Constitución Política) e internacional (arts. 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos

y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) señalan que las restricciones deben estar consagradas en la ley del Congreso como órgano representativo de carácter colectivo democráticamente elegido (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-6/86, 1986).

Por consiguiente, los casos, supuestos y requisitos para que pueda ser decretada una cuarentena deben estar previstos en una ley. No es una exigencia caprichosa, sino una garantía de la libertad individual, reconocida como derecho humano fundamental, y una forma de evitar la arbitrariedad y el despotismo de los gobiernos. Este requerimiento permite, además, una amplia discusión pública en el Congreso en condiciones de pluralidad y tolerancia sobre los límites y controles para estas severas restricciones.

Finalmente, la *tercera* propuesta, referida a las garantías judiciales indispensables, debe entenderse como aquellos instrumentos imprescindibles, aptos para salvaguardar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades que podrían verse suprimidos o limitados, más aún en circunstancias que amenazan la seguridad y la estabilidad del Estado, en las que se hace forzosa la existencia de mecanismos idóneos enderezados a controlar las disposiciones que se dicten y a la defensa contra las vulneraciones a los derechos. Sin embargo, no es suficiente con ese expreso reconocimiento constitucional o legal, sino que es menester que gocen de la idoneidad suficiente para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y desplegar las acciones necesarias para remediarla. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987).

Por consiguiente, debe entenderse que en la implantación de los estados de excepción o emergencia, no pueden comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales de protección de aquellos derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud de la situación de anormalidad. De allí resulta que algunas de las garantías judiciales esenciales para una real protección de los derechos humanos en situaciones extraordinarias, según el Sistema Interamericano, son (i) el hábeas corpus, (ii) la tutela (amparo), (iii) cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o

tribunales competentes y (iv) también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho y aquellos procedimientos judiciales relativos a la forma democrática representativa de gobierno (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987).

REFLEXIONES FINALES

La peste ha reiterado lo que todos conocían, pero nadie reconocía: la hoja de parra que encubría y encriptaba la funesta desnudez de nuestras débiles instituciones jurídico-políticas. Su visita reveló la grave crisis institucional que padece el sistema democrático en Colombia, agravada en las situaciones de emergencia sanitaria por los usos y abusos de la figura antidemocrática de los estados de excepción. No es que la peste *per se* haya ocasionado la fragilidad de la democracia colombiana, sino que solo corroboró el pésimo diseño institucional que tiene desde antaño, sin ignorar la falta de capacidad (experticia) de los gobernantes de turno en el tratamiento de la pandemia y la poca eficacia (y eficiencia) de sus decisiones jurídico-políticas en la minimización los contagios. En efecto, difícilmente se pueden tomar buenas decisiones jurídico-políticas con malas instituciones jurídico-políticas que propician la arbitrariedad y el despotismo. Sin estructuras democráticas fuertes que impulsen buenos gobiernos y políticas públicas adecuadas, la peste seguirá expandiéndose intensamente, causando daño y pérdidas humanas allí donde encuentre condiciones propicias de vulnerabilidad.

Además la peste nos ha enseñado, y la literatura lo anota como acta de notaría, que debemos estar siempre preparados para su retorno. Con creces, ha evidenciado que la excesiva concentración de poderes públicos en el presidente de la República no es un mero defecto del sistema denominado Estado de excepción, sino un sistema defectuoso que atenta contra toda forma de gobierno republicana. Precisamente, en situaciones excepcionales de emergencia sanitaria es donde más debe florecer el gobierno de la voluntad de las leyes y no del hombre. Si bien los textos constitucionales contemplan dentro de sus disposiciones la figura de los estados de excepción como prerrogativa que se

declarara cuando se presentan situaciones que amenazan con conculcar la normalidad e institucionalidad social, económica o ambiental, y cuyos fundamentos para sustentar semejante decisión deben estar, en teoría, rigurosamente fundamentados desde el punto de vista material y muy concretamente establecidos los procedimientos y formalidades para dar lugar a su ejecución, la excepcionalidad en el régimen democrático desnuda la naturaleza humana y del poder político y las características de quien lo ejerce, en el caso colombiano la flaqueza de las instituciones jurídico-políticas (Echeverri, 2020).

Este contagio que aflige a la humanidad, toda vez que genera muertes anónimas, sepulta personas en masa y que exige rápidamente extremar medidas sanitarias para intentar aplacarla, tiene un efecto positivo o reedificador que consiste en que, al poner a prueba —o en tela de juicio— la fortaleza o debilidad de las instituciones jurídico-políticas de un Estado y las estrategias implementadas por los administradores de turno para la gestión de la pandemia, y, por ende, develar lo oculto, esto es, la grave crisis institucional, nos conmina a la reflexión crítica y autocrítica sobre los constantes riesgos, los frecuentes fracasos y las permanentes crisis que afronta la democracia constitucional y el Estado constitucional de derecho. La peste nos brinda una excelente e inmejorable oportunidad para evaluar la calidad de nuestras instituciones jurídico-políticas. Cada vez que retorna, abre la puerta de debate para intentar refundar la precaria democracia colombiana a fin de mejorarla, perfeccionarla y adaptarla a las nuevas realidades dinámicas de un mundo cada vez más globalizado e interconectado.

AGRADECIMIENTOS

Los autores manifiestan su profundo agradecimiento con los profesores Juan Antonio Pabón Arrieta y Carlos Eduardo Gil Rodríguez por su valioso aporte en la revisión del presente manuscrito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arango, A. (2020). ¿Son los estados de excepción el problema? El ejercicio de la función legislativa a

partir de la delegación expresa del Congreso: el caso colombiano. *Derecho del Estado*, (46), 189-222. <https://doi.org/10.18601/01229893.n46.08>

Aristóteles. (2008). *Ética a Nicómaco*. Alianza.

Camus, A. (2020). *La peste*. Penguin Random House.

Constitución Política de Colombia [Const.]. (7 de julio de 1991). *Diario Oficial* 51657. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base_doc/constitucion_politica_1991.html

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 sobre Garantías judiciales en Estados de Emergencia. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Decreto Legislativo 491 de 2020. Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. *Diario Oficial* 51270. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Decreto-491-28-marzo-2020.pdf>

Echeverri, G. (2020, 30 de abril). Democracia y estados de excepción. *La Patria*. <https://www.lapatria.com/opinion/columnas/guido-echeverri/democracia-y-estados-de-excepcion>

Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 337-343.

García-Márquez, G. (2014). *Cien años de soledad*. Penguin Random House.

García, M & Uprimny, R. (2005). ¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una

defensa prudente del control judicial de los Estados de Excepción. *Dejusticia*.
https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_198.pdf

Ley Estatutaria 137. Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia. (1994, 2 de junio). Congreso de la República. Diario Oficial No. 41.379.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base/doc/ley_0137_1994.html

Lorenci, M. (2020, 28 de marzo). Palabras para explicarnos la pandemia y vencer al miedo. El Correo.
<https://www.elcorreo.com/culturas/palabras-explicarnos-pandemia-vencer-miedo-20200328203433-ntrc.html>

Madanes, L. (2020). La peste (1.era ed.). Centro de Investigaciones Filosóficas.

Montaigne, M. (2013). Ensayos completos (A. Montojo, trad.). Cátedra.

Pabón, J. (2019). *La democracia en américa latina: un modelo en crisis*. Bosch.

_____. (2020a). La peste en la literatura. *La Barca*, 11, 45–52.

_____. (2020b). Estado de derecho y democracia en la república de Colombia frente a la peste. En A. Ramírez & A. González (coords.), *Análisis y reflexiones sobre el COVID-19* (pp. 129-156). Bosch.

Rose-Ackerman, S. (2021). Corrupción y COVID-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (20), 37-60.
<https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6062>

Sáez, A. & Parra, J. (2020). De la peste antonina a la peste de Cipriano: alcances y consecuencias de las pestes globales en el Imperio romano en el siglo III d.C. *Revista Chilena de Infectología*, 37(4), 450-455.

Saramago, J. (1995). *Ensayo sobre la ceguera*. Penguin Random House.

Sentencia C-179 de 1994. Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria No. 91/92 Senado y 166/92 Cámara “Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia”. Corte Constitucional. 13 de abril de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente No. P.E. 002.

Sentencia C-242 de 2020. Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 491 de 2020, “por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. Corte Constitucional. 9 de julio de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger. Expediente RE-253.

Tomás. (2010). *Comentarios a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. EUNSA.

Transparencia por Colombia. (2020). Alertas de corrupción en tiempos de pandemia. Denuncias ciudadanas de corrupción COVID-19 atendidas por el Centro de Asesoría Legal Anticorrupción (ALAC). *Transparencia por Colombia*.
<https://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/informe-alertas-de-corrupcion-en-tiempos-de-pandemia.pdf>

Transparencia Internacional. (2021). Índice de percepción de la corrupción 2020. *Transparencia Internacional*.
<https://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/indice-de-percepcion-de-corrupcion-2020-1.pdf>

Uprimny, R. (2020, 19 de julio). ¿Una ley estatutaria para enfrentar la pandemia? *Dejusticia*.
<https://www.dejusticia.org/column/una-ley-estatutaria-para-enfrentar-la-pandemia/>
Vanegas, P. (2011). La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. *Derecho del Estado*, 27, 261-290.

Vargas-Llosa, M. (2020, 14 de marzo). ¿Regreso al Medioevo? El País.

https://elpais.com/elpais/2020/03/13/opinion/1584090161_414543.html

Verano, E. (2020, 16 de julio). Peste, democracia y literatura. La República. <https://www.larepublica.co/analisis/eduardo-verano-de-la-rosa-500119/peste-democracia-y-literatura-3032068>

Wilches, J., Castillo, M. & Cohen Yarlemis. (2020). Reflexiones sobre la educación presencial universitaria durante la cuarentena por COVID-19. *Duazary*, 17(4), 7-10. <https://doi.org/10.21676/2389783X.3594>

_____. (2020). Aproximación matemática del modelo epidemiológico SIR para la comprensión de las medidas de contención contra la COVID-19. *Revista Española de Salud Pública*, 94, 24 de septiembre e202009109. https://www.mscbs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL94/C_ESPECIALES/RS94C_202009109.pdf

_____. (2021). Medidas de control epidemiológico y factores socioeconómicos que impactan en la COVID-19. *Revista Española de Salud Pública*. https://www.mscbs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/Suplementos/Pildoras/pildora45 medidas control epidemiologico factores socioeco covid.pdf